



# REVISTA DE DERECHO

SOCIEDAD JURÍDICA

6

- Susanna Pozzolo • Nicolás Gamboa Morales • Gonzalo Rodríguez Mourullo
- Alencar Frederico Margraf / Meg Francieli Svistun / Ricardo Bispo Razaboni Junior
  - Camilo Zufelato • Erika Zuta Vidal • Gustavo Paredes Carvajal
  - Alfredo F. Soria Aguilar / Marco Alfredo Glorioso Monti Díaz
  - Cristian Carlos Cáceres Sifuentes

Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal









REVISTA DE DERECHO  
**SOCIEDAD JURÍDICA N° 6**



REVISTA DE DERECHO  
**SOCIEDAD JURÍDICA**

---

© Asociación Civil Seminario de Estudios Jurídicos

Esta revista se terminó de imprimir en setiembre de 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú (BNP): 2013-14007

ISSN 2310-547X

Edición, diagramación, diseño y corrección de texto: Asociación Civil Seminario de Estudios Jurídicos - SEJ

Editor General:

Avenida Nicolás de Piérola N° 351 - Cercado de Lima, Lima, Perú 01

Tel.: (+511) 426 1680

[sociedadjuridica.unfv@hotmail.com](mailto:sociedadjuridica.unfv@hotmail.com)

[www.sociedadjuridica.com](http://www.sociedadjuridica.com)

LIMA (2018)

Impresión:

**SOCIEDAD JURÍDICA** agradece muy especialmente al señor Julio Granados por haber tenido la gentileza de cedernos a pintura que presentamos en la carátula de este número de la revista.

La Revista de Derecho **SOCIEDAD JURÍDICA** no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores y entrevistados en la presente edición. Queda autorizada la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos

*"Nuestra mayor gloria no radica en no haber caído jamás, sino en habernos  
levantado después de cada caída"*  
**Ralph Waldo Emerson**



# Consejo Directivo

<b>Presidenta del Consejo Directivo</b>	Kathya Jimena Santo Carrasco
<b>Vicepresidencia del Consejo Directivo</b>	Liseth Martha Leva Cusi
<b>Directora de Cursos &amp; Seminarios</b>	Lady Carol Castellanos Coca
<b>Director de Publicaciones</b>	Dino Anthony Zuñiga Apaza
<b>Directora de Marketing y Financiamiento</b>	Kimberly Victoria Lezama Perez

## Asociados

Jerson Alberto Flores Flores	Fiorella Treissy Gadea Yupanqui
Edith Natalia Costilla Bravo	Adriana Fiorella Guzmán Huamash
Kevin Ciro de la Cruz Julca	German Herrera Delgado
Ruth Amelia Gómez Guerrero	José Martín Colán Cueva
Maryori Sthefanny Alayo Torres	Luigi Daniel de la Cruz Carrasco
Maricruz Rivera Montes	Ricardo Enrique Escobar Quispe
Moisés Jersson Estela León	Vania Jhinnet Jayo Cantoral
Valery Dalila Mamani Bejarano	

## Consejo Consultivo Honorario

Jorge Avendaño Valdez	Felipe Osterling Parodi
Juan Luis Avendaño Valdez	Mario Pasco Cosmópolis
Domingo García Belaúnde	Benigno Pendas García
Antonio Garrigues Walker	Pablo Pérez Tremps
Guillermo D. Grellaud Guzmán	Luis Romero Zavala
Roberto McLean Ugarteche	Luis Felipe Solari Tudela

## Consejo Consultivo Internacional

Francisco Barbosa Delgado (Colombia)	Pedro J. Martínez-Fraga (Estados Unidos)
Pierluigi Chiassoni (Italia)	Juan Sánchez-Calero Guilarte (España)
Bernardo M. Cremades (España)	Jorge W. Peyrano (Argentina)
Carlos De los Santos Lago (España)	Marcelo Alberto Schoeters (Argentina)
Oswaldo Alfredo Gozaíni (Argentina)	Bernardo Wayar Ocampo (Bolivia)
Isabel Lifante Vidal (España)	Raúl Eugenio Zaffaroni (Argentina)
Antonio María Lorca Navarrete (España)	Sebastian Zuccon (Argentina)

# Consejo Consultivo Nacional

Luis Alberto Bramont-Arias T.	Javier Neves Mujica
Jorge Bravo Cucci	Josué Pariona Pastrana
Alfredo Bullard González	Giovanni Priori Posada
Mario Castillo Freyre	Manuel Pulgar Vidal Otárola
Javier de Belaúnde López de Romaña	Jorge Quispe Lobatón
Gastón Fernández Cruz	Nelson Ramírez Jiménez
Dennis Fernández Armas	Carlos Ramos Núñez
Lourdes Flores Nano	Mario Reggiardo Saavedra
Gonzalo García Calderón Moreyra	Elizabeth Salmón Gárate
Jorge Luis Gonzales Loli	José Luis Sardón de Taboada
Pedro Grández Castro	José Tam Pérez
Carlos Hakansson Nieto	José Ugaz Sánchez-Moreno
Lucía La Rosa Guillén	Luis Vargas Valdivia
Luis Lamas Puccio	José Verona Baluarte
César Landa Arroyo	Manuel Villa-García Noriega
Juan Monroy Gálvez	Walker Villanueva Gutiérrez

# Asociados Extraordinarios

Giancarlo Arias Castro	Gyan Eugenio Ramos Pacsi
Araceli Carhuamaca Vila	Diana Paola Vásquez Sánchez
Jorge Cerda Cuadra	Samanta Estefani Bravo Vegas
Juan Carlos Cortez Tataje	Rubén Linares Roca
Susan Contreras Yacila	Juan Pablo Matos Escribe
Cynthia Yolanda Díaz Peña	Paúl Pedro Mendoza Váez
Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila	Enzo Mori Rubio
Jorge Gianfranco Fuentes Sánchez	Juan Carlos Quijano Guzmán
Patricia Guevara Espinoza	Fernando Rafael Gómez
Gabriela Carmina Goñi Balarezo	Jesús Manuel Sabrera López
Jossely Neyra Bayona	Roldán Soto Salazar
Solanch Casia Estrella Revilla	Alexander Tipe de la Cruz
Jordy Arcadio Ramirez Trejo	Angie Anais Romero Cancho

# EDITORIAL

**E**n la actual conyuntura de nuestro país afrontamos diversas situaciones complejas que deben ser abordados desde diferentes ópticas, entre ellas el Derecho, cuya función principal es impartir justicia.

Por este motivo, los estudiantes de las diversas facultades de derecho del país estamos en la obligación de actuar con responsabilidad y ética en nuestro sistema judicial. Para lograr este fin, incentivamos a los más destacados abogados del país a participar en la redacción de artículos en la Revista de Derecho "Sociedad Jurídica".

En la presente edición contamos con las importantes investigaciones jurídicas de distinguidos profesores universitarios y profesionales destacados en sus respectivas ramas del derecho. Encabezando esta destacada lista por Susanna Pozzolo desde Italia, Alencar Frederico Margraf, Meg Francieli Svistun, Ricardo Bispo Razaboni Junior y Camilo Zufelato desde Brasil, añadiéndose Gonzalo Rodríguez Mourullo desde España y Nicolás Gamboa Morales de Colombia, a quienes agradecemos por brindarnos sus artículos para nuestra tribuna académica. De igual manera, el reconocimiento a los profesionales de distinguida trayectoria a nivel nacional, como lo es Erika Zuta Vidal, Gustavo Paredes Carbajal, Alfredo Fernando Soria Aguilar, entre muchos otros también han participado. Por ello, valoramos el tiempo y dedicación que se ha tomado en cada texto para vertir conocimientos que permitan avizorar una formación jurídica enriquecedora.

Cabe destacar la predisposición que ha mostrado hacia este proyecto el artista nacional Julio Granados, quien, manteniendo la tradición artística de nuestras ediciones anteriores, facilitó la pintura que hoy es portada de la sexta edición de la Revista de Derecho Sociedad Jurídica.

Equipo de Publicaciones  
SOCIEDAD JURÍDICA

# Tabla de Contenido

## DOCTRINA INTERNACIONAL

- Unos desafíos por el constitucionalismo de los Derechos  
**Susanna POZZOLO** ..... 11
- Anotaciones en torno a la nacionalidad de las Personas Jurídicas.  
Protección diplomática y control societario  
**Nicolás GAMBOA MORALES** ..... 24
- Culpabilidad y libertad  
**Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO**..... 48
- Responsabilidad de la Persona Jurídica por daño moral o daño social  
colectivo  
**Alencar FREDERICO MARGRAF/ Meg FRANCIELI SVISTUN/  
Ricardo Bispo RAZABONI JUNIOR**..... 63
- Los Principios Generales del Derecho Procesal como eslabón entre el  
nuevo Código del Proceso Civil brasileño y los Sistemas Jurídicos  
romanísticos e iberoamericanos  
**Camilo ZUFELATO**..... 85

## DOCTRINA NACIONAL

- El derecho a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes  
**Erika ZUTA VIDAL**..... 111
- El BIM se pone el overall y encima la toga: La tecnología y el cambio en  
la gestión de las disputas en construcción  
**Gustavo PAREDES CARBAJAL**..... 137
- Pactos relativos a la interposición del recurso de anulación de laudo  
arbitral  
**Alfredo F. SORIA AGUILAR/ Marco Alfredo GLORIOSO MONTI  
DIAZ**..... 157
- Las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil  
**Cristian Carlos CÁCERES SIFUENTES**..... 167

---

# UNOS DESAFÍOS POR EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

Susanna Pozzolo\*

**RESUMEN:** Se destacan las dificultades generadas por la ponderación de derechos y por algunos aspectos relacionados con la configuración de los derechos sociales y la igualdad de género.

**ABSTRACT:** Article draws attention to the difficulties that derive from the technique of the balance of rights, and on some aspects of the social rights configuration, and on the gender equality.

**PALABRAS CLAVE:** Ponderación, derechos, igualdad de trato

**KEYWORDS:** Balances, rights, equal treatment

## 1. Introducción

‘Constitucionalismo de los derechos’ es una fórmula que ha entrado rápidamente en la literatura<sup>1</sup> para referirse al modelo constitucional contemporáneo (de occidente al menos<sup>2</sup>). Un modelo caracterizado, junto con un largo listado de derechos, por la gran presencia de principios. Un tipo constitucional situado en la raíz de la doctrina neoconstitucionalista. Quiero proponer unas brevísimas reflexiones acerca de este modelo.

Hay muchos entusiastas de este “tipo” constitucional por presentarse encontrado en los derechos fundamentales. No me propongo como una detractora del modelo, sin embargo, creo que tarea de la teoría del derecho es también señalar los defectos, los puntos débiles, sobre los que me concentraré. Esclarecer nuestros discursos y nuestras prácticas es una tarea irrenunciable.

---

\* Catedrática de la Universidad de Brescia (Italia). Email: [sussana.pozzolo@unibs.it](mailto:sussana.pozzolo@unibs.it)

Agradezo a Andrea Greppi y Juan Morel, con los que he discutido unas ideas de esta reflexión, todas las faltas son solo mía.

1 Por ejemplo, unos por todos: L. Prieto Sanchís “El constitucionalismo de los derechos”, Revista Española de Derecho Constitucional, 24, N 71, 2004, pp.47-72; POZZOLO, S., “El constitucionalismo de los derechos y la justicia”, Perfiles de las Ciencias Sociales, 5, N 9, 2017, p. 39-54

[Http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles](http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles), México, UJAT; PINO, G., “Il costituzionalismo dei diritti”, Il Mulino, Bologna, 2017.

2 Pero no solo occidental, MÖLLER, K., “The Global Model of Constitutional Rights”, Oxford UP 2012.

---

## 2. Unos rasgos importantes del constitucionalismo de los derechos

Me parece interesante proponer unos elementos de discusión a partir de un texto recién publicado en Italia por Giorgio Pino<sup>3</sup>, donde se ofrece una propuesta sistemática del modelo teórico-general del *constitucionalismo de los derechos* con un planteamiento analítico y un aparato conceptual poderoso. La discusión que, a lo largo de los últimos decenios al menos, ha cuestionado el fenómeno que nos ha llevado gradualmente a un cambio en las fuentes del derecho, con todas sus consecuencias, ha empujado una amplia producción de literatura jurídica que ha profundizado, por cierto, muchos aspectos; sin embargo, esa ha dejado también el marco teórico general “sediento” de sistematización. La obra de Giorgio Pino intenta exactamente sistematizar muchos de los tópicos que están al centro de la discusión teórica internacional, proponiendo una imagen “abarcadora” del conjunto<sup>4</sup> de los temas, desde una perspectiva que se sitúa entre el punto de vista *interno* y el *detached*. Es decir, desde la perspectiva del participante comprometido, que intenta analizar un fenómeno como un científico y, entonces, aun siendo parte del experimento, intenta alejarse un tanto para mirar con ojos menos emotivos. La perspectiva del buen ciudadano, o del buen político o juez, que quiere comprender el derecho para aportar mejoras generales, entonces, una visión *detached* lejana de los realistas estadounidenses del *bad man*, en la línea de Oliver W. Holmes<sup>5</sup>, aun quiera tener algún realismo político asumiendo que el modelo discutido es propio lo que de hecho tenemos, aun exprimiendo todavía un juicio de valor considerándolo el mejor entre los conocidos.

Los objetivos del constitucionalismo de los derechos son compartidos por el constitucionalismo en general, aunque no se agotan en la limitación jurídica del poder, sino que mantienen la pretensión de emancipación de las personas a través de los derechos. Con ellos se quiere superar la dominación y la opresión de los seres humanos por parte de otros: a través de *la regla* del derecho expresada con principios y derechos fundamentales. El valor regulativo y fundante no se limita a la afirmación de la igualdad de trato, una igualdad formalmente declarada, sino que tiene una pretensión hacia la implementación de una igualdad (más) sustantiva<sup>6</sup>. No me detengo en la descripción, quiero subrayar como lo más importante de este constitucionalismo es su afirmación no solo y simplemente del principio de legalidad, sino su querer la subordinación de todas las funciones del poder a la

---

3 PINO, G., “Il costituzionalismo dei diritti”, Il Mulino, Bologna, 2017.

4 Aún, quizás, falta un poco una reflexión que abarque plenamente el debate en América Latina, donde el modelo esta al centro del interés teórico y de la lucha política.

5 HOLMES, O.W., “The Path of the Law”, 10 Harvard Law Review 457 (1897), consultable [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm)

6 Solo para hacer un ejemplo renvío al artículo 3 de la Constitución italiana.

---

constitución. Este punto es muy importante<sup>7</sup>, entre otras razones, porque implica considerar las peculiaridades de la arquitectura del sistema jurídico en un nuevo contexto: por ejemplo, la centralidad parlamentaria, trato que caracteriza muchas de las constituciones del *constitucionalismo de los derechos*. ¿Esta centralidad que, al menos en unos casos, favorece lecturas que agotan (o disuelven) la democracia en el recuento de votos, se debería entonces poner en tela de juicio? Si todas las funciones del poder tienen que estar subordinadas al derecho, se tendría que reconsiderar la dimensión “institucionalmente participativa” de la jurisprudencia y de la doctrina<sup>8</sup>, exactamente porque todas están igualmente subordinadas a la constitución<sup>9</sup>.

Mucho se ha discutido sobre constitución y derechos, el debate no se agota y me parece interesante poner unos interrogantes todavía sobre la mesa.

### 3. Derechos ¿en serio?

Entre otros, algunos de los problemas todavía pendientes en la teoría de la ponderación de los principios giran alrededor de unos efectos ligados a la práctica. Se trata de elementos que deberían ser esclarecidos o, mejor, que deberían ser asumidos por la doctrina que defiende el modelo, tomando en serio la tarea justificativa que implican.

Tesis central de los defensores del constitucionalismo de los derechos es la ineludibilidad de las ponderaciones (o balances). Si esto es así, ello implica la búsqueda de un nuevo equilibrio entre las funciones del poder, puesto que poner en balance principios significa ofrecer una redefinición de los valores implicados, es decir, desalentar una tarea política y no solo aplicativa. Este punto no siempre llega a ser puesto en claro por la literatura, aunque el tránsito a la renovada carga justificativa que deriva del cambio no sea una sencilla práctica, pues implica una modificación de la legitimidad del poder mismo. Por eso, es preciso subrayar que en este constitucionalismo los derechos no funcionan como cartas de triunfo: los que se llaman ‘derechos’ atribuyen valor a unos intereses frente a otros, pero no tienen definido entre ellos una jerarquía fija. De este modo, la prevalencia de uno u otro queda constantemente sujeta a revaluaciones de peso: será sobre la base de consideraciones formuladas en concreto, en cada ocasión, que se reconstruirá un nuevo equilibrio entre los derechos, reduciendo la efectividad del uno o del otro según el caso. Objetivo declarado del procedimiento de ponderación es garantizar

---

7 Reenvío a la obra de Luigi Ferrajoli en particular, que tanto ha insistido sobre este punto en su reflexión

8 POZZOLO, S., *Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía*, in PENA, L. y AUSIN T. (eds. by), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 233-260.

9 El tema ha sido esbozado ya en POZZOLO, S., “Derechos de minorías, democracia directa y teoría neoconstitucionalista”, conferencia al Primer Congreso Internacional Sobre Argumentación, Democracia Y Derechos, “Argumenta Perú 2017”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 26-28 Octubre 2017.

---

al menos el núcleo o la esencia – cualquier cosa eso signifique <sup>10</sup>–del interés así reconfigurado: la reducción del *derecho-interés*, una vez operado el balance, lo dejaría de todo modo intacto como *derecho-razón* afirmado a nivel constitucional<sup>11</sup>.

Se puede observar, sin embargo, que, si asumimos la perspectiva de la persona cuyo interés se ha visto menguado, no parece tan cierto que el resultado para ella sea el respeto del *mínimo esencial*. En concreto, su derecho podrá resultar completamente violado, como en el caso en que, por ejemplo, no se siga un tratamiento médico costoso porque la aguja del equilibrio ha girado en favor de otros tratamientos, quizás menos costosos y más difundidos. Para la persona que no ha obtenido el medicamento, por ejemplo, porque no ha podido proceder a un trasplante de medula, o no ha recibido el implante coclear que le hubiese permitido oír, el interés (el derecho a su salud) no ha sido respetado tampoco en el mínimo<sup>12</sup>: sencillamente no ha recibido la prestación. Su derecho sucumbe, se transforma en interés merecido de protección y, en la práctica, cede frente a otros intereses<sup>13</sup>. Ahora bien, esto puede sucederle a grandes sectores de la población y no solo a individuos singulares<sup>14</sup>. Si las personas no pueden procurarse por sí mismas las prestaciones que necesitan, sencillamente sufrirán una reducción de la tutela, que podría llegar a la negación sustancial de su derecho<sup>15</sup>. Entonces, todas las personas que tenían las mismas exigencias no atendidas tendrán una frustración de su derecho.

En la literatura se asume que se ha producido solamente una banal reducción, un amortiguante general del derecho<sup>16</sup>. Sin embargo, esto sería si fuese igual para

---

10 Sobre eso renvío a las reflexiones que en literatura se han reservado a los efectos de las normas introducen el equilibrio presupuestario en las constituciones (por ejemplo, la constitución italiana y la española), por ejemplo, y por bibliografía, parte monográfica “Crisi economica, politiche pubbliche e diritti fondamentali” en *Ragion pratica*, 49, 2017.

11 Hablo de reducción porque muevo desde la idea que el derecho se presente “lleno” o “completo” conceptualmente; la tesis de la progresión de los derechos representa una forma de justificar la “no-plenitud del derecho en cuestión.

12 También reflexione sobre el debate sobre la posibilidad de abortar en ciertas áreas del país, por ejemplo.

13 Los que podemos llamar “meros intereses” se distinguen de los derechos por falta de autonomía de su pretensión: mientras los derechos atribuyen un poder directo e inmediato al poseedor para la realización del interés recogido por la norma, en caso se trate de mero intereses, se podría decir que, para que este valor tenga la fuerza de ser aplicado, necesita ser evaluado en un marco más general del que derivará su peso.

14 Ad ejemplo, TÓRTORA ARAVENA, H., “El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional: Aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”, en *Estudios Constitucionales*, Año 3, 2, Universidad de Talca, 2005, pp. 199-247.

15 Una reducción podría ser, por ejemplo, la oferta de la escuela obligatoria solo por la mañana, eliminando el llamado “tempo pieno” (es decir una organización de la escuela donde los programas son declinados a lo largo de 40 horas semanales, sin deberes a casa y con espacio de juego) o una reducción del sistema de *welfare* más en general.

16 Esta al fin y al cabo es la idea de optimizar a partir de la consideración de la situación concreta. Reflexiones a

---

todos, pero en este caso el derecho a la salud pretendía solo por *unas* personas una prestación que no ha sido respetada. Entonces su derecho ha sido *legalmente* no protegido frente a la protección de los derechos de otros. De este modo, la igualdad que está en la base de la idea de derechos y su reconocimiento desaparece: solo algunos no tendrán los medicamentos que necesitaban, la reducción no es igual para todos. Una vez que se ponen en balance, los derechos parecen tener un recorrido inverso: ¿en caso se sacrifican unos (quizás pocos enfermos) para la ventaja de muchos? Claro es que aquello que se necesitaba para dar sustancia a unos derechos ha sido invertido en algo distinto, seguramente merecedor de parecida tutela, pero me pregunto si esta justificación que, al fin y al cabo, es una versión de la tesis del mal menor, es suficiente para que se mantenga íntegra la justificación de un sistema como *constitucionalismo de los derechos*, puesto que en este modo se está discriminando legalmente entre quienes tienen derecho.

Me parece que de esto deriva un cambio importante en la situación: las personas ahora solamente tienen “derechos potenciales”. Quizás, sería preferible decir que ahora solamente tienen intereses reconocidos como dignos de una posible protección y entonces ¿sería oportuno hablar de intereses protegidos en lugar de derechos? Sin embargo, para los defensores del modelo, los derechos nacen con una fuerza *performativa-ejecutiva*: declarando crean<sup>17</sup>. Por este medio, habría derechos que se quedan sin transformarse en simples intereses, aun no respetados.

Si los derechos no son carta de triunfo (*a la Dworkin*)<sup>18</sup>, me pregunto ¿qué son?

No tienen un fundamento que los haga inviolables y no sirven para atribuir o reconocer un valor peculiar al bien protegido, a lo que ahora, en efecto, no se reconoce una fuerza especial. Sin embargo, la calificación de ‘derechos (fundamentales, subjetivos, humanos)’ era para bienes tan importantes de ser protegidos que debían ser respetados también cuando, respetándolos, se impedía un beneficio por

---

partir de la aplicación de la regla del presupuesto en CORTI, H., “Fundamental rights and financial constraints: four aspects of the budgetary issue”, *Ragion pratica*, 49, 2017, pp. 351-374.

17 Los derechos están separados de sus garantías, en la perspectiva de Pino; sin embargo, si a la declaración positiva no sigue la garantía, indiscutiblemente retoma fuerza el argumento de los *derechos de papel* (como los denominas Riccardo Guastini).

18 Dworkin afirma que los derechos morales son inviolables. Aun con esto se haga referencia principalmente a los derechos llamados de *libertad*, que se asumen menos problemáticos de los sociales, puesto que estos últimos, se argumenta, pretenden inversiones de recursos en el poner en marcha un sistema de prestaciones por su satisfacción. Sin embargo, como demuestra Pino también, si esto es así, si los primeros ponen menos dificultades, por cierto, no es porque no cuesten o no sirva una actividad por parte del poder público para garantizarlos. Si verdaderamente son más simples, lo serán por otras razones.

---

la mayoría<sup>19</sup>. Los derechos nacen precisamente con una función anti-utilitarista<sup>20</sup>, *contra* la mayoría<sup>21</sup>.

¿El método de la ponderación arriesga de aniquilar esta razón de ser?

A pesar de todo, la idea de que *tener un derecho* – constitucional, en particular – se corresponde, también en la percepción común, con la de contar con una protección que funciona como carta de triunfo. Cuando las personas reivindicán o afirman un derecho piden exactamente esto: que el reconocimiento impida la justificación de la acción política contraria a lo que el derecho protege. Los derechos así concebidos representan la prioridad de lo justo sobre el bien, como diría Rawls.

En todo caso, tampoco Dworkin afirma que los derechos no puedan nunca ser comprimidos o “superados” por otras razones. El debate, entonces, está en particular sobre el *cuándo* y el *cómo* pueden ser legítimamente *defeated*.

Buena parte de las críticas que se suelen dirigir a las operaciones de balance o ponderación, en verdad, se centran en las dificultades de control de la operación misma y/o se dirigen hacia la pobreza de unos resultados ofrecidos por quien hace la ponderación. Aunque la literatura<sup>22</sup> ha desarrollado una cierta procedimentalización de las operaciones de *balancing*, las dificultades son evidentes. Frecuentemente los tribunales se limitan a crear *apariencias justificativas*, sin pesar de verdad los valores involucrados. Considerando solo los elementos del caso concreto, los hechos y rasgos específicos, sin evaluar el contenido abstracto de los principios y las implicaciones que derivan de sus comprensiones o negaciones (al menos en un marco constitucional parcialmente sistematizado<sup>23</sup>), no se produce una real justificación de la interpretación propuesta: los derechos que recogen los valores protegidos no son tratados con la fuerza que aquella calificación le atribuiría. De este modo, los balances acaban para ofrecer resultados que son de hecho arbitrarios.

En la medida en que el balance es asumido como necesario, por otro lado, la arquitectura constitucional acaba atribuyendo necesariamente un rol proactivo a los tribunales; por tanto, son ellos quienes deberían hacerse cargo de la responsabilidad

---

19 CELANO, B., “I diritti dello stato costituzionale”, Il Mulino, Bologna, 2013 (pronto en traducción castellana por Palestra, Lima).

20 «Natural rights are simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, nonsense upon stilts», BENTHAM, J., “Anarchical Fallacies”, en “Nonsense upon Stilts”, ed. by J. Waldron, London-New York, Methuen, 1987, p. 53; una interesante reflexión sobre el empirismo del positivismo de Bentham en CASTIGNONE, S., “Diritti e nonsensi”, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2, 1997, pp. 309-320.

21 En primer lugar, contra el estado, en democracia contra la mayoría.

22 Me limito a reenviar a la obra de Robert Alexy; la literatura es extremadamente amplia y de profundidad.

23 CELANO, B., “I diritti dello stato costituzionale”, cit.

---

que consigue. Las justificación es no pueden resultar ficticias, tienen que ser exigentes, y la necesidad de resolver las controversias no puede evitar la corresponsabilidad de trazar, aun solo en cierta medida, una política de los derechos. En caso contrario se produce un fenómeno políticamente peligroso, puesto que acabaríamos teniendo únicamente un aumento de la indeterminación del derecho objetivo. Un fenómeno más peligroso hoy, en el que Norberto Bobbio ha llamado el *tiempo de los derechos*, cuando crece tan rápidamente la tendencia a transformar cualquier pretensión en un derecho constitucionalmente protegido<sup>24</sup>. Puede ser que tenga razón Douzinas<sup>25</sup> y que por este camino se acabe prohibiendo prohibir, puesto que todo entra en el balance y ya no hay jerarquía alguna.

Personalmente no me uno a la crítica acerca de la legitimidad política de los tribunales a proceder con ponderaciones. Creo que se trata de un fenómeno inevitable, resultado de una transformación que se va desarrollando desde tiempo y que ya ha cambiado el equilibrio de las funciones del poder. No creo que el *demos* necesariamente sufra por eso. A personas situadas en condiciones particularmente favorables para la deliberación, como puede ser un tribunal, puede serle reconocida legitimidad política para la definición de marcos legales específicos, sin que eso socave la democracia<sup>26</sup>. Por otra parte, el “pueblo” está fuertemente dividido entre intereses particulares e intereses comunes y parece difícil entrever cómo podría perseguir el llamado “bien común”, siempre que algo así exista<sup>27</sup>. Los jueces de una corte constitucional podrían tener la ventaja de tener ante sí un tiempo más largo para reflexionar, fuera de la lucha cotidiana por los votos<sup>28</sup>. En este sentido me parece se puede razonablemente considerar un sistema dotado de legítimos contrapoderes. Un fuerte sistema de *checks en balances* considerando todas las funciones para evitar la concentración, todo eso en el marco de una reflexión que

---

24 Reenvío, por ejemplo, a la noción de ‘sobre-interpretación constitucional’ formulada por Riccardo Guastini, por ej. en “La Interpretación de la Constitución” (§56), en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2011-2086, 2011 consultable a la dirección: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/12.pdf>; GUASTINI, R., “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, en *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 185-206.

25 DOUZINAS, C., “The End of Human Rights”, Hart Publishing, Oxford, 2000.

26 Aun el tema del *judicial review* siga siendo muy discutido, por ejemplo, GYORFI, T., “Against the New Constitutionalism”, Edward Elgar Publishing, Northampton Ma (USA), 2016.

27 GREPPI, A., “La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública”, Trotta, Madrid, 2012.

28 Esto, pensando a nuestras democracias en tiempo de populismo, puede ser aún más importante. Hay claramente razones fundadas totalmente contrarias que insisten sobre la importancia de las decisiones asamblearias; la discusión sobre el rol contra mayoritario de los tribunales superiores es ya muy amplia par ser ilustrada aquí. Reenvío a mero título ejemplificativo: GARGARELLA, R., “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, en *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*, 2007 consultable a las direcciones: (<http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/gargarella.pdf>); RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, en *Isonomía*, 21, 2004 ([http://www.scielo.org\\_mx/scielo.php?pid=S1405-02182004000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org_mx/scielo.php?pid=S1405-02182004000200003&script=sci_arttext)); MORESO, J.J., “Sobre el alcance del precompromiso”, en *Discusiones*, 1, 1998, pp. 95-107.

---

considere también las así llamadas exigencias de *governance* y también las de gubernamentalidad<sup>29</sup>.

Lo que me pregunto, desde una perspectiva constitucionalista y normativa, es cómo podría el modelo que tenemos satisfacer las necesidades para las que ha sido diseñado – defender los derechos de las personas contra el poder, donde sea – si no recoge rápidamente el sentido de las transformaciones en curso. El modelo del constitucionalismo de los derechos, sin una reformulación de las funciones y también de las responsabilidades que derivan de los distintos equilibrios entre ellas, abre espacios discrecionales sin contrapartida: tiende a igualar los derechos y otros intereses, favorece un sistema por el que cualquier interés puede representarse *prima facie* como un derecho, lo que reduce la importancia de los bienes protegidos. El enfoque de la proporcionalidad, desvirtuando la distinción entre derechos e intereses, transforma la protección de los primeros en una *adaptación* respecto a otros intereses en competición. Por esta vía, el discurso de los derechos pasa desde el ámbito de la justicia al de la *adecuación*, que varía en relación a condiciones contingentes variadamente reconstruidas, aunque el uso de los términos como ‘balance’ o ‘proporción’ sugiere la posibilidad de un control objetivo, matemático, capaz de resolver el conflicto de una vez para siempre. Pero no existe una métrica común, así que esta modalidad discursiva corre el riesgo de ocultar las suposiciones ideológicas y políticas de los intérpretes. La situación se agrava, me parece, si no se aclara cómo a todo derecho se corresponde siempre un sujeto obligado; un aspecto éste que se hace más borroso insistiendo sobre la separación entre “tener un derecho” y “tener también su garantía”: ¿tener un derecho quizás no es tener el poder de pretender su aplicación?

Así las cosas, no creo se trate de un fracaso. Estoy de acuerdo con la tesis de Giorgio Pino sobre eso<sup>30</sup>. Creo que hay un cambio en acción, que deriva tanto del modelo constitucional<sup>31</sup>, como del trabajo de los intérpretes. Un cambio cuyas consecuencias no están claras todavía. La doctrina debería hacerse cargo de esclarecerlas. En la perspectiva normativa del constitucionalismo, como doctrina y técnica, esta situación impone una reflexión atenta porque, si es verdad que no hay una relación biunívoca entre disposición y norma, también es verdad que, al depender en cada caso del nuevo significado atribuido a través del balance con otros intereses, nuestros derechos – si aún son tales – se ponen en riesgo. Si el conflicto es una constante del nuevo modelo, será entonces siempre necesario desarrollar una justificación para la específica aplicación y configuración de cada derecho ponderado. En suma, se tiene que hacerse cargo del hecho que el constitucionalismo de los derechos es más desafiante para todos y sobre todo para los tribunales, no es

---

29 FOUCAULT, M., “Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)”, Feltrinelli, Milano, 2005; ROSE, N., “Powers of Freedom. Reframing Political Thought”, Cambridge, Cambridge UP, 2004.

30 PINO, G., “Il costituzionalismo dei diritti”, cit.

31 Cosa que ha favorecido la interpretación neoconstitucionalista.

---

trivialmente más protector<sup>32</sup>.

#### 4. ¿Igualdad entre quién?

Me parece importante proponer unas observaciones más, siempre alrededor de los derechos, pero de otro tipo. Tomo inspiración del ya recordado trabajo de Giorgio Pino, aunque quiero hacer una reflexión más amplia, porque creo que cuanto más adelantamos con el uso del argumento del balance y la proporción, más hay riesgos de eclipsar unos presupuestos necesarios para la misma idea básica del sistema de los derechos.

Giorgio Pino, como muchos otros defensores del modelo, respalda los derechos sociales en una forma fuerte y compartible. En el marco del sistema del constitucionalismo de los derechos, los derechos sociales son una “pata” necesaria de la arquitectura, no cierto un soporte accesorio u opcional. Comparto plenamente. Pino, como otros, encuentra sus fundamentos en el principio de igualdad, que por cierto es un valor que está en la base del sistema de los derechos. Sin embargo, tengo algunas complejidades cerca de la reconstrucción.

Para dar fuerza a esta idea, Pino afirma que sujeto obligado por los derechos sociales no es, como normalmente se piensa, el estado o el poder público, sino también los sujetos privados<sup>33</sup>. Según Pino, para identificar los derechos sociales hay que mirar a los intereses protegidos y al modo en que se tutelan. Esos establecen una prestación identificable<sup>34</sup> y se construyen a partir del principio de igualdad, puesto que su función sería exactamente igualitarista<sup>35</sup>. En esta visión me parece que los derechos sociales tendrían una justificación compensatoria. En todo caso, las razones de la defensa de Pino se enraízan en la exigencia de rechazar completamente la tesis de la no exigibilidad de los derechos sociales, cosa que comparto, y sobre esto no voy a detenerme<sup>36</sup>.

Sin embargo, me parece que el argumento no funciona bien, tanto por el método de identificación del derecho social (punto sobre el cual regreso en un momento), como por la idea que la obligación sea directa al privado.

---

32 Me pregunto entonces si estamos preparando los y las futuras juristas en modo apropiado por este desafío.

33 PINO, G., “Il costituzionalismo dei diritti”, cit., p. 172.

34 Pino excluye el derecho a un ambiente saludable de esta categoría; sin embargo, no sabría exactamente cómo clasificarlo.

35 PINO, G., “Il costituzionalismo dei diritti”, cit., p. 171.

36 Los derechos sociales vienen identificados como poderes que aseguran la libertad a través del estado o miran a la integración social del individuo (PINO, p. 171). Los derechos sociales, entonces, son pensados para neutralizar particulares desigualdades, son el corazón de la así llamada “de-naturalización” de la justicia: revió solo a CELANO, B., “La denaturalizzazione della giustizia”, en *Ragion pratica*, VIII (14), 2000, pp. 81-113.

---

Para ejemplificar el caso, Pino propone el deber del empleador o empleadora de adoptar medidas de seguridad para proteger la salud de sus empleados y empleadas. Ahora bien, a mí me parece que la obligación al empleador/empleadora proviene de una ley, que es producto de la función legislativa, que ha sido obligada a promulgarla por el deber de protección de la salud establecido en la constitución. Es decir, la obligación del privado no está en el mismo plano de la que corresponde al sujeto público, porque la que determina su obligación es la ley y no directamente la constitución. Es decir, el derecho constitucional obliga al legislador a obligar al particular. Puede ser que esta sea una lectura más garantista de las relaciones entre constitución y ciudadanos, mientras en el modelo de Pino, instaurándose una relación directa entre obligación constitucional y deber de los privados, se presupone una *aceptación* sustantiva del derecho objetivo por parte de todos los ciudadanos del tipo de la que Hart imagina para los funcionarios<sup>37</sup>. Esto me parece que representa una dificultad no necesaria y problemática en una perspectiva normativa dentro del marco del constitucionalismo moderno, que asume, en primer lugar, la libertad (política y moral) de las personas. Reconstruyendo los derechos sociales en función igualitarista, quizás sería importante decidir también qué cosa es la que se quiere igualar, ¿bienes u oportunidades, por ejemplo? Y, si se trata de una actividad compensatoria, debería nuevamente definirse qué cosa es exactamente lo que se va a compensar. El punto es complejo e involucra, creo, incluso, una u otra idea de democracia. Sobre eso no me puedo detener ahora, sin embargo, al clarificar esto se revelaría lo importante también por lo siguiente.

Siempre en materia de derechos sociales o, yo diría presuntos tales, quiero llamar la atención sobre otro problema que me parece puede ser un caso ejemplificativo de las dificultades que derivan de las construcciones de modelos y definiciones no bien formadas.

Me refiero en particular, tomando del texto de Pino un ejemplo, al tema de la igualdad de salario entre sexos. El autor asume que tener igual salario (a paridad de condiciones, naturalmente) es un objetivo introducido y perseguido con los derechos sociales, un efecto del principio de igualdad conectado a la idea del derecho a obtener prestaciones (¿compensatorias?). Yo creo que eso es un error importante, porque deriva de la subestimación de la arquitectura de género que permea nuestra sociedad.

Si observamos la literatura, incluso la europea, el reconocimiento del derecho a la paridad de retribución entre los sexos parece ser el resultado de una interesante construcción normativa obtenida gracias a decisiones jurídicas; un derecho obtenido a través de la lucha por el reconocimiento de instancias desatendidas por la desnaturalización lograda por el sistema jurídico<sup>38</sup>. Se puede ver como en larga parte

---

37 Cfr. HART, H.L.A., "El concepto de derecho" (1961), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

38 CELANO, B., "La denaturalizzazione della giustizia", cit.

---

las intervenciones judiciales han sido ocasionadas por el uso del criterio, puesto bien en evidencia por Letizia Gianformaggio, de la *igualdad evaluativa*<sup>39</sup>. En este sentido, es preciso subrayar cómo en Italia, por ejemplo, no ha sido suficiente la afirmación de la prohibición de discriminación basada en el sexo ni por medio del art. 3 de la Carta Constitucional, ni gracias a las distintas normas europeas o al art. 14 de la CEDU<sup>40</sup>. La jurisprudencia es amplia y no me detengo. Sin embargo, puesto que los derechos son el corazón de la discusión, quiero llamar la atención sobre la idea (que no comparto) de configurar esta igualdad, o la prohibición de esta discriminación, como derecho social.

Aun aceptando la idea, compartida por Pino, de que los derechos sociales son fundamentales a la par de los de libertad, porque se completan unos con otros, es un error y una *diminutio* calificar como ‘social’ el derecho de paridad salarial entre los sexos. Así asumida, la igualdad entre los sexos se convierte en un objetivo, que además se tiene que poner en el balance con otros objetivos e intereses, convirtiéndose entonces en una igualdad comprimible, sacrificable debido a conjeturas momentáneas. Sin embargo, esta igualdad entre los participantes es un presupuesto del sistema de los derechos, no es un objetivo que se tiene que lograr con la distribución de la riqueza. Esta igualdad es la base del juego del constitucionalismo de los derechos, no un resultado. O, por así decir, bajo el plano conceptual no debería serlo, aunque en el plano fáctico se trate de un valor violado. Pero eso es un nivel distinto de discurso y abarca el tema de cómo garantizar fácticamente el derecho, no su estatus.

Al igual que no se puede considerar un derecho social el de la persona que tiene un color de piel distinto al de la mayoría – o que tiene una cara con rasgos particulares respecto a los demás – a recibir la misma paga que su homóloga mayoritaria, tampoco es un derecho social, sino una precondition de igualdad de los participantes, el de la mujer a tener la misma paga de su equivalente masculino. Si aceptamos la idea de que las personas pueden ser discriminadas por sus características personales, como el sexo o el color de la piel, ¿cómo se configuran los derechos de igualdad y de no discriminación que están a la base del constitucionalismo de los derechos? ¿Cómo vamos a configurar la idea misma de libertad, autonomía y dignidad? ¿Cuál sería la

---

39 GIANFORMAGGIO, L., “Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?” (1993), in Id., “Eguaglianza, donne, diritto”, Il Mulino, Bologna, p.41. Reflexionando sobre el tema de la igualdad, Gianformaggio explica bien el uso del concepto evaluativo donde el termino de relación (el criterio, el metro) se identifica conceptualmente con una de las entidades comparadas (en modo que A siempre será igual – porque se corresponde al metro - y B nunca será *igualmente igual*). En esto caso, la otra entidad, la diferente del criterio, siempre resultará no solo diferente, sino no conforme, no suficientemente iguales, al criterio de mensuración, acabando desvaluada.

40 Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social [cfr. XIV] y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo [cfr. artt. 29 c. 2, 37 c. 1, 48 c. 1, 51 c. 1], raza, lengua [cfr. art. 6], religión, [cfr. artt. 8, 19], opiniones políticas [cfr. art. 22], ni circunstancias personas y sociales. Art. 14 El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

---

noción de libertad que respetaría las personas como moralmente iguales, permitiendo al mismo tiempo que se traten tan distintamente por las características recibidas de manera aleatoria, como el color de la piel o el sexo? Me parece que por esta vía se destruye la misma idea de los derechos: ¿sobre qué bases se daría la igualdad?

No me refiero, como es obvio, a una cuestión de hecho, es decir, a la injusticia que sucede en el mundo, a la desigualdad que se quiere arreglar, exactamente, con los derechos sociales; hablo de cómo se conceptualiza la paridad, del derecho a la igualdad en sí mismo<sup>41</sup>. ¿Quiénes son los iguales<sup>42</sup>?

En la base de los derechos ciertamente encontramos el *igual valor de cada uno*, y esto se entrelaza con el valor de la libertad: a través de la afirmación de la igualdad se busca obtener la libertad: afirmando la primera, obtengo la segunda. No al revés.

La no discriminación entre los sexos está en la base del reconocimiento moral de las personas. La paridad de salario de la mujer es entonces una *precondición*: si se aceptase que una mujer, *porque es mujer*, o una persona con piel distinta, *por su color diferente*, puede ser pagada menos, se aceptaría una violación radical de la idea que es fundamento y justificación del constitucionalismo de los derechos; se afirmaría que los seres humanos son distintos por características personales como la raza, el sexo o sus creencias, y que por estas características pueden ser discriminados, descargando con esta afirmación la responsabilidad social de la discriminación.

Los derechos, por el contrario, nacen como una reivindicación de la igualdad sobre la que se fundan la libertad de los seres humanos, ya no identificados por su lugar de nacimiento o rango, religión o sexo. Así las cosas, la no discriminación salarial es una condición que tiene que preexistir al contrato social, no algo que se obtiene como resultado de los derechos. Si a las mujeres, o a quien tiene piel “de otro color”, o una distinta fe (o no la tiene), por esa misma razón es reservado un trato discriminatorio, por sus características personales, se trata de un fracaso del entero edificio de los derechos: se violaría lo que funda, lo que está en la base y determina, todo el sistema.

Obsérvese que no es posible admitir el balance de este presupuesto, porque de eso derivaría la calificación de personas de segunda clase debido a sus características subjetivas. Los derechos fundamentales nacen exactamente para superar una tal catalogación: en esto, en primer lugar, reside la desnaturalización de la justicia de las organizaciones políticas modernas, esto funda su legitimidad<sup>43</sup>.

---

41 POZZOLO, S., “Avvistamenti dall’isola che non c’è”, todavía inedito en “Problemi attuali di Filosofia del Diritto. Discutendo con Bruno Celano”, coordinado por P. Luque y M. Maldonado.

42 MACKINNON, C., *Le donne sono umane?* (2007), Bari, Laterza, 2012.

43 Claramente esto significa que la igualdad tiene que respetar las diferencias también, es decir no ser una *igualdad evaluativa* (véase nota 39). Sobre el tema de la igualdad-diferencia recuerdo la interesante reflexión de MINOW, M., “The Supreme Court 1986 Term: Foreword: Justice Engendered”, en *Harvard Law Review*, 101, N. 1, 1987, pp. 10-95.

---

Oscurer la relevancia de estas sutiles diferencias en la catalogación de los derechos me parece que representa uno de los aspectos peligrosos del recorrido aplicativo de la ponderación. Hay aspectos que no pueden no ser considerados irrenunciables, reales y verdaderos triunfos: nuestras conceptualizaciones no son inocuas, tienen cuerpo y peso. Por lo tanto, mi reconocimiento como igual a los demás no puede ser el resultado de un balance ocasionado por un caso concreto y por las posibilidades del momento. Mi reconocimiento a una igual paga es una precondition de mi reconocimiento como persona, es decir en cuanto ser humano; si esto se excluye, o se pone en discusión tal derecho *porque mujer*, el problema no se refiere solo a mi caso, a la singular ocasión surgida en particulares circunstancias concretas, sino se plantea para todas las mujeres en cuanto mujeres, identificadas por sus características intrínsecas, juzgadas de menor valor y que se ponen en balance con otros intereses. Sacrificables.

El principio de igualdad no es solamente la base de los derechos sociales, aunque lo sea una vez entendido en sentido substancial, es decir, como instrumento para perseguir una sociedad igualitaria o, incluso, una sociedad con (más) igualdad de oportunidades. Sin embargo, el derecho a una igual remuneración (con mismo valor trabajado) es algo que pertenece al reconocimiento del valor de la persona en sí misma, no se trata de una medida directa para neutralizar particulares desigualdades. *Ser mujer* no es distinto de *ser hombre*, al menos en un marco de igual consideración de los componentes de la especie humana y de respeto a la dignidad. Si hay diferencias jurídicas entre ellos, entonces es el derecho a crearlas, y lo hace indebidamente en un estado constitucional de derechos. Esto vale, obvio, a menos que ser mujer se considerase, ya desde el comienzo, como un defecto. Un defecto que, entre otras cosas, no pudiendo ser corregido, como se haría con unas gafas por un déficit de visual, tendrá que ser socialmente compensado. Y lo mismo, entonces, valdrá para quien tiene la piel de “otro color”, para quien tiene una fe distinta de la mayoría, y así sucesivamente.

Esta reconstrucción teórica sería difícil de defender y justificar hoy, aunque no tengo duda de que algunos lo intentarían. Por cierto, no es el caso de Giorgio Pino, que es un convencido defensor del estado constitucional de derechos. Pero, precisamente por eso, para defender los derechos, se tiene que llamar la atención a la importancia de unos presupuestos que no se pueden balancear. Si el constitucionalismo de los derechos quiere mantener aquello que promete, debe asumir el compromiso necesario para que el bien precioso de los derechos no lo sea solo para alguien, convirtiéndose en objeto de un deseo inalcanzable, algo que cuelga demasiado alto sobre su nariz, para los demás.

---

# ANOTACIONES EN TORNO A LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONTROL SOCIETARIO

Nicolás Gamboa Morales\*

**RESUMEN:** La nacionalidad de una sociedad que busca determinar su domicilio, pese a que independientemente su capital este conformada por inversionistas extranjeros dentro de un país. En la primera parte de este ensayo, el tópic de la nacionalidad de las personas jurídicas parecía no tener complicación o debate. Sin embargo, en tanto y cuanto se iban produciendo actividades transfronterizas, la nacionalidad comenzó a tener incidencia, en función de la protección diplomática. Por último, la separación de la persona jurídica de la compañía y la del accionista, cada uno con un conjunto diferente de derechos. Cabe resaltar que, en cuanto la sociedad exista, el accionista no tiene derecho alguno sobre los activos de la empresa.

**ABSTRACT:** The nationality of a company that seeks to determine its domicile, although independently its capital is made up of foreign investors within a country. the topic of the nationality of legal persons seemed to have no complication or debate. However, as long as cross-border activities were occurring, nationality began to have an impact, depending on diplomatic protection. In conclusion, the separation of the legal person from the company and the shareholder, each with a different set of rights. It should be noted that, as soon as the company exists, the shareholder does not have any rights over the assets of the Company.

**PALABRAS CLAVE:** Personas Jurídicas — Nacionalidad - Protección diplomática — Convenio de Washington — CIADI

**KEYWORDS:** Legal Entities - Nationality - Diplomatic protection - Washington Convention - ISCID

## 1. Introducción

Al extenderme el Área de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario su amable invitación para participar en el proyecto académico encaminado a esta publicación, y corresponderme tratar lo relativo a la nacionalidad de las personas jurídicas, consideré, de manera inicial, que las detalladas reglas establecidas por la Facultad para la presentación de contribuciones tendrían poco desarrollo en mi trabajo, dado que el tema sería agotado rápidamente.

---

\* Socio fundador de la firma de abogados Gamboa & Chalela, Bogotá. Profesor en el área de métodos alternos de solución de controversias en las Universidades del Rosario y Externado de Colombia.

El autor agradece la colaboración de los abogados Felipe Albornoz Rebolledo e Isabella Ariza Murillo en la investigación del material referido en este ensayo.

---

No obstante, a medida que iba adentrándome en el tópico, fue evidente que se prestaba para múltiples anotaciones, que dejaban sin efecto la impresión inicial sobre su alcance.

Por ende, pues, la presentación de tales comentarios constituirá la parte básica de este ensayo.

## **2. El estatuto comercial colombiano**

El artículo 469 del Código de Comercio colombiano (“C. Co.”) luce categórico sobre el punto de la nacionalidad de las sociedades, pues con claridad expresa:

“Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior”.

Por consiguiente, serán colombianas las sociedades constituidas conforme a la ley de este país y con domicilio en el mismo.

A su turno, y consistente con la separación que se predica entre los asociados y la persona moral de la cual forman parte, el inciso final del artículo 98 del C. Co. dispone:

“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Así, pues, constituida y domiciliada en Colombia una sociedad, la nacionalidad que tengan los asociados no gravita para la calificación de aquella como extranjera

En notable cita inserta en la tesis de grado presentada en 1916 por el señor Bernardo Rueda Vargas en la Universidad Nacional y titulada “*Estudio sobre la Nacionalidad y el Domicilio en lo relacionado con Sociedades Extranjeras*”, se lee:

“El caso ocurrido en la República Argentina y aceptado por Inglaterra, nos parece que sienta una doctrina en un todo de acuerdo con los sanos principios jurídicos. El doctor Bernardo de Irigoyen, Ministro entonces de Relaciones Exteriores de aquella República, desarrolló y sostuvo la siguiente doctrina:

‘El Banco de Londres es una sociedad anónima a la cual han dado existencia las leyes de Santa Fe. Si una

---

infracción a estas leyes ha tenido lugar, si el Banco ha sufrido perjuicios, si hay derecho de creer que algunos funcionarios de esta Provincia se han extralimitado en sus atribuciones, el Banco tiene todas las vías legales para demandar y obtener reparación.... Solamente cuando hay denegación de justicia, cuando las vías abiertas por la ley están cerradas o notoriamente obstruidas por los agentes encargados de aplicarlas, recién entonces un asunto que afecte los intereses de extranjeros puede ser traído a la discusión diplomática. V.E. manifiesta en su última nota que la conducta de las autoridades del [sic] Rosario comporta una de las más graves ofensas contra los súbditos de un país amigo: debo refutar inmediatamente esta conclusión. El Banco de Londres es una sociedad anónima; es una persona jurídica que existe con un fin determinado. Las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza.... La sociedad anónima es una persona jurídica distinta de los individuos que la forman, y aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros, no tiene derecho a protección diplomática.... Si el hecho de que los accionistas pertenecieran a un país determinado diera a la sociedad anónima el carácter nacional de éstos, resultaría ser una entidad que cambiaría continuamente de nacionalidad y que podría a veces tener varias, lo que causaría serias complicaciones, que podrían comportar el desconocimiento de las leyes locales que han dado origen a esas sociedades”<sup>1</sup>.

---

1 Rueda Vargas, Bernardo, *Estudio sobre la Nacionalidad y el Domicilio en lo relacionado con Sociedades Extranjeras*, Tipografía Minerva, Bogotá, 1916, pp. 55 – 57.

El artículo 74 del Decreto 222 de 1983 –régimen de contratación estatal anterior a la Ley 80 de 1993– recogía el punto con claro espíritu de prevención a cualquier intervención foránea:

“*De la sujeción a la ley colombiana y de la renuncia a reclamación diplomática.* Los contratos que se celebren con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos.

En ellos debe constar la **renuncia del contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato**, salvo el caso de denegación de justicia.

Se entiende que no hay denegación de justicia cuando el Contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a las leyes colombianas, puedan emplearse ante las jurisdicciones ordinaria o contencioso-administrativa.

La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

**Los contratos no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a dicha reclamación diplomática.”** (Énfasis añadido).

---

Y más prosaicamente, la Superintendencia de Sociedades, en Oficio No. 220–01055 del 4 de Febrero de 2013, expresó, en respuesta a una consulta:

“La nacionalidad de una sociedad está determinada por su domicilio, luego si en los estatutos se establece que lo será una ciudad en Colombia, se considera nacional colombiana, independientemente de que su capital sea en su totalidad conformado por inversionistas extranjeros”<sup>2</sup>.

Hasta aquí todo muy sencillo y carente de controversia. No obstante, en el marco de la globalización y de la inversión transfronteriza, y a la luz de los instrumentos de derecho internacional público reguladores de una y otras, el tema cobra complejidad y, por supuesto, relevancia a la luz de los objetivos perseguidos en el entorno que se menciona.

### 3. La “protección diplomática”

La noción de nacionalidad tiene cercana relación con el concepto de *protección diplomática*, toda vez que a su amparo, una vez que un *extranjero* –y el problema era caracterizar el término– ingresaba a un estado, este adquiría el compromiso de brindarle protección en su persona y en sus bienes, fallido lo cual el estado del *extranjero* –sujeto de derecho internacional– hacía propio el reclamo de su nacional<sup>3</sup>.

En palabras del fallo rendido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924 en el caso de las *Concesiones Palestinas Mavrommatis* (Grecia vs. Reino Unido):

---

2 Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220–01055, 4 de Febrero de 2013.

Cabe precisar que el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, atinente a la preservación de la moralidad en la administración pública y a la erradicación de la corrupción administrativa dispone que “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

3 El filósofo, diplomático y experto legal suizo Emer de Vattel, señalaba en su obra de 1758 *Droit des gens; ou, Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, que:

“... quien quiera que maltrata a un ciudadano ofende directamente al Estado. El soberano de ese Estado debe vengar la afrenta, y de poder, forzar al agresor a la reparación íntegra o castigarlo, pues, de lo contrario, el ciudadano simplemente no obtendría la meta primordial de la asociación civil, valga decir, la seguridad”.

(de Vattel, Emel, *Droit des gens; ou, Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, citado por Ricardo Letelier Astorga, *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in light of its Jurisprudence*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. II, 2007, p. 426 – T. del A.).

---

“Al asumir el caso de uno de sus súbditos y recurrir, en nombre de este a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales, un Estado está, en realidad, afirmando sus propios derechos, su derecho de asegurar, en la persona de sus súbditos, el respeto por las reglas del derecho internacional”<sup>4</sup>.

Claro como pueda aparecer lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de lo debatible que sea tal posición<sup>5</sup>, el tema de la nacionalidad se torna crucial, como que es el factor que determina si procede o no la acción de un estado en desarrollo de la *protección diplomática*.

A tal efecto, y combinada con el tema de la diferenciación entre la personalidad de las personas jurídicas y la de sus socios o accionistas, se considera que la sentencia expedida por la Corte Internacional de Justicia el 5 de Febrero de 1970 en el caso de *The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited*, generalmente conocido como *Barcelona Traction*, que involucró a Bélgica y a España<sup>6</sup>, es emblemática sobre el tema en comentario, a cuyo efecto destaco los siguientes pasajes:

---

4 Corte Permanente de Justicia Internacional, fallo del 30 de Agosto de 1924, *Grecia vs. Reino Unido*, consultado en [www.worldcourts.com/pcij/](http://www.worldcourts.com/pcij/) (T. del A.).

5 La “Doctrina Calvo”, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo en su tratado *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y de América*, publicado en 1868, postulaba que los ciudadanos extranjeros no podían reclamar o gozar derechos, tratamiento o protecciones superiores o diferentes de las asignadas a los ciudadanos nacionales.

La Doctrina Calvo –ciertamente relacionada con el bloqueo de Buenos Aires llevado a cabo entre 1838 y 1840 por la flota francesa, evento donde el encargado francés de asuntos en Buenos Aires arrogantemente afirmó que Francia “representaba en esta ocasión los principios de la civilización y de la justicia en contra de un gobierno que desconocía por completo el derecho de gentes y las leyes de la humanidad”– apuntaba a excluir el uso de la fuerza militar o la intervención de un país cuyos nacionales habían sido afectados por conmociones internas, consideradas por Calvo como eventos de fuerza mayor y, por tanto, eximentes de responsabilidad por parte del país donde habían ocurrido los disturbios.

A su turno, la “Doctrina Drago”, publicada en 1907 y formulada en su trabajo *Los Empréstitos de Estado y la Política Internacional* por el jurista Luis María Drago, también argentino –que se inspiró en las acciones navales de Alemania, Gran Bretaña e Italia contra los buques venezolanos y el bloqueo de los puertos de ese país, en el marco de varios reclamos, incluyendo la falta de pago de deudas públicas– afirmaba que la decisión de no pagar una deuda pública era un acto de estado (*iure imperii*), que no era debatible ante las cortes locales, ni traía consigo una denegación de justicia que legitimara la acción del país del acreedor reclamante.

6 En virtud de una acción promovida por Bélgica se pretendía ejercer protección diplomática contra España por cuenta de los accionistas de *The Barcelona Traction Light And Power Company, Limited*, mayoritariamente de nacionalidad belga, a raíz de acciones tomadas por las autoridades españolas, debiendo precisarse que la compañía había sido constituida y operaba en Canadá.  
El punto bajo análisis fue, entonces, si dada la nacionalidad de los accionistas, Bélgica tenía *jus standi* para perseguir la reparación supuestamente debida a sus ciudadanos.

---

“La protección diplomática trata un área muy sensible de las relaciones internacionales, ya que el interés de un Estado extranjero en la protección de sus nacionales se contrapone a los derechos de soberanía territorial.... Desde sus inicios, estrechamente vinculados con el comercio internacional, la protección diplomática ha sufrido un particular impacto por el crecimiento de las relaciones económicas internacionales, y, al mismo tiempo, por las profundas transformaciones que han tenido lugar en la vida económica de las naciones. Estos últimos cambios han dado origen a las instituciones municipales, las cuales han trascendido fronteras y han comenzado a ejercer una influencia considerable en las relaciones internacionales. Uno de estos fenómenos, que tiene incidencia particular en el presente caso, es el de la personalidad corporativa. (...)

La ley municipal determina la situación jurídica no solo de las sociedades de responsabilidad limitada, sino también de aquellas personas que poseen acciones en estas. Separado de la compañía por numerosas barreras, el accionista no se puede ser identificado con ella. El concepto y la estructura de la compañía están basados y determinados por una firme distinción entre la separación de la persona jurídica de la compañía y la del accionista, cada uno con un conjunto diferente de derechos..... En cuanto la sociedad exista, el accionista no tiene derecho alguno sobre los activos de la empresa. (...)

No obstante la personalidad jurídica separada, el hecho dañoso infligido a la compañía frecuentemente causa perjuicios a sus accionistas. Pero el simple hecho de que el perjuicio sea sufrido por ambos, compañía y accionistas, no implica que una y otros esté facultado para reclamar indemnización... sin duda los intereses de los agraviados son afectados, pero no sus derechos. Así, cuando los intereses de los accionistas son perjudicados por un acto cometido contra la sociedad, es esta quien debe cuidar de promover la acción apropiada, pues aunque dos entidades separadas pueden haber sufrido por el mismo hecho dañoso,

---

solamente se han infringido los derechos de una de ellas<sup>7</sup>.

Como puede apreciarse *Barcelona Traction* adoptó la posición de diferenciar claramente la personalidad jurídica de la sociedad frente a la de los asociados, razón por la cual no cabía el *levantamiento del velo corporativo* para fines de ejercer la protección diplomática en función de la nacionalidad de estos<sup>8</sup>.

Años más tarde, sin embargo, la Corte Internacional de Justicia modificó el curso, y en la sentencia expedida el 20 de Julio de 1989 en el caso de *Elettronica Sicula S.p.A.*, conocido como *ELSI*<sup>9</sup>, que tuvo como eje el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Italia y los Estados Unidos en 1948 y su Acuerdo Suplementario de 1951<sup>10</sup>, determinó que este último país tenía *jus standi* para ejercer

---

7 *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia del 5 de Febrero de 1970, párrafos 37, 41 y 44 (T. del A.).

8 Sin embargo, y como excepción, la sentencia admite que, para fines de ejercer la protección diplomática, el *levantamiento del velo corporativo* podría ocurrir en dos eventos. El primero, cuando la persona jurídica había cesado de existir, y el segundo cuando el estado del que la persona jurídica era “nacional” no estaba en condiciones de ejercer la reclamación diplomática en nombre de esta. (Cf. *ibid.*, párrafo 64).

9 Apoyándose en que había habido una violación al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1948, Estados Unidos demandó a Italia por los perjuicios sufridos por los accionistas de ELSI, compañía constituida en Italia, cuyos accionistas eran las empresas norteamericanas Raytheon Company y Machlett Laboratories, Inc.

Ello, dado que la planta de ELSI en Sicilia y sus equipos habían sido incautados por las autoridades italianas cuando la compañía anunció en 1968 que, debido a sus dificultades financieras y pese a los esfuerzos de Raytheon Company (accionista mayoritario), había decidido liquidar la empresa y cerrar su factoría con el consiguiente despido de los trabajadores.

Se adujo que la incautación por parte del gobierno italiano había impedido una liquidación ordenada de ELSI, lo que condujo a un proceso de quiebra que, en últimas, derivó en que la planta y los principales activos de ELSI fueron adquiridos por una subsidiaria del *Istituto per la Ricostruzione Industriale*, entidad gubernamental, a precios sustancialmente bajos, con lo que, por una parte, se forzó al pago de obligaciones de ELSI garantizadas por Raytheon Company con los fondos de esta y no con el producto de los activos de aquella y, por la otra parte, no se logró obtener excedente alguno para los accionistas.

10 Estos “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” son claros precursores de los actuales “Tratados de Libre Comercio” y de los “Tratados Bilaterales de Inversión”.

El desequilibrio de los tratados de “Amistad, Comercio y Navegación”, en detrimento de las naciones en desarrollo, era virtualmente general. Por ejemplo, Colombia suscribió con la Gran Bretaña el “Tratado Gual – Hamilton Campbell” del 18 de Abril de 1825, que Eduardo Lemaitre considera de incidencia funesta en la economía del país, explicando:

“La Gran Colombia, en sus orígenes, y la Nueva Granada, en sus primeros años, creyeron oportuno en materia de lo que hoy llamaríamos ‘planeación económica’, estimular y proteger algunas industrias que se reputaban básicas: la marina mercante nacional, en primer lugar, mediante rebaja de un 5% sobre los derechos de aduana para las mercancías introducidas al país en buques colombianos; la artesanía, dentro de la cual se podía considerar la industria textilera y otras por el estilo y, en fin, la agropecuaria...

---

la *reclamación diplomática*, pese a que la entidad formalmente afectada era una sociedad italiana.

Por razones probatorias, Estados Unidos no prevaleció en el caso. No obstante, a los fines de este ensayo, considero de particular interés lo expresado por los Magistrados Shiregu Oda, en su opinión separada<sup>11</sup>, y Stephen M. Schwebel<sup>12</sup>, en su opinión disidente:

Expuso el primero:

“He votado en favor de la Sentencia porque he concluido que Italia no ha cometido violación alguna ni del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1948 ni del Acuerdo Suplementario de 1951, y que el reclamo indemnizatorio de los Estados Unidos proveniente de sus alegaciones sobre tal violación debe, por tanto, ser rechazado. Sin embargo, he llegado a esa conclusión por razones que no son enteramente las mismas que soportan la Sentencia de la Corte, y considero apropiado señalar mi personal punto de vista: (....)

El propio concepto de una compañía por acciones trae consigo una distinción entre la entidad corporativa y el ensamble de accionistas. El carácter fundamental de la compañía, en particular con relación al status de los accionistas fue tan claramente expuesto en la Sentencia de

---

Pero vino el Tratado con la Gran Bretaña y, dentro de sus cláusulas se introdujo una, fatal: se concedió a las mercancías inglesas, transportadas bajo pabellón inglés, la misma rebaja del 5% con que había querido estimularse a la marina mercante colombiana y, nadie, como es obvio, volvió en Colombia a pensar en navegar, ni en comprar o construir barcos. Y detrás de la Gran Bretaña se vinieron, con exigencia de la misma gabela Francia y Holanda”

(Lemaitre, Eduardo, *Panamá y su separación de Colombia*, Biblioteca Banco Popular, Bogotá, 1972, pp. 49 y 50).

A su turno, Estados Unidos obtuvo el mismo trato preferencial a través del “Tratado Mallarino – Bidlack” de 1846, que reemplazó el “Tratado Gual – Anderson” de 1825, donde no había tal estipulación.

Estados Unidos celebró en la posguerra varios tratados de este tipo, como, por ejemplo, con China (1946), Italia (1948), Irlanda (1950), Dinamarca, Grecia e Israel (1951), Japón (1953), Alemania Occidental (1954), Irán (1955), Holanda y Corea del Sur (1956).

11 El Magistrado Oda **concurrió** con la decisión de fondo del Tribunal, más no con la posición jurisdiccional.

12 El Magistrado Schwebel **se apartó** de la decisión de fondo, pero compartió la postura jurisdiccional del Tribunal.

---

la Corte en el caso referente a *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application)*, que es relevante citar ciertos pasajes de tal decisión. (...)

Los derechos sustanciales de los accionistas permanecen confinados al área de participación en la distribución de las utilidades de la compañía y, en el evento de liquidación, a compartir el remanente de la propiedad de esta.... En efecto, los derechos de los accionistas en relación con la compañía y con sus activos son limitados como corolario de su responsabilidad limitada.

Como explicó la Corte en 1970, tales derechos –que han sido descritos como ‘derechos directos’... de los accionistas– no connotan ningún derecho de acción en nombre de la entidad corporativa. Por el contrario, ellos más bien constituyen derechos frente a tal entidad. Es en este último aspecto en el que ellos están protegidos bajo las leyes locales. Si la compañía o su administración fallan con relación a tales derechos, los accionistas estarán facultados para solicitar ciertas acciones contra la compañía. En otras palabras, los accionistas pueden promover acciones en los tribunales locales si hay violación de sus ‘derechos directos’ tales como la denegación de su derecho a beneficiarse de la distribución de utilidades o de participar en las asambleas de accionistas.

Visto el asunto desde una perspectiva ligeramente diferente, los accionistas puede aprobar una política en sus asambleas y la compañía será responsable por su implementación [pero los] accionistas no pueden reclamar derechos diferentes de aquellos frente a la compañía. Consecuentemente, si se encuentra que la política ha sido frustrada por la actuación controversial de un tercero, puede haber motivos para considerar que los derechos de la compañía han sido infringidos, pero no los ‘derechos directos’ de los accionistas. Se sigue que ellos no tienen *jus standi* frente al tercero en cuestión”<sup>13</sup>.

---

13 *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Sentencia del 20 de Julio de 1989, Opinión Separada del Magistrado Oda (T. del A.).

---

Y señaló el segundo:

“La Sentencia de la Corte es, en mi opinión, sólida en dos aspectos básicos, que tienen importantes implicaciones para la vitalidad y el crecimiento del derecho internacional en las correspondientes áreas: (...)

Segundo, la Sentencia interpreta el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Estados Unidos e Italia en forma tal que lo sostiene, en lugar de restringirlo, como un instrumento para la protección de los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de los Estados Unidos en Italia y los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de Italia en los Estados Unidos. Se presentaron alegaciones ante la Corte que de aceptarse habrían privado al Tratado de gran parte de su valor. En particular, se sostuvo que el Tratado era esencialmente irrelevante para los reclamos de Estados Unidos en este caso, por cuanto las medidas tomadas por Italia no afectaban directamente nacionales o sociedades de Estados Unidos, sino una sociedad italiana... cuyas acciones eran poseídas por sociedades estadounidenses, cuyos derechos como accionistas estaban fuera del alcance de la protección otorgada por el Tratado. La Corte no aceptó este argumento, ni tampoco la alegación de que el derecho a organizar, controlar y administrar una sociedad estaba limitado a la constitución de una compañía y a la elección de sus directores... ni que el derecho de control y administración no estaba afectado por la incautación de la planta y equipos de la sociedad. Tampoco halló la Corte necesario tomar una posición sobre el reclamo de que los términos del Tratado deben ser interpretados restrictivamente para incluir una expropiación (...).

En síntesis, las estipulaciones pertinentes del Tratado han sido interpretadas para darles efecto en lugar de restárselo. Los reclamos de Estados Unidos en este caso no han sido aceptados, pero no porque la Corte haya decidido contra tal país sobre la aplicabilidad del Tratado, sino por haber decidido en su contra respecto del sentido legal y práctico

---

asociado con los hechos del caso”<sup>14</sup>.

Desde un punto de vista personal, y frente a estas decisiones opuestas, estimo, como anotación final de esta parte, que la argumentación de la Corte en *Barcelona Traction* luce más sólida que la presentada en *ELSI*, sin que ello signifique demérito para la apertura adicional del tratamiento del tema, como en efecto, y por excelencia, ha ocurrido a raíz del Convenio de Washington, al que se aludirá a continuación.

#### **4. El Convenio de Washington. El criterio de *control* de las personas jurídicas**

Con la adopción en 1965 del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, universalmente conocido como Convenio de Washington, y el consecuente establecimiento del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, universalmente conocido como CIADI (o *ICSID* por su sigla en inglés)<sup>15</sup>, se abrió, por definición, un área para el tratamiento de la nacionalidad de las sociedades, pues, en efecto, el artículo 25.2 del Convenio dispone:

“Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’:

a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante

---

14 *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Sentencia del 20 de Julio de 1989, Opinión Disidente del Magistrado Schwebel (T. del A.).

15 Colombia adhirió al Convenio de Washington a través de la Ley 267 de 1996 y depositó el instrumento de ratificación el 15 de Julio de 1997

Frecuentemente se menciona que la adherencia de Colombia al Convenio de Washington ocurrió por medio de la Ley 267 de 1995. Este error se debe a que la Corte Constitucional al estudiar la Ley 267 y pronunciarse favorablemente a ella en Sentencia C-442 del 19 de Septiembre de 1996 aludió a 1995 como año de la norma, debiendo enmendar la referencia a través del Auto 016/97 (Julio 3).

Cabe recordar en este punto que la iniciativa del Banco Mundial de 1964 –que devino en el Convenio de Washington– encaminada a la promoción del desarrollo de los países de menores recursos donde, como factor de relevancia para tal fin, se buscaba remover las controversias sobre inversiones de las jurisdicciones locales y, como contrapartida, prevenir que estas se transformaran en conflictos entre estados, contó, en una primera fase, con mínima acogida en América Latina, pese a que para incentivar la adhesión de la subregión se había eliminado del texto original la subrogación de los derechos del inversionista en favor de su estado de origen. Posteriormente, y ciertamente asociado con el incremento de las relaciones transfronterizas, se produjo la adhesión de la subregión, con las conspicuas excepciones de Brasil, Cuba y México, desde el principio y Bolivia, Ecuador y Venezuela, por retiro posterior.

---

distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, **por estar sometidas a control extranjero**<sup>16</sup>. (Énfasis añadido).

A su turno, si bien el CIADI ha tendido a considerar como prevalente el criterio del lugar de constitución para determinar la nacionalidad de un inversionista<sup>17</sup>, es

---

16 El artículo 25.1 del Convenio dispone:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

17 En la decisión jurisdiccional pronunciada en *Societe Ouest Africaine des Betons Industriels (SOABI) vs. Senegal*, si bien data de 1984, se consigna:

“El tribunal ha observado que la Convención no define el término ‘nacionalidad’, dejándole así a cada estado la facultad de determinar si una empresa es o no es poseedora de su nacionalidad. Por regla general, los estados aplican los criterios ya sea de la oficina principal o del lugar de constitución, para poder determinar la nacionalidad. En contraste, ni la nacionalidad de los accionistas de la sociedad, ni el control extranjero del capital, normalmente rigen la nacionalidad de una empresa, aunque la legislación pueda incluir dichos criterios en circunstancias excepcionales. Así, una ‘persona jurídica que tenga la nacionalidad del Estado parte en la diferencia’, la frase utilizada en el Artículo 25 (2) (b) de la Convención, es una persona jurídica que, de acuerdo a las leyes del Estado en cuestión, tiene su oficina principal o ha sido constituida en ese Estado. En el curso normal, dicha persona jurídica no clasificaría como un nacional de otro Estado contratante, y por tanto, no tendría acceso al Centro. Sin embargo, el párrafo 25 (2) (b) de la Convención, le otorga a tal persona jurídica el acceso a los arbitrajes bajo el auspicio del Centro en razón a estar siendo controlada por intereses extranjeros. El tribunal también observa que el estado de ‘nacional de otro Estado contratante’ se ha de establecer, en el caso de una persona jurídica, con referencia a la fecha en la cual las partes acordaron someter la disputa ante el Centro”.

(Caso CIADI *Societe Ouest Africaine des Betons Industriels (SOABI) vs. Senegal*, Sentencia del 1o de Agosto de 1984, § 29 – T. del A.).

---

evidente que el propio Convenio, a través del precitado artículo 25.2 (b), y por la vía de la excepción, da margen para recurrir al criterio del *control* del inversionista.

Es por ello, entonces, que he estimado pertinente aludir a dicho aspecto a través de algunas expresiones jurisprudenciales emitidas por tribunales arbitrales CIADI, que se han ocupado de este crucial tópicico desde varias perspectivas.

### ***Autopista Concesionada de Venezuela C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela***

En la decisión pronunciada el 27 de Septiembre de 2001 en el caso *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) vs. República Bolivariana de Venezuela*, el tribunal arbitral determinó que tenía jurisdicción para decidir el caso –como en efecto lo hizo el 23 de Septiembre de 2003– sobre la base de que en el contrato de concesión otorgado a Aucoven se había previsto que “*si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la concesionaria llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*”, se acudiría al arbitraje bajo el CIADI, situación que planteó Aucoven con base en la aprobación que había dado el gobierno venezolano para que la controlante de su accionista mayoritario<sup>18</sup>, la sociedad mexicana Empresas ICA Sociedad Controladora, S.A. de C.V. (ICA Holding), transfiriera el 75% de sus acciones a Icatech Corporation,<sup>19</sup> sociedad constituida y operante en el Estado de Florida, Estados Unidos, cuya propiedad pertenecía íntegramente a ICA Holding.

Venezuela, a su turno, se había opuesto a la jurisdicción del CIADI arguyendo que Icatech Corporation era controlada por ICA Holding y que México no era parte del Convenio de Washington.

El tribunal arbitral fundamentó su decisión en que las partes de la concesión, al amparo del artículo 25.2 (b) del Convenio de Washington, habían establecido un criterio razonable para fijar el concepto de *control extranjero* –y con ello determinar la obligación de acudir al arbitraje CIADI– criterio que debía ser respetado, pues “[e]n virtud de la autonomía otorgada a las partes en el Convenio del CIADI, un Tribunal de Arbitraje no puede adoptar una definición más restrictiva del término ‘control extranjero’ a menos que las partes hayan ejercido sus facultades discrecionales de

---

18 Al momento de su constitución en Venezuela, Aucoven tenía como accionistas a la empresa mexicana ICA (99%) y al banco venezolano de inversión Baninsa (1%).

19 Originalmente denominada ICA Investment Corporation.

---

*un modo inconsistente con los fines del Convenio*<sup>20</sup>.

***Perenco Ecuador Ltd. vs. República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador***

La línea de análisis sobre el *control* de una sociedad a los fines de atribuirle nacionalidad tal que le permitiera promover un arbitraje CIADI al amparo de un tratado bilateral de protección de inversiones, fue seguida en la decisión sobre jurisdicción pronunciada el 30 de Junio de 2011 en el caso *Perenco Ecuador Ltd. vs. República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador*, donde se expresó:

“No se discute entre las partes que el artículo 9, párrafo segundo, del Tratado define ‘control extranjero’ a los efectos del artículo 25(2) (b) del Convenio de Washington. También ha quedado claro que el artículo 9, párrafo segundo, no se le aplica al demandante, ya que no es una persona jurídica ecuatoriana.

El artículo 25(2) (b) de la Convención aborda dos temas sobre nacionalidad en relación con personas jurídicas. Su primera frase establece la regla general de que esas personas, a fin de acogerse a la jurisdicción del Centro, deben tener la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado Contratante parte de la controversia. La segunda frase va dirigida a la nacionalidad de las personas jurídicas creadas en virtud de la ley del Estado Contratante parte en la controversia. Aunque la Convención reconoce que cualquiera de tales personas tiene la nacionalidad del Estado Contratante, puede ser tratada como nacional de otro Estado Contratante cuando ‘a raíz del control extranjero, las partes han acordado que debe tratarse como nacional de otro Estado Contratante’. De esta manera, el Convenio de Washington proporciona un mecanismo para que las partes acuerden que el nacional de un Estado que normalmente no podría presentar una reclamación internacional contra su propio Estado, pueda otorgársele tal legitimidad bajo el Convenio.

---

20 Caso CIADI ARB 00/5, Sentencia del 27 de Septiembre de 2001, § 114.

El texto del tribunal arbitral fue complementado con una cita tomada de Paul C. Szasz, *A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes*, documento aportado por Aucoven.

---

En opinión del Tribunal tiene razón el Demandante en caracterizar el artículo 9, párrafo segundo, del Tratado como una norma especial que, de conformidad con el artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington, tiene por objeto extender la jurisdicción del CIADI para casos en los que un nacional del Estado que sea parte de la controversia no tendría legitimidad para interponer una demanda en contra de su propio Estado”<sup>21</sup>.

***Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Democratic Republic of the Congo***

Esta línea de decisiones parecería estar en contradicción con lo resuelto el 1º de Septiembre de 2000 en el caso *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. (SAKIMA) vs. Democratic Republic of the Congo*, donde el tribunal arbitral declinó (por mayoría de votos) su jurisdicción considerando que Banro Resource Corporation, matriz de Banro American Resources, había sido constituida en Ontario, Canadá, país que no era miembro del Convenio de Washington<sup>22</sup>.

A mi juicio, sin embargo, no existe tal contradicción<sup>23</sup>, toda vez que el punto bajo análisis era quien había prestado su consentimiento al arbitraje CIADI, a cuyo efecto el tribunal arbitral consignó:

---

21 Caso CIADI ARB 08/6, Sentencia del 30 de Junio de 2011, §§ 69, 70 y 71 (T. del A).

22 El caso concernía la alegada expropiación hecha por el Congo de los activos de SAKIMA, subsidiaria de Banro American Resources, Inc., en violación de un contrato minero celebrado entre Banro Resource Corporation, la sociedad canadiense, y Sominki, por una parte, y la República del Congo, por la otra, para el desarrollo y explotación de derechos mineros en dos provincias de ese país.

Cuando el contrato estaba próximo a expirar, Banro Resource Corporation, Sominki y el Congo celebraron un nuevo acuerdo (Convención Minera) transfiriendo a Sakima las concesiones e incluyendo, *inter alia*, la cláusula referente al arbitraje CIADI.

En Julio de 1998 el gobierno congolés revocó los decretos aprobatorios de la Convención Minera y en Agosto del mismo año Banro Resource Corporation transfirió sus acciones en Sakima a Banro American Resources, quien se convirtió, por ende, en accionista mayoritario de Sakima, condición en la cual promovió el arbitraje CIADI, al cual se unió Sakima.

23 Por el contrario, además, en uno de los apartes de esta decisión que se transcriben en el texto principal se alude a la flexibilidad mostrada por los tribunales arbitrales CIADI para establecer la nacionalidad del demandante y consiguiente jurisdicción para conocer de lo pretendido.

---

“La jurisdicción del Centro [CIADI] y la del Tribunal están sujetas a dos fechas críticas relacionadas con la nacionalidad de las entidades involucradas:

- Los dos Estados involucrados –El Estado receptor y el Estado del que el inversionista es nacional— deben ser parte del Convenio de Washington en la fecha en la que se registre la solicitud [de arbitraje].
- La persona jurídica parte en la controversia debe tener la nacionalidad de un Estado Contratante para la fecha en la que esa persona jurídica y el Estado receptor consintieron el arbitramento.

Dos enfoques diferentes son posibles, en función de los cuales se consideraría si el arbitraje fue iniciado por Banro American, como parece ser desde el aspecto procesal, o por su casa matriz, Banro Resource.

Primer enfoque: Basados en la situación procesal aparente, Banro American y SAKIMA, como filial en el Congo de Banro American, son considerados como demandantes. En este caso, el requisito de que el inversionista tenga la nacionalidad de un Estado Contratante para la fecha de la solicitud de arbitraje se cumple, toda vez que los Estados Unidos... es parte de la Convención desde Octubre 14, 1996. Desde tal época SAKIMA debería haber sido considerada, en virtud del artículo 25 del Convenio de Washington y del acuerdo entre las partes en el artículo 35 de la Convención Minera, como nacional estadounidense.

Sin embargo, en este caso, el problema estriba en lo referente al consentimiento de las partes.... El artículo 35 [de la Convención Minera] no contiene el consentimiento de Banro American ni de SAKIMA. Al mismo tiempo, el Congo consintió someterse al arbitraje CIADI para disputas que involucraran a Banro Resources y su filial en el Congo, mas no a las disputas que involucraran a Banro American y su filial en el Congo. Por ende, si Banro American y su filial en el Congo han de ser considerados como demandantes, la condición de que el reclamante

---

debe poseer la nacionalidad de un Estado Contratante se cumpliría; sin embargo, no se cumpliría con la condición relativa al consentimiento de las partes.

Incluso si admitimos que Banro American era un accionista original de SAKIMA y que la transferencia de acciones de esta hechas para propio beneficio de Banro Resource es válida, Banro American no podría hacerse, de manera derivada, al consentimiento al arbitraje CIADI, estipulado por Banro Resource según el artículo 35. En orden a considerar el acceso a un arbitraje CIADI como ‘extendido’ o ‘transferido’ a Banro American, seguirá siendo necesario que ese derecho exista para el beneficio de Banro Resource. Ese no es el caso, dado que Banro Resource, una compañía canadiense, en ningún momento tuvo ‘jus standi’ ante el CIADI. (...)

Un segundo enfoque, consistiría en ir más allá de las apariencias procesales, para considerar como Demandantes en este proceso arbitral a la matriz de Banro American, esto es, Banro Resource, con SAKIMA actuando en tal caso como la filial en el Congo de Banro Resource. En otras palabras, el ‘velo’ de este grupo empresarial se ‘levantaría’ para revelar a la sociedad matriz como verdadera Demandante en este proceso. Este enfoque, que tendría la ventaja de permitir que la realidad financiera prevaleciera sobre las estructuras jurídicas, también sería consistente con los comunicados de prensa... que describen las medidas adoptadas por el gobierno del Congo como enfocadas en Banro Resource; las acciones adoptadas respecto del gobierno del Congo como tomadas por administradores de Banro Resources y el proceso arbitral promovido por Banro American como instituido por Banro Resource ‘a través de Banro American Resources, Inc., su subsidiaria totalmente poseída (...).

Si el tribunal adoptara este segundo enfoque, ello conduciría a ver que la condición relativa al consentimiento de las partes ha sido cumplida. Sin embargo, la restante condición para la jurisdicción del Centro y para la competencia del Tribunal de que un Demandante, persona jurídica, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante, no se cumpliría, toda vez que Canadá, país de nacionalidad de

---

Banro Resource, no es parte del Convenio de Washington.

El Tribunal ha considerado, sin embargo, que el tema de su jurisdicción en el presente litigio no puede limitarse a un análisis de las disposiciones de la Convención Minera. Se ha preguntado si la jurisprudencia de los tribunales del CIADI no requiere de cierta flexibilidad en cuanto a la identificación del Demandante para efectos de determinar la jurisdicción del Tribunal.

De hecho, los tribunales del CIADI enfrentados a este tema, rara vez han sido tan formalistas. Este fue el caso, en particular, de dos situaciones: cuando la solicitud de arbitraje fue presentada por una compañía miembro de un grupo de sociedades y el instrumento pertinente expresaba el consentimiento de otra compañía del mismo grupo empresarial; y cuando, a raíz de la transferencia de acciones, la solicitud provenía de la cesionaria, mientras que el consentimiento había sido dado por la empresa que realizaba la transferencia”<sup>24</sup>.

### ***Tokios Tokeles vs. Ucrania***

El caso *Tokio Tokeles vs. Ucrania*, cuya decisión sobre jurisdicción fue expedida el 29 de Abril de 2004 por decisión mayoritaria<sup>25</sup>, si bien gira en torno a la nacionalidad

---

24 Caso CIADI ARB 98/7, Sentencia del 1º de Septiembre de 2000, §§ 1 a 5 y 7 a 10 (T. del A.).

25 De manera inusual, el Presidente del tribunal arbitral, señor Prosper Weil se apartó de la decisión mayoritaria señalando que esta no estaba en línea con el propósito del arbitraje CIADI, que había sido diseñado para resolver controversias internacionales sobre inversiones, valga decir, las suscitadas entre estados e inversionistas extranjeros, situación que no se presentaba en este caso dada la propiedad de Tokios Tokeles por nacionales ucranianos, quienes, además, estaban a cargo de su administración.

El Presidente del tribunal señala, en este contexto, que la posición mayoritaria de que el origen del capital es irrelevante para fines de establecer la jurisdicción, es contrario al espíritu y propósito del Convenio de Washington, tal como están caracterizados en el Preámbulo del mismo.

De esta forma, la opinión disidente concluye con el siguiente párrafo:

“Para resumir: Tanto el mecanismo como el recurso al CIADI, no están planeados, ni deben ser interpretados para permitirle –ni mucho menos fomentarle– a los nacionales de un Estado parte de la Convención CIADI, el usar una compañía extranjera –bien existente, bien creada con ese propósito– como un medio para evadir la jurisdicción de sus cortes domésticas y la aplicación de su ley nacional. Lo que se busca es proteger –y así fomentar– la inversión extranjera. Es lamentable... el hecho de poner en riesgo el extraordinario éxito que ha obtenido el CIADI, mediante la extensión de su alcance y aplicación más allá de los límites tan cuidadosamente asignados a la Convención. Esto

---

de los titulares de una persona jurídica, no representa, en mi opinión, alejamiento del postulado general sobre prevalencia del lugar de constitución para fines de determinar el acceso o no de una persona jurídica al arbitraje CIADI.

Según la descripción de los hechos del caso, Tokios Tokeles, constituida en 1989 bajo las leyes de Lituania, estableció en 1994, y bajo las leyes de Ucrania, una subsidiaria de su total propiedad (*Taki spravy*), que, según se adujo, a partir del año 2002 fue víctima de múltiples e irrazonables acciones promovidas por el gobierno de Ucrania a raíz de la publicación de un libro que caracterizaba favorablemente a una importante líder opositora, la señora Yulia Timoshenko.

Con apoyo en el tratado bilateral de inversiones celebrado en 1994 entre Lituania y Ucrania, Tokios Tokeles promovió un arbitraje CIADI en contra de Ucrania<sup>26</sup>.

Esta argumentó que al *levantar el velo corporativo* debía concluirse que no se trataba de una acción promovida por un inversionista lituano, pues Tokios Tokeles era poseída en un 99% por nacionales ucranianos y dos terceras partes de su administración estaba a cargo de funcionarios de esa nacionalidad, por lo cual no se estaba frente a una *genuina entidad* de Lituania<sup>27</sup>.

Por ende, seguía la argumentación, pronunciarse positivamente sobre la controversia jurisdiccional equivalía a permitir el arbitraje de ciudadanos ucranianos en contra de su propio país.

El Tribunal, apoyándose en *Barcelona Traction*, que solo consideraba admisible el *levantamiento del velo corporativo* en casos de uso indebido de la personalidad

---

podría disuadir a los gobiernos de adherirse a la Convención, o, si ya se han adherido, a incluir el arbitraje del CIADI en sus futuros contratos de inversión o TBIs”

(Caso ARB 02/18, Sentencia del 29 de Abril de 2004, Opinión disidente del Arbitro Prosper Weil, § 40 – T. del A.).

26 Este arbitraje, promovido en el segundo semestre de 2002, tuvo varias vicisitudes:

Iniciado tanto por Tokios Tokeles como por su subsidiaria, el CIADI indicó en Octubre de 2002 que en la controversia materia del arbitraje no se había observado el periodo de negociación de seis (6) meses contemplado en el tratado Lituania – Ucrania, por lo que los demandantes lo retiraron para volverlo a proponer en el momento adecuado, como efectivamente ocurrió.

Por otra parte, en Diciembre de 2002, el CIADI informó que Lituania y Ucrania no habían alcanzado acuerdo para que la subsidiaria, constituida en Ucrania, fuera tratada como nacional del primero, motivo por el cual Tokios Tokeles la retiró como demandante, llegándose, en últimas, al registro del caso a finales de 2002

27 Ucrania también argumentó –con fuerte oposición de su contraparte– que Tokios Tokeles no desarrollaba actividades significativas en Lituania y que en términos económicos, más que un inversionista lituano en Ucrania era un inversionista ucraniano en Lituania.

---

jurídica, desestimó la petición de Ucrania al respecto, indicando que no existía evidencia de tal uso indebido, subrayando, además, que Tokios Tokeles no había sido creada para ganar acceso al arbitraje CIADI, como que había sido establecida seis (6) años antes de la celebración del tratado de protección de inversiones Lituania – Ucrania.

A su turno, analizando el artículo 1 (2) (b) del susodicho tratado sobre definición de *inversionistas*<sup>28</sup>, y encontrándolo consistente con el artículo 25.2 (b) del Convenio de Washington, el tribunal arbitral reafirmó la postura de independencia entre la sociedad y sus accionistas, puntualizando:

“Bajo la bien establecida presunción *expressio unius est exclusio alterius*, es el estado de constitución, no el nacional del accionista mayoritario o *siège social*, lo que define los ‘inversionistas’ de Lituania conforme al Artículo 1(2)(b) del TBI. (...)”

Como dijo el tribunal de *Amco Asia Corp. v. Indonesia* al rechazar la solicitud del demandado para atribuirle al demandante la nacionalidad de su accionista mayoritario, el concepto de nacionalidad en la Convención CIADI es:

[Uno] clásico, basado en la ley bajo la cual la persona jurídica ha sido constituida, el lugar de constitución y el lugar del domicilio social. Existe una excepción a ese concepto con respecto a las personas jurídicas que tienen la nacionalidad, así definida, del Estado Contratante parte en la controversia, cuando dichas personas jurídicas estén bajo control extranjero. Pero ninguna excepción al

---

28 El texto del artículo (traducción del inglés) trae las siguientes definiciones de “inversionista”

“(a) Respecto de Ucrania:

- Personas naturales que sean nacionales ucranianas conforme a las leyes ucranianas.
- Cualquier persona jurídica establecida en el territorio de Ucrania de conformidad con sus leyes y regulaciones.

(b) Respecto de Lituania:

- Personas naturales que sean nacionales de la República de Lituania conforme a las leyes de Lituania.
- Cualquier persona jurídica establecida en el territorio de la República de Lituania de conformidad con sus leyes y regulaciones.

(c) Respecto de cualquiera de las Partes Contratantes:

- Cualquier persona jurídica u organización establecida bajo la ley de cualquier tercer estado que sea, directa o indirectamente, controlada por nacionales de esa Parte Contratante, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de esa Parte Contratante; bajo el entendido que el control requiere una parte sustancial de la propiedad.”

---

concepto clásico está permitida cuando esta proviene de la nacionalidad del controlador extranjero, incluso suponiendo –lo que no está establecido claramente en la Convención– que el hecho de que el controlador sea nacional de uno u otro Estado extranjero debe ser tenido en cuenta”<sup>29</sup>.

A su turno, y con mención de doctrina y de jurisprudencia previas, el tribunal arbitral reafirmó que la referencia a *control* contenida en la parte final del artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington tenía como propósito **expandir** y no **restringir** la jurisdicción del CIADI:

“El uso de un test de control para definir la nacionalidad de una sociedad para *restringir* la jurisdicción del Centro sería inconsistente con el objeto y el propósito del artículo 25(2) (b). En efecto, como lo explicó el señor. Broches, el propósito del test de control contenido en la segunda parte del artículo 25 (2) (b) es el de *expandir* la jurisdicción del Centro:

‘Había una razón de peso para esta última disposición. Es bastante habitual que los Estados anfitriones exijan que los inversionistas extranjeros realicen sus negocios dentro de su territorio a través de una empresa constituida bajo las leyes del país anfitrión. Si admitimos, como implícitamente lo hace la Convención, que eso convierte técnicamente a la empresa en un nacional del país anfitrión, fácilmente se hace evidente que es necesaria una excepción al principio general de que el Centro no tenga jurisdicción sobre las controversias entre Estados Contratantes y sus propios nacionales. Si no se hiciera excepción alguna para las empresas cuya propiedad es extranjera, pero han sido constituidas localmente, un sector grande e importante de la inversión extranjera quedaría fuera del alcance de la Convención’(...).

Así mismo, los tribunales del CIADI han interpretado la segunda cláusula del Artículo 25 (2) (b) para fines de *expandir* y no de *restringir* la jurisdicción. En el caso *Wena Hotels Ltd. v. Egipto*, el demandado argumentó [sin éxito]

---

29 Caso ARB 02/18, Sentencia del 29 de Abril de 2004, §§ 30, 40 y 46 (T. del A).

---

que Wena, a pesar de estar constituida en el Reino Unido, debía ser tratada como una empresa egipcia, por haber sido adquirida por un nacional egipcio”<sup>30</sup>.

## 5. Anotaciones finales

Como se anotó en la primera parte de este ensayo, el tópico de la nacionalidad de las personas jurídicas parecía no tener complicación o debate.

Sin embargo, en tanto y cuanto se iban produciendo actividades transfronterizas, la nacionalidad comenzó a tener incidencia, en función de la *protección diplomática*, bien ejercida por la fuerza, como ocurrió en varias instancias a finales del siglo XIX, o bien a través de mecanismos legales, como se indicó con referencia a *Barcelona Traction* y a *ELSI*.

Se pasó, entonces, de una concepción netamente local sobre las personas jurídicas, a una más compleja, resultante del incremento del comercio internacional<sup>31</sup>.

Esta tensión entre la ortodoxia legal, personificada en los conceptos de lugar de constitución y de sede social de las personas jurídicas, y la realidad económica derivada de la titularidad de los sujetos morales, se hizo más patente con ocasión del Convenio de Washington, donde, por definición, jugaba papel definitivo la nacionalidad, como que su propósito era atender controversias entre un estado y un inversionista *extranjero* (respecto de tal estado).

De esta suerte, el enfrentamiento, si así puede hablarse, se centró en los planos jurídico y económico.

El primero fincado en los lugares de constitución y de la sede social, que podían

---

30 Caso ARB 02/18, Sentencia del 29 de Abril de 2004, §§ 46 y 47 (T. del A).

31 Con referencia a América Latina, ha señalado Igor Paunovic, miembro de la Comisión de Desarrollo Económico de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL):

“En la segunda parte de los años 80 y en la mayoría de los 90 un cambio de grandes proporciones ha modificado las economías de América Latina y el Caribe. La estrategia de desarrollo basada en la sustitución de importaciones y la fuerte intervención del estado en la producción de bienes, como función del mercado, y la redistribución del ingreso fue abandonada en casi toda la región. Los esfuerzos para abrir las economías, para darles mayor espacio a los agentes económicos privados y para reducir la influencia del estado han cambiado radicalmente el panorama económico de la región.”

(Igor Paunovic, “Growth and Reforms in Latin America and the Caribbean in the 1990s”, trabajo preparado para el proyecto de la CEPAL *Growth, Employment and Equity: Latin America in the 1990s*, Mayo 2000, p. 7. – T. del A.)

---

ser establecidos libremente por los integrantes de la persona jurídica, sujetos, por supuesto, a las reglas de la correspondiente jurisdicción. Y el segundo afianzado en las connotaciones de los asociados, específicamente su nacionalidad. Concretamente se trataba de la disyuntiva entre la personalidad propia de las personas jurídicas y los beneficiarios últimos de las actividades de estas

Frente a este escenario, la jurisprudencia de los arbitrajes CIADI ha venido labrando una postura que, a mi juicio, refleja tanto lo planteado en el Convenio de Washington, como la larga e importante tradición de separación de las personas jurídicas.

Así, entonces, como puede observarse de los casos atrás reseñados, se persigue conservar la distinción entre la persona moral y sus asociados, por lo que a la nacionalidad de unos y otros se refiere

Tal posición, sin embargo, no es absoluta, pues a voces del mismo Convenio (artículo 25.2-b), las partes pueden apartarse de la regla general para adscribirle, por razones de su **control extranjero**, la nacionalidad de otra parte contratante.

Esta prerrogativa, sin embargo, ha sido considerada, con indudable razón, a mi juicio, como mecanismo para **ampliar** el acceso a los arbitrajes CIADI y no para lo contrario, esto es, **restringir** el susodicho acceso.

Las razones para lo anterior subyacen, a mi juicio, en la propia naturaleza del Convenio de Washington, atentas a las circunstancias especiales que a menudo rodean la realización de inversiones, casos en los que de seguir a ultranza las nociones de lugar de constitución y de sede social, se frustrarían la efectividad de la doble vía perseguida por el Convenio, esto es la promoción de las inversiones, por un lado, y la efectiva protección de las mismas, por el otro.

De lo anterior se sigue, entonces, que no es discrecional la facultad de los tribunales en arbitrajes CIADI para prescindir de la noción clásica que determina la nacionalidad de las personas jurídicas y que a ella debe estarse en primera instancia, siendo permisible el alejamiento de lo anterior sujeto, por una parte, a que medie acuerdo al respecto.

Por la otra a que ello sea factor para el logro de los propósitos del Convenio y no para la restricción o recorte de los mismos.

Si tal tendencia persevera, considero, como punto final de este ensayo, que la comunidad arbitral involucrada en los casos CIADI la habrá dado una solución equilibrada al tema de la nacionalidad de las personas morales, lo cual, amén de las simples, y no por ello menos importantes, reflexiones jurídicas, trae consigo una

---

contribución efectiva al mantenimiento de la bondad del Convenio de Washington –tal y como fuera concebido bajo los auspicios del Banco Mundial– indudable aspiración de sus suscriptores originales y de sus posteriores adherentes.

---

## Culpabilidad y libertad

Gonzalo Rodríguez Mourullo<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El presente artículo analiza el principio de culpabilidad, en este principio se establece un nexo entre el sujeto de la conducta delictiva y la pena impuesta, ya que no se puede sancionar a una persona por una acción que no ha cometido o es ajena a esta; este principio estructura es básico en el derecho penal, a pesar de esto no se ha visto desde una necesaria definición jurídica de dicho principio; al sancionar a una persona por un hecho ajeno, se lesiona su dignidad y se vulnera este principio; al lesionarse el principio de legalidad y culpabilidad se lesiona a su vez el principio de presunción de inocencia; cabe resaltar también la problemática de la persona jurídica dentro de una autonomía personal.

**PALABRAS CLAVE:** Culpabilidad — Pena — Autor del delito — Tribunal Constitucional — Presunción de inocencia.

**SUMMARY:** This article discusses the principle of guilt, this principle establishes a link between the subject of the offense and the penalty imposed, since can't punish a person for an action which has not committed or is alien to this; this principle structure is basic in the criminal law, nevertheless it hasn't seen since a required legal definition of this principle; to punish a person for a non-fact, you injure their dignity and violated this principle; to injure the principle of legality and guilt are injured at the same time the principle of presumption of innocence; We must also emphasize the problems of legal person within a personal autonomy.

**KEY WORDS:** Guilt - worth - perpetrator - Constitutional Court - presumption of innocence.

**SUMARIO:** I. La Culpabilidad Frente Al Derecho Penal “De Autor”. - II. Su Reflejo En La Jurisprudencia Constitucional. - III. El Problema En Relación Con Las Personas Jurídicas. - IV. El Debate Doctrinal: Determinismo E Indeterminismo. V. Bibliografía. – VI. Abreviaturas

### 1. LA CULPABILIDAD FRENTE AL DERECHO PENAL “DE AUTOR”

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal. Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

---

El principio no hay pena sin culpabilidad, según declara el Tribunal Constitucional, lo consagra la Constitución española como un “principio estructural básico del Derecho Penal” (S. del Pleno del TC 59/2008, de 14 de marzo, con abundante cita de otras anteriores).

Como indica F. Molina Fernández, “seguramente muchos penalistas, estarían dispuestos a a irmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno”. Grupo en el que, sin vacilación, me inscribo.

En cuanto se pronuncia el enunciado del principio, como acabamos de hacer, resulta obligado advertir que la culpabilidad que se menciona aquí no se identifica con la categoría dogmática culpabilidad elemento del delito.

El término culpabilidad se utiliza aquí en un sentido amplio, para re dejar la necesidad de que la pena se imponga solo al sujeto a quien puede responsabilizarse del delito (M. Pérez Manzano).

Esto explica que el mismo Tribunal Constitucional que proclama al principio de culpabilidad como principio estructural básico, se niegue de modo contundente a admitir que la Constitución haya optado por una concreta concepción dogmática de la culpabilidad. Así, entre otras, STC 150/1991, de 4 de julio: “La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la ‘normalidad de la motivación’.”.

El principio de culpabilidad comporta “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que solo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena solo puede “imponerse” al sujeto responsable del ilícito penal”; no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos; y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender al elemento subjetivo de la culpa” (STC del Pleno 59/2008, ya citada).

El principio de culpabilidad supone que vulnera la dignidad del hombre su castigo por algo que no ha hecho, por su simple manera de ser, por comportamientos que no puede dominar, por la infracción de normas que ni conocía ni podía conocer, por conductas cuya alternativa resulta inexigible.

## **2. SU REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Como acabamos de recordar, la jurisprudencia constitucional asegura con firmeza que nuestra Constitución consagra el principio de culpabilidad, pero como no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos, se

---

discute acerca de cuál es su concreta ubicación constitucional.

El propio Tribunal Constitucional elude un pronunciamiento claro al respecto, aunque en algunas resoluciones parece encontrar el asiento en el artículo 24.2 CE, en la proclamación del derecho a la presunción de inocencia.

Así, en la STC 19/1988 señala que “no es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio **nullum crimen sine culpa** puede ser deducido de los dictados constitucionales, ni cuál fuera en tal caso, su basamento normativo propio”. En la STC 247/1993 niega su ubicación en el artículo 17.1 junto al derecho a la libertad, y en SSTC 44/1987,150/1989,3/1992 y en otras varias encuentra su acomodo en el marco del derecho a la presunción de inocencia.

Así la 44/1987 y la 150/1989 que hablan de “los derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, tanto el principio de culpabilidad que inspira el Derecho penal constitucional, como la garantía de la presunción de inocencia”. La STC 69/1993, por su parte, señala que el reverso del principio de presunción de inocencia “es la culpabilidad”.

La localización del principio de culpabilidad en el marco del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 abre la vulneración del mismo al recurso de amparo. La apertura de este cauce tiene una gran trascendencia para posibilitar la demanda de protección constitucional a la persona afectada, cosa que no sucedería si el Tribunal Constitucional identificara la vulneración del principio de culpabilidad con la del libre desarrollo de la personalidad —a imitación de su homólogo alemán—, con la de la dignidad de la persona o con la del valor “justicia”.

C. Roxin deriva la idea de la culpabilidad de la dignidad del hombre proclamada por la Ley Fundamental alemana. La ya citada STC del Pleno 150/1991, con cita de la 65/1986, comparte ese mismo punto de vista al hablar de “la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”. Mir Puig, ha señalado, en línea similar, que “*todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana*”. Bacigalupo considera que “*el principio de culpabilidad no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución española ni se encuentra tampoco en las declaraciones de derechos suscriptas por España que, de acuerdo con el artículo 10.2 C.E., deben respetarse en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (...). Sin embargo, éste podría derivarse (...) del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.) e incluso de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 C.E.*”. Esta solución tiene para el autor poco valor práctico, pues la forma más característica de lesionar el principio de culpabilidad o sus

---

consecuencias está constituida por las sentencias judiciales judiciales y estas son solo atacables por medio del amparo constitucional (art. 41.1 LOTC) que - como se sabe - sólo se refiere a los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución. De ahí, concluye Bacigalupo, que pueda intentarse fundamentar el reconocimiento de las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad en diversos preceptos: en el 25.1 y en el 9.3 (principio de legalidad: “posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la punibilidad”), en el 17 (posibilidad de haber evitado la comisión del delito) y en el 15 (proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido). Vives Antón indica que tal vez podría inferirse el principio de culpabilidad del término “culpable” del artículo 24.2 C.E y Arroyo Zapatero considera que la consagración constitucional del principio hay que encontrarla en la presunción de inocencia de dicho artículo.

Sin embargo, al Tribunal Constitucional, más allá de su proclamación como principio, ante la falta de expresividad al respecto del texto constitucional, no ha procedido a definirlo ni a catalogar sus consecuencias. Incluso, consciente de los límites de su jurisdicción, ha eludido expresamente toda mediación o manifestación referente a la polémica doctrinal relativa a los presupuestos filosóficos a la localización y a las consecuencias que en el sistema de la teoría jurídica del delito tiene la culpabilidad.

Con ello, naturalmente, no terminan los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de culpabilidad. El que no se haya visto como necesaria la definición del principio y la catalogación de sus consecuencias no supone que el Tribunal Constitucional no haya ido enunciando algunas manifestaciones del principio en el marco de su tarea y al hilo de cuestiones tan relevantes como la constitucionalidad de la reincidencia, el arresto sustitutorio, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad del representante de otro.

A) La primera de estas manifestaciones es el postulado de la personalidad de las penas. No se puede castigar a nadie por un hecho ajeno. La responsabilidad penal derivada de un determinado delito solo puede recaer en quien ha sido declarado culpable del mismo como autor o como partícipe. Con claridad lo recuerda la STC 146/1994: *“Entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental (STC 254/1988, fundamento jurídico 5.), también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción (STC 219/1988, fundamento jurídico 3.), denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador”*.

La sentencia que se acaba de citar se refería al inciso final del apartado 4 del art. 31

---

de la Ley 44/1978, que *“establecía la obligación solidaria de (todos) los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda; la dicción literal de este precepto permitía que la Administración se dirigiese para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no solo al miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que hayan generado la sanción, sino también a otros miembros que no hayan cometido ni colaborado en la realización de las infracciones y vulnera, “por ello, el aludido principio de personalidad de la pena sanción protegida por el art. 25.1 de la Constitución, incurriendo así en vicio de inconstitucionalidad”.*

El mismo postulado ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional en dos sentencias separadas por casi diez años, la 131/1987 y la 92/1997. En la primera de ellas la recurrente se quejaba de que se había cerrado un local de su propiedad por la condena impuesta a un arrendatario anterior por delitos relativos a la prostitución. En la segunda, la queja de la recurrente se refería al comiso de dos vehículos de su propiedad en virtud de un delito de contrabando de tabaco por el que ella no había resultado ni siquiera imputada.

A ambas recurrentes les concede el Tribunal la razón y el amparo por vulneración de los principios de culpabilidad y de legalidad. La vulneración de este último viene de la mano de la recepción legal del primero. Si se sanciona a alguien por un hecho de otro se lesiona su dignidad y se infringe el principio de culpabilidad, pero como nuestro ordenamiento vincula la pena al autor o al partícipe aquella sanción contravendrá también el ordenamiento penal, lesionará la seguridad jurídica del así sancionado y quebrantará también el principio de legalidad.

Así, la STC 131/1987 concluye que *“no cabe la adopción de pena o de medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”*, por lo que *“en el caso que nos ocupa, la extensión de la condena penal a la recurrente, que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del ‘Club Carabelas’, ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la C.E.”*. En paralelo, la STC 92/1997 concluye que *“de la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad”*; por ello, *“al disponer la sentencia impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, de facto, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la Sentencia su participación penal en*

---

*los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito”.*

En la STC 254/1988 se otorgó asimismo el amparo a unos trabajadores que habían sido condenados como autores de un delito de coacciones a otros trabajadores para que se sumaran a una huelga a pesar de que sólo constaba su participación en la misma, pero no que fueran ellos quienes intimidaron a los coaccionados: *“El ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la Ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros. Tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga, reconocido en el art. 28 C.E., implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el art. 496 del Código Penal hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que puedan cometer otras personas de un grupo. Un entendimiento de esta especie del art. 496 CP. no sólo superaría los límites legales previstos en el art. 28 C.E., sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena, que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el art. 25.1 de la Norma fundamental”.*

B) El principio de culpabilidad supone para el Derecho Penal, y para el Derecho sancionador en general, un sistema de responsabilidad subjetiva, con la correlativa interdicción de que baste para el castigo la mera atribución objetiva de un resultado a la conducta de una persona. Así lo afirma, respecto al ordenamiento administrativo sancionador en materia tributaria, la STC 76/1990, que respondía al cuestionamiento constitucional de la Ley General Tributaria: *“No existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.* Con excesiva timidez infiere de ello la sentencia que *“el error de Derecho - singularmente el error invencible - podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva”.*

Desde el mismo prisma, ahora en sede de amparo, se ha opuesto el Tribunal Constitucional □en STC 253/1993□ a una lectura objetivista del artículo 15 bis del Código Penal de 1973, correspondiente al artículo 31 del vigente. El recurrente, vocal de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas, había sido sancionado con una multa de cinco mil pesetas como autor de una falta de coacciones por *“obstaculizar*

---

*habitualmente las corridas de toros” que organizaba el Ayuntamiento de Benidorm “mediante la colocación, en los carteles anunciadores de las mismas, de otros impresos en los que se incitaba al público a no asistir a los festejos taurinos”. Como la sanción al recurrente tiene “la sola base de simples conjeturas originadas por su condición objetiva de único miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante que compareció ante el Juzgado”, el Tribunal Constitucional le otorgó el amparo impetrado, pues la incorporación del artículo 15 bis al Código Penal “no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (...). Del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos. Así lo declaramos, por lo demás, en un supuesto semejante (STC 150/1989), donde estimamos vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haberse impuesto al gerente de una empresa una condena por falta de imprudencia con resultado de daños, sin que en ningún momento hubiese quedado acreditado que la producción de los mismos fuera consecuencia, directa o indirecta, de la omisión por el condenado de la debida diligencia para impedirlos o de una actuación imprudente por su parte, ni se hubiese hecho razonamiento alguno encaminado a fundar la convicción alcanzada por los órganos judiciales respecto de su participación en los mismos”.*

C) El principio de culpabilidad implica que solo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosos para los bienes que se pretende defender. Así lo afirmó la STC 150/1991, a la hora de afrontar la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia: “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”. De tal reproche se libraría la agravante cuestionada porque no es forzoso el entendimiento de que su fundamento se encuentra en la mayor peligrosidad del delincuente.

La ubicación del principio de culpabilidad en el artículo 24.2 C.E. y, en concreto, su caracterización como derivación del derecho a la presunción de inocencia responde, como veíamos anteriormente, a razones de proximidad y a la intención de someter el principio a la defensa que supone el recurso de amparo. Esta cercanía formal y conceptual ha fomentado una perniciosa confusión de ambos postulados.

El principio de presunción de inocencia - o, si se prefiere, el principio de

---

presunción de inocencia en su vertiente procesal - vela por que los hechos que se le atribuyen al acusado estén correctamente probados y por que se exprese - se motive - esa comprobación. El principio de culpabilidad - o, si se prefiere, el principio de presunción de inocencia en su vertiente material - hace referencia a la exigencia de una doble relación subjetiva. De un lado está la que une al autor con su comportamiento que, sin afán ahora de precisión, puede definirse como dolo o imprudencia en condiciones de imputabilidad personal y de exigibilidad de una conducta alternativa adecuada a Derecho. De otro lado está la que identifica al autor de los hechos considerados como penalmente lesivos con el destinatario de la pena. Dicho todo ello formulariamente: sólo cabe penar a quien sea reprochablemente autor o partícipe de un hecho antijurídico.

Al igual que sucede con el principio de legalidad, el principio de culpabilidad puede ya lesionarse mediatamente a través de la lesión del principio de presunción de inocencia. En efecto, si la esencia del principio de legalidad es la de que el comportamiento realizado sea subsumible en un tipo penal, ello faltará no sólo cuando lo que se dice realizado no encaje en las conductas descritas en el tipo, sino también, mediatamente, y a ello lo denominamos con propiedad lesión del derecho a la presunción de inocencia, cuando el sujeto no haya realizado el comportamiento que se le atribuye. Algo parecido, decía, sucede con el principio de culpabilidad. Su lesión puede provenir de que se ignore el aspecto subjetivo del comportamiento vulneración del principio de culpabilidad o de que se den infundadamente por probados los datos de hecho de los que se infiere dicha relación subjetiva (vulneración previa y determinante del principio de presunción de inocencia).

Así, por poner un par de ejemplos, distinto es que se castigue a pesar de la constancia de la minoría de edad, o de la falta de dolo y de imprudencia, o del miedo insuperable, lo que constituiría una vulneración del principio de culpabilidad, a que se castigue un hecho a partir de una relación subjetiva plena del autor con el mismo que, sin embargo, no tiene sustento probatorio alguno. En este último supuesto se habla propiamente de una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como sucedió en la STC 68/1998, en la que, en relación con una condena por prevaricación, se apreció que resultaba carente de sustento probatorio la afirmación como hecho probado de que un acuerdo de un Colegio de Corredores de Comercio había sido dictado “a sabiendas” de su antijuridicidad administrativa. Así concluye la citada sentencia: *“desde la perspectiva del control externo que corresponde a este Tribunal, ha de llegarse a la conclusión de que los elementos utilizados por la Sala sentenciadora como cauces de inferencia de la culpabilidad de los recurrentes en amparo no evidencian en el presente caso una coherencia lógica y razonable (STC 63/1993, fundamento jurídico 5) que permita su utilización como prueba indiciaria y, por tanto, no son suficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 C.E. reconoce y garantiza a aquellos”*.

---

### 3. EL PROBLEMA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hemos recordado antes las palabras del TC en su Sentencia del Pleno 59/2008: El principio de culpabilidad implica “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal”.

Esta es la incontestable razón por la que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpabilidad. Las personas jurídicas no pueden cometer hechos en el uso de “su autonomía personal”, porque no la tienen. Y si ya la doctrina **vicarial** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas origina graves dificultades desde el punto de vista constitucional (quebranta el principio de personalidad de la responsabilidad penal en la medida en que hace responder a la persona jurídica por la que hizo la persona física) y a la hora de insertarla en el sistema penal que consagra nuestro Código (hasta el punto de que algún autorizado comentarista, Feijóo Sánchez, tuvo que reconocer, literalmente, que a “la persona jurídica no se le aplica en general el Título I del Libro I, relativo a la infracción”), la doctrina de la autorresponsabilidad por el hecho propio se estrella contra su propia contradicción interna. El fundamento de esta autorresponsabilidad, de la que es adalid Klaus Tiedemann, Catedrático de la Universidad alemana de Friburgo, radicaría en un defecto de organización de la persona jurídica, pero, como es obvio, la organización de la persona jurídica no es un **hecho propio** de la propia persona jurídica, que carece de capacidad de autoorganizarse, sino de las personas físicas que la organizaron. De modo que resulta inevitable volver a encontrarse con las personas físicas que crearon originariamente el defecto de organización o, conociéndolo, lo mantuvieron luego.

La STC 246/1991 de 19 de diciembre declaró que en las infracciones de la persona jurídica falta el “elemento volitivo en sentido estricto”, subrayando las diferencias empíricas entre personas físicas y personas jurídicas y señalando que la imputación de la infracción a la persona jurídica “nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos”, lo que obliga a un tratamiento también distinto para la atribución de responsabilidad a unas y otras.

El Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de la Sala 2ª de 2 de septiembre 2015, 29 de febrero 2016 y 13 de junio de 2016, acoge con visible satisfacción la doctrina de la autorresponsabilidad. Es cierto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy Derecho vigente en España, que los Tribunales tienen que aplicar y el Supremo en particular interpretar y sentar doctrina orientadora. Pero tampoco se puede desconocer que el legislador puede equivocarse y que los académicos tenemos, en su caso, el deber de decirlo y sugerir rectificaciones

Me he ocupado de la responsabilidad de las personas jurídicas en varias

---

publicaciones y no voy a insistir más en ello aquí, porque no es ni el lugar ni el momento. Me parecía obligado indicar tan sólo que difícilmente se puede compatibilizar la afirmación de la STC del Pleno 59/2008, antes citada, con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

#### 4. EL DEBATE DOCTRINAL: DETERMINISMO E INDETERMINISMO

Esta atribución subjetiva del hecho delictivo al autor por haberlo cometido en el uso de su autonomía personal es lo que, según una larga tradición jurídica y filosófica conforma el contenido de la culpabilidad, que se define como **reprochabilidad**. Se reprocha al autor haber decidido realizar el hecho antijurídico cuando debía y podía obrar conforme a Derecho.

Esta formulación corresponde a la que conocemos como concepción normativa de la culpabilidad, que se desarrolló a partir de un artículo del penalista alemán Frank, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs” (“Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”), publicado en 1907 y que vino a desplazar a la hoy abandonada concepción psicológica de la culpabilidad, que la identificaba con un nexo psicológico entre el hecho y el autor, que podía revestir fundamentalmente la forma de dolo (el autor quiere la acción y el resultado que de la misma deriva) o de culpa (el autor realiza voluntariamente la acción, pero no quiere causar el resultado).

El mérito de Frank fue señalar que la culpabilidad no se puede agotar en una pura relación psicológica, porque hay casos en que existe ésta y, sin embargo, no se considera culpable al autor: casos de inimputables, menores de edad, enajenados y en general quienes obran amparados por un estado de necesidad ex-culpante como sucede en el ejemplo utilizado desde la antigüedad clásica de la tabla de salvación capaz para un solo náufrago. El náufrago que desplaza de la tabla al compañero de naufragio para salvarse él se representa la muerte del mismo y, pese a ello, no se abstiene de provocarla.

¿Qué falta en todos estos casos?

En los inimputables, menores de edad, enajenados etc. falta la capacidad de valorar el significado de su acción y autodeterminarse conforme a sentido. En los supuestos de estado de necesidad ex-culpantes falta la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma. El Derecho renuncia a exigirle al náufrago que sacrifique su propia vida para salvar la del compañero de naufragio.

Lo que falta en todos los casos mencionados es la posibilidad de reprocharle al autor lo que hizo.

---

Por ello, Frank concluye que la culpabilidad se sustancia en la reprochabilidad. Didácticamente se dijo que pasó de estar en la cabeza del reo a estar en la del juez, que es quien tiene que comprobar si se puede reprochar al autor la comisión del hecho. Según Frank la culpabilidad es un juicio de valor que recae sobre una situación psíquica y que encuentra su sustento en un deber normativo.

Por la vía de este poder obrar de otra manera, se introduce en el marco de la culpabilidad la siempre inacabada discusión entre determinismo e indeterminismo, en la que subyace “un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico, que conecta cada acontecimiento -incluidas nuestras acciones- con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo” (Molina Fernández).

Partiendo de este último punto de vista se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad y, con mayor frecuencia, su mantenimiento, pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta y fundamentándolo a partir de los fines preventivos de la pena (Así entre nosotros Gimbernat, Mir Puig, Muñoz Conde, Emilio Octavio de Toledo - Huerta Tocildo, y Pérez Manzano).

En el prólogo de la segunda edición del Código Penal de 1995 de la editorial Tecnos en el Título I, bajo el epígrafe “El sectarismo doctrinal” apartado 3. “La culpabilidad” resume Gimbernat este punto de vista en los siguientes términos:

“Un importante sector de la doctrina española fundamenta la llamada “culpabilidad” no en la (según este sector, indemostrable) posibilidad del sujeto de haber podido o no actuar de otra manera, sino en la accesibilidad -vinculada a la presencia o ausencia de ciertas enfermedades o situaciones psíquicas o a determinadas circunstancias de hecho como, el desconocimiento invencible de la prohibición penal -a la motivación por la norma penal. A pesar de esta diversidad de opiniones realmente existente, el CP 95 toma posición, en el artículo 20.1º, a favor de la tesis que establece el límite entre la culpabilidad y la inculpabilidad en el libre albedrío, olvidándose no obstante, del importante detalle de indicar cómo se demuestra en el caso concreto si el autor tenía libertad para actuar o carecía de ella”.

Aunque ciertamente se puede desligar el principio de culpabilidad de la posibilidad de actuar de otra manera y fundamentarlo desde la perspectiva de las finalidades preventivas de la pena, esta sustitución, que puede obtenerse sin demasiados problemas, no deja de ser cuestionable desde otras perspectivas. En la medida en que entraña la caída de la libertad, plantea problemas, fuera del Derecho

---

penal y de la justificación de la pena, de alcance más general. “Por ejemplo, escribe Molina, la propia idea de **deber**, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el determinismo. Aún admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio “debe entraña puede”. La imposición de deberes, al menos si se entiende como instrumento directivo de conducta, solo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber”.

Pero las dificultades surgen también ya en el seno de la doctrina que prescinde de la capacidad de actuar de otra manera, para justifica la pena, porque quienes defienden tal doctrina parten de la función motivadora de la norma. Pero ¿cómo puede compatibilizarse ésta con un mundo determinado?. En un mundo determinado indica Molina “la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable. Si lo decisivo es la motivación, ¿por qué –se pregunta finalmente Molina– se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable?”

Por su parte, Jescheck asegura “El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales”.

Una dirección actual, en la que militan grandes maestros, como Jakobs y Roxin, contempla el problema del libre albedrío desde una perspectiva normativista. No se pone en cuestión el determinismo en el mundo físico, pero se asegura que el Derecho no tiene por qué sentirse vinculado por este punto de vista naturalístico, sino que puede adoptar su propio punto de partida. Sea o no libre el autor, el Derecho lo trata como tal. La libertad se entiende normativamente.

Desde esta posición, la cuestión del libre albedrío resulta indiferente: “El indeterminista interpretará –escribe Roxin– esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrían aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no del libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber–, sino sólo que, cuando existía una capacidad intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre**”.

Como señala acertadamente Molina, lo que hacen estas opiniones no es resolver el problema, sino “escamotearlo”, apelando a lo normativo. Se trata al autor **como libre**, pero quedan inmediatamente sin responder las preguntas y si ¿verdaderamente

---

no lo fue? ¿es indiferente que lo sea, o no, para declararlo culpable? ¿es obligatorio tratar exactamente igual a quien obró determinado y a quien tuvo ocasión de optar por otro comportamiento?

Reconozco que en ocasiones el Derecho no tiene más remedio que construir categorías jurídicas propias distintas a las empíricas, pero creo que hoy asistimos a una extensión preocupante del normativismo, cuyo abuso entraña el riesgo de alejar al Derecho de la realidad, haciendo que se vuelva sobre sí mismo, y dificultando la relación de la ciencia jurídica con el resto de saberes científicos

Pienso que el debate no se resuelve creando una presunción como la que proponen Roxin y Jakobs, sino que lo decisivo es comprobar cómo se **inserta** el hombre en el universo causalmente determinado.

El filósofo del Derecho Recaséns Siches describió esa inserción con palabras sencillas, pero muy esclarecedoras:

“Esta situación o inserción no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca; ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria previamente determinada; antes bien, por el contrario, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura. Ese hueco o ámbito ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado– entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades a su alcance; pues no se halla forzosamente predeterminado a seguir una sola de tales posibilidades y a evitar las demás. La pluralidad limitada de posibilidades al alcance de cada uno de los hombres, en cada uno de los momentos de su vida, es diferente, en cuanto al número y en cuanto a la calidad, pues depende de la circunstancia concreta de cada sujeto en cada instante.”

Desde que nos levantamos hasta que nos acostamos estamos optando por esas posibilidades que nuestra circunstancia concreta pone a nuestro alcance.

Pienso que cualquiera que tenga experiencia viva de la aplicación práctica del Derecho tendrá la convicción de que la composición de lugar de la que parten los jueces a la hora de comprobar si el autor pudo, o no, actuar de otra manera no se distancia de la sencilla observación de Recaséns Siches. Quienes gozan de la indicada experiencia habrán podido confirmar que los Tribunales encuentran muchas más dificultades para cerciorarse de otros elementos subjetivos como la existencia de dolo o las distinciones entre las modalidades de éste y las de la imprudencia que para dar por acreditado que el autor pudo obrar de otra manera. Porque para

---

acreditar esto no sitúan el comportamiento del enjuiciado ni en el ilimitado universo causalmente determinado ni en un mundo vaco en el que el sujeto podía haber hecho todo lo que se le ocurriera con indiferencia de los factores causales que le rodeaban. Lo sitúan en ese **espacio de holgura** del que habla Recaséns. En ese hueco o ámbito que ofrece al hombre, en cada momento de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado– entre los cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad. La tarea del Juez no se desarrolla en un inabarcable ámbito sin confines, sino en un espacio limitado de opciones.

El universo causalmente determinado no es incompatible con ese ámbito limitado de opciones. No deja de ser significativo que Welzel haya definido la acción humana como ejercicio de la actividad final a partir de la causalidad

“El hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente

Por todo lo dicho, creo que no vale la pena abandonar la concepción de la culpabilidad que, desde principios del siglo XX, la definió como reprochabilidad. Reproche basado en la posibilidad, con todas las limitaciones que se quieran, de optar por otra conducta adecuada a la norma. Y entenderlo así no constituye ninguna manifestación de sectarismo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- F. Molina Fernández ¿Culpabilidad sin libertad?, en Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad libro colectivo, edición a cargo de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid 2008. Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, tomo LIII, 2000.
- M. Pérez Manzano, Principio de culpabilidad en Introducción al Derecho Penal coordinada por J.A. Lascuraín Sánchez, 2ª edición , Madrid, 2015.
- C. Roxin, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, traducción y notas de D-M Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid 1997, Tomo II, traducción y notas D-M Luzón Peña, J.M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Pamplona, 2014.
- G. Jakobs, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,

- 
- traducción J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid 1995.
- H-H Jescheck-Th. Weigend, Tratado de Derecho Penal. Parte General (trat. M. Olmedo Cardenete), 5ª ed. Granada 2002.
  - S. Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 7ª edición, 3ª reimpresión, Barcelona 2006.
  - E. Bacigalupo Zapater, ¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?, en La Ley, II 1982.
  - T.S. Vives Antón, Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal, en Comentarios a la legislación penal, I, Cobo del Rosal (ed.), Madrid, 1982.
  - L. Arroyo Zapatero, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución, en Revista Jurídica de Castilla - La Mancha, nº 1, 1987.
  - B. Feijoo Sánchez, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Estudio sobre las reformas del Código Penal, Director Julio Díaz Maroto 2011.
  - G. Rodríguez Mourullo, El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, en Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, 2013.
  - L. Recaséns Siches, Introducción al estudio del Derecho, México D.F., 1970.
  - Hans Welzel, El nuevo sistema del Derecho Penal, versión y notas de J. Cerezo Mir, Barcelona 1964.

## 6. ABREVIATURAS

- TC Tribunal Constitucional.
- TS Tribunal Supremo.
- STS Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- CE Constitución española de 1978.
- LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

---

## RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA POR DAÑO MORAL O DAÑO SOCIAL COLECTIVO

**Alencar Frederico Margraf\***  
**Meg Francieli Svistun\*\***  
**Ricardo Bispo Razaboni Junior\*\*\***

**Resumen:** El presente trabajo, de carácter deductivo, objetivo, tiene consideraciones acerca de la responsabilidad civil y de la teoría del daño social y del daño moral colectivo. Para ello, se utiliza un análisis crítico fundamentado en libros sobre responsabilidad civil, artículos científicos, revistas, sitios de Internet y decisiones jurisprudenciales que aborden el mismo tema. Por último, se concluye que la responsabilidad social de una empresa se hace mucho más por el cumplimiento de las obligatorias, que por acciones sociales, que son obligaciones del Poder Público. Así, la responsabilidad social se da por medio del cumplimiento de las normas positivas y el respeto a los derechos y garantías fundamentales protegidos por la

---

\* Maestro en Ciencia Jurídica por la Universidad Estadual del Norte de Paraná - UENP. Especialista en Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología, por el Instituto Busato de Enseñanza. De la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Buenos Aires. Licenciatura en Derecho por la Universidad Estatal de Ponta Grossa - UEPG. Miembro Efectivo del Instituto Paranaense de Derecho Procesal. Becario de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior (mayo-2013 / mayo-2015). Vice-Lider del Grupo de Investigación "Relaciones Institucionales: todos los lados del artículo 2 de la Constitución Federal" (certificado por la CAPES). Editor Jefe de la Revista Aporia Jurídica de la Facultad CESCAGE. Profesor de Ciencia Política y Teoría del Estado y de Proceso Penal en las Facultades Integradas de los Campos Generales (CESCAGE). Abogado e Investigador.

\*\* Licenciatura del curso de Derecho de la Facultad de Telêmaco Borba - PR - FATEB. Integrante del Grupo de Investigación de la Facultad de Telêmaco Borba. Miembro del Grupo de Investigación "Relaciones Institucionales: todos los lados del artículo 2 de la Constitución Federal" (certificado por la CAPES). Ciencia Política y Teoría del Estado y de Proceso Penal en las Facultades Integradas de los Campos Generales (CESCAGE). Abogado e Investigador.

\*\*\* Maestría en Teoría del Derecho y del Estado por el Centro Universitario Eurípides Soares da Rocha de Marília / SP. Becario CAPES / PROSUP-Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior. Posgrado en Ciencias Criminales por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais. Graduado en Derecho por la Fundación Educativa del Municipio de Asís. Miembro del Grupo de Investigación REI (Relaciones Institucionales) Todos los lados del art. 2º de la Constitución Federal y del Grupo de Investigación DiFuSo (Derechos Fundamentales Sociales), ambos registrados en el directorio académico de investigación del CNPQ. Profesor de la Federal Concursos y Postgrado lato sensu en São Paulo. Autor y profesor de la Nueva Concursos. Y en el caso de que se produzca un cambio en la calidad del producto. Abogado y Consultor Jurídico.

Ciencia Política y Teoría del Estado y de Proceso Penal en las Facultades Integradas de los Campos Generales (CESCAGE). Abogado e Investigador.

---

Constitución, mientras que el irrespeto a la función social de la propiedad, al derecho del consumidor, del medio ambiente, son sólo algunos de los motivos que pueden fundamentar la aplicación de la reparación del daño social y del daño moral colectivo.

**Palabras clave:** Responsabilidad Civil. Derechos difusos y colectivos. Daño Social. Daño moral colectivo.

**Abstract:** The present work, of a deductive nature, aims to make considerations about civil liability and the theory of social damage and collective damage. For this, a critical analysis based on books on civil responsibility, scientific articles, magazines, websites and jurisprudential decisions dealing with the same subject is used. Finally, it was concluded that social responsibility of a company is done much more by the fulfillment of the obligatory, than by social actions, that are obligations of the Public Power. This, social responsibility is achieved through compliance with the positive norms and respect for the fundamental rights and guarantees protected by the Constitution, while disrespect for the social function of property, consumer rights, and the environment are just some of the reasons which can justify the application of reparation of social damage and collective moral damages.

**Keywords:** Civil responsibility. Diffuse and collective rights. Social Security. Collective moral damages.

**Resumen:** 1. Introducción; 2 Evolución de la responsabilidad civil y sus teorías; 2.1. Responsabilidad civil y la desconsideración de la persona jurídica; 3 Derechos difusos y colectivos; 3. 1. Teoría del daño social; 3. 2. Daño moral colectivo; 4 Consideraciones finales; Referencias

## 1. Introducción

En Brasil la responsabilidad civil viene sufriendo enormes cambios a los largos de los años ante las nuevas protecciones, derechos y garantías fundamentales, previstas en la Constitución Federal de 1988 y por el Código Civil de 2002. La posibilidad de reparación por un daño moral junto con el daño material se ha convertido en una de las principales causas de la crisis económica mundial.

Por más que parezca simple imputar la responsabilidad por un hecho dañino, en el caso concreto podrá ser verificada la fragilidad del sistema jurídico, que, en los casos difíciles de solución, acaba sin tener respaldo legal para frenar o contener determinados daños. Este es el caso de los daños sociales y morales colectivos derivados de las conductas de las grandes empresas, que objetivan tan sólo las ganancias y dejan de hacer justicia a lo que se auto-intitulan de “Empresa Socialmente Responsable”.

Las conductas de la persona jurídica a menudo superan las cuestiones materiales

---

y subjetivas de las partes del proceso y alcanzan toda la colectividad y, incluso con la garantía constitucional de la libre iniciativa y la explotación del trabajo, los actos de la persona jurídica deben ser correctos y justos de acuerdo con el principio de solidaridad.

Sin embargo, muchos emprendedores se sienten intocables frente al formato del ordenamiento jurídico brasileño, teniendo en cuenta que la responsabilización por los daños sociales o morales colectivos cometidos aún no podrían, y para la mayoría de los operadores del derecho aún no pueden, ser aplicados.

Las conductas antisociales perpetradas por las grandes sociedades empresariales pueden causar daños a un número ilimitado de personas y, por ello, dejan de ser un daño material de cuño individual y pasan a alcanzar toda la sociedad, mereciendo, por lo tanto, un control y una reparación por medio del Estado.

Al ser elaborada la presente investigación, se utilizó el método deductivo para alcanzar los fines deseados. Para ello se realizó un análisis crítico en libros sobre responsabilidad civil, artículos científicos, revistas, sitios de internet y decisiones jurisprudenciales que abordasen el mismo tema.

Por medio del procedimiento funcionalista se pretende demostrar que, en el Derecho brasileño, hay una tendencia a buscar la protección social y a garantizar los derechos fundamentales de los seres humanos, partiendo de la concepción y reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de la actuación del Poder Judicial al buscar hacer sus decisiones preventivas, democráticas y efectivas.

## **2. Evolución de la responsabilidad civil y sus teorías**

El estudio de la responsabilidad se divide en dos grandes disciplinas: la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica, aunque las dos estudian los efectos de la violación de determinada norma comportamental y la necesidad de deshacer un mal realizado. Una no se confunde con la otra, pues, la forma de responsabilidad del infractor de la norma será diferente: en la primera el infractor se adhiere voluntariamente a sus efectos, por el examen de su propia conciencia; ya en la segunda es por medio de un acto de coacción estatal, que pretende mantener la paz social, traducida en la expresión “bien común”.

La responsabilidad jurídica puede ser civil o penal. La responsabilidad civil es viabilizada por medio de un valor pecuniario arbitrado para compensar o reparar el daño, teniendo así las funciones de: resarcimiento, compensatorio, punitivo y la sociopreventiva<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. Difusos y colectivos: derecho del consumidor. 3 ed. v. 16. São Paulo: *Revista de los Tribunales*, 2012. p. 77-78.

---

Así, a lo largo del siglo XX las teorías jurídicas fueron en busca de la explicación y creación de “parámetros fundantes de un sistema de responsabilidad civil distinto de aquel que hasta el anterior siglo pareció bastar<sup>2</sup>”, es decir, de un patrón de fundamentación que fuese capaz de explicar el deber de indemnizar el daño que alguien injustamente sufrió.

De este modo, la preocupación, en el ámbito de la responsabilidad civil, consiste en identificar la conducta que genera la obligación de indemnizar, hay circunstancias en que el individuo podrá ser el responsable “independientemente de haber cometido personalmente un acto antijurídico<sup>3</sup>”, así la responsabilidad puede ser directa, cuando es atribuida a quien causó el daño, o indirecta, cuando fue un tercero, ligado al ofensor, que causó el daño.

El término responsabilidad es empleado en las situaciones en que alguna persona, natural o jurídica, debe arcar con los resultados de un acto, hecho o negocio que causó daños a otro, así, al estudiar la responsabilidad, deben ser considerados los principios y normas que rigen la obligación de indemnizar. Para Silvio de S. Venosa “Los ordenamientos contemporáneos buscan ensanchar cada vez más el deber de indemnizar<sup>4</sup>”, se busca que cada vez existan menos daños que no puedan ser resarcidos.

La responsabilidad civil puede ser atribuida por conductas ilícitas o lícitas, se tiene, por ejemplo, la responsabilidad civil aquiliana<sup>5</sup> o por violación de

---

2 HIRONAKA, Giselda. Responsabilidad presupuesta: evolución de fundamentos y de paradigmas de la responsabilidad civil en la contemporaneidad. En: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). El derecho y el tiempo: embates jurídicos y utopías contemporáneas. En el caso de las mujeres, 2008. p. 39

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Derecho civil: responsabilidad civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Derecho civil: responsabilidad civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-2.

5 “El sistema romano de responsabilidad extrae de la interpretación de Lex Aquilia el principio por el cual se castiga la culpa por daños injustamente provocados, independientemente de la relación obligatoria preexistente. Se funda el origen de la responsabilidad extracontractual fundada en la culpa. Por esa razón, se denomina también responsabilidad aquiliana esa modalidad, aunque exista hoy un abismo considerable entre la comprensión de esa ley y la responsabilidad civil actual. La Lex Aquilia fue un plebiscito aprobado probablemente a fines del siglo III o principios del siglo II a.C., Que posibilitó atribuir al titular de bienes el derecho de obtener el pago de una penalidad en dinero de quien hubiera destruido o deteriorado sus bienes. Como los esclavos eran considerados cosas, la ley también se aplicaba en la hipótesis de daños o muerte de ellos. Se castigaba por una conducta que pudiera ocasionar daños. La idea de culpa es centralizadora en cuanto a la reparación. En principio, la culpa es punible, traducida por la imprudencia, negligencia o impericia, o por el dolo. Más modernamente la noción de culpa sufre profunda transformación y ampliación”. VENOSA,

---

contrato. Así, por la doctrina clásica francesa, “los elementos tradicionales de la responsabilidad civil son la conducta del agente (comisiva u omisiva), la culpa en sentido amplio (englobando el dolo y la culpa stricto sensu), el nexo de causalidad y el daño causado”<sup>6</sup>. De ese modo, sigue consagrando esos requisitos como regla, o sea, la responsabilidad civil subjetiva. Sin embargo, a partir del año 1897, por los estudios de Saleilles y Josserand - teoría del riesgo -, se pasó a admitir la modalidad de responsabilidad civil objetiva, con previsión legal en el ordenamiento brasileño en el art. 927 Código Civil, así como en otros comandos legales que también traen la responsabilidad sin culpa.

En la teoría de riesgo, la responsabilidad objetiva revela: “todo daño es indemnizable y debe ser reparado por quien a él se liga por un nexo de causalidad, independientemente de la culpa”<sup>7</sup>, es decir, la teoría del riesgo se refiere a cualquier persona que ejerce alguna actividad que pueda crear riesgo de daño a terceros y, si así lo hace, quedará obligada a repararlo, aunque no actúe con culpa.

Los artículos 186<sup>8</sup> y 187<sup>9</sup> el primer dispositivo revela que todo el que cause daños a terceros, mediante violación de cláusula contractual o violación de la ley, tiene el deber de indemnizar. Para Humberto Theodoro Júnior la caracterización genérica del acto ilícito, del dispositivo del artículo 186, exige los requisitos objetivos y subjetivos, en que el primero consiste en la conducta humana antijurídica; en el daño; y en el vínculo de causalidad entre la conducta humana y el daño; ya que los requisitos subjetivos son: la imputabilidad y la culpa en sentido estricto<sup>10</sup>.

En el artículo 187 del Código Civil, se desprende la responsabilidad del individuo que practica el abuso de derecho, o sea, el titular de algún derecho debe atentarse para que su conducta en el uso de sus prerrogativas legales no se desvíe

---

Sílvio de Salvo. *Derecho civil: responsabilidad civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

6 TARTUCE, Flávio. *Derecho civil, v. 2: derecho de las obligaciones y responsabilidad civil*. 12. ed. rev., actual. y ampliado – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 373.

7 HIRONAKA, Giselda. Responsabilidad presupuesta: evolución de fundamentos y de paradigmas de la responsabilidad civil en la contemporaneidad. En: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). *El derecho y el tiempo: embates jurídicos y utopías contemporáneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

8 Art. 186. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete acto ilícito.

9 Art. 187. También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico y social, por la buena fe y por las buenas costumbres.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentarios al código civil. Vol. III. Arts. 185 a 232*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

---

de los objetivos lícitos y deseables, dentro del contexto social. El abuso de derecho ocurrirá cuando no se observe ese deber y “se dará siempre que el agente invoque una facultad prevista en la ley, aparentemente de forma adecuada, pero para alcanzar objetivo ilegítimo o no tolerado por el consenso social”<sup>11</sup>. Así, los requisitos para la configuración del abuso de derecho son los siguientes: conducta humana, ejercicio de un derecho subjetivo, ejercicio de ese derecho de forma emulativa o culposa, daño para otro, ofensa a las buenas costumbres y a la buena fe; o práctica en desacuerdo con el fin social o económico del derecho subjetivo<sup>12</sup>.

La teoría del abuso de derecho como acto ilícito-teoría de los actos emulativos-, aumenta la noción de acto ilícito, así, el acto que era originariamente lícito ejercido fuera de los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe objetiva o por las buenas costumbres, pasa a ser un acto ilícito. Para Flávio Tartuce el “Código Civil brasileño basa la responsabilidad en dos cimientos: el acto ilícito y el abuso de derecho”<sup>13</sup>, y en el Código Civil de 1916 la responsabilidad civil era sólo por acto ilícito, así, a partir de la redacción del Código de 2002, hubo un cambio en la estructura de bases en la antijuridicidad civil. Para caracterizar la responsabilidad civil y consecuente el deber de indemnizar es necesario constatar la ocurrencia del daño o lesión a un patrimonio jurídico protegido, luego, se requiere la presencia de dos requisitos para caracterización de la responsabilidad civil: el perjuicio (de hecho); y la lesión jurídica (de derecho), siendo que la reparación será debida cuando presentes el acto ilícito o el abuso de derecho. Los daños pueden ser clasificados en morales y materiales, y los nuevos daños, que se refieren a los daños estéticos, por pérdida de una oportunidad, morales colectivos, existenciales y sociales o difusos<sup>14</sup>. En la justicia del trabajo está surgiendo una nueva figura tratada como sinónimo de daño social, es el Dumping Social, sin embargo, el concepto está restringido al campo de actuación del derecho del trabajo, que no es objeto de esta investigación.

## **2.1. Responsabilidad civil y la desconsideración de la persona jurídica**

La jurisprudencia admite que todas las personas jurídicas responden por los actos de sus empleados o prepuestos. En los términos de la Súmula 341 del Supremo

---

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários al código civil. Vol. III. Arts. 185 a 232*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários al código civil. Vol. III. Arts. 185 a 232*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121.

13 TARTUCE, Flávio. *Derecho civil, v. 2: Derecho de las obligaciones y responsabilidad civil*. 12. ed. rev., actual. y ampliado – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 393.

14 BRASILINO, F. R. R. O dano social e a Punitive Damages à Luz do Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, p. 453-482, 2016. p. 462

---

Tribunal Federal: “Es presumida la culpa del patrón o comitente por el acto culposo del empleado o prepuesto”. Así, hubo una ampliación, pues, no sólo las personas jurídicas con finalidades lucrativas serán responsabilizadas, como sus empleados y prepuestos, así como de sus órganos, directores, consejeros, administradores, etc., de modo que la responsabilidad es solidaria.

En lo que se refiere al derecho del consumidor la responsabilidad de la persona jurídica es objetiva, es decir, independiente de la culpa de sus empleados. De esta forma “la responsabilidad aquiliana de la persona jurídica es consecuencia lógica de su capacidad real y amplia de actuar en el mundo jurídico, por intermedio de sus órganos, representantes, empleados y prepuestos”<sup>15</sup>.

No hay límite de responsabilidad para los daños sociales que una empresa pueda causar, sin embargo, en el derecho hay una figura económica / jurídica en que las empresas sólo responden por su patrimonio social.

Ocurre que esta protección no es absoluta, teniendo en cuenta que la personalidad jurídica puede ser desconsiderada. Para la desconsideración de la personalidad jurídica es necesario la presencia de los requisitos previstos en el artículo 50 del Código Civil - teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica - que son: desviación de finalidad o confusión patrimonial, además del perjuicio (llamada de teoría mayor de la responsabilidad). Cabe resaltar que el Código de Defensa del Consumidor aplica la Teoría Menor de la Responsabilidad, la cual exige sólo el perjuicio del consumidor.

La persona jurídica tiene una capacidad especial, así que ese ente social no podrá practicar todos los actos jurídicos atribuidos a una persona natural, pues, está limitado por su contrato social, que no deben superar la finalidad. Por lo tanto, la personalidad de la persona jurídica no es absoluta, pues, ella está “sujeta y contenida por la teoría del fraude contra acreedores y por la teoría del abuso de derecho”. Así, nace la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica, que es un instrumento de represión por el mal uso de la persona jurídica. De esta forma, la desconsideración de la personalidad jurídica se aplicará según el caso concreto y no siempre será extinción o disolución de la sociedad, sino que habrá la suspensión de su personalidad, para que haya la reparación del daño causado<sup>16</sup>.

La persona jurídica es titular de derechos y deberes en el orden civil, conforme

---

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. p. 113.

16 GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. Difusos y colectivos: derecho del consumidor. 3 ed. v. 16. São Paulo: *Revista de los Tribunales*, 2012. p. 121.

---

apunta el art. En el caso de que se trate de una persona jurídica de derecho privado, el miembro de la persona jurídica responda, solo, “por deudas dentro de los límites del capital social, quedando a salvo el patrimonio individual dependiendo del tipo societario adoptado (responsabilidad in vires). Sin embargo, con la posibilidad de que los socios o administradores no sean responsabilizados por sus conductas, muchos fraudes surgieron como medio de “escapar” de eventuales castigos, así, en la jurisprudencia y en el derecho comparado, “la figura de la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica o la teoría de la penetración (disregard of the legality) “pasó a ser esencial para corregir diversas injusticias<sup>17</sup>.

El instituto de la desconsideración de la personalidad admite que el magistrado no considere los efectos de la personificación de la sociedad alcanzando y vinculando de este modo la responsabilidad de socios y administradores por fraudes y abusos cometidos. Como citado arriba el artículo 50 del Código Civil Brasileño trae la previsión legal del instituto, así como, también, puede ser constatado por la lectura del art. 28<sup>18</sup> e § 5<sup>o</sup><sup>19</sup> del Código de Defensa del Consumidor, así como el art. 4<sup>o</sup><sup>20</sup> de la Ley de Crímenes Ambientales.

Para Fábio Ulhoa Coelho “la desconsideración de la persona jurídica no alcanza la validez del acto constitutivo, sino su eficacia episódica”<sup>21</sup>, es decir, la sociedad sigue siendo válida incluso después de su desconsideración, así como son válidos todos los actos que ha practicado, de modo que, es la separación patrimonial de los socios que no tendrá efectos en relación con el caso concreto en que se le determinó la desconsideración.

### 3. Derechos difusos y colectivos

Los derechos difuso y colectivo no son sinónimos, el primero se trata de derechos referentes a un grupo de individuos indeterminado, como por ejemplo el derecho al medio ambiente, mientras que el segundo defiende grupos o categorías de personas

---

17 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de derecho del consumidor: derecho material y procesal*. 3. ed. En este sentido, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 327.

18 Art. 28. El juez podrá desconsiderar la personalidad jurídica de la sociedad cuando, en detrimento del consumidor, haya abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o contrato social. La desconsideración también será efectiva cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración.

19 § 5° También puede ser desconsiderada la persona jurídica siempre que su personalidad sea, de alguna forma, obstáculo al resarcimiento de daños causados a los consumidores.

20 Art. 4° Puede ser desconsiderada la persona jurídica siempre que su personalidad sea obstáculo al resarcimiento de daños causados a la calidad del medio ambiente.

21 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de derecho comercial: derecho de empresa*. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12.

---

determinables y también unidas por causa común, como por ejemplo, el Derecho del consumidor. Por lo tanto, la titularidad de los derechos de tercera generación es difusa o colectiva, “una vez que son concebidos para la protección no del hombre aisladamente, sino de colectividades, de grupos”<sup>22</sup>.

Así, los derechos de solidaridad y fraternidad de la tercera dimensión desprenden de la figura del individuo, teniendo en vista que su titular es la colectividad, o sea, se destina a la protección de grupos humanos - familia, pueblo, nación. Por lo tanto, los derechos difusos son de titularidad de todos y no pertenecen a nadie por separado. Tiene por destinatario el propio género humano y, de este modo, se suele citar como ejemplo, “los derechos a la paz, a la autodeterminación de los pueblos, al desarrollo, al medio ambiente y calidad de vida, así como al derecho a la conservación y utilización patrimonio histórico - cultural y el derecho de comunicación”<sup>23</sup>.

En los derechos difusos el legislador optó por no determinar quiénes son los titulares de ese derecho, así, no hay una relación ni indivisibilidad del bien jurídico, es decir, “los poseedores del derecho subjetivo que se pretende regir y proteger son indeterminados e indeterminables” en consecuencia lógica de la indeterminación de los sujetos, “el objeto o el bien jurídico tutelado por los derechos difusos es indivisible”<sup>24</sup>, como mayor ejemplo de derecho difuso se tiene el Derecho al Medio Ambiente Equilibrado.

Los derechos colectivos son de “intereses transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”, el sujeto activo es indeterminado, pero puede ser determinable, es decir, pueden ser determinados por el medio del vínculo jurídico que los une entre sí o con la parte contraria, así, en los “derechos colectivos stricto sensu tienen por característica existencia de una relación jurídica base que une a los perjudicados y al sujeto pasivo”<sup>25</sup>.

---

22 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de derecho constitucional*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 206.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría general de los derechos fundamentales en la perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Librería del Abogado Editora, 2012. p. 31.

24 GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. El daño moral colectivo y los actos de ofensa a los principios orientadores de la Administración Pública. Y en el caso de las mujeres. 17, mayo / agosto.2017. p. 60-62.

25 GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. El daño moral colectivo y los actos de ofensa a los principios orientadores de la Administración Pública. Y en el caso de las mujeres. 17, mayo / ago. 2017. p. 64.

---

El Código de proceso civil determina que, si el juez constata que varias demandas individuales repetitivas, deberá oficiar el Ministerio Público, la Defensoría Pública u otros legitimados a que se refieren el art. 5º de la Acción Civil Pública, y el art. 82 del Código de Defensa del Consumidor, para que promueva la proposición de la acción colectiva. En el artículo 333 y el inciso XII del artículo 1015, que tuvieron veto presidencial, hablaba de la conversión de la acción individual en acción colectiva, la entidad que pidió el veto fue la AGU, con la justificación de que “el dispositivo podría llevar a la conversión de acción individual en acción colectiva de manera poco juiciosa, incluso en detrimento del interés de las partes “; además, el tema exige disciplina propia para garantizar la plena eficacia del instituto. En el sentido del veto se manifestó también la Orden de los Abogados de Brasil - OAB.

La colectividad o comunidad es “un conglomerado de personas que viven en un determinado territorio, unidas por factores comunes”<sup>26</sup>, en que el eslabón más fuerte de esa unión es el valor, resultante de la amplificación de los valores de cada una de la colectividad, o sea, cada individuo tiene una carga de valores, así la comunidad tiene una dimensión ética. Para Miguel Reale citado por Carlos Alberto Bittar, diz que:

Nuestra vida no es espiritualmente sino una vivencia perenne de valores. Vivir es tomar posición ante valores e integrarlos en nuestro “mundo”, perfeccionando nuestra personalidad en la medida en que damos valor a las cosas, a los demás hombres ya nosotros mismos. Sólo el hombre es capaz de valores, y sólo en razón del hombre la realidad axiológica es posible<sup>27</sup>.

Los valores son mutables y su rol no es exhaustivo, pero, “un valor que se caracteriza precisamente como colectivo es el honor”. El honor es individual, pero para Carlos Alberto Bittar es posible un honor colectivo, pues, “así como cada uno goza de reputación y respeto en el medio en que vive, también la comunidad - agrupación de personas y, por lo tanto, de núcleos de valores - debe ser respetada en sus relaciones con colectividades”<sup>28</sup>.

---

26 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Del daño moral colectivo en el actual contexto jurídico brasileño. Publicado en: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3088133349-1-PB.pdf>>. Accedido el: 28 de febrero de 2018. p. 6.

27 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Publicado em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3088133349-1-PB.pdf>>. Acessado em: 28 de fevereiro de 2018. p. 18.

28 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Publicado em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3088133349-1-PB.pdf>>.

---

Por lo tanto, los valores colectivos se refieren a la comunidad como un todo. Por lo tanto, estos valores no se confunden con los de cada persona. El derecho tiene relación directa con el valor - teoría de Miguel Reale, hecho, valor y norma - así, el ordenamiento patriótico trató de codificar, también, los valores colectivos, se tiene, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley de la Acción Civil Pública dispone sobre las acciones relativas a la responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor y al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

### 3. 1. Teoría del daño social

Para Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino es a partir del modelo de Estado Democrático de Derecho, que tiene como fundamento la dignidad, que el daño social surge como instrumento para la efectividad de los objetivos del Estado, en especial del principio de la dignidad de la persona humana. El autor hace una búsqueda de la legitimidad del daño social y encuentra en la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas una posibilidad en la medida en que el acto cabe una intervención del Estado<sup>29</sup>.

El concepto del daño social tiene relación directa con el principio de la socialidad adoptado por el Código Civil de 2002, en que se valora el colectivo en detrimento del individual, superando así el carácter individualista y egoísta de la codificación anterior. De esta manera, la propiedad, el contrato, la posesión, la familia, la empresa y la responsabilidad civil deben tener función social<sup>30</sup>.

En el derecho existe una idea de que todos los institutos jurídicos deben servir a una función social, es decir, deben proporcionar el “bien común”, Miguel Reale predicaba ese entendimiento en su concepto de Derecho, pues, para él “Derecho es la ordenación “heterónoma, coeficiente y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia, según una integración normativa de hechos según valores,” así, la justicia sería la “pluridiversidad de su deber ser histórico, teniendo la persona como fuente de todos los valores”<sup>31</sup>. En la codificación del Código Civil de 2002 Miguel Reale trabajó para la observancia de la función social en el derecho privado, de modo

---

33349-1-PB.pdf>. Acessado em: 28 de fevereiro de 2018. p. 8-9.

29 BRASILINO, F. R. R. O dano social e a Punitive Damages à Luz do Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, p. 453-482, 2016. p. 456.

30 TARTUCE, Flávio. *Derecho civil, v. 2: Derecho de las obligaciones y responsabilidad civil. 12. ed. actual. y ampliado - Río de Janeiro: Forense*, 2017. p. 548.

31 REALE, Miguel. *Lecciones preliminares de derecho. 27. ed., Ajustada al Nuevo Código Civil. San Pablo: Saraiva*, 2002. p. 59-67.

---

que la función social pasó a ser uno de sus principios orientador.

Por lo tanto, la función social se refiere a una relación de amoldamiento de intereses y bienestar común de la sociedad, Flávio Tartuce revela que “el objetivo principal de la función social de los contratos es intentar equilibrar una situación que siempre ha sido disparada, en que el consumidor siempre fue víctima de las abusividades de la otra parte de la relación de consumo”<sup>32</sup>.

El STJ divulgó en 2014 el informativo nº 552, en el cual la segunda sección reconoció la posibilidad de condenación por daños sociales, sin embargo, debe constar en la petición de la acción y esa debe ser colectiva y no individual, para que la condena no sea extra petita.

Es nula, por configurar juicio extra petita, la decisión que condena la parte retro, de oficio, en acción individual, al pago de indemnización en concepto de daños sociales en favor de tercer extraño a la lid. En primer lugar, se debe registrar que el daño social viene siendo reconocido por la doctrina como una nueva especie de daño reparable, derivado de comportamientos socialmente reprobables, pues disminuyen el nivel social de tranquilidad, teniendo como fundamento legal el art. 944 del CC. De este modo, ante la ocurrencia de acto ilícito, la doctrina moderna ha admitido la posibilidad de condenación al pago de indemnización por daño social, como categoría inherente al instituto de la responsabilidad civil, además de los daños materiales, morales y estéticos. En la V Jornada de Derecho Civil del CJF se aprobó el Enunciado 455, reconociendo la existencia del denominado daño social: “La expresión daño en el artículo 944 abarca no sólo los daños individuales, materiales o inmateriales, sino también los daños sociales, difusos, colectivos e individuales homogéneos a ser reclamados por los legitimados para proponer acciones colectivas”. A este respecto, es importante aclarar que la condena a la indemnización por daño social reclama interpretación que involucra los principios de la demanda, de la inercia y, fundamentalmente, de la congruencia / congruencia, el cual exige la correlación entre el pedido y la provisión judicial a ser exarado por el Poder Judicial, bajo pena de la ocurrencia de juicio extra petita. En la hipótesis en foco, en sede de acción individual, hubo condena de la parte retro al pago de indemnización por daños sociales en favor de un tercero ajeno al litigio, sin que hubiera pedido en ese sentido o sin que esa cuestión fuera llevada a juicio por cualquiera de las partes.

---

32 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de derecho del consumidor: derecho material y procesal. 3. ed Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 21.

---

En esa medida, la decisión condenatoria extrapoló los límites objetivos y subjetivos de la demanda, ya que confería un juicio jurisdiccional distinto de aquel delineado en la petición inicial, beneficiando tercero ajeno a la relación jurídica procesal puesta en juicio. Es necesario subrayar que, aunque hubiera pedido de condenación en daños sociales en la demanda en examen, los comicios no pudieron haber sido juzgados procedente, pues chocaría en la ausencia de legitimidad para postularlo. Por eso, los daños sociales sólo se admitir en demandas colectivas y, por lo tanto, sólo los legitimados para la proposición de acciones colectivas tienen legitimidad para reclamar acerca de supuestos daños sociales derivados de un acto ilícito, por lo que no podrían ser objeto de acción individual. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, juzgado en 12/11/2014<sup>33</sup>.

De este modo, la segunda sección del STJ al apreciar la reclamación, juzgó que la acción no se trataba de una acción colectiva, así, aun cuando hubiera pedido la condena por daños sociales, éste no sería admitido, pues, no estaría presente la legitimidad para postularlo, es decir, daños sociales son admitidos solamente en demandas colectivas, desatar, “solo los legitimados para la proposición de acciones colectivas tienen legitimidad para reclamar acerca de supuestos daños sociales derivados de acto ilícito, motivo por el cual no podrían ser objeto de acto acción individual”<sup>34</sup>.

La Teoría del Daño Social todavía está en marcha de elaboración y consolidación en el Derecho patrio. “Fue Antonio Junqueira de Azevedo que propuso la teoría del Daño Social o Difuso,” se trata de una modalidad que pretende garantizar la amplia tutela a la persona humana ya que los daños sociales son lesiones a la sociedad “. Así, la principal diferencia entre el daño colectivo y el social es que éste abarca los derechos difusos, que no puede ser tutelado por el daño colectivo ante su indivisibilidad, mientras aquel busca el resarcimiento de los daños causados a los derechos colectivos e individuales homogéneos, al discutir el daño colectivo, la indemnización es para las personas que son determinadas o determinables y tiene triple función: reparar, desalentar y educar. El daño social tiene dos funciones: desalentar y educar, así, la indemnización será dirigida a alguna entidad del sector público no estatal, el Juez al condenar la indemnización por daño social reconoce la conducta socialmente reprobable y aplica la pena<sup>35</sup>.

---

33 Informativo Nº: 0552. Período: 17 de diciembre de 2014. Disponible en: [www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0552.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0552.rtf). Acessado em 04/03/2018.

34 Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, juzgado en 12/11/2014. p. 19.

35 BRASILINO, F. R. R. El daño social y la Punitive Damages a la Luz del Derecho Brasileño. Revista Jurídica

---

Con la socialización del derecho y ampliación de la protección de la dignidad de la persona humana el derecho viene pasando por una especie de “socialización” y al considerar el impacto de la evolución de la tecnología viene causando en el tejido social es que el derecho se viene transformando, y como no podría ser diferente la jurisprudencia de los tribunales viene acompañado de este desarrollo<sup>36</sup>.

Pablo Stolze y Rodolfo Pamplona<sup>37</sup> se trata en un capítulo específico la responsabilidad de indemnización por daño moral derivado de contaminaciones del medio ambiente, destacando que una lesión fuera de balance difusa afecta no sólo al ambiente de trabajo, sino a toda la colectividad.

Debe destacarse que la responsabilización de la empresa por el daño social cometido no será ante un acto / hecho excepcional o extraordinario, pues éste todavía puede ser corregido. Por lo tanto, para ser plausible la imposición de la indemnización es necesario que la ofensa continúe ocurriendo y perjudicando la colectividad.

Para Antonio Junqueira de Azevedo el judicial brasileño debe reconocer y establecer, en ciertos casos, la indemnización por daño social, una vez que complementa la indemnización, sin embargo, el destinatario de esa indemnización debe ser tan solo la sociedad, en su colectividad.

Aunque el art. 944 del Código Civil limita la indemnización a la extensión del daño, eso no impide que el juez fije una indemnización por el daño social. Esa “pena” restablecer el nivel social de tranquilidad disminuida por el acto ilícito. Así, el daño social tiene aspecto distinto de los daños colectivos.

Por lo tanto, los daños sociales son lesiones a la sociedad, se trata, pues, de derecho difuso; ya el daño moral colectivo es individual, sólo su fase procesal es colectiva; el daño social puede engrosar lesiones a los derechos de personalidad o materias. Mientras que los daños morales colectivos se limitan a los derechos de la personalidad<sup>38</sup>, los daños sociales son difusos y sus víctimas son indeterminadas o indeterminables y la dificultad del daño social consiste en saber a quién será

---

Luso Brasileira, v. 2, p. 453-482, 2016. p. 472.

36 BRASILINO, F. R. R. O dano social e a Punitive Damages à Luz do Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, p. 453-482, 2016. p. 477.

37 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil*/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125.

38 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Capítulo V: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 381.

---

destinado a la indemnización<sup>39</sup>.

### 3. 2. *Daño moral colectivo*

El daño moral tiene previsión legal en el artículo 5, incisos V y X, de la Constitución Federal de 1988, que prevé que “se garantiza el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de indemnización por daño material, moral y a imagen” y que “Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral resultante de su violación”, respectivamente.

La ley infraconstitucional también prevé el daño moral, como, por ejemplo, en el artículo 6, VI del Código de Defensa del Consumidor y en el artículo 186 del Código Civil. El daño moral es la violación de un derecho de la personalidad, tiene carácter fuera de balance, con fines de reparación y no indemnizatorio

Así, para algunos juristas, en el ordenamiento brasileño hay la posibilidad de pleitear la reparación de daños individuales, como también daños patrimoniales y morales colectivos y difusos, porque los daños a los consumidores alcanzan una pluralidad indeterminada de personas. De modo que, ocurrido el daño colectivo surge una relación jurídica obligatoria, en que el sujeto activo es la colectividad perjudicada, el sujeto pasivo es el causante del daño y el objeto es la reparación, que puede ser pecuniaria o no<sup>40</sup>.

El daño material es el desfaldo del patrimonio de un individuo que deberá ser reparado en pecunia. Puede ser daño emergente o lucro cesante, el primero es fácilmente cuantificado, basta una evaluación del patrimonio lesionado, en el caso del segundo es necesario determinar los beneficios dejados de ganar por la víctima. “En suma, ni el daño material, ni los beneficios salientes, pueden ser deferidos bajo condición de escrutado futuro en liquidación. La parte que solicita reparación tiene que probarlos adecuadamente, antes de la condena, aunque ésta sea genérica”<sup>41</sup>.

El daño moral es una lesión que afecta al “ánimo psíquico, moral e intelectual de la víctima”, actúa dentro de los derechos de la personalidad, de esa manera, es

---

39 TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e ampliado – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 551.

40 GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Difusos y colectivos: derecho del consumidor*. 3 ed. v. 16. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2012. p. 98.

41 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentarios al código civil. Vol. III. Arts. 185 a 232*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36-37.

---

muy difícil evaluar el daño que cada individuo sufre, lo que se vuelve muy complejo establecer una justa indemnización por el daño. Para Silvio de Salva Venosa “dada la amplitud del espectro casuístico y el relativo noviciado de la materia en los tribunales, los ejemplos de la jurisprudencia varían de la mezquindad a la prodigalidad”<sup>42</sup>.

Según el Enunciado 445, CJF, “el daño moral indemnizable no presupone necesariamente la verificación de sentimientos humanos desagradables como dolor sufrimiento”, así como el enunciado 456 revela que “la expresión” daño “en el art 944 abarca no sólo los daños individuales, materiales o inmateriales, sino también los daños sociales, difusos, colectivos e individuales homogéneos a ser reclamados por los legitimados para proponer acciones colectivas”<sup>43</sup>.

En relación al daño moral colectivo no hay, expresamente, previsión legal, su surgimiento se dio con la interpretación del artículo 6<sup>044</sup> del Código de Defensa del Consumidor junto con el caput del artículo 1<sup>045</sup> de la Ley 7.347 / 85 - Ley de la Acción Civil Pública.

Para Flávio Tartuce el daño moral colectivo es la ampliación del daño moral. “Su concepto es controvertido, pero él puede ser llamado como el daño que alcanza, al mismo tiempo, varios derechos de la personalidad, de personas determinadas o determinables”<sup>46</sup>.

---

42 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Derecho civil: responsabilidad civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

43 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *V Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012.

44 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

45 Lei que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

46 TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e ampliado – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 540.

---

En 2005, Teori Zavaski en su tesis doctoral hizo un estudio sobre el proceso colectivo en el derecho brasileño, buscó identificar las características principales de las acciones colectivas y sus principios orientadores. En el desarrollo de su trabajo Teori Zavaski presentó los instrumentos destinados tanto a la tutela de derechos colectivos, en cuanto a la tutela colectiva de derechos individuales. El autor denomina daño moral colectivo en daños morales transindividuales, para él el art. En el caso de la Ley de la Acción Civil Pública es interesante y polémica, a partir de ahí surgió en la doctrina una corriente que hace una interpretación literal del texto normativo, sosteniendo la posibilidad de ocurrir daño moral de naturaleza transindividual. “No hay duda de que la lesión a un derecho de naturaleza difusa, como por ejemplo un daño al ambiente natural o ecológico, puede, en tesis, acarrear también daño moral”, de modo que un determinado individuo puede sufrir con la destrucción ambiental, lo que, en tesis, podrá ser configurado daño moral, lo que no significa que el daño moral asuma la naturaleza transindividual. “En efecto, la víctima de daño moral es, necesariamente, una persona”<sup>47</sup>. De este modo, el daño moral no se muestra compatible con la idea de colectividad.

El entendimiento del Teorí Zavascki era que la “interpretación a ser dada al art. “1 de la Ley 7.347/85, en lo que se refiere a daños morales, no puede ser la estrictamente literal”, pues, la ley objetiva traer una regla procesal, en la que se autoriza la acumulación de solicitudes de responsabilización del reo por las lesiones causadas a derechos en el sentido de que la ley no creó el “exótico daño moral supraindividual”, la ley no creó el “exótico daño moral supraindividual”, es decir, la ley no creó, como se dice, el ex ministro alejó, en su tesis doctoral, la “viabilidad de compatibilizar la naturaleza del daño moral (que es necesariamente individual, porque personalísimo), con la idea de la transindividualidad, propia de los derechos difusos y colectivos stricto sensu (que son indivisibles y con titularidad indeterminada)”<sup>48</sup>.

Tanto es así que, en el STJ, en el juicio de la REsp 598.281-MG, el ministro votó de la siguiente forma:

Es perfectamente viable la tutela del bien jurídico salvaguardado por la Constitución (medio ambiente ecológicamente equilibrado), tal como la realizada en esta acción civil pública, mediante la determinación de providencias que aseguren la restauración del ecosistema degradado, sin

---

47 ZAVASCKI, Teorí Albino. Proceso colectivo: tutela de derechos colectivos y tutela colectiva de derechos. 2005. 295 f. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad Federal de Río Grande del Sur, Porto Alegre, RS, 2005.p. 35.

48 ZAVASCKI, Teorí Albino. Proceso colectivo: tutela de derechos colectivos y tutela colectiva de derechos. 2005. 295 f. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2005.p. 36.

---

ninguna referencia a un daño moral<sup>49</sup>.

Para él “el daño moral implica, necesariamente, dolor, sentimiento, lesión psíquica” y no toda conducta ilícita importa en daño moral y ni se puede interpretar el art. 1 de la Ley de la Acción Civil Pública de modo “a hacer el daño moral indemnizable en todas las hipótesis descritas en los incisos I al V del art. 1 de la referida ley”.

Los fundamentos favorables a la existencia del daño moral colectivo fueron utilizados por los Ministros Luiz Fux y José Delgado en el juzgado, pues, para ambos existe el daño moral a la colectividad, en que los argumentos son de que la ley y la Constitución Federal preveen expresamente la reparabilidad del reparto, el daño extrapatrimonial colectivo, además, efectivamente existe un sentimiento colectivo que puede ser transgredido, generando sufrimiento la propia colectividad.

En el juicio del Resp 598.281, por mayoría de los votos, los jueces entendieron que la víctima del daño moral tiene que ser necesariamente un individuo. Entendemos que la sentencia en cuestión no es la mejor interpretación de la materia, pues la discusión acerca del daño moral colectivo exige la interpretación de los derechos colectivos y sus respectivos instrumentos de tutela, con la finalidad de prevenir la ofensa a derechos transindividuales. Sin embargo, la conclusión del Superior Tribunal de Justicia en este precedente analizado es que no existe daño moral colectivo.

El posicionamiento de los que defienden el antagonismo de daño moral o fuera de balance con la lesión a derechos difusos o colectivos es que el daño moral tiene características subjetivas, vinculándola a sentimientos humanos individuales que “no pueden ser experimentados por una colectividad indeterminada de personas” sin embargo, para superar esa interpretación, es necesario tener en mente que el daño moral “no se limita a las nociones subjetivas e individuales de dolor o sufrimiento psíquico, sino, con la idea concreta de lesión a la dignidad humana”<sup>50</sup>.

El entendimiento del Superior Tribunal de Justicia “ha evolucionado en el sentido de aceptar el daño moral colectivo, no sólo en las hipótesis de lesión a derechos del consumidor, sino también en otras hipótesis como el daño ambiental”<sup>51</sup>.

---

49 REsp 598.281-MG - 1ª T. - STJ - mayoría - rel. para la sentencia Min. Teori Albino Zavascki. DJ 01.06.2006 p. 147.

50 GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. El daño moral colectivo y los actos de ofensa a los principios orientadores de la Administración Pública. Y en el caso de las mujeres. 17, mayo / ago. 2017. p. 74.

51 GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. El daño moral colectivo y los actos de ofensa a los principios orientadores de la Administración Pública. Y en el caso de las mujeres. 17, mayo / ago. 2017. p. 79.

---

La segunda clase del STJ reconoció la posibilidad del daño moral colectivo, sosteniendo que era incoherente reconocer el daño moral individual y no el colectivo, en el siguiente juzgado:

ADMINISTRATIVO Y PROCESAL CIVIL. VIOLACIÓN DEL ART. 535 DEL CPC. MISIÓN INEXISTENTE. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. DAÑO AMBIENTAL. CONDENACIÓN A DAÑO EXTRAPATRIMONIAL O DAÑO MORAL COLECTIVO. POSIBILIDAD. PRINCIPIO EN DUBO PRO NATURA

No hay violación del art. 535 del CPC cuando la prestación jurisdiccional se da en la medida de la pretensión deducida, con enfrentamiento y resolución de las cuestiones abordadas en el recurso. La Segunda clase se pronunció en el sentido de que, aunque en forma refleja, la degradación al medio ambiente da lugar al daño moral colectivo. Habría contra el sentido jurídico en la admisión de resarcimiento por lesión a daño moral individual sin que se pudiera dar a la colectividad el mismo trato, después de todo, si el honor de cada uno de los individuos de este mismo grupo es afectado, los daños son susceptibles de indemnización.

Las normas ambientales deben atender a los fines sociales a que se destinan, es decir, necesaria la interpretación y la integración de acuerdo con el principio hermenéutico in dubio pro natura.

Recurso especial improcedente<sup>52</sup>.

Para la segunda clase del STJ la responsabilidad civil ambiental debe ser comprendida de forma amplia y la condena a recuperar el área perjudicada no excluye el deber de indemnizar, así, no configurando bis in idem la obligación de hacer y pagar.

En el caso de que se produzca un cambio en la calidad de la información, (ii) sujeto pasivo: el causante del daño (persona física, o jurídica, o la colectividad otra, que tiene el deber de reparación); y (iii) objeto: la reparación que puede ser tanto pecuniaria y no pecuniaria. Además, en esta relación la teoría de la responsabilidad civil. El daño moral colectivo es independiente de la prueba objetiva de perjuicio sufrido, porque se trata de un daño moral in re ipsa, pues su existencia deriva de las propias circunstancias del acto lesivo<sup>53</sup>.

---

52 REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, juzgado en 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

53 GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. El daño moral colectivo y los actos de ofensa a los principios orientadores de la Administración Pública. Y en el caso de las mujeres. 17, mayo / agosto. 2017. P.75.

---

#### 4. Consideraciones finales

La responsabilidad civil está pasando por un proceso de ampliación de sus horizontes, entre estas ampliaciones están el daño social y el daño moral colectivo, aumentando las perspectivas de creación y consolidación de un orden jurídico más justo y eficaz. En cuanto a la seriedad de esos daños surge la necesidad de su represión y el ordenamiento jurídico brasileño está, relativamente, provisto, teniendo en cuenta que, además de las disposiciones de los Códigos: civil, ambiental, del consumidor, también cuenta con la acción civil pública y la acción popular, que son instrumentos valiosos de la Constitución.

Se observa que la teoría de la responsabilidad civil viene caminando hacia una colectivización de derechos, al colocar del lado del concepto de acto ilícito el de daño injusto, ampliado de esa forma su rayo de incidencia.

De este modo, la responsabilidad social de una empresa se hace mucho más por el cumplimiento de las obligatorias para ella imputada, que por acciones sociales, que son obligaciones del Poder Público, así, responsabilidad social se da por medio del cumplimiento de las normas positivas y el respeto a los derechos y garantías fundamentales protegidos por la Constitución. Mientras que el irrespeto a la función social de la propiedad, al derecho del consumidor, del medio ambiente, son sólo algunos de los motivos que pueden fundamentar la aplicación de la reparación del daño social y del daño moral colectivo.

#### 5. Referencias

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Capítulo V: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Publicado em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acessado em: 28 de fevereiro de 2018.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Improvido*. REsp 598.281-MG - 1ª T. - STJ - maioria - rel. p/o acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ01.06.2006 p. 147. Lex: Jurisprudência do STJ. Disponível em: <[http://https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301786299&dt\\_publicacao=01/06/2006](http://https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006)>. Acesso em 03/03/2018.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. REsp 1367923/RJ,

---

Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013. Lex: Jurisprudência do STJ. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100864536&dt\\_publicacao=06/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100864536&dt_publicacao=06/09/2013) >. Acesso em 04/03/2018.

- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação*. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014. Lex: Jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201300900646.REG>. Acesso em 04/03/2018.
- BRASILINO, F. R. R. O dano social e a Punitive Damages à Luz do Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 2, p. 453-482, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil*/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GAILLARDEZ NETO, Joseph Harry Eloi. O dano moral coletivo e os atos de ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, n. 17, maio/ago. 2017.
- GIANCOLI, Bruno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 3 ed. v. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 31.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e ampliado – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

- 
- \_\_\_\_\_, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.
  - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao código civil. Vol. III. Arts. 185 a 232*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
  - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. -São Paulo: Atlas, 2013.
  - ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2005.

---

## Los Principios Generales del Proceso Procesal como eslabon entre el nuevo código del Proceso Civil Brasileño y los Sistemas Jurídicos Romanistas e Iberoamericanos.

Camilo Zufelato<sup>1</sup>

**Resumen.** El artículo analiza las funciones que los principios generales de derecho procesal desempeñan en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, en el que ocupan un papel destacado como norma jurídica aplicable a todo el sistema procesal, especialmente como criterio interpretativo del derecho procesal civil. Tales funciones son propias de la noción de principium que es originaria desde el derecho romano, reforzando a sobremanera la pertenencia del derecho brasileño al sistema jurídico romanístico y al iberoamericano, eso de forma especial, teniendo en vista la forma como los principios generales del derecho procesal fueron tratados en el código procesal civil modelo iberoamericano.

**Palabras clave:** principios; nuevo código de proceso civil brasileño; código procesal civil modelo iberoamericano; sistema jurídico romaní; el sistema jurídico latinoamericano.

### 1. Introducción

Brasil tiene un nuevo código de proceso civil - Ley nº 13.105 de 16 de marzo de 2015. Todo proceso de codificación, es, por sí solo, un marco relevante en la histórica jurídica de cada país. Un código, de cualquiera que sea la materia, representa un momento de unión de esfuerzos e intereses en sintetizar un amplísimo espectro de contenido de un área del conocimiento, a partir de una directriz que sea unificadora de todo el sistema, que es la verdadera fuerza centrípeta de una codificación

En todo sistema -y el código es un sistema- hay principios que rigen su dinámica, funcionando como elemento unificador que da sentido y cohesión a todos los demás elementos y reglas que lo componen. En la base de todo código hay, por lo tanto, principios que fundan la esencia de cada una de las reglas codificadas

El propósito de este artículo es demostrar cómo el papel central que los principios generales de derecho procesal recibieron en el código de proceso civil brasileño de

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo; Doctor en Derecho Procesal Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo; Master II en el Sistema Jurídico Romanista por la Universidad de Roma II - Tor Vergata..

---

2015 - verdaderas normas fundamentales de todo el sistema codificado - en realidad es, además de fruto de las tendencias constitucionalizantes del derecho por las cuales muchos países ven también pasando, también una forma de conexión, aunque no siempre consciente y reconocida, con el sistema jurídico romanístico y con el sistema jurídico iberoamericano, en los que el papel desempeñado por los principios es notable y marcante.

El desarrollo de esta premisa tiene el siguiente hilo conductor de ideas: inicialmente mostrar cómo la noción de principium surge y se desarrolla en el derecho romano, pasando por la transposición, en las primeras codificaciones civiles latinoamericanas, de la relevancia que los principios tuvieron, culminando con un análisis de dos marcos jurídico-procesales más recientes en los que se ve claramente el papel protagonista que los principios ejercen, es decir, un académico, el proyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica, de 1988, y otro normativo, el código de proceso civil brasileño de 2015.

La intención de esta iniciativa no es tratar minuciosamente el contenido de cada principio de procedimiento, sino revelar la fuerza del sentido de pertenencia a un sistema jurídico ya sus características fundamentales. La experiencia vivida en Brasil por el código procesal civil recién aprobado, en relación a la relevancia que la codificación dio al tema de los principios generales, debe ser entendida como un vínculo más, entre varios otros del pasado, que refuerzan la idea de sistema jurídico iberoamericano como subsistema del romanista.

## **2. El origen de la noción y de las funciones de los principios en el sistema jurídico romanista**

Se ha difundido recientemente un sentido común en el que la idea de principio, y especialmente su normatividad jurídica, sería algo reciente, sobre todo posguerra, habiendo sido impulsada por el constitucionalismo moderno. Sin embargo, hay que reconocer que ya en el derecho romano el papel desempeñado por los principios es bastante relevante, incluso como regla de un sistema jurídico.

Sandro Schipani, en un alentado estudio sobre el tema<sup>2</sup>, que en varios pasajes de leyes, plebiscitos, constituciones, ediciones, etc., la expresión principium era utilizada en el sentido de inicio de algo. En un acanalado análisis de la obra de Cicerón, el jurista destaca que es posible notar el uso de diversas acepciones para el principio: significa el “principio”, la “parte inicial” de alguna realidad, que también capta el sentido de “primacía de rango” para la “configuración” de tal realidad,

---

2 SCHIPANI, Sandro. Principia iuris potissima pars principium est. *Principios generales del derecho (fichas de información en concepto)*. En: *La codificación del derecho romano común*. Turin: Giappichelli, 1999, p. 83-117, pág. 99-100.

---

combinando la perspectiva temporal y espacial con una estructuración; - Entre los usos con este significado, surge que en el cual, especificado por *res publica* (*principium rei publicae*), designa a Romulus; - en su lugar, especificó la naturaleza (*principia naturae*) e introdujo en un discurso de análisis físico / metafísico de la realidad en sus elementos constitutivos, asume el significado del “primer elemento” de esto, comprimiendo la perspectiva diacrónica; tales son también el bien y el mal; - de manera similar, especificado por *ius* (*principia iuris*), y siempre en el contexto del discurso metafísico, significa ‘fundación’ y designa *lex*, siempre que esto se ajuste a la relación *summa* inherente en la naturaleza, a la relación *recta*; - De manera similar, con referencia a los elementos constitutivos del mismo discurso, también designa la “expresión” que expresa la “fundación”; - pero Cicerone ni siquiera lo utiliza para reconstruir / exponer la ley y designar las declaraciones, incluidas las generales, para captar su papel, para cuyo propósito utiliza *locus*, a *sententia*, *caput*, y para colgar, repetir, referre.

Y, entre ellos, un uso que aquí destaco: de hecho, con la expresión *principia iuris* Cicerone identifica una problemática, la de la fundación de la ley, que lo lleva a afirmar que es tal ley, como una expresión de la relación, como una relación *recta*. Esta ley es consistente con las leyes de Roma. No todas las leyes o su aplicación judicial, cada articulación del sistema legal. Solo tales se originaron en los momentos antiguos, fruto de la contribución de muchos, consolidados por la prueba del tiempo (*usus / vetustas*), que corresponden a la naturaleza y al hombre que vive en sociedad con Dios, y que a partir de ellos se hizo *principium reliquarum rerum*.

La primera aproximación con una idea de principio originaria en Roma bastante relevante para los tiempos actuales, es decir, principio como fundamento del derecho, entendido como la construcción, a lo largo del tiempo y por el hombre, de las reglas jurídicas que permiten la convivencia en sociedad. En esta idea principio también está relacionado con el inicio de todo.

En el clásico pasaje de Gaio, D. 1,2,1, se ve el uso de *principium* como “El principio, que tiene en sí mismo, más que cualquier otra parte, su fundamento”, pero no sólo en el sentido temporal de lo que comienza, sino, como ya puntuado por Schipani, una *potissima pars*, chispa que está presente en todo derecho, constituyendo un elemento imprescindible en la actividad interpretativa del jurista<sup>3</sup>.

---

3 “El texto es muy conocido, y se ha señalado con precisión que parece que “el *principium* es una parte, de hecho, una muy poderosa, de todos los institutos y sistemas jurídicos vigentes”; es decir: la teoría ‘*gaia*’ no niega la secuencia primero, luego en el plano temporal ‘, sino que’ actualiza el *principium*, ‘cuya’ consideración es un momento inevitable o una parte integral de la actividad interpretativa”. SCHIPANI, *Principia iuris potissima pars principium est*, op. cit., p. 101-102.

---

Según Schipani, "No hay duda de que, en este texto de Gaiano, principium se refiere a realidades localizadas en el tiempo: se refiere a los "comienzos de Roma ". El criterio de la necesidad de completitud de una realidad en todas sus partes puede aplicarse en apoyo de la indispensabilidad para la interpretación de las Tablas XII de los comienzos de Roma, ya que esos comienzos son un "principio". Se recalifican, se transforman: de "principio" a "principio", siendo este par muy poderoso. Me parece que, por un lado, el "principio" tiene un significado que se relaciona indiscutiblemente con el tiempo, por otro lado, que tiene que ver con la realidad colocada en el tiempo y designada por él el significado de orden, y hasta cierto punto estructura / fundamento , y de la primacía de ser uno mismo y desde la fundación.""<sup>4</sup>.

En ese sentido, principio era, al mismo tiempo, una forma de conectarse con el inicio de la civilización romana - *initia urbis* -, así como de valerse de un término abierto para referirse a la interpretación de cada una de las leyes o de cada instituto jurídico y sus principios específicos<sup>5</sup>.

Esta fuerza inminente y intemporal de los principios, con riqueza de contenido interpretativo y remisión constante a las verdaderas bases del sistema jurídico, tan bien expresada en los pasajes arriba transcritas, fue una forma de los juristas romanos se guiar al realizar la codificación del *corpus iuris civilis* y sus desarrollos posteriores, incluso en los primeros códigos modernos. En otras palabras, los principios son un eslabón que permite la evolución continua del sistema jurídico romanístico desde el inicio de una *iuris prudentia* romana hasta los más recientes códigos latinoamericanos, entre ellos el de proceso civil brasileño de 2015, el último promulgado que se ha tienen noticias en el bloque de los países iberoamericanos.

De forma clara, Chamie subraya el papel fundamental que desempeñan los principios en el sistema legal, que consiste en permitir que el propio sistema se vuelva más retroactivo con el tiempo, pero pierda sus características esenciales: "El *principium* como parte fundamental juega el rol de nutrir el sistema, como enseña Schipani, en lo antiguo-moderno, debiendo observarse que la manera de concebirlo depende y de la sustancia del momento histórico al que asiste quien lo interpreta, del devenir social del momento, de la necesidad del hombre del momento, pues es allí precisamente donde el sistema del derecho romano revela su fuerza y su autosuficiencia como principio para estructurar lo que sigue, de modo que su estudio se convierte en *principium* mismo para así conocer y comprender la parte

4 SCHIPANI, *Principia iuris potissima pars principium est*, op. cit., p. 107-108.

5 "[...]Si, en la referencia a 'todo', principium es un término abierto que también se refiere a la interpretación de cada ley individual, de cada instituto, y de sus 'principios' específicos; en la referencia a las "leyes antiguas", designa ese conjunto de significados convergentes en los *initia urbis*, por cuya comprensión de la conciencia de la riqueza de la realidad a la que estaba dedicada la jurisprudencia, definida por Ulpiano como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1,2,10,2)". *Principia iuris potissima pars principium est*, op. cit., p. 110-111.

---

fundamental que da vida al sistema, y conforme a ello seguir con su desarrollo en la forma correcta<sup>76</sup>.

La primera transmisión importante de esta noción de principio originada con los juristas romanos, como dado que hace autosuficiente el propio sistema, se dio con las primeras codificaciones europeas y latinoamericanas del siglo XIX, en las que hubo, con recurrencia, referencia a los principios generales de derecho como elemento integrador de todo el sistema.

Los primeros Códigos de la era moderna a referirse a principios son, en Europa, ALR prusiano, de 1794 (par 49); Código Civil de Cerdeña, de 1838 (art. 15), Código Civil Italiano de 1865 (art. 3º Disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general.), Código Civil Español de 1889 (art. 6º), y en América Latina, Código Civil Peruano de 1852 (artículo IX); Código Civil Uruguayo de 1868 (art. 16), Código Civil argentino de 1869 (art. 16)<sup>77</sup>.

Esto significa que incluso en un período de extremado nacionalismo y las codificaciones como una expresión natural del derecho positivo de cada país, el reclamo a los principios generales del Derecho fue un elemento común y recurrente en diversos códigos, de modo que la fuerza de la tradición jurídica romanística, además de ser inspiración para diversas reglas jurídicas específicas de derecho privado contenida en los códigos, también servía para superar la lógica estatal legalista de la

---

6 CHAMIE, José Félix. *Principios generales del derecho, derecho romano, codificación y armonización: una perspectiva hacia la nueva fijación del derecho en el siglo XXI*. In: Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano: *liber discipulorum* para el profesor Sandro Schipani. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 101.

7 “Tal como nos enseña el profesor Schipani, con la locución ‘principios generales de derecho’ empleada por el artículo 15 del CcSar/1837 – que como hemos visto constituiría la fuente inmediata del artículo 16 del CcArg/1869 – se trato de satisfacer una exigencia propia de la primera generación de códigos modernos, consistente en garantizar la relación vital y sistemática de estos nuevos legales con la totalidad del *ius Romanum commune* (es decir, con el *ius Romanum* contenido en el *Corpus iuris civilis* y sus sucesivos desarrollos), el que había regido hasta sus respectivas entradas em vigor y del cual los mismos derivaban, proponiéndose así una relación interpretativa dinámica entre el sistema (de derecho romano) y los códigos nacionales. Esta interpretación parecería estar corroborada por la opinión de uno de los más destacados artífice del CcSar/1837, así como también por sus más insignes comentaristas y por algunas obras contemporáneas al mismo, de cuya estructura se advierte la preocupación por demostrar su ligamen diacrónico y sincrónico con el sistema jurídico romanista.” ESBORRAZ, David Fabio. *La referencia a los “principios y valores jurídicos” en el Proyecto argentino de Código Civil y Comercial de 2012*. In: *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano: liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 138-139.

---

ley como punto de autofinanciamiento del sistema normativo de un país <sup>8</sup>.

En síntesis, los principios generales del derecho no son colmar las lagunas de textos normativos, sino también dan sentido a la complejidad interpretativa que de ellos brota, haciendo que haya una línea de continuidad en el sistema jurídico romanístico a partir de tales principios: "En los códigos de la era de las grandes revoluciones, por lo tanto, el concepto técnico de" principios generales del derecho "tiene el significado de elementos constitutivos de una realidad -el derecho- concebido como una estructura que abarca la dimensión del tiempo, el sentido del origen., no dominante, sino fundante".

Se refiere al *Corpus Juris Civilis*, y a las obras maduradas, que han sido reconocidas, que se han desarrollado, y que deben ser releídas de manera principal (en el sentido combinado y plurivalente de "principio"). Determina el criterio de integración de las brechas de los códigos y de toda la legislación, y de su interpretación general. Y, confirmando así la relación de los códigos, y de toda la legislación con el derecho romano establecido por Justiniano en sus códigos, y con sus desarrollos, desempeña el papel de expresar reconocimiento, también por parte del legislador, de la identidad y la continuidad. del sistema"<sup>9</sup>.

Tales conclusiones sobre la función sistémica de los principios no deben restringirse al tema de los principios en la codificación del derecho civil, pues es de la esencia de todo y cualquier principio su capacidad de servir de elemento fundante, integrador e interpretativo de todo el sistema.

Por lo tanto, es evidente que en el ámbito del derecho procesal los principios tienen un papel central como en cualquier otra rama del derecho, sea por las razones arriba señaladas, sea por otra razón bastante obvia y que, aunque también fuera un asunto tratado sobre todo por las primeras no hay duda de que se trata claramente de un principio aplicable al derecho procesal, es decir, el de que el juez, por medio del proceso, tiene el deber de decidir la controversia planteada por las partes, no pudiendo excusarse y proferir una decisión de non liquet, regla presente en los ordenamientos jurídicos desde el art. 4º del código civil de Napoleón. Además, no hay duda de que el poder jurisdiccional y el ejercicio de la jurisdicción se basan en

---

8 "[...] la tradición no pudo evitar enfrentarse al estatal-legalismo que, por la resistencia y la solidez de los principios generales, no venció la tradición ni rompió la continuidad del sistema. En América Latina no se trata de los principios de derecho nacional, sino de los principios generales del sistema jurídico latinoamericano, que son los mismos principios romanistas y están en la base de nuestra tradición jurídico común." CHAMIE, *Principios generales del derecho, derecho romano, codificación y armonización: una perspectiva hacia la nueva fijación del derecho en el siglo XXI*, op. cit., p. 101.

9 SCHIPANI, *Principia iuris potissima pars principium est*, op. cit., p. 117.

---

principios generales, reconocidos también como vinculados al derecho procesal, y el análisis de la jurisdicción y de los sistemas de justicia es un tema muy caro al derecho latinoamericano<sup>10</sup>.

### **3. Codificación como un elemento central del sistema jurídico iberoamericano: la experiencia de los códigos modelos**

Desde el Digesto de Justiniano, los códigos ocupan un papel central en el sistema jurídico romanístico. El papel aglutinador, centralizador, y al mismo tiempo simplificador de una codificación, se incorporó a la tradición de los países que se vinculan a ese sistema jurídico. Así es en el sistema jurídico<sup>11</sup> iberoamericano y en el latinoamericano.

Los países del bloque iberoamericano tienen en América Latina su mayor concentración y relevancia, y es bastante sólida la posición doctrinaria acerca de las características propias de este que ha sido llamado sistema jurídico latinoamericano, un verdadero subsistema autónomo del sistema jurídico romanístico<sup>12</sup>.

El sistema jurídico latinoamericano, que tiene sus primeras referencias en Clóvis Bevilacqua aún a finales del siglo XIX<sup>13</sup>, se consolidó en los estudios romanistas

---

10 MORAIS, José Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords.) *Nuevo Constitucionalismo latinoamericano: el debate sobre nuevos sistemas de justicia, activismo judicial y formación de los jueces*. Arraes: Bello Horizonte, 2014.

11 “Este momento de necesidad sistemática, simplificadora, unificadora, no es nuevo en la historia, de allí la importancia de releer los Digestos. Desde el período de la formación del sistema jurídico hay una constante necesidad sistemática que en el modelo de ‘código’ há encontrado secularmente satisfacción o cumplida realización. Há sido el modelo de código sucesivo y hasta hoy. Releer los Digestos y con decisión componer un nuevo derecho uniforme para América Latina, en consonancia con la tradición; se trata de la renovación del sistema jurídico de los Digestos que son la base de nuestro derecho como sistema de buono et aequo: ‘enuclear el derecho’ con la autoridad de los juristas, tal como enseña Schipani.”” CHAMIE, *Principios generales del derecho, derecho romano, codificación y armonización: una perspectiva hacia la nueva fijación del derecho en el siglo XXI*, op. cit., p. 95.

12 Cfr., entre otras obras: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano: bases para un código latinoamericano tipo*. Bogotá: Universidad Externado, 2001; ROSTI, Marzia. *Sobre la existencia de un sistema jurídico latinoamericano. La reconstrucción de un debate y prospectivas de investigación*. Acceso em <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/27088/238163/Sistema-Juridico.pdf>. Em língua portuguesa, coletânea de textos seleccionados e traduzidos sobre o sistema jurídico latino-americano: SCHIPANI, Sandro; ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes (Coords.) *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV, 2015.

13 BEVILACQUA, Clovis. *Resumen de las licencias de legislación comparada sobre derecho privado*. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893.

---

como un subsistema del derecho romano, especialmente con la escuela de Sandro Schipani, siendo igualmente reconocido como un sistema de la continuidad del derecho romanístico por renombrados comparatistas, como René David y Mario Losano<sup>14</sup>.

Es importante destacar que la codificación siempre ha sido un elemento central para el sistema romanístico y para su subsistema latinoamericano, de manera que además de los códigos de cada país, de derecho interno, con destaque sobre todo para los primeros códigos civiles del siglo XIX e inicio del siglo XX, más recientemente ganó cuerpo el movimiento científico de realización de códigos modelos en diversas áreas del conocimiento jurídico<sup>15</sup>.

Y más: además de la técnica legislativa codificadora común a ese sistema jurídico, importante destacar también, en el seno de René David, al mencionar lo que él denomina de familia romano-germánica, el papel central desempeñado por los juristas y también por los principios en ese sistema: La colaboración de los juristas en la obra de elaboración, y no sólo de aplicación, del derecho se manifiesta aún en la utilización, por ellos hecha, en los derechos de la familia romano-germánica, de ciertos ‘principios generales’, que les es posible descubrir a veces en los propios textos de la ley, pero que ellos saben también, en la ocasión y si eso se revela necesario, descubrir incluso fuera de la ley. El recurso a estos principios y la utilización que de ellos se hace son difíciles de explicar por los teóricos del positivismo legislativo; ponen de manifiesto la subordinación del derecho a los imperativos de la justicia, tal como se concibe en una época y en un momento determinados, y el carácter de derechos de los juristas, y no únicamente de sistemas de normas legislativas, que pertenecen a los derechos de la familia romano-germánica”<sup>16</sup>.

En efecto, el recurso a los principios es una técnica que además de suplantar el

---

14 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, al hablar del derecho de América del Sur. “La civilización ibérica hunde sus raíces también jurídicas en el mundo romano, del cual fue parte integrante e importante. Así, hay que tomar como punto de partida la conquista romana de la península ibérica para comprender la naturaleza del derecho que allí se desarrolló en el transcurso de una histórica extraordinariamente rica y compleja. Este derecho ibérico ya estaba consolidado cuando, a finales del siglo XV, pasó a las tierras recién descubiertas. Esta transferencia determinó la arquitectura del sistema jurídico vigente hasta hoy en América Central y del Sur. La evolución que antecedió a esa transferencia transoceánica puede ser sintetizada en cuatro fases [...] “: Romanización de la península ibérica (218 a. C. - 409 dC); Invasiones germánicas (409 -711); Al-Ándalus: los musulmanes en la península ibérica y la reconquista (711-1492).

15 Sobre codificación en América Latina: AA. VV. *La codificación: raíces y prospectiva: vol II, La codificación en América*. Buenos Aires: El derecho, 2004.

16 DAVID, René. *Los grandes sistemas del derecho contemporáneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 167.

---

estatal legalismo, también armoniza el positivismo legislativo, en la medida en que atribuye a los juristas la importantísima tarea de equilibrar la regla planteada con el sentido de justicia del caso concreto.

En este sentido, los códigos modelos se ven muy apegados a la idea de principios, lo que deja claro el concepto de un sistema jurídico, de la posibilidad de circulación de modelos, conexión de ordenamientos, pues hay una identidad común entre los países pertenecientes a este bloque que permite esta sana interacción<sup>17</sup>.

La iniciativa de producir códigos modelos o códigos tipo es esencialmente académica, funcionando como repositorio de todos los avances doctrinales que los países del bloque iberoamericano lograron obtener en determinada área del conocimiento jurídico, al mismo tiempo funcionando como mecanismo de aproximación entre las experiencias nacionales de estos países, pues en realidad hay muchos más puntos en común de lo que se imagina. Es inherente, por lo tanto, al propio concepto de código modelo, el concepto integracionista y unificador que es peculiar al movimiento codificado, sólo que para un grupo de países de una determinada región geográfica, y no para una singular nación

Aunque hay códigos modelos para Iberoamérica en diversas áreas, hay un significativo destaque para los del área procesal. La razón de ello es que, sin duda, un provechoso trabajo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que ya produjo, además del código procesal civil modelo para Iberoamérica, también código modelo de procesos administrativos, código modelo de proceso penal, código modelo de cooperación interjurisdiccional, y código modelo de procesos colectivos, todos ellos bajo la batuta de procesualistas miembros del Instituto.

---

17 “Lo que interesa acá destacar es que en base de la interpretación de los distintos códigos, y en general de la legislación de América Latina, se encuentra el sistema jurídico, en su valor heurístico, su eficacia prescriptiva de una interpretación sistemática en sentido pleno, confirmada por el papel de los principios generales. Los códigos civiles latinoamericanos imponen a los principios generales del derecho como pautas integradoras o interpretativas de las leyes, y la referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los juristas romanos, a la jurisprudencia, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Este es indudable en relación con los códigos civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista. La referencia a los principios generales del derecho, radicada en el período de la formación del sistema, constituye un vínculo entre este período y el desarrollo del sistema en el período de las grandes revoluciones. Aquel período se concluyó con el alcance pleno de la perspectiva sistemática; este, en cambio, la acrecentó y articuló, y releó las fuentes antiguas y los desarrollos acumulados a través del prisma de los principios generales del derecho; se trata pues de enunciar los principios y construir el sistema. De manera que el sistema guía la posible integración y desarrollo de los ordenamientos, los armoniza, facilita y preside la comunicación entre ellos, la circulación de las propuestas. La interpretación sistemática de un ordenamiento es la interpretación del ordenamiento a la luz del sistema.” CHAMIE, *Principios generales del derecho, derecho romano, codificación y armonización: una perspectiva hacia la nueva fijación del derecho en el siglo XXI*, op. cit., p. 97-98.

---

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue fundado en Montevideo en 1957, en un congreso académico luego del fallecimiento de Eduardo Couture, el gran procesualista uruguayo, pasando a ser el más importante centro agregador de estudiosos de derecho procesal de toda Iberoamérica, integrado por los más notable procesalistas iberoamericanos desde entonces.

Además de las publicaciones específicas y el esfuerzo académico único es producir códigos de modelos, el Instituto también publica la Revista del Instituto Iberoamericano, que reúne artículos de académicos de América Latina, España y Portugal desde 1967, durante la Conferencia Iberoamericana de Caracas, constituyéndose en una de las más importantes fuentes de estudios de material producido por estos países. Por otra parte, las Jornadas son otro punto de convergencia sobre temas procesales de interés común de los procesualistas de este bloque, sirviendo de discusión y fomento al desarrollo del derecho procesal iberoamericano.

Por todo ello, es posible decir que existe una verdadera cultura procesal iberoamericana, integrada por juristas, intercambio de ideas y de objetivos, una consagrada revista, códigos modelos, y también principios generales y comunes que pueden dar sustentación, incluso, a una teoría general del proceso civil iberoamericano<sup>18</sup>.

Específicamente sobre el código procesal civil modelo iberoamericano, se trata de un anteproyecto sin ninguna pretensión de ser autoaplicable a ningún país del bloque, sino tan sólo de servir como hilo conductor y unificador de reformas de esos países. El ámbito de integración es claro e inescudible, con el objetivo de aportar mejoras al sistema de justicia de los pueblos iberoamericanos.

El Anteproyecto fue preparado por los profesores Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, a los que se unió el profesor Luis Torello, que prepararon la redacción definitiva a ser discutida en las Jornadas siguientes, con la presentación de un informe de una comisión integrada por los profesores Alfredo Buzaid, Hernando Devis Echandía y Pedro Aragoneses Alonso, viniendo a la luz en 1988.

Además, la Universidad de Roma II - Tor Vergata, a través del Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos y Jurídicos y de la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA), organizó un encuentro en Roma para debatir y discutir el Anteproyecto, la participación de expertos europeos y latinoamericanos pertenecientes al Instituto Iberoamericano de derecho procesal

---

<sup>18</sup> Sobre el latino-americano, cfr. VESCOVI, Enrique. *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1978.

---

cuyos textos relativos a las intervenciones se publican en un importante volumen sobre el Anteproyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica<sup>19</sup>.

En el código procesal civil modelo para Iberoamérica, en la parte denominada bases para la preparación del código procesal civil, se establecieron grandes temas que son centrales en el diagnóstico de los serios problemas que la justicia civil iberoamericana atravesaba en la época de la propuesta de codificación - y desgraciadamente después de dos décadas parece que no hay mejoras. Entre estos temas, se encuentran, especialmente, el problema de lentitud de los procesos y sus soluciones y bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento civil.

En la exposición de motivos del código modelo de proceso civil hay mención expresa a lo que fue llamado de principios rectores de la codificación, los cuales representan las grandes tendencias a ser contempladas en el texto. Son ellos: principio de la oralidad y proceso por audiencia<sup>20</sup>; *principio dispositivo o inquisitivo*; *papel del juzgador en materia de prueba*<sup>21</sup>, *los poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes*; *la audiencia preliminar y saneamiento del proceso*; y *conciliación: la justicia conciliatoria*.

En realidad, tales principios rectores, como denominados en la exposición de motivos, son directrices generales que iluminaron toda la configuración del código, de manera que no dejan de ser, según la propia noción clásica de principio, reglas generales y abstractas sobre las cuales se debe pautar el intérprete del sistema de código modelo.

Según los comentaristas del código procesal civil modelo, tales principios son un fiel retratado de la relación entre proceso y constitución que se establece en las

---

19 SCHIPANI, Sandro; VACCARELA, Romano. (a cura di). *Un Código Tipo de Procedimiento Civil para América Latina*. CEDAM: Padova, 1990.

20 “Lo que sucede es que se sigue un modelo de proceso por audiencia, como veremos más adelante realizar los actos en forma conjunta; los diversos tramos del proceso, concentrando su actuación. La audiencia aparece, entonces, como elemento central del proceso. Y en especial cabe destacar la audiencia preliminar que analizamos más adelante. La audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes), la forma natural de realizarse esta, conforme a su propia manera de ser: “actum triarum personae”.

21 “Una clara tendencia de este Anteproyecto, coherente con el sistema de proceso oral (por audiencia), es el aumento de las facultades del Tribunal lo que, a nuestro juicio, no altera el principio dispositivo, el cual continua rigiendo con atenuaciones. En efecto, sigue en vigor el principio (sub-principio) de que el proceso solo se inicia a iniciativa de parte (ne proceda index ex officio), que las partes mantienen la disposición de los actos procesales y del proceso mismo, que se mantiene el principio de congruencia, según el cual el Tribunal no puede fallar más allá de lo pedido por ‘las partes (ultra petita), ni fuera de lo litigado (extra petita), ni dejar de fallar lo pedido (citra petita) y el de segunda instancia, además, en los límites de lo apelado”.

---

democracias iberoamericanas<sup>22</sup>, y también expresan verdaderas garantías procesales universales, de manera que los principios que fueron explícitamente previstos en el código modelo son aplicables en todo momento y en todo lugar<sup>23</sup>.

Pasemos al análisis de la estructura del código de derecho procesal civil modelo en sí. La idea, por supuesto, no es explicar cómo el código fue completamente estructurado, sino destacar aquellos aspectos y conjunto de normas que guardan relación con el tema de los principios.

En primer lugar hay que resaltar que el código cuenta con una primera parte denominada principios generales y aplica de las normas procesales, que se extienden del art. En la que “ha buscado reunir las orientaciones fundamentales en las que existe un consenso general entre los procesalistas iberoamericanos y a los cuales ya nos referimos”. Sobre ella, la exposición de motivos del código deja claro que “Deliberadamente se establece en el título la denominación de principios, pero sin calificarlos expresamente de cuentos, en cada caso, para respetar las diferentes clasificaciones doctrinarias”. Se indican al inicio del Código para señalar la filiación de este y, además, como elementos para su interpretación.

De este pasado pasaje es posible conectar el papel que los principios desempeñan en el código procesal civil modelo para Iberoamérica con aquellos mismos papeles desempeñados en la tradición jurídica romanística, vale decir, fuente interpretativa por la que se conectan todos los elementos que componen el sistema - en este caso-procesal civil iberoamericano, no obstante pueda haber peculiaridades y puntualidades, sea en la doctrina, sea en el derecho positivo de cada país que integra este bloque intercontinental.

Además, el hecho de que el tema iniciara la organización de todo el código modelo, ocupando el libro 1, título 1, artículos de 1 a 16, también es un importantísimo

---

22 “Y es, precisamente, en la primera parte del Anteproyecto, donde se recogen los principios del acceso a la justicia con las debidas garantías y en todo caso, respecto a las Cartas Magnas, que en muchos países de la Comunidad Iberoamericana, ha venido también a sentirse la absoluta necesidad del respecto a la Constitución, siguiendo una línea democrática y de paz sociales, que impera ya en muchos países de la comunidad mundial.” MIGUEL, Carlos de. *Notas sobre las garantías procesales del Código Tipo Iberoamericano*. In: SCHIPANI, Sandro; VACCARELA, Romano. (a cura di). *Un Codice Tipo di procedura civile per l'America Latina*. CEDAM: Padova, 1990, p. 62.

23 “En la primera parte del texto se recogen estas prácticamente universales garantías del proceso que, recogidas muchas veces en los textos constitucionales, son muy correctamente indicados en el articulado que comentamos. Quizá podremos discrepar de su ordenación, pero no de su contenido. Por ello, apartándome un poco de la sistemática de su exposición, me permito ir indicando como se han regido estos principios fundamentales, que por ahora podrán ser aplicables a todo tiempo y lugar” MIGUEL, *Notas sobre las garantías procesales del Código Tipo Iberoamericano*, op. cit, p. 66.

---

dado en este proceso de reconstrucción del papel actual de los principios con su raíz romanística milenaria en la medida en que denota la idea de por donde todo comienza, así como de *potissima pars*, en el sentido gaiano de ser un elemento imprescindible de la actividad interpretativa, pues compone cada instituto jurídico o el propio sistema jurídico.

Así que en el libro 1, conjunto general, título I - principios generales, el código procesal civil modelo para Iberoamérica trata de los siguientes principios: 1º – iniciativa do proceso<sup>24</sup>; 2º – dirección de proceso<sup>25</sup>; 3º – impulso procesal<sup>26</sup>; 4º – igualdad de proceso<sup>27</sup>; 5º – buena fe y lealtad procesal<sup>28</sup>; 6º – ordenación del proceso<sup>29</sup>; 7º – publicidad del proceso<sup>30</sup>; 8º – inmediata procedencia<sup>31</sup>; 9º – pronta y eficiente administración de la justicia<sup>32</sup>; 10º – concentración procesal<sup>33</sup>; e 11º –

---

24 Art. 1. (Iniciativa en el proceso). La iniciación del proceso incumbe a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma uni lateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código.

25 Art. 2. (Dirección del proceso). La dirección del proceso está confiada al Tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código.

26 Art. 3. (Impulso procesal). Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

27 Art. 4. (Igualdad procesal). El Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso.

28 Art. 5. (Buena fe y lealtad procesal). Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.  
El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión, y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

29 Art. 6. (Ordenación del proceso). El Tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso.

30 Art. 7. (Publicidad del proceso). Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes.

31 Art. 8. (Inmediación procesal). Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia.

32 Art. 9. (Pronta y eficiente administración de justicia). El Tribunal y bajo su dirección los auxiliares de la jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.

33 Art. 10. (Concentración procesal). Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculte para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar.

---

derecho al proceso<sup>34</sup>.

En el título II - aplicación de las normas procesales, hay otros dos artículos pertinentes para la comprensión de la noción y función de los principios como elemento de interpretación y aplicación de todo el sistema, el cual establece lo siguiente: 14° - al interpretar a la norma procesal, los jueces y tribunales deberán tener en cuenta el fin del proceso y la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda deberán recurrir a las normas generales, siempre teniendo presentes los principios generales del Derecho y especialmente los del proceso y la necesidad de preservar las garantías procesales del debido proceso y de la defensa en juicio<sup>35</sup>; 15° - en el caso de la laguna, se debe recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas ya los principios constitucionales y generales de derecho, especialmente los procesales, y la doctrina más aceptada, teniendo en cuenta las peculiaridades del caso<sup>36</sup>.

En fin, hay una rica experiencia de códigos modelos para Iberoamérica, especialmente en el campo procesal. En el código procesal civil es notable la relevancia dada al tema de los principios y su relación con el sistema jurídico romanista.

#### **4. Derecho procesal civil brasileño codificado: brevísima nota**

El derecho procesal civil brasileño se afilia al sistema jurídico romanístico y también a su subsistema latinoamericano por sus raíces históricas, pero también por comunión de valores. Como es sabido, Brasil, una colonia portuguesa, tuvo durante más de tres siglos después de su descubrimiento trasplantar la legislación de

---

34 Art. 11. (Derecho al proceso). 11.1. Cualquiera tiene derecho a acudir ante los Tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones. 11.2. Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa. 11.3. El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido o de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento: también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro. 11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

35 Art. 14. (Interpretación de las normas procesales). Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especial los del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

36 Art. 15. (Integración de las normas procesales). En caso de vacío legal se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso.

---

Portugal, que entró plenamente en vigor en el país: ordenaciones Afonsinas, 1456; Ordenaciones Manuelinas, de 1521; y ordenaciones Filipinas, de 1603. Se tratan de marcos normativos con influencia romanística, y que, desde el punto de vista estructural, se valen de técnicas codificadoras, pues unifican en una Ordenación los diversos aspectos del derecho vigente en aquel país y sus colonias. En esas Ordenaciones había, por obvio, temas de derecho procesal, que vigoraron en Brasil hasta el período de su independencia política, en 1822.

Después de la independencia, en virtud del Decreto de 20 de octubre de 1823, Brasil aceptó mantener la vigencia de las Ordenaciones Filipinas hasta que se promulgara las primeras leyes brasileñas.

En 1850, con la promulgación del Reglamento 737, ley genuinamente brasileña de aplicación en el campo comercial, Brasil pasó a tener sus primeras normas nacionales de proceso aplicables a los conflictos involucrando el Código Comercial, que era de 1850. En resumen, una especie de código de proceso comercial.

Para otras cuestiones no comerciales, sigue vigente la legislación portuguesa, con algunas modificaciones introducidas por el Acuerdo provisional Código de Procedimiento Penal de 1832, desde cuando varias leyes fueron promulgadas sobre temas específicos, lo que generó la necesidad de compilación que reuniera de forma sistemática las leyes procesales civiles del país, tarea que le correspondió al Consejero Antonio Joaquim Ribas, por lo que se denominó Consolidación Ribas, la cual, en virtud de la Resolución Imperial del 28 de diciembre de 1876, pasó a ser obligatoria<sup>37</sup>. Una vez más se ve la característica íntegra de unificación de leyes que es propia de Brasil y también de los países latinoamericanos.

En el período republicano, el Decreto n° 763 de 1890 amplía la aplicación de la disciplina del Reglamento n° 737 a los conflictos civiles no comerciales. y, en función de la competencia a los Estados para legislar en materia de proceso, atribuida por la Constitución de 1891, Brasil pasó a tener varios códigos procesales estatales a lo largo del inicio de la primera mitad del siglo XX.

Con el restablecimiento de la competencia legislativa a la Unión en materia de proceso, por la Constitución de 1934, fue promulgado, en 1939, el primer código de proceso civil brasileño, a partir de una importante contribución del jurista Guillermo Estellita. Vale recordar que en este período político Brasil se encontraba bajo el régimen dictatorial del Estado Nuevo de Getúlio Vargas.

---

37 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de derecho procesal civil: teoría general del derecho procesal civil*. San Pablo: Saraiva, 2013, 7. ed., p. 56.

---

Considerando que ese código rápidamente se desactualizó frente a los significativos avances científicos y doctrinales por los que pasaba la doctrina brasileña en el período post-guerra, con gran contribución dada por el notable procesalista italiano Enrico Tullio Liebman que se radicara en Brasil y enseñaba de la Universidad de São Paulo, era urgente una renovación legislativa que reflejara tales avances

Así surge el código de proceso civil de 1973, el segundo del país, tal como el primero también promulgado en período de régimen político dictatorial, esta vez bajo el mando de los militares, teniendo como su gran artífice el ministro de la justicia del gobierno y también profesor catedrático de proceso civil de la Universidad de São Paulo, en la que fue discípulo directo de Liebman, Alfredo Buzaid. Este código es reconocido como un monumento procesal de altísimo valor científico, pues reflejaba con rigor todos los avances que la disciplina del proceso había sufrido en el siglo XX.

Sin embargo, con los significativos cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos por los que Brasil pasó desde el final de los años 70 hicieron que en un primer momento el código de 1973 sufriera diversas y numerosas reformas, por leyes puntuales, lo que acabó desconfigurando en el segundo, más reciente, la necesidad de compatibilizarlo con valores que estaban más claros para la sociedad brasileña, así como la necesidad de una nueva sistematización que superara los impasses causados por las reformas anteriores del viejo código Buzaid.

En este contexto surge, a través de la iniciativa del Senado Federal, una comisión de juristas que encabezó la primera versión de Anteproyecto de nuevo código de proceso civil, que tras una tramitación legislativa de aproximadamente cinco años fue aprobado en marzo de 2015. Es el tercer código de proceso civil brasileño.

De todo ello es posible notar de forma clara una característica central, que es de todo el derecho brasileño, presente también en el campo procesal civil: la búsqueda por la codificación como forma de unificar y sistematizar el ordenamiento jurídico. Considerando que son los principios la amalgama de toda codificación, sobre los cuales se basan los diversos institutos y reglas jurídicas particulares, en el campo procesal civil, fuertemente codificado, brotan principios unificadores del sistema. El código de 2015, más que reconocer su vinculación a principios, decidió expresarlos de forma inequívoca, como se verá a continuación.

## **5. El papel central de los principios en el código de proceso civil brasileño de 2015: vínculo de pertenencia al sistema jurídico romanista e ibero-americano**

No es reciente que la ciencia procesal civil brasileña viene pautando en una idea de proceso mucho más allá de mero procedimiento o conjunto de actos

---

interconectados entre sí. La vinculación del instrumento con la tutela de un derecho material subyacente ha sido la tónica de la doctrina brasileña desde hace al menos cuatro décadas.

Desde el final de los años 70 y principios de los años 80 la doctrina procesal brasileña viene destacando la importancia fundamental de someter las reglas procesales a valores más elevados, que alimentan la propia razón de ser de la actuación jurisdiccional. Tales valores son principios orientadores de todo un sistema, reconocidos como garantías fundamentales de las partes en la actuación jurisdiccional. Toda esta dinámica de pautar la ciencia procesal en base a principios y garantías constitucionales se fortaleció sobremanera con la promulgación de la constitución federal brasileña de 1988, la cual es bastante rica en este tipo de norma jurídica.

Esto significa que desde obras clásicas, anteriores a la actual constitución, hasta las más recientes<sup>38</sup>, el tema de los principios constitucionales del proceso es absolutamente recurrente y difundido en la ciencia procesal brasileña, título indispensable en cualquier obra que trate del tema de las bases del derecho procesal<sup>39</sup>. Y hay en la doctrina una gama enorme de clasificaciones de los principios y las especies o subespecies de principios, no habiendo unanimidad sobre el asunto<sup>40</sup>.

La relación entre proceso y constitución es fortísima en Brasil<sup>41</sup>. Además de un derecho constitucional procesal, en el que es la propia constitución federal que prevé acciones y remedios constitucionales - tales como el control judicial de constitucionalidad de leyes y actos normativos, procedimientos específicos como mandado de seguridad, habeas corpus, habeas fecha, mandamiento de requerimiento, etc., - hay también el llamado derecho procesal constitucional, en el cual el elemento estructural es exactamente la vinculación del derecho procesal a los principios y

---

38 PORTANOVA, Rui. *Principios del proceso civil*. Porto Alegre: Librería Revista del abogado; NERY JUNIOR, Nelson. *Principios del proceso civil em la Constitución Federal*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1992.

39 Vale aquí un destaque especial a la obra CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria General del Proceso*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1974. En el que el tema de los principios es central, inaugurando así, más que un marco temporal, un marco teórico en el que los principios se sitúan en la base y en la esencia del derecho procesal. En la obra, el tema de los principios es uno de los polos orientadores, y son los siguientes los enumerados en el Capítulo 4, denominado de Principios generales del derecho procesal: imparcialidad del juez, contradictorio, acción, disponibilidad e indisponibilidad, dispositivo, impulso oficial, oralidad, persuasión racional del juez, publicidad, lealtad procesal, economía e instrumentalidad de las formas, doble grado de jurisdicción.

40 Cfr., v.g., COSTA, José Augusto Galdino da. *Principios generales em el proceso civil: principios fundamentales y principios informativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

41 MITIDIERO, Daniel (Coord.). *el proceso civil em el Estado Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.

---

garantías procesales<sup>42</sup>.

En un significativo pasaje, Bueno destaca con primacía esta idea de principios constitucionales y proceso y especialmente la función que los principios ejercen en la forma de actuación del derecho procesal: “Como todo principio jurídico, la utilidad de su conocimiento y utilización de los principios constitucionales del proceso civil está en que ellos actúan como verdaderos ‘guías’ para el intérprete y para el aplicador del derecho en las dificultades interpretativas y en las lagunas del sistema. A pesar de que el proceso civil brasileño es a gran escala codificado, no hay como dejar de verificar que son innumerables las lagunas que sus textos legales y sus reglas dejan traslucir. Más aún cuando se pone de relieve, y tiene que ser así, el contexto adecuado para el examen del propio derecho en la actualidad. Los principios, en este contexto, son herramientas indispensables, incluso, para viabilizar la solución a problemas prácticos. Los “principios constitucionales del proceso civil” (como, por lo demás, cualquier otro principio constitucional o legal) son datos de derecho positivo. Lejos de pretender suscitar cuestiones típicas de la filosofía del derecho o de la teoría general del derecho en esta sede, no hay por qué dudar de que los principios, aunque sean valores, son elementos constitucionales del derecho positivo y nada tienen de metafísico o, cuando menos, metajurídico. Ellos, como normas jurídicas que son, vinculan al intérprete y al aplicador del derecho. Lo que debe ser bien comprendido es que las normas jurídicas son género del cual los principios jurídicos y las reglas jurídicas son especies muy diferentes. Lo que distingue estas dos especies de normas jurídicas es, fundamentalmente, la densidad normativa de una y otra”<sup>43</sup>.

Este pasaje evidencia con exactitud muchos elementos acerca de la noción y función de los principios de derecho procesal actualmente en Brasil, que en realidad coinciden con su noción y funciones desde Roma antigua, mostrando la relevancia del papel de los principios en la transmisión y evolución del sistema jurídico romanístico, al mismo tiempo que queda evidente el reconocimiento de la doctrina al verdadero sentido de principio en este sistema.

Esto es importante de destacar porque casi unánimemente se evoca la teoría de los principios y sus repercusiones en el sistema, casi siempre indisoluble de la fuerza normativa de las constituciones, con aires de novedad, de una nueva etapa

---

42 NERY JUNIOR, Nelson. *Principios del proceso civil en la Constitución Federal. En esta relación entre proceso y constitución, aquellos que serían los más relevantes principios procesales contenidos en la carta brasileña. En el caso de que se trate de un delito o de un delito, el juez y el promotor natural, de la inafantabilidad del control jurisdiccional, contradictorio, prohibición de prueba ilícita, publicidad de los actos procesales, doble grado de jurisdicción, motivación de las decisiones judiciales.*

43 BUENO, *Curso sistematizado de derecho procesal civil: teoría general del derecho procesal civil*, op. cit., p. 120.a

---

del constitucionalismo, por eso mismo conocido como neo- que es la nueva y actual fase de la teoría del derecho, fundado en principios y normas de tesis abierta, en contraposición a las reglas, más puntuales y de sentido cerrado. Esta discusión, en realidad, se vincula más con la idea de técnicas de ponderación, también conocidas como proporcionalidad y razonabilidad, a las que se oponen a la técnica de la legalidad estricta.

Esta es otra faceta de los principios, a veces incluso más recordada que principio como norma de integración del sistema, pero este escrito no pretende examinar ese perfil del tema de los principios

No hay duda de que la ciencia procesal brasileña reconoce relativamente bien la noción y función de los principios en el seno de cada sistema jurídico<sup>44</sup>, incluso indicando ciertos equívocos realizados por la doctrina y jurisprudencia acerca del tema<sup>45</sup>, pero el hecho es que la gran mayoría de los doctores reconoce en los principios un origen más cercano que el que debería ser notado, como este texto pretende relacionar incluso indicando ciertos equívocos realizados por la doctrina y jurisprudencia acerca del tema, pero el hecho es que la gran mayoría de los doctores reconoce en los principios un origen más cercano que el que debería ser notado, como este texto pretende relacionar.

### *5.1. El código de proceso civil brasileño de 2015: un acento al origen y la codificación de los principios*

La Ley nº 13.105 de 2015 estableció el código de proceso civil tras un período de cerca de cinco años de discusiones y debates, culminando con la aprobación del código en marzo de 2015, con *vacatio legis* de un año, es decir, entrará en vigor en el mes de marzo de 2016.

El Anteproyecto que dio inicio a la tramitación legislativa fue una iniciativa del Senado Federal, por su presidente en la época, señor José Sarney, que constituyó la denominada Comisión de Juristas<sup>46</sup>, y tuvo aprobación en el Senado Federal y en la

---

44 Cfr., el primoroso análisis del tema, sin duda la mejor acerca de los principios realizada en Brasil, de ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios: de la definición a la aplicación de los principios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2012.

45 SILVA, Virgílio Afonso da. *Principios y reglas: mitos y equívocos acerca de una distinción*. En: *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 607-630, 2003.

46 Esta comisión fue instituida por el acto del presidente del Senado Federal, nº 379, de 2009, destinada a elaborar el anteproyecto de nuevo código de proceso civil, teniendo como presidente Luiz Fux y relatora general Teresa Arruda Alvim Wambier compuesta por Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José

---

Cámara de Diputados, conforme la exigencia bicameral del gobierno, Brasil.

En la exposición de motivos del código hay algunas aclaraciones que la comisión ofrece a la comunidad que dan el tono de las preocupaciones que llevaron a la comisión a establecer las directrices generales que orientan el nuevo código; o, en otras palabras, verdaderos principios-no necesariamente en el sentido técnico procesal- sobre los cuales se pauta todo el sistema procesal inaugurado en el cpc de 2015. Entre las premisas, que son las balizas en la ley legislativa, como no podía dejar de ser, espejo del estado del arte de la doctrina procesal brasileña y su inexorable vinculación entre proceso y constitución. En esta dimensión, la noción y las funciones de los principios tienen un papel fundamental, reflejado en la exposición de motivos: “Un sistema procesal civil que no proporcione a la sociedad el reconocimiento y la realización de los derechos, amenazados o violados, que tienen cada uno de los jurisdiccionales, no se armoniza con las garantías constitucionales de un Estado Democrático de Derecho. En esta dimensión, la preocupación por preservar la forma sistemática de las normas procesales, lejos de ser meramente académica, atiende, sobre todo, a una necesidad de carácter pragmático: obtenerse un grado más intenso de funcionalidad. [...] En la elaboración de este Anteproyecto de Código de Proceso Civil, esa fue una de las líneas principales de trabajo: resolver problemas. Dejar de ver el proceso como teoría descomprometida de su naturaleza fundamental de método de resolución de conflictos, por medio del cual se realizan valores constitucionales.

En un cierto pasaje de la exposición de motivos es evidente que la preocupación por la funcionalidad del sistema, que está encerrada dentro del código, es un elemento clave, y en ese contexto son exactamente los principios que ejercen el papel de sintetizar los innumerables institutos y reglas, porque no se dejó de lado, por supuesto, la necesidad de construir un Código coherente y armónico interno corporis, pero no se cultivó la obsesión en elaborar una obra magistral, estética y técnicamente perfecta, en detrimento de su funcionalidad. La coherencia sustancial ha de ser vista como objetivo fundamental, sin embargo, y mantenida en términos absolutos, en lo que se refiere a la Constitución Federal de la República. Al final, es en la ley ordinaria y en otras normas de escalón inferior que se explicita la promesa de realización de los valores encampados por los principios constitucionales. E, dentre os cinco objetivos eleitos como diretrizes para o novo código, dois deles estão intimamente relacionados com a questão central dos princípios, no seguinte sentido:

“1) La necesidad de que sea evidente la armonía de la ley ordinaria en relación a la Constitución Federal de la República hizo que se incluyera en el Código,

---

Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

---

expresamente, principios constitucionales, en su versión procesal. Por otro lado, muchas reglas han sido concebidas, dando concreción a principios constitucionales, como, por ejemplo, las que prevén un procedimiento, con contradicción y producción de pruebas, previo a la decisión que desconsidera de la persona jurídica, en su versión tradicional, o “a las revertir”. Todas las normas jurídicas deben tender a dar efectividad a las garantías constitucionales, haciendo “segura” la vida de los tribunales, de modo que éstos sean ahorrados de “sorpresas”, pudiendo siempre prever en alto grado las consecuencias jurídicas de su conducta.

[...]

5) La Comisión trabajó siempre teniendo como telón de fondo un objetivo genérico, que fue de imprimir organicidad a las reglas del proceso civil brasileño, dando mayor cohesión al sistema.

Y así procedió el nuevo código. Desde el punto de vista de la estructura, hay una novedad en relación al código vigente que no es simplemente tópica, sino de función y de sistema, es decir, la institución de una parte general, que antecede a la parte especial. Según la propia exposición de motivos del código, “el nuevo CPC cuenta, ahora, con una Parte General, atendiendo a las críticas de parte ponderable de la doctrina brasileña. En este Libro I, se mencionan principios constitucionales de especial importancia para todo el proceso civil, así como reglas generales, que se refieren a todos los demás Libros. La Parte General desempeña el papel de llamar para sí la solución de cuestiones difíciles relativas a las demás partes del Código, ya que contiene reglas y principios generales sobre el funcionamiento del sistema.

En esta parte general del código, hay un dato relativo a la forma en que fue estructurado para recibir el tema de los principios que es bastante relevante para verificar la función de los principios en el nuevo sistema codificado. Se abre el código en el Libro I, De las normas procesales civiles, Título único, De las normas fundamentales y de la aplicación de las normas de procedimiento, Capítulo I, De las normas fundamentales del proceso civil.

Es evidente la semejanza estructural que el nuevo cpc brasileño guarda con el código modelo de proceso civil para Iberoamérica en este aspecto que inaugura el texto codificado con la vinculación expresa de todo el sistema procesal del código a normas fundamentales constitucionales, luego en el artículo 1<sup>o</sup><sup>47</sup>, seguido por la expresa referencia a los principios elegidos para figurar en normas codificantes,

---

47 Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

---

como el principio de la provocación por las partes<sup>48</sup>; el principio de acceso a la justicia y la relevancia de los medios alternativos y conciliatorios de resolución de conflictos<sup>49</sup>; el principio de la duración razonable del proceso<sup>50</sup>; principio de la buena fe y lealtad procesal<sup>51</sup>; principio de cooperación u colaboración procesal<sup>52</sup>; el principio de igualdad procesal<sup>53</sup>; el principio de contradicción y su consecario del sellado a la decisión sorpresa<sup>54</sup>; y los principios de la publicidad y de la motivación de las decisiones judiciales<sup>55</sup>.

En efecto, el código pretende dejar claro, en el primer artículo, su estricta e indisoluble vinculación con la constitución federal, como fruto de las preocupaciones de la doctrina procesal brasileña de aproximación entre proceso y constitución<sup>56</sup>, como se menciono anteriormente.

---

48 Art. 2º El proceso comienza por iniciativa de la parte y se desarrolla por impulso oficial, salvo las excepciones previstas en ley.

49 Art. 3 No se excluirá de la apreciación jurisdiccional amenaza o lesión a derecho. § 1º Se permite el arbitraje, en la forma de la ley. § 2º El Estado promoverá, siempre que sea posible, la solución consensuada de los conflictos. § 3º La conciliación, la mediación y otros métodos de solución consensuada de conflictos deberán ser estimulados por jueces, abogados, defensores públicos y miembros del Ministerio Público, incluso en el curso del proceso judicial.

50 Art 4 Las partes tienen el derecho de obtener en un plazo razonable la solución integral del fondo, incluida la actividad satisfactoria.

51 Art. 5º El que de cualquier forma participa del proceso debe comportarse de acuerdo con la buena fe.

52 Art. 6 Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, una decisión de mérito justa y efectiva.

53 Art. 7º Se garantiza a las partes paridad de trato en relación al ejercicio de derechos y facultades procesales, a los medios de defensa, a las cargas, a los deberes ya la aplicación de sanciones procesales, compitiendo al juez para velar por el efectivo contradictorio..

54 Art. 9 No se pronunciará contra una de las partes sin que sea previamente oída. Párrafo unico. Las disposiciones del caput no se aplican: I - a la tutela provisional de urgencia; II - a las hipótesis de tutela de la evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III; III - a la decisión prevista en el art. 701.

Art. 10. El juez no puede decidir, en grado alguno de jurisdicción, sobre la base de un fundamento sobre el cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la que deba decidir de oficio

55 Art. 11. Todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad. Párrafo unico. En los casos de secreto de justicia, puede autorizarse la presencia solamente de las partes, de sus abogados, de defensores públicos o del Ministerio Público.

56 “Es notoria la relación Constitución-Proceso. Es indiscutible, en nuestros tiempos, que el proceso civil debe ajustarse a las exigencias y directrices constitucionales. El punto, sin embargo, que hoy ha recibido nuevas luces, es que en el acto de juzgar hay concreción de valores y principios constitucionales por medio de las decisiones judiciales, independientemente de existencia de regla infraconstitucional que tutela explícitamente a las situaciones materiales. “ZUFELATO, Camilo. Constitución y proceso: principios y hermenéutica constitucionales en el PL nº 166/2010 de Nuevo Código de Proceso Civil. En: SIQUEIRA, Dirceu Pereira et al (Coords.) Estudios contemporáneos de hermenéutica constitucional. Birigui: Boreal, 2012, p. 132-149,

---

Sin embargo, esa explícita referencia a la constitución como norte al proceso civil positivado, es sólo un recurso de énfasis, porque no sería posible, actualmente un sistema jurídico, cualquiera que sea él, que no fuera ordenado, disciplinado e interpretado según la constitución<sup>57</sup>.

La referencia del código es, pues, meramente didáctica, incluso porque por la propia fuerza de los principios, hay que dejar claro que ellos no necesitan estar positivados para que sean reconocidos como parte integrante del sistema. Es la gran contribución del sistema jurídico romanístico a todos los pueblos que lo componen: los principios son parte integrante de cada ordenamiento jurídico, dándoles cohesión e integridad.

Al volver al tema de la codificación de los principios, existe todavía una regla, insertada en esta misma parte, junto con las especies de principios mencionados por la ley, que en realidad no es un principio procesal en sí, sino que ejerce una función propia de los principios en el interior de un sistema, que es dar sentido y razón de ser a todo el sistema codificado, pues indica como toda regla del código debe ser aplicada: “art. Al aplicar el ordenamiento jurídico, el juez atenderá los fines sociales y las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, la razonabilidad, la legalidad, la publicidad y la eficiencia.

Es la idea de principio como parte positiva del sistema codificado, o, como se acaba de utilizar más recientemente, como criterio interpretativo de aplicación o resolución de conflicto de normas. Es visible la conexión de sentido y de función con los artículos 14 y 15 del código de procedimiento civil modelo iberoamericano.

Por supuesto, la idea del código no es agotar, en el tratamiento legislativo, como en el código modelo, todos los principios procesales, tarea que es inalcanzable, teniendo en cuenta que ni siquiera en la doctrina hay consenso sobre cuantos y

---

p. 132. Cfr también: MIRANDA, Daniel Gomes de. La constitucionalización del proceso y el Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil. En: DIDIER JR, Fredie. (Coords.) El Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil: Estudios en homenaje al Profesor José Joaquim Calmon de Passos, II Série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 229-242.

57 “En ese sentido, por más paradójico que pueda parecer, es inequívocamente inocuo el art. De conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. la armonía con lo que he venido de escribir, no hay elección entre el derecho procesal civil ser o no ordenado, disciplinado e interpretado de acuerdo con la Constitución. Él será - siempre comprendido como ‘deberá ser’, en el sentido prescriptivo de la expresión - ordenado, disciplinado e interpretado de acuerdo con la constitución, queramos o no. Es ésta una de las formas de ver lo que Konrad Hesse llama “fuerza normativa de la Constitución.” BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Derecho procesal *civil*, vol. Único. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 38.

---

cuáles son esos principios. La idea es otra, esa sí más compatible con la función de los principios: dar un fundamento fundamental al código, del cual todas las demás reglas parten, o sea, de donde todo lo más principiante, como la poesía pars, así como establecer un dato de carácter interpretativo que guíe al intérprete del código a reconocer, en la aplicación de cada regla o incluso para suplantar lagunas, cuando haya.

Estas normas fundamentales, que son en número de doce, como el propio código así lo denominó, fueron incluso llamadas de ley de las doce tablas del proceso civil brasileño por la doctrina, para resaltar la idea de base estructural del nuevo código, permitiendo así que se haga una interesante reflexión acerca del cuño histórico que los principios poseen<sup>58</sup>.

Y como bien puntualiza el autor, la idea de principio adoptada por el código de proceso civil, una vez que se trata de término plurívoco, con diversas acepciones, como ya puntué, es exactamente la de principio no como criterio de ponderación, sino como puntos centrales sobre las cuales gravitan todo el sistema: “Si entendemos los principios como normas fundamentales -como aparentemente hace el NCPC- el criterio adoptado es su grado de abstracción, generalidad y fundamentalidad: los 12 artículos serían normas generales y fundamentales a todo el sistema del Código. En este caso, no se habrá adoptado el criterio de Alexy y, para ser coherente, no tendrá sentido decir que los doce primeros artículos pueden conflictuar y necesitarían ser sopesados según la proporcionalidad, etc. Si se clasifican como “normas fundamentales”, deben considerarse fundamentos generales de la legislación y así interpretados”<sup>59</sup>.

En realidad, el código hasta utiliza la idea de principio como regla de ponderación, pero desplazada de la parte inicial sobre las normas fundamentales, refiriéndose a decisiones judiciales que se basan en la regla de proporcionalidad como concretización de principios<sup>60</sup>.

---

58 “A diferencia de los códigos anteriores, el nuevo Código de Proceso Civil, Ley nº 13.105, de 2015, sistematiza, desde el principio, y de forma concentrada, los principios (o reglas) considerados fundantes del modelo de justicia y de proceso civil brasileño. Hay, naturalmente, otros principios de derecho procesal por todo el texto de la ley - en especies tanto más diversas como nuestro ímpetu doctrinal de bautizar nuevos principios. Pero, no a la vista, los doce primeros artículos concentran lo que se ha denominado “normas fundamentales”. SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva. *Las normas fundamentales del Nuevo Código de Proceso Civil (o “las Doce Tablas del proceso civil brasileño?”)*. In: El nuevo Código de procedimiento civil: cuestiones controvertidas. ellos Sao Paulo: Atlas, 2015, p. 295-323, p. 296.

59 SILVA, Las normas fundamentales del Nuevo Código de Proceso Civil (o “las Doce Tablas del proceso civil brasileño?”), op cit., p. 297.

60 “Código de proceso civil brasileño de 2015, art. En el caso de colisión entre normas, el juez debe justifica

---

## 6. Breve conclusión

Es posible afirmar que el legislador brasileño contemporáneo se mantiene fiel a dos características esenciales del sistema jurídico romanístico y del iberoamericano: i) la tendencia codificadora y ii) la adopción de principios generales. Curioso que incluso en una era que ya fue llamada de descodificadora<sup>61</sup> en alusión a una tendencia reciente de tratamiento de temas jurídicos en leyes especiales y microsistemas, Brasil se mantiene fiel a las raíces romanistas de codificación y unificación del derecho, pues dos de sus áreas más relevantes-derecho civil y procesal civil- fueron recodificadas recientemente en 2002 y 2015, respectivamente. Resalto aunque en ambos códigos los principios tienen un papel central y muy relevante.

La vocación a remitirse a principios generales del derecho es un dato de los países de tradición romanística, no sólo como reglas con las que un sistema jurídico comienza, sino sobre todo por la riqueza de tener en los principios un elemento indispensable en la interpretación del sistema como un todo y, de cada regla específica en él contenida – parte positiva, como dirían los romanos. Es importante reconocer la génesis de la función de los principios en el seno del sistema jurídico para no imaginarse que la fuerza y relevancia de esos es originaria -a pesar de haber sido un paso importante en su reconfiguración más moderna- del constitucionalismo actual. Esta tendencia se observa en el código procesal civil modelo para Iberoamérica.

El nuevo código de proceso civil brasileño siguió esta carretera, prefiriendo dejar expresado en las normas fundamentales de la codificación sus bases principiológicas. En rigor, me parece, sin embargo, que esa fue una elección más que todo didáctica, pues reconocer la pertenencia a un sistema jurídico implica sobre todo poder valerse de sus características fundamentales. En caso, reconocer tal pertenencia significa poder valerse de principios aunque éstos no estén positivados en un determinado ordenamiento jurídico nacional; en otras palabras, si tales principios integran el sistema o subsistema jurídico, el país que le pertenece puede invocar su aplicación independiente de sustrato normativo nacional.

En este sentido, por ejemplo, es posible traer a la luz el caso del principio de la cooperación procesal. Si bien se reconoce que este principio - que no está positivado en la ley procesal civil del código 1973 - está fuertemente ligada a la experiencia legal portuguesa, en lo que sería una cláusula general y Subprincipio del debido

---

el objeto y los criterios generales de la ponderación efectuada, enunciando las razones que autorizan la interferencia en la norma alejada y las premisas fácticas que fundamentan la conclusión; § 3º La decisión judicial debe interpretarse a partir de la conjugación de todos sus elementos y de conformidad con el principio de buena fe”.

61 IRTI, Natalino. *La era de la decodificación*. Milano: Giuffrè, 4. ed., 1999.

---

processo legal<sup>62</sup>, hay estudios con la intención clara de intentar encontrar para ese principio un fundamento normativo en el ordenamiento jurídico brasileño para que sea aplicado al proceso civil nacional<sup>63</sup>.

El nuevo código de procedimiento civil hizo expresa alusión a este principio, como se mencionó en el artículo 6; sin embargo, aunque no hubiera tal previsión expresa en la constitución o en el código, el hecho de ser un principio integrante de un país del sistema jurídico iberoamericano, sería suficiente para ser invocado y aplicado en Brasil.

Es la riqueza de conectar, por medio de principios, el ordenamiento de un país a su sistema jurídico. Como ha señalado acertadamente Schipani, “[...]Todavía me parece relevante señalar, con una breve mención, que esta renovación de las relaciones entre códigos, leyes, etc. y el sistema romanista, con el complejo de sus cuerpos jurídicos que contienen los “principios”, en su superación del legalismo legal y en la reactivación de la relevancia directa del sistema, se encuentra con otra línea de emersión y relevancia directa de la Sistema propio con respecto a los sistemas jurídicos”<sup>64</sup>.

Por fim, um outro aspecto es relevante. Trabalhar com princípios, tendência que está sendo reforçada pelo novo código de process civilização brasileiro, implica ressaltar uma outra tendência do juridical system romanistic é é fundamental for esse juridical standard: a capacidade criativa do jurista, pois a ele caberá reconhecer a força de Este es un principio en el que no hay un sistema jurídico que se aplique, muchas veces más que en una tradición y como origen de los principios del año, para poder aplicarlos correctamente.

---

62 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

63 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionales del principio de cooperación procesal*. Salvador: Juspodivm, 2013.

64 SCHIPANI, Sandro. *Códigos y referencias a los 'principios generales del derecho'*. *El español civil de Código como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos*. In: La codificación del diritto romano comune. Torino: Giappichelli, 1999, p. 119-173, p. 171.

---

# EL DERECHO A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Erika Zuta Vidal\*

**RESUMEN:** Este artículo reflexiona sobre la aplicación del principio de autonomía progresiva de las niñas, los niños y adolescentes en nuestra realidad jurídica. Partimos de analizar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos. Además, se investigan las deficiencias encontradas en nuestra legislación y se generan algunas propuestas para garantizar este principio y efectivizar los derechos de la población infantil y adolescente de nuestro país.

**ABSTRACT:** This paper ponders about the application of the principle of progressive autonomy of children and teenagers in our legal reality. It starts analyzing about the International Convention on the Rights of the Child and the recognition of the child as subject of rights. Besides, it researches about deficiencies found in our legislation and we propose some alternatives in order to guarantee this principle and accomplish the rights of the infants and adolescents in our country.

**Palabras clave:** Derechos de las niñas, los niños y adolescentes, autonomía progresiva, opinión del niño, sujeto de derechos, interés superior del niño

**Key Words:** Children and teenagers rights, progressive autonomy, the child's opinion, subject of rights, best interest of the child

## Introducción

Los derechos humanos fueron reconocidos como tales, en el año 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sin embargo, no es sino hasta once años después, en 1959, que se proclama la norma internacional que regula, de manera específica, a la población infantil y adolescente, y ella es la Declaración sobre los Derechos del Niño. A pesar de este documento es después de treinta años que recién con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en 1989, se impone la doctrina de la protección integral, con lo que se logra reconocerlos como sujetos de derechos y dejan de ser considerados objetos de propiedad de sus padres, del Estado y de la sociedad.

---

\* Magíster en Gerencia Social y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de los cursos de Derecho de Familia y Sucesiones de la misma casa de estudios. Este artículo ha sido elaborado con la asistencia de la candidata a Magister Johanna Rodríguez Rodríguez. Email: [zuta.ci@pucp.edu.pe](mailto:zuta.ci@pucp.edu.pe)

---

En el marco de la CDN se han intentado atender a las distintas y específicas demandas de una población que, a pesar de contar con este respaldo normativo, al interior de muchos hogares, de las escuelas y de las comunidades donde es, por demás evidente, que sus derechos siguen siendo vulnerados y son, en muchas oportunidades, considerados como incapaces. Cabe destacar que incluso nuestro actual Código sobre los Derechos del Niño mantiene deficiencias en cuanto a considerar a los niños, las niñas y a los adolescentes como personas con capacidad para ejercer sus derechos de manera progresiva, lo cual genera que su derecho a la opinión y a ser escuchados no sea tomado en cuenta en los asuntos que los involucran y, por lo tanto, no se garantice el principio del interés superior del niño.

En este documento se analizan algunos de los conceptos vinculados a los derechos del niño y en específico, al principio de la autonomía progresiva; para finalmente, detallar cómo se viene aplicando en nuestro ordenamiento.

## **1. Doctrina de la protección integral**

Esta es una nueva concepción cultural de reconocimiento y promoción de los derechos de los niños, se enmarca en lo que se conoce como escuela de la reacción social y representa un nuevo modelo, que define a los niños como sujetos plenos de derecho, ya no serán más, “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino personas cuya única particularidad es que están creciendo. (Beloff 2013:12). Siendo parte de sus derechos reconocidos el de ser oídos y que sus opiniones sean tomadas en cuenta, como lo desarrollaremos más adelante.

Esta nueva concepción recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de menores. Es así, como los derechos de la Convención tienen como destinatario a la infancia y no a una parte de ella. (Beloff 2013:12).

Así, coincidimos con diversos autores, entre ellos Beloff, que sostiene que no es posible dar una definición concluyente acerca de la protección integral de los derechos de los niños, muy por el contrario, se debe buscar estar en una permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. (2013:12). Aun así, encontramos áreas en el marco de la protección integral que permanecen divididas como: “el trabajo infantil, la adopción internacional y todo lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuyen haber llevado a cabo una conducta típica en el Código Penal” (Beloff 2013:13).

## **2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN)**

La CDN se aprobó el 20 de noviembre de 1989 y fue ratificada por nuestro país, en el año 1990. Su aprobación significó “un cambio radical tanto si es mirada desde

---

un punto de vista jurídico como político, histórico o -y muy especialmente- cultural” (Beloff 2013:1)

Para Cillero una de las características más importantes de este instrumento es su integralidad, es decir abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de las niñas y los niños. Además, “la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales”. Los derechos aquí reconocidos son interdependientes y, por lo tanto, se exige la protección integral de los derechos del niño y la satisfacción conjunta de los mismos para la consecución efectiva de su desarrollo. (1999: 2-3)

A continuación, los Principios de la Convención:

- **Niña, niño y adolescentes como sujeto de Derechos**

Se considerará como sujeto de derecho a toda niña, niño y adolescente con la consecuente titularidad de atribuciones, libertades, garantías y deberes que ejerce de manera progresiva; con protección especial y específica de acuerdo a su proceso de desarrollo. La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad<sup>1</sup>”,

Asimismo, Cillero refiere que al sujeto de derechos niño “subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad de derechos, que también son recogidas por la Convención”. (1999: 4)

- **Principio de interés superior del niño**

Para la conceptualización de este principio se toma la definición estándar de protección de derechos humanos, que lo define con una triple dimensión<sup>2</sup>. Como derecho sustantivo, es una consideración primordial que deberá ser aplicada cuando se deba adoptar una decisión que afecte a un niño, o un grupo concreto o genérico de niños. Como principio jurídico interpretativo

---

1 Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 14, párr.6.

---

se elegirá la interpretación, de acuerdo a la Convención y a sus Protocolos Facultativos, que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Como procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o un grupo de estos se deberá aplicar el interés superior del niño si requieren garantías procesales.

- **Derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta**

Este derecho es trascendental en la autonomía progresiva de la población infantil y adolescente. Uno de los principios rectores de la CDN (Artículo 12) es el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, en función de su edad y madurez. El derecho a ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo en el cual esté involucrado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Veremos más adelante cómo este derecho es afectado en diversos procesos o situaciones en los cuales están inmersos los derechos de la población infantil y adolescente.

- **Derecho a la igualdad y a la No discriminación**

El artículo 2 de la CDN reconoce este derecho señalando que ningún niño podrá ser objeto de distinción alguna y no podrá ser discriminado por su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 7, insta a los Estados Partes a señalar las consecuencias que este principio tiene en la realización de los derechos en la primera infancia<sup>3</sup>.

Nuestro Código de Niños y Adolescentes, incorpora en su artículo III, el derecho a igualdad de oportunidades y no discriminación y su artículo V también refiere que no se debe hacer distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, etc. Es vital que se enfatice sobre la equidad de género puesto que existe una desigualdad entre niñas y niños, se debe tener en cuenta la violencia que sufren las mujeres, el embarazo adolescente, la desigualdad en el acceso a la educación y empleo y la erradicación de estereotipos de género y estilos de crianza patriarcales. Los

---

3 Por ejemplo, en el caso de los niños pequeños, el artículo 2 de la CDN, establece que no deben ser discriminados por ningún motivo. Por lo tanto, las leyes deben ofrecer igual protección frente a la violencia a todos los niños. Los niños pequeños corren un riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos.

---

objetivos de desarrollo sostenible (ODS) tienen como objetivo<sup>4</sup>: “lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas”, sostienen que para alcanzar los objetivos trazados se tienen que aplicar cambios profundos a nivel jurídico y legislativo.

Se debe tomar en consideración que una de las formas más violentas de la discriminación que se está produciendo contra la mujer es la violencia en sus distintas formas. “ningún país del mundo es ajeno a la pandemia de la violencia por parte de un compañero sentimental: 1 de cada 5 mujeres y niñas comprendidas entre los 15 y los 49 años en 87 países”<sup>5</sup>. Por lo cual, es trascendental generar normas y políticas públicas que eliminen las brechas entre hombres y mujeres, desde la etapa de niñez y adolescencia.

### 3. Autonomía de la voluntad

#### a. Autonomía

La Real Academia Española (RAE) define como autonomía a la “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie” y esboza un concepto sobre autonomía de la voluntad y refiere que es la “capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”<sup>6</sup>. Asimismo, define a voluntad como la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”, “acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola.” “Libre albedrío o libre determinación”<sup>7</sup>.

La autonomía parte de nuestra dignidad como persona y de la libertad que tenemos para tomar decisiones libres e informadas, sin influencia de terceros. Es así que nos parece importante analizar el contenido básico de este derecho:

- **Dignidad:**

Se entiende dignidad como “un valor supremo de la constitución

---

4 <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible.pdf>

5 <https://tribunafeminista.elplural.com/2017/10/no-puedes-ser-feminista-y-no-saber-que-es-el-ods-5/>

6 <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo> (Consulta: 20 de junio de 2018)

7 <http://dle.rae.es/?id=c2gSOgP> (Consulta: 20 de junio de 2018)

---

que, además de fundamentar los diferentes derechos humanos o fundamentales que se le reconocen a la persona, delimita y orienta los fines que el Estado debe cumplir”. Según el artículo 1 de nuestra Constitución entenderíamos a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio, debido a lo cual, se prohíbe la instrumentalización de la persona humana dado que es un sujeto autónomo y libre pleno de derechos. (Landa 2017: 17-18)

Kant señala “todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”. (2007: 74)

Los planteamientos de Kant constituyen, “la base del concepto moderno de dignidad humana”. No obstante, Kant no concibe al ser humano como ser dotado de un valor inherente y absoluto, características del modelo actual de dignidad humana. “En relación con el primer aspecto (valor inherente), se atribuye un valor intrínseco o interno al ser humano para poder, en particular, justificar no solo su autonomía, sino también una igualdad entre todos los individuos (igual dignidad)”. (Pele 2015: 17)

Por otro lado, Martha Nussbam al analizar la ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades refiere que “hay ciertas maneras de vivir que son verdaderamente humanas, que son propias de la dignidad de un ser humano, y otras que no son.” Por lo tanto, habrá seres humanos a quienes la vida que el mundo les ofrece no es plenamente humana. (2000: 45). Por ejemplo, aquellos que fallecen tempranamente por no gozar de un adecuado servicio de salud o porque no pueden acceder a este, aquellos que no pueden decidir sobre sus emociones, que no pueden reflexionar y tomar decisiones propias de su vida, entre otras serán personas privadas de dignidad.

Es así que la dignidad está ligada a la autonomía y a la realización plena de los derechos humanos. En consecuencia, la afirmación de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos implica que se les reconozcan todos los derechos de los adultos, pero, adicionalmente, gocen de una protección especial que les otorga derechos específicos propios de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. De manera que, el Estado y los particulares deben respetar, promover y garantizar su dignidad y el pleno goce y ejercicio de sus derechos y potencialidades en todos los ámbitos donde se desenvuelvan.

---

- **Libertad**

Entendemos libertad como aquella facultad de hacer o no hacer lo que nuestra voluntad desee, sin restricciones más allá de aquellas que nuestro ordenamiento impone. En virtud de ello, nuestra Constitución refiere en su artículo 2º inciso 24 a) que “Nadie está impedido de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Desde la filosofía, se analiza este concepto desde la perspectiva sociopolítica (libertad para actuar), moral (libertad para elegir) y metafísica (libertad trascendente). Para Aristóteles la libertad para actuar es una posibilidad única y exclusiva en el hombre. De igual manera, en la “Ética a Nicómaco”, Aristóteles enumera tres pasos para definir un acto como virtuoso: en primer lugar, si sabe lo que hace; luego, si las elige, y las elige por ellas mismas; y, en tercer lugar, si las hace con firmeza e inquebrantablemente. Estos tres actos son posibles solo si el hombre posee la libertad, primero para ser consciente de lo que hace, segundo para poder elegir lo que considere mejor y tercero para actuar conforme a su elección. Un hombre o una voluntad determinada por causas externas o naturales jamás podría realizar estas acciones. (Flores 2007: 430-439) En ese sentido, la libertad está ligada a la voluntad, la capacidad de elegir y a la acción.

Por otro lado, Johan Rawls define a la libertad como “la exención de trabas o ausencias de restricciones, es decir, una noción negativa de la libertad”, no vinculada necesariamente con la facultad de autodeterminarse o libre albedrío de modo espontáneo. Rawls considera que podremos ejercer nuestra libertad y realizar los actos deseados mientras se encuentren dentro del marco de la ley, es decir, “la libertad es un complejo de derechos y deberes definidos por instituciones”. Asimismo, refiere que la libertad debe ser igual para todos, pero puede suceder que algunos disfruten de un menor “valor de libertad”, es decir de la efectiva posibilidad de ejercerla. (Massini 1999: 151-153) En esta última parte, coincidimos con Rawls en el sentido que definitivamente no todos gozan de la misma capacidad de goce y de ejercicio de la libertad, como sucede como los niños, las niñas y adolescentes debido a que a pesar de estar regulado que son sujetos de derecho, su libertad tiene mayores restricciones que los adultos.

Para Amartya Sen, la libertad es el fin principal del desarrollo y señala dos razones: la razón evaluativa, por la cual la valoración del progreso debe hacerse tomando en cuenta principalmente si mejoran

---

las libertades que tiene la gente; y la razón de efectividad, que refiere que el desarrollo está completamente subordinado al libre albedrío de las personas (2000: 15-16). Parte de una libertad real de las personas concebida como las oportunidades para convertir recursos generales (como el ingreso y la riqueza) en capacidades: lo que pueden hacer realmente o no. Lo cual constituye un fin para cada individuo. (Sen 2009: 33-40)

Nuestra normativa y los tratados sobre derechos humanos reconocen la libertad como un principio y derecho fundamental, el cual, se ve materializado en derechos específicos como la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión, libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, a la libertad de creación intelectual, la libertad contractual, entre otras. Sin embargo, en el caso de los niños vamos a analizar que algunas de estas libertades se ven restringidas amparadas en la concepción de niño como inferior e incapaz en relación al adulto y que, por lo tanto, no pueden decidir por sí mismos, es decir, niños vistos y tratados como objetos, puntualmente, cosificados.

- **Voluntad**

La voluntad es un concepto que está estrechamente ligado a la libertad, al poder de decisión, al libre albedrío y determinación.

Aristóteles define al acto voluntario como “todo lo que uno hace estando en su poder hacerlo o no” (Aristóteles 1985: 23-24). Como veíamos anteriormente, para Aristóteles si la voluntad de una persona está determinada por causas externas o naturales jamás podría realizar acciones virtuosas. En este sentido, el acto voluntario está vinculado al poder de decisión, a esa capacidad que hacer o no algo.

Según Hegel, la voluntad es la conciencia práctica que crea su objeto y esa creación es la libertad. Lo que la voluntad libre quiere no es sino ella misma. Ser libre es, por esta razón, querer ser libre y realizar su voluntad en relación con los otros en una comunidad. A diferencia de Rousseau o Kant que señalaban que el derecho restringe la libertad entendida como arbitrio particular; para Hegel, el derecho en tanto existencia de la voluntad es la condición de la libertad. No hay libertad sin derecho. «Voluntad sin libertad es una palabra vacía, y a su vez la libertad solo es real como voluntad». (Ezquerro 2010: 147-149)

---

Frecuentemente, esta voluntad, en el caso de las niñas, los niños y adolescentes, es opacada o impedida justamente al amparo de su minoría de edad sin tomar en cuenta que, en muchas oportunidades, ya cuentan con la conciencia y la madurez para tomar decisiones que les incumben, pero que no pueden ser ejercidas en la práctica.

## **b. Autonomía de la voluntad**

“La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley -independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer-. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de este: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal” (Kant 2007: 53). Es la condición de la acción moral, de manera que, cada uno se fija sus propias normas y cada uno es responsable de sus actos y decisiones.

En el siglo XVIII, en Europa, surgió un movimiento intelectual llamado Ilustración el cual proclamaba y defendía los ideales de libertad, igualdad y propiedad. Es así, que comienza a gestarse un movimiento filosófico basado en la razón y la libertad, siendo uno de sus grandes exponentes Immanuel Kant, quien refería que “La ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí el lema de la Ilustración”. (Venegas 2010: 41-42)

Es así que el desarrollo del mercado y la ilustración trajeron consigo el liberalismo político y económico, el cual desembocó en la creación del Estado Moderno, lo que dio lugar a la autonomía como una necesidad. El estado debe dejar hacer y dejar pasar: permitir que los individuos contraten como deseen y así asegurarán la justicia y el progreso. En consecuencia, esta autonomía descansa en la voluntad de las partes. En términos legales, el principio de autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda la obligación reposa esencialmente en la voluntad de las partes. (Venegas 2010: 41-42)

Por lo tanto, la imposición de normas externas podría entenderse como afectación a la autonomía de la voluntad. No obstante, Martha

---

Nussbaum, al referirse a las capacidades humanas centrales como la vida, la salud, integridad física, emociones, entre otras, todas ellas son necesarias para asegurar que todos cuenten con los recursos y condiciones para actuar con autonomía. Debido a lo cual, estas capacidades no restringen la autonomía, sino que son la base de los principios para que los ciudadanos manifiesten su autonomía y varios tipos de existencia. (2000:51-52)

Nuestra Constitución vincula el concepto de autonomía de la voluntad con la capacidad y libertad de contratar, teniendo como límite las normas de orden público y los derechos fundamentales y, por ello, un correlato de responsabilidades que se deben asumir en el ejercicio de este derecho. Adicionalmente, según lo estipulado por el Tribunal Constitucional la autonomía de la voluntad se refiere a la “capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular”. (2006: F.J. 44)

Además, agrega en otra de sus sentencias que “el principio de la autonomía de la voluntad” tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar -consagrada en los artículos 2º, inciso 14), y 62º de la Constitución Política del Perú- llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.” (Tribunal Constitucional 2004: F.J. 2)

Por lo cual, el derecho de libertad contractual es parte de los llamados “derechos económicos”, entre los que se encuentran la propiedad o la libertad de empresa. Pero, por su configuración, este derecho fundamental se asemeja más a los llamados “derechos de la libertad”, en vista de que consiste en dejar a la persona su libre albedrío, garantizando su tutela frente a diversas afectaciones que se le puedan presentar, sea del Estado o de los mismos particulares. (Landa 2014: 315)

De acuerdo con esto, el solo otorgamiento a un niño del derecho a participar, por ejemplo, de una audiencia sobre asuntos que les conciernen, no significan *per se* que esté ejerciendo su derecho y menos que lo que exprese sea efectivamente su voluntad. Puesto que la misma puede estar influenciada o puede ser ejercida por su representante y, por consiguiente, no existiría el pleno ejercicio de su libertad.

---

#### 4. Autonomía progresiva

La CDN nos trae como uno de los principios fundamentales no solo el interés superior del niño, el derecho al niño a ser escuchado, la igualdad y no discriminación, sino la autonomía progresiva que se encuentra implícita en sus artículos 5 y 12:

Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, **en consonancia con la evolución de sus facultades**, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

“Artículo 12

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

De tal manera que, “ser niño no es ser “menos adulto” la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. (...) La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica. (Cillero 1999: 4) El reconocimiento de este principio significa que los niños son protagonistas de sus propias vidas, pero sin dejarlos en un estado de desprotección ya que esa autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que se encuentren. (Viola 2012: 86-87)

Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño hacen referencia a que los niveles de comprensión de los niños no van ligados, de manera uniforme, a su edad biológica sino a la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por lo que es recomendable que las opiniones de los niños o niñas sean evaluadas caso por caso<sup>8</sup>.

---

8 <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

---

Contrario a lo señalado, en nuestra normativa y en las personas que están a cargo de los niños, niñas y adolescentes se evidencia, asiduamente, una heteronomía, una flagrante ausencia de la autonomía de la voluntad, porque la relación de poder o de dependencia en las que están inmersos, obliga a que se menoscaben o anulen sus voluntades.

## 5. Regulación actual en el sistema interno

En nuestra legislación, la norma marco en relación a los derechos de los niños es el Código de los Niños y Adolescentes, que reconoce al niño como sujeto de derechos, el derecho a opinión del niño, el principio del interés superior del niño; no obstante, esta regulación aún arrastra muchas falencias en cuanto a la participación de los niños en los asuntos que lo involucran y el principio de autonomía progresiva. Tal como lo refiere el Comité de los Derechos del Niño<sup>9</sup> en las Observaciones Finales que hace a nuestro Estado en donde refiere que “se agilice la revisión del Código de los Niños y Adolescentes y se asegure de que está plenamente en consonancia con la Convención, particularmente en lo concerniente al sistema de protección de la infancia, la participación de los niños, la adopción y la justicia juvenil. El Estado parte debe asegurarse de que en ese proceso se escuchan y se tienen plenamente en cuenta las opiniones de los niños”

Es preciso resaltar que se han dado distintas normas que buscan garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera efectiva, como las siguientes:

- Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que reconoce el principio del interés superior del niño y el reglamento de esta ley, Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, reconoce la capacidad procesal de los niños, niñas y adolescentes para denunciar actos de violencia en su agravio o en agravio de otras personas sin la necesidad de la presencia de una persona adulta.
- Ley 30466, ley que fija parámetros para la aplicación del principio del interés superior del niño teniendo como marco referencial la Observación General N° 14, donde se señala expresamente el derecho del niño a expresar su opinión como una garantía procesal.
- Decreto Legislativo 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, reconoce

---

9 [https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones\\_finales\\_del\\_Comite\\_de\\_los\\_Derechos\\_del\\_Nino\\_al\\_Estado\\_Peruano.pdf](https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones_finales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Nino_al_Estado_Peruano.pdf)

---

en su artículo 4, el principio del interés superior del niño y en el artículo 5, establece como uno de los derechos de los niños, “el opinar, ser escuchado y que dicha opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se tomen” y adicionalmente, se establece en el artículo 7, la obligación de la autoridad competente de tomar en cuenta la opinión de la niña, el niño y el adolescente, antes que emita una decisión sobre la situación de riesgo o desprotección familiar, incluso provisional del infante o adolescente involucrado. En ese mismo sentido, el reglamento de esta norma (Decreto Supremo N° 001-2018-MIMP) establece que se debe tener en cuenta la opinión, la edad y la madurez del menor de edad involucrado en todos los procesos de desprotección familiar y adopción que esta norma regula.

- Código de Responsabilidad Penal (Decreto Legislativo N° 1348) establece en su artículo II, el principio del interés superior del niño y establece el derecho del adolescente a ser escuchado en cualquier situación en la que se defina alguna decisión que pueda afectarlo y cuando así lo solicite y el derecho a ser informado de los resultados de las actuaciones en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite.
- Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial, de fecha 31 de agosto de 2016, el cual tiene objetivo el operativizar el ejercicio de este derecho, en base a la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de tomar en cuenta, de forma debida, las opiniones de los niños, niñas y adolescentes inmersos en procesos judiciales.
- Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2012-2021) PNAIA 2021, “es el instrumento marco de política pública del Estado Peruano, para articular y vincular las políticas que se elaboren en materia de infancia y adolescencia en el país, que orientará en la presente década la acción del Estado y de la sociedad civil hacia el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes peruanos.” (MIMP 2012: 9) Este documento reconoce expresamente como uno de sus principios rectores, la autodeterminación progresiva y refiere lo siguiente:

“La infancia y la adolescencia son etapas en la existencia de la persona y tienen igual valor que cualquier otra edad de la vida, es decir, tienen un valor en sí mismas y no como un simple tránsito hacia la adultez. Las niñas, niños y adolescentes están en una época de desarrollo progresivo de la autodeterminación personal,

---

social y jurídica que se da en consonancia con el desarrollo de sus facultades”. (MIMP 2012:16)

Como vemos, encontramos avances en cuanto a la consideración de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho en los cuales se garantiza su autonomía progresiva. A pesar de ello, aún queda una legislación que sigue percibiendo al niño como objeto, tenemos costumbres enraizadas provenientes de una autoridad patriarcal y de estructuras familiares dictatoriales; por lo cual, al interior de muchos hogares y escuelas y a través de distintas prácticas cotidianas, todavía no se visibiliza a los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no se respeta ni se toma en cuenta su opinión.

Analizaremos algunos de los principales temas que deben estar vinculados con el principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes:

- **Capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes**

Partiremos en señalar que “si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce la capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento no le adjudica autonomía plena, debido a consideraciones de hecho – que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres” (Cillero 1999: 4). Esta visión tradicional está arraigada en nuestra legislación.

Nuestro Código Civil en su artículo 42 señala que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años. Adicionalmente, se estipula en los artículos 43 y 44 que los mayores de 16 años y menores de 18 años son relativamente incapaces, puesto que habrá algunos actos determinados por ley para los cuales si tienen capacidad de ejercicio. Los menores de dieciséis años son absolutamente incapaces. Vale decir, para el Código Civil, el niño y el adolescente es visibilizado como un incapaz, como un objeto de protección, por ser menor de edad. Finalmente, el artículo 46 refiere que la incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Se agrega que los mayores de 14 años tendrán capacidad exclusivamente para reconocer a sus hijos, demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia, filiación y alimentos de sus hijos.

Nuestro Código de Niños y Adolescentes (Artículo IV) de manera similar al Código Civil nos señala que el niño y el adolescente tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados, aunque, por otro lado, en su artículo II los reconoce como sujetos de derecho. Creemos que si bien la niña, el

---

niño y adolescente requieren medidas especiales de protección, está claro que son sujetos plenos de derecho conforme la Convención sobre los Derechos del Niño, y esa capacidad especial no recoge la igualdad de derechos frente a otros sujetos de derecho, como son los adultos. No obstante, para el ejercicio de sus derechos deben contar con la dirección u orientación de los padres, de acuerdo al artículo 5 de la Convención, lo cual debe ir en concordancia con el principio de autonomía progresiva, su edad y madurez.

“La Doctrina de la Protección Integral nos invita a cambiar de paradigma sobre la capacidad jurídica del niño; es decir, por encontrarse en un proceso de desarrollo con autonomía progresiva, se tiene que partir de la presunción de capacidad para formarse sus propias opiniones y su derecho a expresarse. En tal sentido, el juez deberá prestar atención a la evaluación de las facultades del niño” (Cabello 2017: 60) y no excluir su participación por el solo hecho de ser menor de edad.

### - **La libertad de opinión**

La CDN establece cuatro principios que deben regir todos los derechos que defiende y uno de esos principios es el respeto de la opinión del niño. De la misma manera, el artículo 12 de este instrumento normativo refiere que los Estados deben garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez. Y es aún más específico, visto que agrega que se deberá dar al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El artículo 9 del Código de Niños y Adolescentes regula el derecho a la libertad de opinión, de acuerdo a su edad y madurez, en todos los temas que los afecten. Se mantiene el concepto de edad y madurez estipulado en la Convención, entendiéndose con ello que el factor edad no será el único criterio determinante para validar su opinión, sino que también su comprensión y su capacidad de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente. En consecuencia, a mayor autonomía menor participación del adulto.

Debería incluirse el derecho a ser escuchado conjuntamente con el de opinión debido a que son trascendentales en la autonomía progresiva de la población infantil y adolescente. El derecho a ser escuchado, en todo procedimiento político, judicial o administrativo en el cual esté inmerso, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. En la actual legislación el ejercicio de este derecho está ligado a la autoridad y no al acompañamiento y la orientación de los

---

progenitores, como debería ser en la medida que los niños son sujetos de derechos.

A nivel del Poder Judicial, contamos con “Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, las cuales fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasil en el 2008 y que ha sido ratificada por el Poder Judicial del Perú en el año 2010 y emerge del consenso de 23 Poderes Judiciales de Iberoamérica. (Cabello 2017: 49)

Este documento en su regla N° 5 señala que “Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo” (Regla 5) y la regla 78 estipula lo siguiente:

- “(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:
- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
  - Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
  - Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares<sup>10</sup>.

Según lo señalado por la jueza y profesora Cabello: “Estas pautas, aunque obvias, en la realidad resultan distantes e insuficientes, ello en atención a que el proceso concebido por los adultos para adultos no ha contemplado las características, necesidades y particularidades para la eficaz participación de los niños y adolescentes en los asuntos que los afecten y que serán decididos judicialmente”. (2017: 50)

En un esfuerzo por mejorar esta realidad, el Poder Judicial ha emitido el Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial, de fecha 31 de agosto de 2016, el cual pretende acortar la distancia entre la población infantil y adolescente y el proceso, a partir de su reconocimiento como sujetos de derecho, facilitando su participación en el proceso judicial, dentro de un entorno y una metodología amigable y con la intervención de un equipo multidisciplinario especializado. Para lo cual, se debe partir en asegurar que el niño sea previamente informado y asesorado a fin que pueda expresar su opinión, es decir, “ser consciente de lo que hace” para que elija lo que considere mejor, con libertad y autonomía. Además, es relevante considerar que el ejercer sus derechos a través de un representante, debe ser la excepción y no la regla y en los casos en los cuales los niños, las niñas o adolescentes deban, necesariamente, manifestar su opinión a través de un representante, no debe haber conflicto de intereses entre el representado y

---

10 <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>

---

el niño y es trascendental que se vele, prioritariamente, por los intereses del niño. (Cabello 2017: 53-59)

Es preciso destacar que el Poder Judicial en la exposición de motivos del protocolo citado anteriormente refiere lo siguiente:

Nosotros consideramos que el derecho del niño a ser oído es un derecho que no está garantizado de manera efectiva porque los procedimientos judiciales no han sido diseñados considerando las características específicas de la infancia.

Los legisladores y los operadores jurisdiccionales debemos tener en cuenta que se presentan diversas barreras de acceso a la justicia cuando un niño, niña o adolescente participa en un proceso judicial; es decir, se encuentra enfrentado a un lenguaje complejo; inmerso en espacios ajenos a su experiencia e incluso intimidantes por estar vinculados con la justicia.

Consideramos además que, si el niño, niña o adolescente no logra una participación efectiva en el proceso judicial, estamos permitiendo su exclusión y valorando la problemática judicial desde una óptica adultocéntrica, lo que demanda una actuación especializada que garantice el acceso a la justicia de este grupo etario. (2016: 5-6)

Existe un reconocimiento expreso del Poder Judicial en cuanto a sus debilidades y falencias sobre la incorporación de los niños, las niñas y adolescentes en los procesos judiciales y su consideración como sujetos de derechos. Es trascendental que el protocolo sea conocido y exteriorizado en el actuar de nuestros jueces.

#### - **Patria Potestad (Responsabilidad Parental)**

La patria potestad está regulada tanto en el Código Civil como en el Código de Niños y Adolescentes y es entendida como el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos menores de 18 años. Si bien el término no es el más adecuado puesto que “Patria Potestad” proviene del latín: pater potestas, pater, referido autoridad o jefatura masculina y potestas, referido al poder o facultad. Es decir, el ejercicio del poder del padre, excluyendo a la madre, e implica una connotación peyorativa, simplista y venida a menos, en cuanto se debe ejercer ese “poder” frente a los hijos vistos como objetos de propiedad.

En consecuencia, el cambio del término de patria potestad a responsabilidad parental no solo involucra un cambio nominativo, sino que implica una reforma en

---

la misma institución de familia, que ya no se encuentra a cargo de un pater familia, sino que ahora el cuidado de los hijos es corresponsabilidad de la madre y el padre. Estamos ante una mirada humanizada y constitucionalizada del derecho de los integrantes de las familias a una democratización de las mismas que, sin duda, posee un carácter simbólico esencial en beneficio de todos los miembros de la familia (Curti 2015: 180).

El reglamento de la Comunidad Europea N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a distintas instituciones del derecho de familia, regula la responsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por el ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor, el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita<sup>11</sup>”.

Asistimos a un nuevo modelo de familia, como es una familia más comunicativa y cooperativa y el término que más se acomoda es el de responsabilidad parental.

Es relevante precisar que el reconocimiento del principio de autonomía progresiva ejerce incidencia en la responsabilidad parental ya que implica que los adultos deben impartir orientación para que sean las niñas y los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos y en ese sentido, la representación legal por parte de los progenitores irá decayendo a medida que la población infantil y adolescente vaya adquiriendo autonomía. Debido a lo cual, a mayor participación de las hijas e hijos menor protagonismo de las madres y los padres lo cual implica un “encogimiento” de la responsabilidad parental. (Viola 2012: 87-88)

La responsabilidad parental no refiere a la dependencia absoluta del hijo o la hija respecto a sus progenitores sino al compromiso de estos de orientarlos hacia la autonomía.

Adicionalmente, el inciso f) del artículo 74 del CNA que refiere que los padres tienen el deber de representar a sus hijos en la vía civil, debe ir de la mano con la autonomía progresiva. Por lo tanto, convendría estipularse como excepción y no como regla que los padres podrán representar a sus hijos en los actos de la vida civil cuando su grado de desarrollo no les permita ejercer sus derechos de manera autónoma, tomando en cuenta su edad y grado de madurez.

#### - **Tenencia y Régimen de Visitas**

La tenencia es un atributo de la patria potestad regulado en el CNA, es el derecho

---

11 Diario Oficial de la Unión Europea. Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo. Artículo 2, inciso 7. Fecha 23.12.2003. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN>.

---

que tienen, en principio, los progenitores de convivir con sus hijos. En ese mismo sentido, la Convención sobre los derechos del niño alude al término “custodia” en su artículo 19 y diversas legislaciones la regulan bajo esa denominación y no al término “tenencia”.

No obstante, nuestro actual Código de Niños y Adolescentes, llama a esa figura como tenencia, término que no nos resulta idóneo a consecuencia de que alude a “tener o poseer cosas”, en el sentido de propiedad. En esa línea, legislaciones modernas utilizan terminología, como “convivencia del hijo” o “cuidado personal del hijo” (Fernández 2013: 226) o “custodia”, términos que nos parecen más adecuados.

La CDN señala que los Estados Partes están obligados a velar porque el niño no sea separado de sus padres, y que cuando sea inevitable que esta separación se produzca, se debe respetar el derecho del niño de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. De igual manera, reconoce, en el artículo 18.1, el principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. El artículo 27.1 estipula que los padres tienen la obligación de proporcionar condiciones necesarias para el desarrollo del niño. Por otro lado, nuestra Constitución en su artículo 4 señala que el Estado protege especialmente al niño.

De igual modo, en el artículo 85 del CNA se señala que se debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. Con lo cual nuevamente, el criterio de edad va a ser el único determinante para analizar si la opinión del niño será tomada en cuenta o no. Es nuestro criterio y parecer que la madurez del niño, unido a informes psicológicos, debe ser un criterio fundamental para respetar el principio de autonomía progresiva.

Al amparo de que todos los niños tienen derecho a mantener contacto con ambos progenitores, los padres o las madres que no viven con sus hijos tendrán derecho a visitarlos, ello está regulado en el Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, el derecho a opinión está circunscrito a la normativa sobre tenencia, por lo cual, estimamos que debería abarcar todos los procesos vinculados a la patria potestad, como son, el régimen de visitas o los procesos de suspensión o pérdida de patria potestad y demás procesos en los cuales formen parte.

#### - **Tutela**

La tutela “es una institución de derecho familiar, que tiene por finalidad la guarda de la persona y bienes del menor que no esté bajo patria potestad de sus padres, ya sea por muerte de estos o porque se hallan privados de ejercerlo. Es por ello que se

---

dice que estas dos instituciones son de carácter excluyente, por el hecho que la tutela toma lugar ante la falta de patria potestad”. (Hinostraza 1999: 236)

En el caso de remoción del tutor, se reconoce al adolescente como sujeto de derechos y, se le otorga la capacidad de goce y de ejercicio, con lo cual amplía la capacidad de ejercicio de los adolescentes regulada en los artículos 42 al 46 del Código Civil a causa de que, para este supuesto, un adolescente desde los doce años tendrá la capacidad de iniciar este proceso. No obstante, otros actos quedan supeditados a que el pupilo cumpla la mayoría de edad.

#### - **Autorización para disponer de bienes**

Nuestro Código Civil refiere que cuando se trata de un adolescente que tenga dieciséis años cumplidos o más y sea necesario iniciar un proceso judicial de autorización para disponer de sus bienes, el juez, si fuera posible, deberá oírlo antes de prestar su autorización. Creemos que no solo deberá oírlo sino también tomar en cuenta su opinión y que el criterio para ello, debe ser la edad y la madurez y no la edad de dieciséis años, según ha sido reconocido por el artículo 9 de nuestro Código de Niños y Adolescentes, que establece el derecho a la libertad de opinión de los niños, las niñas y los adolescentes.

### **1. Cambios en algunos paradigmas**

Acudimos a un contexto mundial de cambios de paradigmas en las que el derecho internacional de los derechos humanos, cada vez más, incide en distintas instituciones jurídicas y el entorno familiar no está exento de estos avatares, que involucran no solo nuevas denominaciones o conceptos sino una democratización de las familias.

Con la derogación del Código del Menor y la promulgación del Código de Niños y adolescentes, enmarcado dentro de la doctrina de la protección integral, se dio un giro en cuanto al reconocimiento de los niños, las niñas y los/las adolescentes como sujetos de derechos. No obstante, aún encontramos prácticas, terminologías y normativa propias de la doctrina de la situación irregular y del modelo de familia patriarcal. Algunas de las modificaciones que nos parece pertinente resaltar, las explicamos a continuación:

- Debe incorporarse expresamente el principio de autonomía progresiva en nuestra legislación sobre niñez y estar claramente vinculado con los temas de capacidad de ejercicio, patria potestad, tutela, acogimiento familiar, adopción, administración de sus bienes, proceso judicial para disponer de sus bienes y todos los asuntos que conciernen a los infantes y adolescentes, de esta manera, la intervención de los representantes legales deberá ser acogida, de

---

manera excepcional y no como regla y dependerá de su edad y madurez. Este principio debe estar incorporado en todos los espacios donde se desenvuelvan las niñas, los niños y los adolescentes y en todos los procedimientos judiciales, administrativos e incluso, políticos, donde estén inmersos.

- En ese sentido, también se plantea una modificación de los artículos 42 al 46 del Código Civil en donde los criterios para otorgar la capacidad de ejercicio a los niños, niñas y adolescentes sean la edad y madurez y no solo la edad como actualmente se encuentra contemplado. Asimismo, incorporar cambios en el Código Procesal Civil y en el Código de Niños y Adolescentes en cuanto a los aspectos procesales sobre la intervención de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en donde se garantice su autonomía progresiva.
  
- Recogiendo las ideas de Cillero y lo señalado por la Convención a los progenitores o demás responsables le corresponde impartir orientación y dirección apropiadas a las niñas, niños y adolescentes para que estos ejerzan sus derechos con libertad y autonomía y al Estado le corresponde respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de las madres y los padres o de quien corresponda, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar. (1999: 4) Asimismo, el Estado en el cumplimiento de estas obligaciones debe facilitar asistencia para que los padres puedan asumir sus responsabilidades de crianza.
  
- El cambio del término de patria potestad por el de responsabilidad parental nos parece uno de los cambios más trascendentes que se pueda introducir en nuestra legislación sobre niñez a fin de romper con la autoridad patriarcal que tanto tiempo viene dominando los actos al interior de las familias, nuestra normativa y las decisiones judiciales. Esta responsabilidad parental debe estar articulada con el principio de interés superior del niño, el de autonomía progresiva y el derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.
  
- En los procesos judiciales donde se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescentes se deben materializar todas las normas sobre niñez que regulan la consideración de niño como sujeto de derechos, la protección especial que los acoge, la autonomía progresiva, el derecho a ser escuchados y opi-

---

nión, establecidos en las 100 Reglas de Basilea y el Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. Lo cual significa no solo la dotación de mejor infraestructura, sino también, la capacitación constante a los operadores para que los derechos de esta población sean garantizados plenamente y dejen de ser considerados como “objetos”.

En conclusión, podemos señalar que, si bien contamos un marco internacional que garantiza que el niño, la niña y el/la adolescente sean realmente considerados como sujetos de derechos y a nivel de nuestra normativa interna, si bien, hay avances como hemos visto, estos aún son insuficientes. No solo tenemos estereotipos y patrones muy arraigados en cuanto al paternalismo hacia esta población y seguimos tratando sus derechos como necesidades, lo que se evidencia en muchas de las normas sobre infancia y adolescencia actualmente vigentes y en las decisiones de los operadores del derecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES

1985      Ética a Nicómaco. Madrid: Gredos

- BELOFF, Mary

2013      Un modelo para armar-y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular. Consulta: 30 de mayo de 2018.

<http://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/pcEPDPv03/EPDP-04-JSPP/EPDP02/Lecturas/3/Beloff.pdf>

- CABELLO, Carmen Julia

2017      Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 7(1). Pp.45-70. Consulta: 30 de mayo de 2018.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19177>

- CILLERO, Miguel

1999      Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios en UNICEF-IIN, Derecho a tener Derechos. Tomo IV, Montevideo. Consulta: 19 de junio de 2018.

[http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/explotacion\\_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf)

---

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- 2016 Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Estado Peruano. 48 p. Consulta: 20 de junio de 2018.  
[https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones\\_finales\\_del\\_Comite\\_de\\_los\\_Derechos\\_del\\_Nino\\_al\\_Estado\\_Peruano.pdf](https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones_finales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Nino_al_Estado_Peruano.pdf)

- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

- 2008 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. 23 p. Consulta: 20 de junio de 2018.  
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/70>

- CURTI, Patricio y Zanino, Barbara.

- 2015 Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja, según Código Civil y Comercial de la Nación. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, pp. 177-190. Consulta: 10 de junio de 2018  
[http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_06.pdf)

- FERNÁNDEZ, Marisol

- 2016 Manual de Derecho de Familia. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 300 p.

- FLORES, Jorge

- 2007 Los conceptos de libertad en Aristóteles. En Revista UPB, vol. 15, N° 35, julio-diciembre (2007), pp. 429-445. Consulta: 10 de junio de 2018  
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/escritos/article/download/382/337>

- KANT, Manuel

- 2007 Fundamentación de la metafísica de las costumbres (1785) Kant. 100 p. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa Primera Edición San Juan, Puerto Rico. Consulta: 10 de junio de 2018  
[http://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)

- EZQUERRA, Jesús.

- 
- 2010 La voluntad libre en Hegel.  
Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, vol. XV (2010), pp. 147-166.  
ISSN: 1136-4076 Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga,  
Facultad de Filosofía y Letras Campus de Teatinos, E-29071 Málaga  
(España) Consulta: 19 de junio de 2018.  
<https://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/ContrastesXV-08.pdf>
- HINOSTROZA, Alberto:
- 1999 Derecho de Familia; Lima, Ed. San Marcos, 1999, 421 p.
- LANDA, César
- 2017 Los derechos fundamentales. Lima: Fondo editorial de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú. 193 p.
- MASSINI, Carlos
- 1999 La noción de libertad en John Rawls. En: Pensamiento y Cultura,  
núm. 2, 1999, pp. 149-157. Universidad de La Sabana, Cundinamarca,  
Colombia.
- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (MIMP)
- 2012 Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia. 130 p.  
Consulta: 12 de junio de 2018.  
[http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento\\_PNAIA.pdf](http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento_PNAIA.pdf)
- NUSSBAUM, Martha
- 2000 La ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades. En defensa  
de los valores universales. En GIUSTI, Miguel (Ed) La filosofía en el  
siglo CC: Balance y perspectivas. (pp. 37 -52)
- PELE, Antonio
- 2015 Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 111 | pp.  
15-46 | jul./dez. 2015- Consulta: 19 de junio de 2018.  
<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/P.0034-7191.2016V111P15/322>
- PODER JUDICIAL
- 2016 Resolución Administrativa 228-2016-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del

---

Poder Judicial que aprueba el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente. Consulta: 30 de junio de 2018.

<https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/12/Resoluci%C3%B3n-Administrativa-N%C2%B0-228-2016-CE-PJ.pdf>

- SEN, Amartya

2000 El desarrollo como libertad Gaceta Ecológica, núm. 55, 2000, pp. 14-20  
Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales Distrito Federal,  
México

- SEN, Amartya

2009 *La idea de justicia*. Madrid: Taurus. 499 p.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Sentencia sobre el expediente N° 2185-2002-AA/TC  
Consulta: 10 de junio de 2018.  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02185-2002-AA.pdf>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Pleno Jurisdiccional - Sentencia sobre el expediente N° 047-2004-AI/  
TC  
Consulta: 10 de junio de 2018.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

- UNICEF

2014 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. 179 p.  
Consulta: 12 de junio de 2018.  
<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

- UNIÓN EUROPEA

2003 Diario Oficial de la Unión Europea. Reglamento (CE) N° 2201/2003  
del Consejo. Fecha 23.12.2003. Consulta: 15 de junio de 2018.  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN>.

- VENEGAS, Paula

2010 Autonomía Progresiva: El niño como sujeto de derechos. Universidad

---

de Chile. 114 p.

- VIOLA, SABRINA

2012      Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. En: Revista electrónica Cuestión de Derechos, N° 3, segundo semestre 2012. Pp.82-99.

---

# EL BIM SE PONE EL OVERALL Y ENCIMA LA TOGA: LA TECNOLOGIA Y EL CAMBIO EN LA GESTIÓN DE LAS DISPUTAS EN CONSTRUCCIÓN

Gustavo Paredes Carbajal\*

**Resumen:** Mediante el presente artículo se examinará el concepto, los beneficios e implicancias técnicas del Building Information Modeling (BIM) como instrumento facilitador en la toma de decisiones y control de un proyecto de construcción. Asimismo, se analizará sus implicancias jurídicas en la gestión contractual de la obra y como medio de prueba dentro de un proceso arbitral.

**Abstract:** Through this article we will examine the concept, benefits and technical implications of Building Information Modeling (BIM) as a facilitator in decision making and control of a construction project. Likewise, we will analyze their legal implications in the contractual management of the construction project and as a means of proof in an arbitration process.

**Palabras clave:** Derecho de la construcción, Resolución de disputas, Modelado de Información de Construcción

**Keywords:** Construction law, Dispute Resolution, Building Information Modeling

## 1. Introducción

Una cuestión natural y siempre difícil de compatibilizar durante la ejecución de todo proyecto de construcción es su permanente aplicación práctica con los términos y alcances de sus contratos.

Casi siempre, la intensidad y dinámica de la obra termina desbordando las previsiones contractuales, por ello el intento de alinear el proceso constructivo con el contrato es una tarea no solo ardua sino también creadora de conflictos.

Una industria de la construcción perfecta sin conflictos además de aburrida, sería

---

\* Especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución de Disputas. Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico. Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de la International Construction Projects Committee (ICP) de la International Bar Association (IBA). Email: [gparedes@npg.pe](mailto:gparedes@npg.pe)

---

estática y sin ninguna evolución; las cosas se seguirían haciendo de la misma manera y obteniendo siempre los mismos resultados.

Por esta razón, el conflicto debe dejar de tener una connotación negativa para el sector. El conflicto en la industria de la construcción es fuente de constante aprendizaje, es fuente de cambio, es fuente de desarrollo creativo y fuente de innovación; es decir, el conflicto y el cambio, no solo parecen ser un consorcio inevitable sino también necesario.

En este contexto, el desarrollo e innovación de la tecnología aplicada a la construcción es expresión de esta constante relación de la industria con el conflicto; lo que debe obligar a todos los agentes del sector a hacer las cosas de manera diferente, pero realmente *¿Qué tan diferente se vienen haciendo las cosas?, ¿Cómo ha evolucionado la gestión contractual y en especial la gestión de los reclamos y solución de disputas en el sector?*, las respuestas no son alentadoras.

Estos cuestionamientos son válidos para retar el sentido crítico y construir a partir de ellos, una visión innovadora en la manera de gestionar los contratos y mejor aún los reclamos y la solución de las disputas en la industria de la construcción.

## **2. Planteamiento del problema**

Contrario a lo que se podría pensar sobre una industria tan importante como la construcción, es la más lenta en responder a los constantes cambios tecnológicos e innovación digital del mercado, quizás esto es lo que explica porque es una realidad permanente que los proyectos de construcción en el mundo concluyan siempre más allá del plazo y del presupuesto contratado.

En junio del 2016, McKinsey & Company publicó en línea, una investigación sobre el futuro digital de la construcción y reportó que los proyectos de gran envergadura suelen tardar un 20% más del plazo programado y representan hasta un 80% más que el presupuesto contratado, así también la productividad de la construcción ha disminuido en algunos mercados desde la década de 1990 y con ello los retornos financieros de los contratistas a menudo son relativamente bajos y volátiles; es por esto que afirman que la industria de la construcción está madura para romper la inercia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. AGARWAL, Rajat and others. "Imagining construction's digital future". Capital Projects and Infrastructure (Jun 2016), p. 2 (disponible:<https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Capital%20Projects%20and%20Infrastructure/Our%20Insights/Imagining%20constructions%20digital%20future/Imagining-constructions-digital-future.ashx>) (consulta: 9 de julio de 2018)

---

Este estudio además describe que la planificación de proyectos sigue sin estar coordinada entre la oficina y el campo, y se hace a menudo en papel. Los contratos además refieren que no incluyen incentivos para compartir el riesgo e innovación; agregan que la gestión del rendimiento es inadecuada y las prácticas de la cadena de suministro siguen siendo poco sofisticadas; y lo que es más resaltante del estudio, es que la industria aún no ha adoptado nuevas tecnologías digitales que necesiten inversiones iniciales, aunque los beneficios a largo plazo sean realmente significativos, menos del 1% de los ingresos del sector de la construcción es lo que se invierte en tecnología, a pesar de que se han desarrollado una serie de nuevas soluciones de software para la industria<sup>2</sup>.

Si a esto le agregamos que el mercado exige mayores grados de complejidad en los proyectos y mayores flujos de inversión, coincido en que es el momento justo para provocar una disrupción en la manera como se vienen gestionando los proyectos y con ello prepararnos para cambiar la gestión de los reclamos y disputas en el sector.

*¿Qué reporta la realidad nacional?* Más de una experiencia merece la pena relatar para mostrar lo costoso que significa gestionar los reclamos y disputas sin poder reconstruir retrospectivamente los hechos, sin un registro contemporáneo confiable y eficiente que soporte el derecho que se reclama en un arbitraje

*Primera historia: ¡Qué pasó ayer!*

*“Así como los amigos se olvidaron del novio en su despedida de soltero”,* en este caso hubo también un pequeño gran olvido.

La historia relata el desarrollo de un proyecto de construcción e instalación de torres y tendidos de líneas de transmisión eléctrica en el centro del país.

La discusión se centró en la pérdida de productividad del contratista generado por interferencias imputables al comitente.

La pérdida económica por los mayores costos de mano de obra tenía que ser documentada con el registro diario de las tareas o actividades de cada cuadrilla de obreros durante los 1.5 años de actividades disruptivas.

El contratista no contaba con este registro y sus asientos del cuaderno de obra no lograban evidenciar información suficiente

---

2 Ídem.

---

## Segunda historia: ¡Qué pasó ayer – Parte II!

En este caso “*verdaderamente nadie se acordaba de nada y nadie sabía nada, una verdadera pérdida de memoria*”, los escasos registros no eran suficiente para entender lo sucedido.

Se trata de la historia de la construcción de un hotel cinco estrellas en la península de Paracas, al sur de la capital.

El comitente resuelve el contrato al constructor, impide su ingreso, ejecuta las cartas fianzas y termina financiando la obra con las valorizaciones pendientes de pago.

La discusión se centró en si existía o no causal imputable al constructor para resolver el contrato. No había forma de romper la presunción de culpabilidad<sup>3</sup> de la causal sino era con el récord diario de la obra; pero el escenario era el siguiente: Cuaderno de obra desactualizado y sin copia para el constructor, cronograma de obra nunca actualizado ni aprobado, cartas de requerimiento nunca contestadas, escasas comunicaciones enviadas sin control documentario, etc.; solo se contaba con correos electrónicos.

Este sería el punto de partida para reconstruir y encontrar una secuencia escasa de hechos documentados para dos años de obra. Pero eso no era todo, había que identificar entre estos correos electrónicos, cuales contenían una declaración de voluntad que fuera eficaz legalmente<sup>4</sup>.

Estos son los típicos casos que significa poner la “*bola en la ruleta*” para esperar ganar o perder en el juego; pero peor aún, incluso logrando que estos arbitrajes puedan tener un final feliz, lo que se esconde detrás del éxito y bajo la alfombra, son los típicos errores de una gestión contractual deficiente, que se repetirán una y otra vez hasta que al participante le toque salir del juego.

He aquí que el registro contemporáneo de obra, toma un papel relevante en la

---

3 De acuerdo al artículo 1329 del Código Civil. - “*Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*” (Énfasis agregado)

4 Conforme el artículo 1374 Código Civil: “La oferta, (...) y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento que llegan a la dirección del destinatario (...) Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.” (Énfasis agregado)  
En otras palabras, había que identificar este “acuse de recibo” de aquellos correos que contenía una declaración de voluntad para que sea válida y eficaz

---

la eficiencia del reclamo y con ello en la gestión del proyecto

El registro contemporáneo es data y la data es el nuevo dólar. La información contemporánea del proyecto es una espada valiosísima para diseñar la estrategia del reclamo –por el lado del contratista- y un escudo poderoso para defenderse, por el lado del comitente.

Para el abogado, ser clarividente pareciera ser parte de una obligación profesional, ya que base de su entrenamiento es predecir aquello que puede suceder en el futuro; pero en realidad, no se necesita ser clarividente ni mucho menos abogado para anticipar el nivel de eficiencia del reclamo en este tipo de contratos, basta con tener el control de la información del proyecto; de otro modo se maximiza el nivel de azar en el resultado del reclamo en un contrato que por naturaleza es de riesgo y ventura<sup>5</sup>.

El registro contemporáneo es fuente primaria de trazabilidad de la información, es el hilo conductor para realizar un análisis retrospectivo fáctico y técnico confiable. Este registro documental sincrónico del proyecto debe iniciarse desde etapas tempranas con los documentos precontractuales incluso (para probar el sentido de interpretación del contrato ante la duda de su alcance) actas, asientos del cuaderno de obra, memorias descriptivas, cartas, correos, tareos, informes, fotografías, videos, etc.

La gran limitación temporal que requiere la fuente de prueba para ser idónea en un arbitraje en construcción hace que en muchos casos ni los informes de expertos ni las visitas de los árbitros a obra sean lo suficientemente adecuado para probar una situación producida con mucho tiempo de anterioridad, incluso cuando las condiciones o circunstancias que rodeaban los hechos desaparecieron.

Esto es lo que agrega dificultad a esta clase de reclamos, convirtiendo en algunos casos al arbitraje en una mera competencia de argumentaciones.

En un futuro ya hoy muy cercano, el aporte de la tecnología en el modelamiento de la información para la construcción marcará un hito muy importante para todos los actores de proyectos (en especial, los abogados) obligados a leer o utilizar

---

5 Al respecto, PODETTI agrega que: *“La promesa de un resultado que debe obtenerse haciendo, y, por ende, requiere de una no deseada pero imprescindible participación del tiempo, convierten al contrato de construcción en uno de los de mayor incertidumbre y más alto riesgo”*. (PODETTI, Humberto. “Contrato de construcción”. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 279.

---

plataformas colaborativas como el Building Information Modeling<sup>6</sup> (BIM)<sup>7</sup> como fuente de prueba primaria del registro contemporáneo y trazabilidad de la obra en 3D y hasta 8D, superando así el registro manual o escrito.

La revolución digital ya planteó el reto y es hora de cambiar.

### 3. Building Information Modeling (BIM) en la Construcción

El modelamiento de información asistido no es una actividad reciente. El estudio McKinsey refiere que desde la década de 1970, las principales compañías aeroespaciales fueron pioneras en el modelado tridimensional asistido por computadora, transformando la forma de diseñar y construir los aviones, mejorando la productividad del sector hasta diez veces<sup>8</sup>.

Por otro lado, el informe añade, que la industria de la construcción todavía utiliza herramientas de software hechos a la medida, utilizando tanto propietarios como contratistas diferentes plataformas que no armonizan entre sí, no existiendo una única fuente que proporcione una visión integrada en tiempo real del diseño del proyecto, costo y programación<sup>9</sup>.

Este es el espacio que la tecnología va conquistar y que cambiará la manera de diseñar, construir, operar y darle mantenimiento a los grandes proyectos de infraestructura en el mundo.

La tecnología en la construcción ya tiene un nombre: BIM, y este futuro cercano, cambiará la práctica del control y productividad del proceso constructivo y con ello la forma gestionar y solucionar los conflictos durante la ejecución de los proyectos.

---

6 A modo de aclaración, la palabra “Modeling” y “Modelling” tienen el mismo significado. La primera corresponde a la gramática americana (Estados Unidos) y la segunda a los demás países de habla inglesa (Gran Bretaña, entre otros).

7 Según la NATIONAL INSTITUTE OF BUILDING SCIENCES: “A BIM is a digital representation of physical and functional characteristics of a facility. As such it serves as a shared knowledge resource for information about a facility forming a reliable basis for decisions during its lifecycle from inception onward. A basic premise of BIM is collaboration by different stakeholders at different phases of the lifecycle of a facility to insert, extract, update, or modify information in the BIM to support and reflect the roles of that stakeholder. (...)” (NATIONAL INSTITUTE OF BUILDING SCIENCES. “National Building Information Modeling Standard. Version 1- Part 1: Overview, Principles, and Methodologies. Final Report”, 2007 p. 21.) (disponible: [https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1\\_p1.pdf](https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1_p1.pdf)) (consulta: 9 de julio de 2018).

8 Cfr. AGARWAL, Rajat and others. Op., Cit., p. 6.

9 Ídem.

---

La tendencia del mercado es exigir proyectos sostenibles y cada vez más eficientes; y para ello reclama “información inteligente” que le permita a la industria gestionar muchos datos con facilidad, certeza y rapidez que sirva de soporte de decisiones estratégicas.

La manera como hoy se registra contemporáneamente el avance de la obra será superada rápidamente con esta nueva metodología de control de información integral en tiempo real mejorando del análisis predictivo del proyecto.

BIM no es un software, no es un programa informático, es una plataforma tecnológica colaborativa que procesa información sincrónica del proyecto para reducir errores y potenciar su productividad.

BIM registra todo el proceso de constructivo en plataformas virtuales integradas e incluso con acceso a aplicativos móviles tanto en smartphones o tablets.<sup>10</sup> Centraliza y sincroniza toda la información (planos, cambios, eventos, interferencias, errores, no conformidades, recuperaciones, aceleraciones constructivas y su relación con el programa de actividades en tiempo y costo) poniéndola a disposición de todas las partes involucradas *on time*, para la toma de decisión informada.

Entonces, si esta plataforma colaborativa facilita la gestión constructiva, la identificación de interferencias, el control de variaciones y facilita también la compatibilización de la ingeniería, entre otros; se propende a la participación temprana de las partes en la solución de conflictos, eliminando posiciones estratégicas y favoreciendo la gestión contractual del proyecto, minimizando errores, mejorando la calidad, así como el cumplimiento de tiempo y costos del proyecto.

Este escenario reducirá la aparición de controversias pero mejor aún reducirá el costo de resolverlas y eso es eficiencia

### *3.1 Dimensiones BIM*

Las *dimensiones BIM* ponen sobre le mesa la discusión de cómo y cuánto el derecho debe cambiar para entender esta nueva realidad o forma de construir.

Desde el inicio, el proceso de digitalización de los planos del proyecto busca registrar tridimensionalmente la obra (**3D**), compatibilizar toda la

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en el mercado peruano, la empresa DIGITAL BRICKS cuenta con la representación de FINALCAD, para liderar la transformación digital de todos los procesos de la construcción, permitiendo controlar el proyecto desde el campo a través del celular o de una tablet. Para más información: <http://digitalbricks.com.pe>

---

ingeniería (sus especialidades) permite visualizar espacialmente la obra antes de su ejecución física y definir antelada y virtualmente su alcance; es decir, aquello que será el entregable.

Este primer acercamiento al diseño virtual de obra ayudará a reducir errores y con ello, órdenes de cambio; reducirá tiempos de espera de requerimiento de información completa, precisa, confiable y con ello anticipar o evitar impactos en el plazo de ejecución de la obra y/o eventos que afecten la productividad.

El modelamiento del proyecto en **4D** significa dimensionar o integrar la variable del tiempo en esta plataforma de información. La ingeniería del proyecto se entrelaza con la programación de la ruta crítica de la obra. Esto permitirá registrar como se modificará la ruta crítica por aquel evento que la impacte trasladando automáticamente la fecha de la conclusión de la obra. Esto es relevante, ya que se puede programar eficientemente las actividades y programación de la procura; pero aún mejor ayudará a conocer con certeza la fecha de operación del proyecto y consecuentemente su mantenimiento. En resumen, esta información es importante para conocer integralmente la planificación de la construcción en el tiempo

El modelamiento en **5D** significa integrar a esta plataforma de información el control del costo del proyecto. En otras palabras, identifica, registra y analiza el impacto de los cambios o eventos en el costo del proyecto. Tener información temprana del impacto de un cambio o evento en los costos de los proyectos permite identificar las consecuencias de los riesgos y tomar mejores decisiones de cara al retorno de la inversión del proyecto. En ese mismo sentido, KAMARDEEN refiere que: *“This reduces the time taken for quantity take-off and estimation from weeks to minutes, improves the accuracy of estimates, minimizes the incidents for disputes from ambiguities in CAD data, and allows cost consultants to spend more time on value improvement”*<sup>11</sup>.

El dimensionamiento en **6D** *“concieme a todo lo relativo a la sostenibilidad del modelo. Cubre aspectos tales como el uso energético, durabilidad en el*

---

11 KAMARDEEN, Imriyas. “8D BIM Modelling tool for accident prevention through design”. Egbu, C. (Ed) Procs 26th Annual ARCOM Conference, 6-8 September 2010, Leeds, UK, Association of Researchers in Construction Management, 2010 p. 285. (disponible: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.461.8274&rep=rep1&type=pdf>) (consulta: 9 de julio de 2019)

---

*tiempo de los materiales, diseño medioambiental y estrategias energéticas*”<sup>12</sup>. Asimismo, modela la información que será entregada al propietario al terminar la fase constructiva, es el “as built” del proyecto y contiene información de los “dossier de calidad” de la obra, detalles de los componentes, materiales, manuales, garantías, contactos de los fabricantes, etc.; todo aquello que le permita al dueño del proyecto registrar y conocer cómo será el comportamiento de la obra durante la fase de operación.

El modelamiento en **7D** está dirigido a optimizar los procesos de mantenimiento del proyecto, permite programar inspecciones, reparaciones, remodelación y controlar mejor los costos y tiempos de manera anticipada para mejorar la vida útil y eficiencia de la obra.

Finalmente, la dimensión **8D** vinculada a la prevención de accidentes a través del diseño. Al respecto, KAMARDEEN señala que: “*PtD (Prevention through Design) leveraging on BIM consists of three tasks: (1) hazard profiling of BIM model elements, (2) providing safe design suggestions for revising high hazard profiled elements, and (3) proposing on-site risk controls for hazards that are uncontrollable through design revisions*”<sup>13</sup>.

Estas ocho dimensiones son la *esencia BIM* en la generación, registro y control de la información, y la nueva base o fuente de prueba cuyo reto se plantea a futuro.

### 3.2 Ventajas en el uso del BIM

No es difícil identificar rápidamente las ventajas comparativas y competitivas del uso del BIM en la trazabilidad del proyecto con el registro tradicional.

Digitalizar toda la información del proyecto así como los flujos de trabajo o gestión, significará abandonar el papel, superar la era del “*post it*” en la construcción; significará compartir información en línea, significará propender a la colaboración

---

12 GONZÁLEZ, Carlos (Tesis) “Building Information Modeling: Metodología, aplicaciones y ventajas. Casos prácticos en gestión de proyectos.” Universidad Politécnica de Valencia y Escuela Técnica Superior Ingeniería de Edificación, Valencia, 2015, p. 30 (disponible: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/56357/TFM%202015%20CARLOS%20GONZALEZ.pdf?sequence=1>) (consulta: 9 de julio de 2018)

13 KAMARDEEN, Imriyas. Op., Cit., p. 285.

---

y controlar mejor los riesgos; y lo más importante, asegurar la calidad del resultado; en otras palabras, es abrir la puerta a la transparencia de la información en la gestión del proyecto.

La transparencia cobra ahora una vital relevancia en la ejecución de proyectos de infraestructura. Para el estado peruano es fundamental asentar la transparencia en la contratación pública como herramienta para combatir la corrupción y el control eficiente de los recursos públicos.

La manera como se hacen hoy las cosas debe ser una de las razones de la baja productividad y márgenes que la industria reporta no sólo en el Perú sino a nivel internacional. El ingeniero aún depende del papel para gestionar sus procesos y entregables; aún anota o asienta a mano alzada eventos en cuadernos de obra; registra además, avances que luego traslada a cuadros en formato excel, destinando tiempo valioso que podría estar dedicado al proceso constructivo. Por su parte, el comitente dedica igual o mayor tiempo a su propio registro de control de avance de obra; cuando en ambos casos es información que las partes deben tener con acceso inmediato y contemporáneo en una misma plataforma de información.

Como se aprecia, manteniendo esta forma tradicional de gestionar los proyectos, los propietarios y contratistas trabajan con información diferente para el control y progreso de la construcción, miran las órdenes de cambio desde perspectivas diferentes, y retrasan el intercambio de información, multiplicado los conflictos

Dos ejemplos concretos de esta ventaja o beneficio generado por la digitalización de los flujos de trabajo describen el estudio McKynsey. El primero, refiere a un proyecto de túnel estadounidense que involucró a casi 600 proveedores, el contratista desarrolló una solución de plataforma única para la licitación y administración de contratos que significó un ahorro al equipo de gestión del proyecto de más de 20 horas de tiempo por semana, redujo el tiempo de elaboración de informes en un 75% y aceleró el envío de documentos en un 90%. Un segundo caso, fue el de un proyecto ferroviario de 5 mil millones de dólares, en el que se ahorró más de 110 millones de dólares y aumentó la productividad utilizando flujos de trabajo automatizados para las revisiones y aprobaciones.<sup>14</sup>

En el 2011, el Reino Unido hizo un cambio estratégico en sus políticas públicas<sup>15</sup>, para buscar reducir los costos de infraestructura en un 20%, regulando

---

14 Cfr. AGARWAL, Rajat and others. Op., Cit., p. 8.

15 Al cual se lo denominó: Plan estratégico “Building Information Modelling (BIM) Working Party Strategy”,

---

normativamente el uso del BIM en todos los proyectos públicos que se desarrollen, sus resultados reportaron entre el período del 2011 y 2014 una reducción de costos entre el 12% y el 20% según lo planeado, ahorrando unos 2300 millones de dólares; y reduciendo significativamente los plazos de ejecución<sup>16</sup>.

Este resultado objetivo de reducción de costos de los proyectos públicos fue el punto de partida para confirmar que esta nueva metodología de información funciona, por ello el Parlamento Europeo a través de la Directiva 2014/24/UE<sup>17</sup> recomienda a todos los países de la Unión Europea, la inclusión del BIM en sus normativas de contratación y licitaciones públicas<sup>18</sup>.

Por otro lado, gobiernos de los países escandinavos como Noruega, Dinamarca y Finlandia, así como algunos del Asia como China y Corea del Sur están apostando fuertemente por normar el uso obligatorio del BIM en el desarrollo de obra pública.

Desde el 2003, el líder mundial en el desarrollo e implementación del BIM en la industria de la construcción es los EEUU, en todo este tiempo cuenta con un amplio portafolio de proyectos no solo privados sino también públicos, y además con guías metodológicas, protocolos que permite la inter operatividad de todos los agentes que intervienen en el proyecto y órganos reguladores como General Services Administration (GSA) del gobierno federal.

En América Latina y el Caribe, Chile<sup>19</sup> viene implementando programáticamente

---

creando UK BIM Task Group como la agencia del gobierno británica para desarrollar este plan de “construcción digital”.

16 HENRÍQUEZ, Pauline y SUAZNÁBAR, Claudia. “BIM, las tres letras de la construcción inteligente”. Puntos sobre la I. Un blog del BID para conversar sobre la innovación en América Latina y el Caribe. 2018 (disponible: <https://blogs.iadb.org/puntossobrelai/2018/03/29/bim-transformacion-digital-en-la-construccion/>) (consulta: 9 de julio de 2018)

17 Inciso 4 del artículo 22.- “*Para los contratos públicos de obra y concursos de proyectos los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares. (...)*” (Énfasis agregado)

18 GARCÍA, Javier. “BIM será obligatorio en obras públicas de España este 2018”. ArchDaily. 20 de marzo de 2018 (disponible: <https://www.archdaily.pe/pe/890822/bim-sera-obligatorio-en-obras-publicas-de-espana-este-2018>) (consulta: 9 de julio de 2018)

19 En Chile esta iniciativa comenzó en noviembre de 2015, cuando “(...) la presidenta de Chile, Michelle Bachelet, anunció, en una conferencia ante empresarios, que a partir de este año se empezaría a implementar las tecnologías BIM en el sector público y que se trabajaría gradualmente para llegar a 2020 con su inclusión como requisito en 100% de las licitaciones estatales. La idea del plan BIM -como se le llamó- es “aumentar

---

desde el año 2016, la utilización obligatoria del BIM para el desarrollo de infraestructura pública bajo el liderazgo de la Corporación de Fomento de la Producción. Esta iniciativa les permitirá fortalecer y estandarizar su utilización para todos los proyectos públicos en el año 2020.

En el Perú existe un interés creciente anclado principalmente en la ejecución de proyectos privados y en intentos incipientes en el sector público<sup>20</sup>. Pareciera que aún existe limitaciones –espero superables rápidamente- tanto de capital humano calificado para su desarrollo y capacitación a todos los agentes claves de la cadena de valor del proyecto, como también en cuanto al costo inicial en su implementación. Sin embargo, la limitación más importante pasa por la ausencia de una decisión política que transforme disruptivamente la manera de ejecutar las obras públicas en el país, y que le dé más valor a la inversión pública, transparencia en la contratación, que mejore la calidad de la infraestructura y lo más importante aún, ofreciendo competitividad sostenible en la industria<sup>21</sup>.

Mejorar la productividad se ha convertido en el nuevo norte en la construcción y ante esta realidad, es preciso anticipar cómo se comportará la gestión contractual de estos proyectos y el cambio en la gestión de las disputas arbitrales.

#### **4. Los cambios en la gestión contractual**

El reto que plantea esta realidad inevitable es cuan flexible será la industria de la construcción al cambio o cuanto está dispuesto a cambiar en la gestión contractual.

---

la productividad de la industria de la construcción a partir de la incorporación de ciertas metodologías de gestión de la información en todo el ciclo de vida de un proyecto: desde su diseño hasta la operación y la edificación”, explicó Carolina Soto, Directora Ejecutiva del Plan BIM de la Corporación de Fomento de la Producción de Chile. (RECAGNO, Virginia. “Gobierno chileno presenta a MTOP y privados tecnología para aumentar productividad en construcción de obra civil”. La Diaria. 27 de octubre de 2016 (disponible: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/gobierno-chileno-presenta-a-mtop-y-privados-tecnologia-para-aumentar-productividad-en-construccion-de-obra-civil/>) (consulta: 9 de julio de 2018)

20 Por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el año 2013 convocó a licitación dos proyectos: (i) “Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica, distrito de Santiago, provincia de Ica, departamento de Ica”, y; (ii) “Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ancash, distrito de Casma, provincia de Casma, departamento de Ancash”; en donde solicitó en el numeral 15.8 de los Términos de Referencia que la maqueta virtual-3D del proyecto “(...) deberá realizarse en un programa computacional acorde a los requerimientos (3D Studio Max, Archicad, Autocad, Form Z, o similar) para esto el Consultor deberá de contar al momento de la contratación, de los requerimientos computacionales y software para elaboración adecuada de la maqueta”.

21 Cfr. ZAVALA, Verónica. “¿Cómo revolucionar las compras y contrataciones con el Estado?”. Semana Económica. 10 de abril de 2018 (disponible: <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/tecnologia/274723-revolucion-en-compras-y-contrataciones-publicas/>) (consulta: 9 de julio de 2018)

---

Es decir, no hay duda que el cambio se dará, la pregunta importante es *¿Cómo cambiará la gestión contractual? Y más específico ¿Cómo cambiará la gestión de los reclamos y controversias durante la ejecución del proyecto?*

Abandonar el papel, es ya el primer paso del cambio y tener un mejor control de la productividad, calidad de la ejecución y su mantenimiento eficiente será la meta; y en el camino las herramientas tecnológicas se convertirán en el mejor socio de la gestión contractual durante todo el ciclo de la obra para mejorar superlativamente la planificación del proyecto, la identificación temprana y gestión de defectos, levantamiento de las no conformidades, seguimiento de tareas, control documentario, eficiencia en los flujos de trabajo, reducción de reprocesos, mejorando los plazos de ejecución y de entrega de la obra, y proyectando predeciblemente mejor el mantenimiento de la obra.

El acceso a esta data durante la ejecución del proyecto es fundamental para la gestión eficiente de los reclamos o controversias, al estar las partes alertadas contemporánea y simultáneamente de los diferentes problemas que se susciten de obra. En consecuencia, se reducirá sustancialmente cualquier posición estratégica que las partes pretendan tomar para mejorar su enfoque y los obligará a trabajar colaborativamente en la solución del reclamo a tiempo, y en la práctica reducir eficientemente el costo de su solución.

No hay duda que un contexto como este, se potencia la función esencial de las juntas de resolución de disputas y ayudaría a masificar su utilización en los proyectos de construcción y en especial los de obra pública, porque vigoriza y fortalece la función preventiva de los conflictos, reduciendo el espacio para la disputa.

En esta plataforma colaborativa, el acceso a la información es clave para la gestión contractual multiparte del proyecto; es decir, el acceso abierto a todos los sujetos involucrados en la cadena del proyecto: Diseñador-proyectista, propietario o comitente, inversionista, asegurador, supervisor, contratista, subcontratista, y mejor aún miembros de una junta de resolución de disputas, dota de transparencia a la ejecución y ello permite identificar mejor los riesgos y responsabilidades que cada uno de los involucrados asumió con relación al proyecto.

Esta transparencia de la información durante la ejecución del proyecto ayuda a que las partes sean más cuidadosas, diligentes y controlen mejor todas las precauciones que deben tomar durante su participación en el proyecto.

## **5. Los cambios en la actividad probatoria de las disputas arbitrales**

Las disputas que sobrevivan experimentarán también una evolución en el plano

---

probatorio de los arbitrajes.

La pregunta que surge es si *¿esta tecnología simplificará el escenario probatorio en las disputas arbitrales o por el contrario lo hará más complejo?*

Predecir lo que sucederá en los arbitrajes en construcción es nuevamente todo un reto. Por lo menos, hacer complejo lo técnicamente ya complejo, parece ser una posibilidad más lejana.

La utilización de esta plataforma de “*información inteligente*” orientará una actividad probatoria dirigida a hacer simple lo complejo; es decir, a simplificar la información y su análisis crítico: El registro de la data contemporánea y la visualización de cómo se comportó la obra durante su ejecución, facilitará la confrontación de la prueba con cada uno de los eventos que impactaron en el plazo, precio y calidad de la obra. Esta muestra virtual del comportamiento de una obra impactada el tiempo, colocará a los árbitros en un estadio muy cercano a la contemporaneidad de los hechos y con ello se hará más predecible una decisión final no solo con la realidad contractual sino también con la realidad técnica.

Imaginemos por un momento, una actual disputa de responsabilidad del contratista por vicios ocultos. El esfuerzo de las partes por reconstruir la historia de la obra para encontrar el punto de inflexión es inconmensurable, más aún si agregamos la ausencia de registro suficiente y casos donde inevitablemente se deben practicar pruebas destructivas forenses, que en casos extremos signifique parar la producción.

La actividad de prueba en este tipo de arbitrajes se vuelve lenta, costosa, densa y lejana para los árbitros, cuando en verdad lo que necesitamos es acercar a los árbitros rápidamente a descubrir aquel defecto oculto. Esta plataforma colaborativa pondrá a disposición de los árbitros la “*realidad virtual*” de la obra con la precisión esperada para no fallar. Seguramente, en este escenario futuro, los vicios ocultos dejarán de serlo, al poder las partes identificar tempranamente los defectos, reduciendo esta categoría de conflicto a situaciones realmente muy excepcionales

Lo dicho hasta aquí, no significa que todo estará libre de controversia; por el contrario, ahora se abre una variante de reparos probatorios que deben ser tenidos muy en cuenta: (1) La fuente de prueba, (2) Confiabilidad de la información, (3) Su actuación.

En cuanto al reparo sobre *la fuente de prueba*, como hemos mencionado, BIM no es un software, no es un programa informático, es una plataforma tecnológica colaborativa que procesa información sincrónica del proyecto de muchas y variadas fuentes, por tanto, ya aquí existe una discusión.

Esta plataforma sincroniza virtualmente el proyecto a partir de información que ofrece diferentes fuentes: 3D studio Max, Archicad, Autocad 3D, Form Z, Primavera, REVIT, PERT, CPM, etc<sup>22</sup>. De esta manera, todas estas fuentes modelan o maquetizan el proyecto en realidad virtual.

La discusión se centrará si alguna de estas fuentes fue la más apropiada o no para el tipo de proyecto y si ello puede generar un modelamiento con información menos precisa, no es un tema menor para efectos de acreditar el impacto de un evento en el proyecto, sino existe un acuerdo o consenso respecto de todas estas fuentes a disposición de esta plataforma de información.

El consenso de las partes se vuelve fundamental, de otro modo, resultaría contradictorio que una de las partes cuestione técnicamente la idoneidad de la fuente, en vista que, a diferencia del escenario típico de la discusión respecto la suficiencia técnica o no de la pericia de la parte contraria, en este caso, los alcances, nivel de profundidad y demás características de las fuentes del BIM se derivan de las exigencias que las mismas partes aceptaron al momento de celebrar el contrato. Es decir, el contratista y el comitente, como sofisticados usuarios del BIM, partieron de la premisa que las fuentes utilizadas eran las apropiadas para su proyecto. Incluso, puede darse el caso en que las partes resolvieron sus conflictos durante la ejecución de la obra con las mismas fuentes que meses o años más tarde pretenden descalifica . En este supuesto la parte que cuestiona la idoneidad de algunas de las fuentes del BIM estaría actuando contra sus propios actos (*venire contra factum proprium*) contraviniendo la buena fe<sup>23</sup>, conforme se evidencia a continuación:

Celebro un contrato a partir de determinada fuente, la cual a juicio de las partes es la apropiada al proyecto.	Primer acto: Confío	Se crea una confianza legítima (buena fe) respecto la suficiencia de la fuente
Resuelvo consultas y conflictos a partir de la fuente técnica pactada.	S e g u n d o acto: Confío	

22 En ese contexto, como afirma COLOMA: “(...) el *Building Information Modeling* es la suma de una metodología de trabajo y de una serie de herramientas que se usan con unos determinados objetivos que dependen de la construcción de un modelo de información que debe ser creado a través de un tipo de software específico. Por otra parte, si bien es cierto que no hay tecnología BIM sin herramientas BIM, también es cierto que no todo el software que se utiliza en este universo puede ser calificado como tal. Ni mucho menos. Por otra parte, también hay que ser conscientes que esta tecnología no se limita al uso de las aplicaciones BIM.” (COLOMA, Eloi. “Introducción a la tecnología BIM”. Universidad Politécnica de Cataluña, España, 2008, p. 12).

23 Artículo 1362 del Código Civil. – “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

En el proceso arbitral sostengo que la fuente no era la apropiada.	Tercer acto: No confío	Acto contradictorio
--	---------------------------	---------------------

Sin perjuicio de lo antes indicado, habrá circunstancias en donde el cuestionamiento tenga algún asidero y será el tribunal arbitral el que tendrá que analizar los hechos del caso y el soporte técnico con el objetivo de validar o no el cuestionamiento respecto la idoneidad de las fuentes.

El siguiente reparo está referido a la *confiabilidad de la información*, en este plano se moverá ahora la discusión probatoria; es decir, si la información entregada fue la correcta o no, si el registro de la data fue erróneo o deliberadamente impreciso, o si tecnológicamente nos encontramos con corrupción de data.

Esta discusión puede surgir en relación con el uso de los datos. En el Reino Unido existe el Building Information Modeling (BIM) Protocol del Construction Industry Council<sup>24</sup> reúne las buenas prácticas en la utilización de esta metodología y establece, por ejemplo, que los miembros del equipo del proyecto no garantizan, expresa ni implícitamente, la integridad de los datos electrónicos entregados de acuerdo al protocolo. Además, los miembros del equipo del proyecto no tienen responsabilidad ante su comitente en relación con la modificación o alteración de la data en un modelo específico que ocurra después de que haya sido entregado, salvo cuando la modificación o alteración ha ocurrido por falla de algún miembro del equipo.

Asimismo, la parte que cuestiona la confiabilidad de la información deberá tener en consideración que el riesgo por los errores de la data es compartido, en tanto en propietario y el comitente son los responsables de ingresar la información contemporánea conforme las especificaciones técnicas pactadas.

Ahora bien, ello no implica que, por ejemplo, el contratista asuma el riesgo por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso respecto la administración de la data por parte del propietario, pero sí está obligado a avisar inmediatamente si encontrase algún error o incongruencia respecto a dicha data, a partir de la aplicación analógica del numeral 2 del artículo 1774 del Código Civil<sup>25</sup>. En tal sentido, “(...) *el contratista debe también dar inmediato aviso al comitente de los defectos que tenga*

24 Para más información: <http://cic.org.uk/admin/resources/bim-protocol2nd-edition-1.pdf>

25 Artículo 1774 del Código Civil. - “El contratista está obligado: (...) 2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su regular ejecución”.

---

*la información técnica que se le ha proporcionado para la ejecución de la obra*”<sup>26</sup>.

Por lo tanto, el contratista está obligado, dentro del límite de la diligencia ordinaria requerida<sup>27</sup>, a avisar si la información ingresada por el propietario es la correcta, si el registro que este realizó es erróneo o si hubo alguna manipulación que llevó a la corrupción de la data. Ya que resultaría contradictorio que utilice su propio incumplimiento (no avisar inmediatamente) para cuestionar la confiabilidad de la información meses o años después en un proceso arbitral cuando el momento oportuno y el cual además estaba obligado ya pasó.

A igual que en el caso anterior, habrá casos en donde a pesar de que el contratista actuó diligentemente, la información base del BIM no será confiable por lo que se encontrará legitimado para cuestionarla en el proceso arbitral.

Finalmente, queda el reparo sobre su actuación probatoria; es decir, *¿cómo se actuaría esta prueba?* No es suficiente la calificación de esta plataforma digital en la categoría de prueba documental y en particular “documento electrónico” por contener una representación digital de hechos o datos que tienen relevancia jurídica para la solución de la controversia, sino que desde su admisibilidad debe precisarse las condiciones de su actuación; por ejemplo, las condiciones de su visualización o de requerirse, la manera de su interacción o interfaces con otros programas, o la propia revisión del registro de la data.

Asimismo, surgen muchas preguntas: ¿si alguna de las partes no ofrece, aporta o propone la plataforma BIM como medio de prueba considerando su calidad de fuente primaria de información de todo el proyecto, el tribunal arbitral podrá hacer alguna inferencia adversa?<sup>28</sup> ¿Será recomendable que la interpretación de la plataforma BIM esté en manos de un perito de oficio con la finalidad de “procurar” independencia e imparcialidad?

Otro reto interesante en la utilización del BIM como medio de prueba se presenta para los árbitros, en vista que en la actualidad en su mayoría son abogados, es

---

26 REVOREDO, Delia (Compiladora) Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo VI, Diagramación, Lima, 1985, p. 466

27 Artículo 1314 del Código Civil. – “Quien actúa con diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

28 A partir de una interpretación extensiva del numeral 4 del artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. - “4. Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase a suministrar un documento que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte”.

---

decir, en muchos casos requerirá su capacitación técnica. Probablemente, con la incorporación de las nuevas tecnologías en el sector construcción se potenciará la conformación de tribunales arbitrales multidisciplinares.

Pero al margen de los reparos probatorios que sólo con el tiempo se irán levantando, los beneficios en la simplificación de la complejidad del caso superarán largamente la natural reacción al cambio.

## 6. Conclusiones

Como conclusiones dejo algunas afirmaciones premonitorias finales

La gestión del conflicto cambiará próximamente con el cambio tecnológico de control del proceso constructivo, y hay que estar preparados.

El acceso contemporáneo de la información en esta plataforma colaborativa durante el desarrollo del proceso constructivo eliminará posiciones estratégicas de las partes y fortalecerá la presencia de las JRD en la gestión preventiva del conflicto

En un futuro cercano tendremos acceso a arbitrajes más atractivos para la industria, logrando ese gran reto de conseguir eficiencia en la solución de las disputas.

## 7. Bibliografía

- AGARWAL, Rajat and others. “Imagining construction’s digital future”. Capital Projects and Infrastructure (Jun 2016), (disponible: <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Capital%20Projects%20and%20Infrastructure/Our%20Insights/Imagining%20constructions%20digital%20future/Imagining-constructions-digital-future.ashx>) (consulta: 9 de julio de 2018)
- COLOMA, Eloi. “Introducción a la tecnología BIM”. Universidad Politécnica de Cataluña, España, 2008
- GARCÍA, Javier. “BIM será obligatorio en obras públicas de España este 2018”. ArchDaily. 20 de marzo de 2018 (disponible: <https://www.archdaily.pe/pe/890822/bim-sera-obligatorio-en-obras-publicas-de-espana-este-2018>) (consulta: 9 de julio de 2018)
- GONZÁLEZ, Carlos (Tesis) “Building Information Modeling: Metodología, aplicaciones y ventajas. Casos prácticos en gestión de proyectos.” Universidad

---

Politécnica de Valencia y Escuela Técnica Superior Ingeniería de Edificación, Valencia, 2015 (disponible: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/56357/TFM%202015%20CARLOS%20GONZALEZ.pdf?sequence=1>) (consulta: 9 de julio de 2018)

- KAMARDEEN, Imriyas. “8D BIM Modelling tool for accident prevention through design”. Egbu, C. (Ed) Procs 26th Annual ARCOM Conference, 6-8 September 2010, Leeds, UK, Association of Researchers in Construction Management, 2010 (disponible: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.461.8274&rep=rep1&type=pdf>) (consulta: 9 de julio de 2019)
- HENRÍQUEZ, Pauline y SUAZNÁBAR, Claudia. “BIM, las tres letras de la construcción inteligente”. Puntos sobre la I. Un blog del BID para conversar sobre la innovación en América Latina y el Caribe. 2018 (disponible: <https://blogs.iadb.org/puntossobrelai/2018/03/29/bim-transformacion-digital-en-la-construccion/>) (consulta: 9 de julio de 2018)
- NATIONAL INSTITUTE OF BUILDING SCIENCES. “National Building Information Modeling Standard. Version 1- Part 1: Overview, Principles, and Methodologies. Final Report”, 2007 (disponible: [https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1\\_p1.pdf](https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1_p1.pdf)) (consulta: 9 de julio de 2018)
- PODETTI, Humberto. “Contrato de construcción”. Astrea, Buenos Aires, 2004
- RECAGNO, Virginia. “Gobierno chileno presenta a MTOP y privados tecnología para aumentar productividad en construcción de obra civil”. La Diaria. 27 de octubre de 2016 (disponible: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/gobierno-chileno-presenta-a-mtop-y-privados-tecnologia-para-aumentar-productividad-en-construccion-de-obra-civil/>) (consulta: 9 de julio de 2018)
- REVOREDO, Delia (Compiladora) Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo VI, Diagramación, Lima, 1985
- ZAVALA, Verónica. “¿Cómo revolucionar las compras y contrataciones con el Estado?”. Semana Económica. 10 de abril de 2018 (disponible: <http://>

---

[semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/tecnologia/274723-revolucion-en-compras-y-contrataciones-publicas/](http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/tecnologia/274723-revolucion-en-compras-y-contrataciones-publicas/)) (consulta: 9 de julio de 2018)

---

# PACTOS RELATIVOS A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Alfredo F. Soria Aguilar<sup>1</sup>  
Marco Alfredo Glorioso Monti Díaz<sup>2</sup>

**RESUMEN:** En el presente artículo, examinaremos las posturas sobre la renuncia a plantear un recurso de anulación de laudo arbitral. Asimismo, analizaremos una serie de pactos que permiten a las partes proteger sus intereses, como la constitución de garantías para interponer el recurso o el pacto de no suspender la ejecución del laudo si se interpone un recurso de anulación.

**ABSTRACT:** In the present article, we will examine the positions on the waiver to raise an appeal for the annulment of arbitral award. Likewise, we will analyze a group of pacts that allow the parties to protect their interests, such as the constitution of guarantees to file the appeal or the Pact not to suspend the execution of the award if an appeal for annulment is filed.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje, Laudo arbitral, Anulación de laudo arbitral.

**KEYWORDS:** Arbitration, Arbitration Award, Annulment of arbitral award

## 1. Introducción

Como es ampliamente conocido, el arbitraje tiene como presupuesto el convenio arbitral el cual, entre otros aspectos, implica que las partes han contraído una prestación de no hacer que consiste en no acudir al fuero común respecto de aquellas controversias que hayan sido sometidas por las mismas a arbitraje. En términos sencillos, mediante el arbitraje, las partes acuerdan solucionar una o más controversias a través de la decisión de uno o más especialistas privados denominados árbitros.

Ocurre en ciertos casos, sin embargo, que tras la emisión del laudo -que es la resolución final y que define la controversia- una de las partes considera que existen razones para cuestionar dicha decisión arbitral y se inicia un proceso denominado

---

1 Profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la Universidad del Pacífico (UP). Árbitro integrante del Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y del Registro Nacional de Árbitros del OSCE.

2 Abogado titulado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Adjunto de docencia de los Cursos de Derecho de Contratos - Parte Especial, Títulos Valores y Derecho Bancario en la Facultad de Derecho de la UNMSM.

---

recurso de anulación de laudo que se desarrolla ante los jueces y únicamente para los supuestos admitidos por la Ley de Arbitraje<sup>3</sup>.

A través del recurso de anulación, única vía de revisión del laudo, los jueces verifican el cumplimiento de aspectos formales, pero sin cuestionar aspectos que atañen a la materia de fondo de lo laudado. Por ello, el recurso de anulación no constituye una instancia de apelación, pero puede dejar sin efecto, parcial o totalmente, un laudo por aspectos distintos al fondo de lo decidido por los árbitros.

En principio, resulta razonable que se admita la posibilidad de revisar el laudo siempre que se verifique que el mismo se encuentra en alguna de las causales taxativamente establecidas por la Ley de Arbitraje. Sin embargo, el inconveniente es que, como lo afirma Reggiardo, “el recurso de anulación, tramitado judicialmente, es usado mucho por la parte que pierde el arbitraje como un modo para dejar sin efecto el laudo y retrasar la solución definitiva del conflicto en el Perú”<sup>4</sup>. Ante esta situación, muy común en nuestro país, surge la pregunta acerca de si las partes pueden acordar renunciar a presentar un eventual recurso de anulación de laudo o si pueden restringir convencionalmente el planteamiento de un recurso de anulación del laudo al cumplimiento previo de determinados requisitos. Estos temas serán analizados a continuación.

## **2. Recurso de anulación del laudo arbitral y pactos relacionados a dicho recurso**

### *2.1 Naturaleza del recurso de anulación del laudo*

Existen dos grandes posiciones acerca de la naturaleza del recurso de anulación del laudo arbitral.

Una primera posición plantea que el recurso de anulación es una forma de proteger las garantías procesales. En ese sentido, con una visión que prioriza el procedimiento arbitral, Ledesma sostiene que “El recurso de anulación debe entenderse como mecanismo de control formal a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en la ley o los términos de lo pactado por las partes.”<sup>5</sup>. En similar sentido, García-Calderón sostiene que “el recurso de anulación es una garantía frente a cualquier exceso ocurrido al interior

---

3 Decreto Legislativo N° 1071.

4 REGGIARDO, Mario. Las causales de anulación de laudos en el Perú. En *Lex Arbitri*. s.p.

5 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Tercera edición. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2014. P. 178-179.

---

del procedimiento arbitral, sea como consecuencia de una acción u omisión de los árbitros. Considero que el arbitraje debe estar sujeto a un control posterior por parte de algún órgano (público o privado) que permita cautelar el debido proceso”<sup>6</sup>.

Pese a la muy respetable y recurrente posición respecto del recurso de anulación como garantía del procedimiento, al igual que Bullard, “Creemos que esa visión es equivocada. La posición que consideramos correcta es que el recurso de anulación es la forma de proteger y ejecutar el convenio arbitral (...). La anulación es consecuencia de que el carácter autoejecutable del convenio excluye la revisión previa a la ejecución, pero necesita un mecanismo posterior de revisión si la ejecución no fue adecuada por ir contra la Ley o contra el pacto”<sup>7</sup>.

Precisamente por tratarse de un mecanismo que tiene como objetivo central proteger lo pactado en el convenio arbitral, los jueces no pueden pronunciarse respecto del fondo de la controversia pues dicha atribución fue establecida convencionalmente a favor de los árbitros que deciden la misma. Por ello, en realidad, lo que los jueces revisan es “cómo se ejecutó el convenio arbitral a fin de asegurar que se cumplió con la ley aplicable a ese contrato, se cumplió con lo acordado y los árbitros cumplieron con su contrato con las partes de ejecutar el convenio arbitral”<sup>8</sup>.

Si es que el recurso de anulación tiene como sustento resguardar el pacto de las partes acerca de la solución de sus controversias exclusivamente en sede arbitral, cabría preguntarse si es que, el recurso de anulación constituye un derecho disponible de las partes. Es decir, ¿cabría que las propias partes renuncien anticipadamente a ejercer el recurso de anulación?, ¿sería jurídicamente viable realizar pactos respecto del ejercicio del recurso de anulación?

## *2.2 Respecto del Pacto de Renuncia a la Anulación del Laudo*

En el Perú, para el caso específico del arbitraje nacional, el pacto de renuncia al recurso de anulación no se encuentra prohibido expresamente por las normas vigentes, pero tampoco las normas lo admiten explícitamente. Cabe precisar que

---

6 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Comentario al artículo 64 del Decreto Legislativo 1071. En: AA.VV. (SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Coordinadores). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2011. P. 725.

7 BULLARD GONZALES, Alfredo. ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina?. El carácter contractual del recurso de anulación”. En: AA.VV. BULLARD GONZALES, Alfredo (Editor). El Litigio Arbitral. El Arbitraje desde otra perspectiva. Palestra. Lima. 2016. P. 450.

8 BULLARD GONZALES, Alfredo. ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina?. El carácter contractual del recurso de anulación”. En: AA.VV. BULLARD GONZALES, Alfredo (Editor). El Litigio Arbitral. El Arbitraje desde otra perspectiva. Palestra. Lima. 2016. P. 454.

---

solamente para el supuesto específico del arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje peruana permite expresamente la renuncia al recurso de anulación.

Bajo la premisa del recurso de anulación como una forma de garantizar el procedimiento arbitral, autorizada doctrina sostiene que no es válida la renuncia al recurso de anulación por el carácter imperativo de esta garantía. En ese sentido, Hundskopf sostiene que “El recurso de anulación es una garantía de legalidad irrenunciable que tienen todos los que se someten a la jurisdicción arbitral”<sup>9</sup>. En orientación similar, Arrarte sostiene que “Una vez obtenido el laudo, se abre la posibilidad de impugnación en la vía judicial, a través de un recurso de anulación, respecto del cual no es válida la renuncia, pues se trata de una disposición imperativa cuyo propósito es que el Poder Judicial cumpla un rol de custodio del debido proceso de las partes y del Estado de Derecho”<sup>10</sup>.

En realidad, el procedimiento es el mecanismo que permite tutelar el derecho y por ello, si es que se debería existir un sustento para cuestionar la renuncia al recurso de anulación, no debería ser por una simple tutela al procedimiento en sí mismo, sino como tutela del derecho que se protege a través de dicho procedimiento.

Otro sector de la doctrina sostiene que no cabe la renuncia porque se afectaría el propio derecho de acción. En ese sentido, Avendaño sostiene que “Tratándose del arbitraje nacional no es posible renunciar al recurso de anulación antes de que se haya expedido el laudo, como tampoco es válida la renuncia al derecho de acción”<sup>11</sup>. Avendaño se refiere a una renuncia anticipada al recurso de anulación dado que, después de emitido el laudo, la parte vencida podría optar por ejercer o no ejercer su derecho a solicitar la anulación del laudo pese a que exista una causal que lo habilite. Es decir, después de emitido el laudo, no resulta obligatorio que ante la verificación de una causal se tenga que plantear necesariamente el recurso de anulación.

Otros autores plantean la inviabilidad de la renuncia al recurso de anulación del laudo porque se afectaría el derecho a la tutela judicial. Al respecto, Ledesma afirma que “(...) resulta difícil admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de

---

9 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional. En: Actualidad Jurídica N° 153. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. P. 81.

10 Ana María Arrarte, refiriéndose a los supuestos de arbitraje nacional, sostiene que ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. De la Interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los Procesos Arbitrales. Límites de su Actuación. En: Themis 53. p. 93.

11 AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. Comentario al artículo 63 del Decreto Legislativo 1071. En: AA.VV. (SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Coordinadores). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2011. P. 717.

---

impugnar el laudo; un acuerdo, en tal sentido, supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial y ello no es tolerable jurídicamente. A pesar de que existan convenios que expresamente contengan la renuncia al recurso de anulación, dichos pactos no generan eficacia jurídica. Esa renuncia se tendrá por no puesta<sup>12</sup>.

Discrepamos respetuosamente de quienes sostienen que no se admite la renuncia al recurso de anulación del laudo porque implica una renuncia al derecho a la tutela judicial, dado que, precisamente, el sometimiento al arbitraje tiene como premisa básica una renuncia al derecho a la tutela judicial.

El convenio arbitral o sometimiento a arbitraje implica en realidad que las partes no desean someterse a la jurisdicción ordinaria, con lo cual no resultaría cuestionable *per se* que las partes decidan renunciar a la tutela judicial.

Lo que resulta evidente de todas estas respetables opiniones es que consideran al recurso de anulación como irrenunciable por razones ajenas a la tutela de la voluntad de las partes. Estas posiciones niegan la posibilidad de que las partes puedan renunciar al recurso de anulación del laudo por considerar que este recurso es: una garantía de legalidad, una tutela del debido proceso, una tutela judicial o porque se afectaría el derecho de acción.

Para otros autores con una orientación más fijada en tutelar la voluntad de las partes, sostienen que el recurso de anulación tiene una naturaleza de orden público, “pues su finalidad es cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral, por lo que procede cuando se configura alguna de las causales establecidas en la LGA y la parte que lo interpone ha dejado constancia, durante el desarrollo del proceso, de haber sido afectada respecto de lo pactado”<sup>13</sup>. Esta posición ha sido asumida en la Casación 1277-2011-Lima que establece que “el recurso de anulación contra el laudo se fundamenta en consideraciones de orden público, ya que su finalidad es cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral o en el acto de la instalación del tribunal arbitral, así como la voluntad de las partes remitida al reglamento de la institución arbitral”.

El recurso de anulación se orienta sin duda a proteger el pacto de las partes. Se orienta a que las partes puedan contar con un recurso que les permita cuestionar la decisión del árbitro o tribunal arbitral que lauda fuera de los alcances y límites del pacto arbitral. Entendemos que el recurso de anulación de laudo constituye

---

12 LEDESMANARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje. Tercera edición. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2014. P. 178-179.

13 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Manual de Derecho Arbitral. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. P. 147-148.

---

una figura de orden público relativo<sup>14</sup> dado que si se tratara de una figura de orden público absoluto sería aplicable de manera ineludible, incluso su ejercicio no podría estar supeditado a que previamente se realice un expreso reclamo, en su momento, ante el tribunal arbitral como lo exige la Ley de Arbitraje.

Como figura de orden público relativo, el recurso de anulación de laudo, no puede ser renunciado antes de su adquisición. Una vez adquirido el derecho a plantear el recurso de anulación de laudo, el titular de dicho derecho tendrá la posibilidad de decidir si plantea el recurso de anulación de laudo pertinente o si renuncia a hacerlo, pero no podrá eliminar de antemano, a través del pacto, la posibilidad de contar con el derecho a plantear el recurso de anulación de laudo. Si bien no existe una norma imperativa que prohíba expresamente pactar una eventual renuncia absoluta y anticipada a plantear un recurso de anulación de laudo, por el carácter de orden público relativo del recurso de anulación de laudo, no cabría dicha posibilidad.

### *2.3 Otros pactos relacionados a la Anulación del Laudo*

#### *2.3.1 Pacto de constitución de garantía para la interposición del recurso de anulación de laudo*

Conforme lo establecía el numeral 4) del art. 72 de la anterior Ley N° 26572 (antigua ley de arbitraje), la exigencia del pago o la constitución de garantía - por la cantidad en favor de la parte vencedora - era un requisito de admisibilidad para interponer el recurso de anulación cuando se hubiera pactado o si dicha exigencia estuviera prevista en el reglamento de la institución arbitral aplicable. Se entiende el requisito antes mencionado que cumplía una doble función. Por un lado, buscaba garantizar la realización del pago esperado por la parte vencedora y por el otro, servía para desincentivar a la parte que pierde en el arbitraje a interponer recursos dilatorios con la finalidad de evitar el cumplimiento del laudo.

Solicitar previamente un pago o una garantía para interponer el recurso de anulación era, sin embargo, una solución que podía tener cuestionamientos

---

14 Horacio De La Fuente, en el campo del derecho civil -en contraposición al campo del derecho público- distingue la figura del orden público relativo del orden público absoluto. Este autor sostiene que las normas de orden público relativo, que normalmente asignan derechos de contenido patrimonial, “pueden ser renunciados una vez adquiridos, como sucede, por ejemplo, en los casos de prescripción, alimentos, legítima de herederos forzosos, ley de alquileres, de defensa del consumidor, etcétera. Otras veces, las menos, también se configura supuestos de orden público absoluto, en tanto la norma imperativa asigna derechos –generalmente de contenido extrapatrimonial- que son irrenunciables, como sucede por ejemplo, con los derechos de la personalidad (a la vida, integridad física, honor, intimidad, etcétera), o cuando la ley reconoce a las personas potestades –que incluyen deberes- que no se puede abdicar (patria potestad, potestad marital, etcétera)”. En: DE LA FUENTE, Horacio F. Orden Público. Astrea. Buenos Aires. 2003. P. 89.

---

constitucionales, dado que podría considerarse como una restricción al ejercicio del derecho de acción y/o al acceso de la tutela jurisdiccional. El pago o garantía para interponer el recurso de anulación dejaba de ser razonable cuando se exigía garantía para admitir el recurso de anulación, en supuestos en los que ya se contaba con una medida cautelar, trabada y ejecutada satisfactoriamente en el procedimiento arbitral, que aseguraba el cumplimiento del laudo.

Entendemos que resulta más acertado establecer una “garantía de cumplimiento” como se establece en la Ley de Arbitraje vigente, pues esta última figura cumple las funciones antes mencionadas pero sin condicionar la interposición del recurso de anulación en sí mismo.

### *2.3.2 Pacto de constitución de garantía para suspender la obligación de cumplimiento del laudo*

Conforme con el numeral 1) del artículo 66 del Decreto Legislativo 1071, la interposición del recurso de anulación - como regla general - no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial. Sin embargo se admite, como excepción, que la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

Nótese que la citada norma posibilita a las partes pactar el tipo de garantía – personal y/o real – que deberá constituir la parte vencida para lograr suspender el cumplimiento del laudo arbitral en caso desee interponer del recurso de anulación. Como se puede deducir, en este supuesto no estamos ante un requisito previo para interponer el recurso de anulación, sino ante un requerimiento para suspender el cumplimiento de lo ordenado en el laudo; por esta razón es perfectamente viable que la parte vencida decida cumplir con lo dispuesto en el laudo y en paralelo tramitar el recurso de anulación.

Pero, ¿qué sucede si las partes no regularon en el convenio arbitral el tipo de garantía necesario para suspender la ejecución del laudo? La respuesta a esta interrogante la encontramos en el numeral 2) del artículo 66 del Decreto Legislativo N° 1071. De acuerdo con esta norma, en caso de ausencia del pacto comentado y ante el pedido de la parte vencida de suspender la ejecución del laudo, la Corte Superior de Justicia deberá solicitarle a esta última la constitución de una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte. El monto de la fianza bancaria antes referida dependerá de lo siguiente

- a) Si el laudo ordena el pago de una cantidad de dinero determinada o determinable vía operación matemática, el monto garantizado por la fianza bancaria deberá ser equivalente a dicha suma.

- 
- b) Si la condena – en todo o en parte – es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si se requiere de una liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática. El monto de la fianza bancaria será, en primer lugar, el que hayan fijado las partes o, en su defecto, será el señalado por el tribunal arbitral en el laudo o, en caso el tribunal arbitral tampoco haya determinado el monto de la fianza bancaria comentada, la parte impugnante podrá solicitar a la Corte Superior de Justicia que fije la suma de la garantía en mención. Cabe precisar que en el supuesto que la suma sea fijada por el tribunal arbitral, ésta podrá ser reajustado por la Corte Superior de Justicia a pedido de la parte vencida.

En relación a la fianza bancaria mencionada en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, la práctica arbitral nos informa que esta garantía se materializa mediante una carta fianza emitida por las empresas bancarias nacionales. Para entender cómo debe funcionar una carta fianza en la suspensión de la ejecución del laudo con ocasión de la interposición del recurso de impugnación es necesario indicar algunas notas en torno a ella: (i) se encuentra regulada por la Circular SBS B-2101-2001, (ii) se trata de un negocio jurídico unilateral emitido por el banco en el cual éste se compromete a pagar determinada suma dineraria a favor del beneficiario indicado en el mismo texto de la carta fianza y en respaldo de un deudor identificado y (iii) si bien la carta fianza es en estricto una declaración unilateral del banco, la entidad financiera emite dicha manifestación de voluntad pues previamente ha celebrado un contrato de crédito indirecto con el deudor garantizado (es decir, con su cliente), en este convenio el deudor garantizado se compromete a devolver la suma que eventualmente deba desembolsar el banco en caso el beneficiario de la carta fianza solicite su pago.

Las características de la carta fianza que hemos mencionado son importantes a fin de entender la parte final del numeral 5) del artículo 66 del Decreto Legislativo N° 1071, pues cuando esta norma menciona que la Corte Superior oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación de la fianza bancario no puede entenderse que dicha comunicación es una orden imperativa de renovación para los bancos. En efecto, toda vez que la fianza bancaria tiene como presupuesto el contrato celebrado entre el banco y su cliente (el cual vendría a ser la parte vencida en el arbitraje), no cabría en estricto que un Juez pretenda que la entidad financiera renueve unilateralmente una garantía sin el consentimiento de su cliente. Sin duda, el juez tendrá la facultad de aplicar las medidas legales que correspondan para que el referido cliente brinde su respectiva conformidad a la renovación de la fianza bancaria.

Cabe indicar además que, puede presentarse el caso en el que el banco ya no desee continuar con el contrato de crédito indirecto, pues el cliente ha desmejorado

---

su situación económica, complicando así cualquier posibilidad de reembolso en caso de ejecutarse la carta fianza.

### *3.1.3 Pacto de no suspensión del laudo ante interposición del recurso de anulación*

Del mismo artículo 66 del Decreto Legislativo 1071 se puede extraer otro pacto que los privados pueden acordar en torno a la anulación del laudo arbitral: la no suspensión de la ejecución del laudo en caso se plantee el recurso de anulación.

Como se mencionó en el apartado anterior, la parte vencida en un arbitraje puede iniciar un proceso judicial de anulación y, en paralelo, cumplirlo. La posibilidad de solicitar la suspensión del cumplimiento del laudo es un derecho absolutamente renunciable dado que no coloca en un estado de indefensión a la parte vencida.

La suspensión de la ejecución de la decisión arbitral no es un derecho consustancial de la parte perdedora, de allí que la ley admitiría la posibilidad de pactar dicha suspensión o no.

### *3.1.4 Pacto sobre los costos y costas del recurso de anulación*

Los costos y costas derivados del recurso de anulación son distintos a los costos del arbitraje. Estos últimos se encuentran relacionados al arbitraje y son regulados del artículo 69 al 73 de la Ley de Arbitraje. Los costos y costas del recurso de anulación se encuentran relacionados a la etapa judicial que se inicia una vez culminado el arbitraje. Por esta razón, para el desarrollo de este punto es necesario tener en cuenta las disposiciones del Código Procesal Civil peruano.

Empecemos por recordar el concepto de costos y costas recogidos en el Código Procesal Civil. De acuerdo al citado cuerpo normativo, las **costas** están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial (por ejemplo: peritos, depositarios, curador procesal, etc.) y los demás gastos judiciales realizados en el proceso; en tanto, son **costos** del proceso los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutuo y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

Ahora bien, tratándose de un proceso de anulación de laudo, la parte que resulte vencida en este último deberá hacerse cargo de las costas y costos de su contraparte salvo que la Corte Superior la exonere. En este contexto, consideramos que las partes podrían pactar válidamente que la “garantía de cumplimiento” sirva también para cubrir las costas y costos de la parte vencedora del laudo en caso la Corte Superior desestime el recurso de anulación.

---

### **3. Conclusiones**

Hasta aquí hemos analizado una serie de pactos que pueden estar vinculados al recurso de anulación de laudo.

Si bien el arbitraje es una institución que se activa a consecuencia de un negocio jurídico estrictamente privado, ello no significa que las partes puedan renunciar anticipadamente a iniciar un recurso de anulación de laudo.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes estarían en la posibilidad de prever algunas situaciones que les permita atender de mejor forma sus intereses. Por ejemplo, las partes pueden pactar la prohibición de suspender el laudo en cualquier circunstancia o que no se pueda suspender la ejecución de laudo a menos que se constituya previamente una garantía o quien asumirá los costos y costas del recurso de anulación.

---

## LAS EXCEPCIONES REGULADAS POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

*Cristian Carlos Cáceres Sifuentes<sup>1</sup>*

**RESUMEN:** A través del presente artículo se pretende abordar a las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil, como una institución procesal y un medio de defensa de forma, las cuales importan una materialización del derecho de contracción. Para ello, se irán desarrollando las instituciones procesales que coadyuven de manera clara y correcta a la referida institución procesal.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is analyze the exceptions regulated by our Civil Procedure Code, as a procedural institution and defense instrument of form, which includes a materialization of the contraction right. For that, we will develop procedural institutions that contribute clearly and correctly this.

**PALABRAS CLAVES:** Excepciones procesales - Legitimidad para obrar - Excepciones sustantivas - Interés para obrar

**KEYWORDS:** Procedural Exceptions - Substantive Exceptions - Legitimate to act - Interest to act

### 1. NOCIONES PRELIMINARES.

De manera concreta, consideramos acertado indicar que el derecho de defensa como manifestación práctica al derecho de contradicción, se materializa, entre otros, a través de la formulación de las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil, las que en esencia constituyen medios de defensa de forma, mediante las cuales la parte demandada busca cuestionar la ausencia o deficiencia de alguno de los presupuestos procesales o condiciones de la acción, o respecto de la cual se pretende el reconocimiento de un derecho o interés jurídicamente protegido<sup>2</sup>; siendo que, en caso de ampararse alguna de las excepciones formuladas en el marco de un proceso, indefectiblemente implicará determinar la inexistencia de una relación jurídica procesal válida o la imposibilidad que el órgano jurisdiccional competente emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto materia de controversia, de acuerdo al

---

1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado en la Maestría de Derecho Procesal por la misma casa de estudios. En su trayectoria laboral se ha desenvuelto en diferentes organismos gubernamentales, tales como la Dirección Regional de Lima Metropolitana, el Ministerio de Educación, el Poder Judicial, la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías, el Programa Nacional de Infraestructura Educativa y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Email: ccaceres.sifuentes@gmail.com

2 Como es el caso de la reconvencción en el marco de los procesos de conocimiento y abreviado, de conformidad con el numeral 3 del artículo 478° y el numeral 3 del artículo 491° del Código Procesal Civil.

---

estadio del proceso que se encuentre ventilándose.

Tal es así, que para Monroy<sup>3</sup>: *“La excepción es un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídico procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto de una condición de la acción”*.

En complemento, Rioja<sup>4</sup>, manifiesta que: *“Las excepciones pueden ser de dos clases, dilatorias o perentorias, las primeras tiene por objeto postergar o impedir de manera temporal el inicio del proceso hasta que cumpla la parte con subsanar el vicio advertido y mediante las segundas se busca la culminación del proceso desvirtuando la pretensión del demandante, fulminando su pretensión”*.

Siendo ello así, resulta pertinente resaltar que, a nuestro juicio, la clasificación efectuada respecto de las excepciones debe tomar en consideración las siguientes precisiones:

**Excepciones que tiene por finalidad generar una dilación en el proceso:** Son aquellas que al ser formuladas en el marco de un proceso persiguen la suspensión del mismo, hasta que se llegue a subsanar el defecto u omisión que ha sido advertido a través de éstas. Son conocidas o denominadas como excepciones dilatorias<sup>5</sup>.

**Excepciones que tiene por finalidad generar la extinción del proceso:** Son aquellas que al ser formuladas en el marco de un proceso, persiguen la culminación del mismo hasta que se subsane el defecto u omisión que ha sido advertido a través de ésta. Son conocidas o denominadas como excepciones perentorias.

Sobre este tipo de excepciones, a su vez, se puede realizar una su clasificación en excepciones perentorias simples<sup>6</sup> y excepciones perentorias com-

---

3 MONROY GÁLVEZ, Juan, “Temas de Proceso Civil”, Editorial: Studium, Lima, 1987, Páginas 102 a 103.

4 RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, “El Nuevo Proceso Civil Peruano”, Editorial: Andrus, Lima, 2011, Página 277.

5 Tales como: la representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado y la oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

6 Tales como: la incompetencia, la falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, la falta de agotamiento de la vía administrativa y la falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante.

---

plejas<sup>7</sup>. Siendo, las primeras aquellas que tiene por finalidad extinguir el proceso, más no la pretensión formulada; mientras que las segundas además de buscar extinguir el proceso en cuestión, también buscan extinguir la pretensión formulada, a efectos que no sea posible volver a ser propuesta.

A mayor abundamiento y con relación a las excepciones, Ledesma<sup>8</sup>, indica que: *“(...) operan como filtros de la relación procesal procurando que el proceso se constituye y desarrolle válidamente, así como que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar; para que el juez al momento de expedir sentencia emita un pronunciamiento que resuelve el fondo del conflicto. Como bien lo establece el artículo 121 del CPC, último párrafo, “mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controversita declarando el derecho de las partes (...)” (...) La norma en comentario regula el segundo control que se realiza a través de las excepciones. El emplazado con la demanda busca liberarse de la relación procesal, ya sea porque no existen los presupuestos procesales o no existen las condición de la acción”; agregando que las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil: “(...) constituye un numerus clausus, pues de la redacción incide en que el demandado solo puede proponer las siguientes excepciones que cita textualmente en el artículo 446 del CPC. Se trata de un catálogo cerrado de ellas, motivo por el cual no puede existir excepciones reguladas en las demás normas del resto de ordenamientos jurídicos, sea este material o procesal”; para que posteriormente establezca la siguiente clasificación: “Las excepciones sustanciales están referidas a la validez sustancial de la relación ejercitada, mientras que las procesales, son aquellas que tiene por objeto discutir el modo de ejercicio de la acción, o también cuando tiene por finalidad dilucidar una cuestión previa”.*

En concordancia con la cita expuesta precedentemente, resulta ser importante precisar que a nuestro entender el filtro o revisión que se pueda efectuar respecto de la relación jurídica procesal, se puede presentar en las siguientes estancias: **(i)** con la calificación de la demanda o reconvención, por parte del Órgano Jurisdiccional competente; **(ii)** con la interposición de excepciones correspondientes contra la demanda o reconvención interpuestas; **(iii)** con el saneamiento procesal efectuado en la etapa pertinente por parte del Órgano Jurisdiccional; y, **(iv)** con la emisión de la

---

7 Tales como: Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, la litispendencia, la cosa juzgada, el desistimiento de la pretensión, la conclusión del proceso por conciliación o transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y el convenio arbitral.

8 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2008, Páginas 448 a 449.

---

sentencia, en aquellos casos que el Órgano Jurisdiccional se encuentre imposibilitado de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en discusión.

Para finalizar, estimamos pertinente apartarnos de la precisión efectuada por la Doctora Ledesma con relación al carácter cerrado o *clausus* de las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil y por ende sobre la imposibilidad que existan excepciones reguladas en otros cuerpos normativos que sean de carácter sustantivo o procesal y pasibles de ser formuladas en el marco de un proceso civil, puesto que a nuestro juicio existen excepciones reguladas por otra normativa, tales como las excepciones de incumplimiento<sup>9</sup>, de caducidad de plazo<sup>10</sup>, de saneamiento<sup>11</sup>, de retención<sup>12</sup>, entre otras, con las cuales resulta viable atacar la validez sustancial de la relación ejercitada o el modo de ejercicio de la acción; máxime si según la propia clasificación recogida por la referida autora a través de las excepciones se puede cuestionar la validez sustancial de la relación ejercitada (sustanciales) y el modo de ejercicio de la acción (procesales), y, si en aplicación del principio *pro actione*, corresponde al juzgador interpretar la normativa procesal de la manera más favorable al justiciable a efectos que se asegure la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo<sup>13</sup>, debiéndose optar para dicho fin, con la aplicación de los diversos métodos interpretativos normativos que maximicen y optimicen los derechos fundamentales que son titulares las partes intervinientes, como lo es la interpretación sistemática y armónica de nuestro ordenamiento jurídico en general. Siendo que esto último, implica una proscripción a efectuar interpretaciones limitativas para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales que ostenten los sujetos de derecho que intervengan en el marco de un proceso, debiéndose para ello tener en cuenta que si bien la redacción del artículo 446° del Código Procesal Civil, a la letra dice: “*El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones (...)*”, se advertiría que tal regulación aparentemente entraría en contradicción con lo establecido en el numeral 3 del artículo 478° y el numeral 3 del artículo 491° del mismo cuerpo normativo, los cuales permiten la interposición de excepciones por parte del demandante, en aquellos casos, que exista reconvencción en el contexto de un proceso civil de conocimiento o abreviado, respectivamente, lo cual no implica, que deba entenderse de manera literal y restrictiva que las excepciones sólo pueden ser formuladas por la parte demandante, sino que en aplicación de una interpretación

---

9 En virtud al artículo 1426° del Código Civil.

10 En virtud al artículo 1427° del Código Civil.

11 En virtud al artículo 1485° del Código Civil.

12 En virtud al artículo 1123° del Código Civil.

13 Conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en el Expediente N° 01983-2009-AA/TC y el Expediente N° 2302-2003-AA/TC.

---

sistemática y armónica del cuerpo normativo conformado por el Código Procesal Civil, debe entenderse que tanto la parte demandante como demandada pueden formular excepciones, de acuerdo a las reglas establecidas por la correspondiente normativa; situación e interpretación que consideramos debería extenderse respecto de la relación de los supuestos de excepciones regulados del citado artículo 446°.

## 2. CONCEPTOS VINCULADOS A LAS EXCEPCIONES REGULADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

Habiéndose manifestado que consideramos que las excepciones constituyen medios de defensa de forma, a través de las cuales la parte demandada busca cuestionar básicamente la ausencia o deficiencia de alguno de los presupuestos procesales o condiciones de la acción; y que, en caso de ampararse alguna excepción formulada en el marco de un proceso, implicaría determinar la inexistencia de una relación jurídica procesal válida o la imposibilidad que el órgano jurisdiccional competente emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto materia de controversia.

Siendo ello así, se advierte que para poder entender y desarrollar de manera clara las excepciones, como una institución procesal, se requiere previamente la dilucidación de ciertos conceptos previos, que guardan estrecha relación con las excepciones, como institución procesal, tales como:

- **La Tutela Jurisdiccional Efectiva:** Constituye un derecho constitucional de carácter subjetivo y público que se materializa en la vía procesal, debido a que a través de éste cualquier sujeto de derecho puede recurrir a los órganos jurisdiccionales a efectos de solicitar tutela respecto de un derecho o interés jurídicamente protegido, mediante un proceso que contenga y respete las garantías mínimas establecidas por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual, a su vez abarca que la decisión que sobre el fondo resulte como consecuencia de la referida tutela sea cumplida de manera eficaz. Es importante agregar, que este derecho no requiere la existencia de legitimidad para su ejercicio y tampoco distingue sobre el tipo de pretensión que pueda formularse.

Así, tenemos que en un trabajo excepcional Hurtado<sup>14</sup> señala lo siguiente: *“La Tutela Jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.) y al pretendido*

---

14 HURTADO REYES, Martín, “Tutela Jurisdiccional Diferenciada”, Editorial: Palestra, Lima, 2006, Página 41.

---

*(demandado, emplazado, reo, etc.). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso, esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes, consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela jurídica en efectiva".*

En complemento a todo lo anteriormente expuesto, tenemos que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 1487-2017-CUSCO, del 15 de marzo de 2018, estableció que: “(...) la tutela jurisdiccional efectiva consiste en un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos que se pueden clasificar: i) como los que brindan acceso a la justicia: derecho de acción y contradicción; ii) los que garantizan el debido proceso incoado: derecho al juez natural, defensa, imparcialidad, independencia, ofrecer medios probatorios, instancia plural, motivación de las resoluciones judicial; y iii) los que garantizan la ejecución de lo resuelto”.

- **El Derecho de Acción:** Es aquella institución procesal de carácter abstracto<sup>15</sup>, subjetivo<sup>16</sup>, público<sup>17</sup>, autónomo<sup>18</sup> e indisponible<sup>19</sup>, mediante el cual, se busca tutela por parte del Estado a efectos de constituir o declarar un derecho o interés jurídicamente relevante. El que no requiere de la existencia de legitimidad para su ejercicio y tampoco distingue sobre el tipo de pretensión que pueda formularse, situación que funge como característica principal para diferenciarlo del derecho o interés jurídico en discusión.

De igual forma, para el Maestro Alzamora<sup>20</sup>: “*La acción procesal es, pues, independiente del derecho material y distinta de éste; constituye un derecho*

---

15 Puesto que, para su ejercicio no resulta necesario que un derecho sustantivo lo sustente.

16 Puesto que, por su naturaleza resulta ser inherente a cualquier sujeto de derecho.

17 Puesto que, su ejercicio se efectúa en contra del Organismo Estatal encargado de la actividad jurisdiccional.

18 Puesto que, resulta ser independiente de cualquier otra institución (pretensión o el derecho subjetivo en discusión) y debido a que tiene sus propios presupuestos.

19 Puesto que, cabe posibilidad de realizar ningún tipo de acto jurídico para trasladar o transmitir el mismo.

20 ALZAMORA VALDEZ, Mario, “Derecho Procesal Civil”, Editorial: Eddili, Lima, 2006, Página 62.

---

*público subjetivo y autónomo. Dos Reis lo ha definido, por eso, como “el derecho de provocar la actividad jurisdiccional del Estado para la apreciación y realización de los intereses protegidos por el derecho objetivo”.*”.

En igual sentido, que Vásquez<sup>21</sup> precisa que: *“Las características de la acción son: (...) Público. Porque el sujeto pasivo es el Estado; pues a él se le dirige. (...) Subjetivo. Porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, siendo irrelevante si está en condiciones para hacerla efectiva. (...) Abstracto. Porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse. Se realiza como exigencia, como demanda de justicia, al margen si el derecho pedido tiene o existencia. (...) Autónomo. Porque tiene requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras sobre su ejercicios, etc”.*

- **El Derecho de Contradicción:** Este derecho ostenta rango constitucional y se materializa en el ámbito procesal, puesto que en el marco de todo proceso resulta necesario que aquella persona contra la que se pretende constituir o declarar un derecho o interés jurídicamente relevante, debe mínimamente contar con la posibilidad de conocerla y, de ser el caso, contradecirla sobre el fondo o la forma o reconocerla, ambos sea de manera total o parcial.

En igual sentido, tenemos que Morales<sup>22</sup> precisa lo siguiente: *“El principio de contradicción es uno de los que ha sido recogido por normas de carácter constitucional, por el contenido político que encierra, y traduce claramente la vocación democrática del sistema que lo acoge. Forma parte del debido proceso y es una garantía de que las partes serán escuchadas en un pie de igualdad. El traslado de la demanda, es la resolución que permite que el demandado tome conocimiento de la demanda, siendo la oportunidad para poder ejercer su derecho de defensa”.*

---

21 VÁSQUEZ LAGUNA, Juan, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Editorial: APECC, Lima, 2010, Página 62.

22 MORALES GODO, Juan, “Instituciones de Derecho Procesal”, Editorial: Palestra, Lima, 2005, Páginas 89 a 90.

---

Tal es así , que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 2605-2017-PUNO, del 29 de marzo de 2018, estableció que: *“La facultad para contestar demandas importa el ejercicio del derecho de contradicción y este derecho solo surge con el emplazamiento a quien ha sido dirigida la demanda; dicho de otro modo, no puede ejercitarse la facultad de contestar demandas si previamente no se ha producido el emplazamiento de la demanda, de lo que se colige sin duda alguna que una y otra facultades son distintas, mediando entre ellas una relación lógica de fuente a derecho”*.

- **La Relación Jurídica Sustantiva y la Relación Jurídica Procesal:** Al respecto, es importante indicar con relación a la Relación Jurídica Sustantiva y la Relación Jurídica Procesal, que estas guardan una estrecha correspondencia puesto que la primera es necesaria para dar pie a la última. Por ello, es importante tener en consideración que la Relación Jurídica Sustantiva tiene un carácter definitivo y abarca un conjunto de supuestos que guardan correspondencia entre sí, y que a su vez, se forman entre quienes actúan en su calidad de particulares en el ámbito sustantivo del derecho; mientras que, la Relación Jurídica Procesal materializa la Relación Jurídica Material en el contexto de la dinámica del proceso y a efectos que un tercero dilucide una controversia suscitada en su seno.

Tanto ello así, que Montero<sup>23</sup>, dispone lo siguiente: *“(...) la posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación.”*; advirtiéndose de tal forma, la mencionada correspondencia entre la Relación Jurídica Sustantiva y la Relación Jurídica Procesal, agregándose además que: *“La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente, en las afirmaciones que realizar el actor”*.

Sobre el tema en cuestión, Von Bulow<sup>24</sup>, manifiesta que: *“La relación ju-*

---

23 MONTERO AROCA, Juan, “La legitimación en el Proceso Civil”, Editorial: Civitas, Madrid, 1994, Página 82.

24 VON BULOW, Oskar, “Los Presupuestos Procesales”, Editorial: Instituto Pacífico, Lima, 2015, Página 10

---

*rídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso, Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión".*

- **Los Presupuestos Procesales y las Condiciones de la Acción:** Sobre el particular, para Monroy<sup>25</sup>, citado por Ledesma<sup>26</sup>: *"(...) los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio".*

En dicho sentido, el Maestro Alzamora<sup>27</sup> ha precisado que: *"No deben ser confundidas tales condiciones con los presupuestos procesales, pues mientras las primeras son requisitos para la actuación de la voluntad concreta de la ley con el fin de obtener una sentencia favorables, los últimos, según Chiovenda, son elementos necesarios para que pueda ser expedida cualquier sentencia, favorable o desfavorable. Señalamos como presupuestos procesales: la existencia de un órgano estatal invertido de jurisdicción; que este órgano sea objetivamente competente en la causa, y que subjetivamente capaza de juzgarla, y que ambas partes gocen de capacidad procesal. (...) Según la doctrina, son tres las condiciones para que sea admitida la acción: a) la existencia de la voluntad a una prestación; b) el interés de conseguir el bien; y c) calidad, es decir, identidad del actor con la persona favorecida por la ley y del demandado con la persona obligada".*

Asimismo, Vásquez<sup>28</sup> ha indicado lo siguiente: *"Para que en un proceso se*

---

25 MONROY GÁLVEZ, Juan, "Temas de Proceso Civil", Editorial: Studium, Lima, 1987, Páginas 119 a 122.

26 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Comentarios al Código Procesal Civil", Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2008, Página 449.

27 ALZAMORA VALDEZ, Mario, "Derecho Procesal Civil", Editorial: Eddili, Lima, 2006, Páginas 69 a 70.

28 VÁSQUEZ LAGUNA, Juan, "Manual de Derecho Procesal Civil", Editorial: APECC, Lima, 2010, Página 90.

---

*produzca una relación jurídica procesal válida no basta la interposición de la demanda, la presencia de las partes y la intervención del juez. Para que un proceso sea válido y eficaz deben estar presentes en él los denominados presupuestos procesales, unos de orden formal y otros de orden material o de fondo. (...) Los presupuestos procesales de forma son: a) la demanda en forma, b) la capacidad procesal de las partes; y, c) la competencia del juez; y los presupuestos procesales de fondo o materiales o también llamados condiciones de la acción, son: a) la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, lo que otro denominan la voluntad de la ley o posibilidad jurídica; b) la legitimidad para obrar; y, c) interés para obra".*

En dicho contexto, podemos complementar que para efectos de nuestro actual ordenamiento jurídico los presupuestos procesales de forma, implican aquellos requisitos de forma necesarios para que sea admitida la demanda interpuesta y los constituyen: **(i)** la competencia del órgano jurisdiccional que se avoca al caso, siendo que en la actualidad la regulación en materia procesal civil dispone que si el Juez a quien fue derivado el caso en cuestión resulta ser incompetente<sup>29</sup> por razón de materia, grado o cuantía, deberá remitir los actuados al Juez competente; **(ii)** la capacidad de las partes tanto material como procesal, en este aspecto es importante tener en cuenta las últimas modificaciones realizadas al Código Civil, básicamente en sus artículos 43° y 44° con relación a la incapacidad absoluta y la capacidad de ejercicio restringida; y, **(iii)** los requisitos de la demanda establecidos en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil.

Mientras que, con relación a los presupuestos procesales de fondo o condiciones de la acción, tenemos que éstos importan aquellos requisitos de fondo necesarios para que el Órgano Jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y los componen: **(i)** la legitimidad para obrar, siendo ésta la situación habilitante que otorga nuestro ordenamiento jurídico a todo sujeto de derecho para ser parte material de un proceso; teniendo, a nuestro juicio, como su principal<sup>30</sup> clasificación la ordi-

---

29 Cabe resaltar, que por razón de territorio por norma legal expresa no corresponde declarar de oficio la incompetencia por parte del Juez del caso, más aún si existe la prórroga de la competencia tanto tácita, como expresa.

30 Teniendo, entre otras, clasificaciones la legitimidad para obrar activa y pasiva; siendo que la primera corresponde a la parte demandante, y la segunda a la parte demandada.

---

naria<sup>31</sup> y extraordinaria<sup>32</sup>; **(ii)** el interés para obrar, que implica la necesidad de recurrir al Órgano Jurisdiccional en búsqueda de tutela respecto de algún derecho o interés jurídicamente protegido, considerando que se han agotado todas las vías previas para alcanzar la tutela requerida; y, **(iii)** la voluntad de la ley o la posibilidad jurídica, lo que implica que aquello que es petitionado en el marco de un proceso cuente con una tutela jurídica, esto quiere decir que el derecho o interés discutido sea protegido por nuestro ordenamiento jurídico y exigible en los términos solicitados.

### **3. SOBRE LAS EXCEPCIONES REGULADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Al respecto, el Código Procesal Civil a través de su artículo 446° regula actualmente un total de catorce excepciones, de la siguiente manera:

*“Excepciones proponibles.-*

*Artículo 446.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:*

- 1. Incompetencia;*
- 2.- Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil;*
- 3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;*
- 4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;*
- 5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;*

---

31 Entendiéndose por esta por la coincidencia entre las partes que forman la relación jurídica sustantiva con quienes forman la relación jurídica procesal, esto es quienes forman parte material del proceso. Por ejemplo: que quienes hacen de arrendador y arrendatario en un contrato de arrendamiento, sean quienes son parte material de un proceso de desalojo como demandante (arrendador) y demandado (arrendatario).

32 Entendiéndose por esta a la posibilidad habilitante y excepcional que otorga nuestro ordenamiento jurídico para que quienes no formaron parte de la relación jurídica sustantiva pueden llegar a formar parte de la relación jurídica procesal, esto es formar parte material del proceso. Por ejemplo: El caso de la madre que petitiona alimentos de su menor hijo, a su padre, o, en el caso, de los sindicatos (intereses colectivos) que reclaman derechos de los trabajadores que forman parte de él, a su respectivo empleador, o, en el caso de quien demanda sobre derechos respecto al medio ambiente (intereses difusos), en contra del respectivo responsable de los mismos.

- 
6. *Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;*
  7. *Litispendencia;*
  8. *Cosa Juzgada;*
  9. *Desistimiento de la pretensión;*
  10. *Conclusión del proceso por conciliación o transacción;*
  11. *Caducidad;*
  12. *Prescripción extintiva; y,*
  13. *Convenio arbitral;*
  - 14.- *Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil.”*

Sobre el particular, consideramos pertinente citar un excelente artículo elaborado por el Magistrado Sánchez-Porturas<sup>33</sup>, a través del cual se propone la regulación de la falta de interés para obrar como una excepción del Código Procesal Civil, y con ello la reducción de las excepciones ya existentes, tal cual se procede a detallar: *“La creciente insatisfacción del estado de necesidad de Tutela Jurisdiccional por parte de la sociedad requiere de una respuesta legislativa inmediata, dirigida, en lo posible, a disminuirla. Una de esas medidas a tomar, sería la de reducir los existentes trece medios de “defensa de forma”, a únicamente cinco “excepciones; creando, a la par, la excepción de “falta de interés para obrar”, a que, a su vez, contando con una definición certeza y precisa de sus alcances conceptuales, tendría como causales, las siete excepciones que actualmente la configuran”;* siendo que tan acertada propuesta, indicó como sustento que: *“(…) fue Gian Antonio Michelle, quien, en una de las definiciones más precisas, nos produjo la elucubración, materia de este comentario, cuando al “interés para obrar” lo plasma como la “situación de insatisfacción en que un sujeto puede llegar a encontrarse si no recurre al juez, en cuanto que solo la obra de este último puede satisfacer dicho interés. Esto es, hacer desaparecer la insatisfacción misma”. (...) En consecuencia, resulta ineludiblemente perentorio, que la justicia animada haga efectivo dicho postulado, cual es, en principio, el de eliminar en el actor ese estado de insatisfacción emocional, y, luego, material si es que logramos, como ya hemos anotado, cubrir con la premura respectiva de su interés procesal.*

---

33 SANCHEZ-PORTURAS GANOZA, Gerardo, “El interés para obrar en las excepciones y defensa previas”, En: *Jurídica – Suplemento de análisis legal de El Peruano*, Año 5, N° 199, Lima, 2008, Páginas 4 a 5.

---

*(...) Es más, para que el que imparte justicia encuentre justificado saciar esa tutela exigida por el potencial pretensor, debe proceder a diagnosticar la demanda incoada, advirtiéndole si es que ésta observa a plenitud los presupuestos procesales, tanto los formales como los materiales (fondo), conocidos también como “condiciones de la acción”.*

De tal forma y en concordancia con la postura expuesta por parte del Magistrado Sánchez-Porturas, consideramos que las excepciones de Falta de agotamiento de la Vía Administrativa, Litispendencia, Cosa Juzgada, Desistimiento de la Pretensión, Conclusión del Proceso por Conciliación o Transacción, Prescripción Extintiva y Convenio Arbitral; materializan en buena cuenta la ausencia de interés para obrar, como un presupuesto procesal de fondo o también denominado condición de la acción, puesto que los supuestos correspondientes a las citadas excepciones demuestran que la parte demandante o demandada (en caso de la reconvencción), no han agotado una vía o instancia previa para resolver su conflicto o disuadir su incertidumbre, ambas de carácter jurídico, o es que simplemente existe un pronunciamiento respecto del objeto materia de controversia o incertidumbre, está en trámite la discusión sobre el caso en particular, o ya no resulta posible pronunciarse al respecto.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta procedente detallar cada una de las excepciones reguladas por el Código Procesal Civil, conforme se procede a continuación:

- **La excepción de incompetencia:** Implica, en buena cuenta, atacar la inobservancia de aquellos criterios que establecerá la delimitación para el ejercicio de la jurisdicción, entendiéndole a ésta última como el poder – deber que recae sobre todo órgano jurisdiccional para resolver aquella controversia o incertidumbre de carácter jurídica puesto a su conocimiento.

Así, tenemos que para el Maestro Chiovenda<sup>34</sup>: *“El poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta limitado; estos límites constituyen la competencia. La competencia de un órgano es, por lo tanto, la parte de poder jurisdiccional que puede ejercitar”.*

---

34 CHIVENDA, Guisepe, “Principios de Derecho Procesal Civil”, Editorial: Reus, Madrid, 1922, Página 599.

---

Luego de lo expuesto, corresponde indicar que para que la referida delimitación de la jurisdicción se materialice, existe una serie de criterios establecidos normativamente, tales como el territorio<sup>35</sup>, grado<sup>36</sup>, cuantía<sup>37</sup> y especialidad<sup>38</sup>. En adición a lo expuesto, resulta conveniente precisar, que actualmente nuestra normativa ordena que aquel Órgano Jurisdiccional que se estime incompetente por razón de grado, cuantía o especialidad, debe remitir los actuados correspondientes al Órgano Jurisdiccional competente a efectos que se avoque al caso en cuestión; debiéndose precisar, que para el caso específico de la incompetencia por territorio, ésta, de conformidad con nuestro ordenamiento en materia de procesal civil, no corresponde su declaración de incompetencia de oficio, considerando que en dicho supuesto cabe la posibilidad que opere la prórroga de la competencia, tanto de forma tácita, como expresa.

- **La excepción de falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil:** Sobre esta excepción, conviene precisar que ha sido materia de modificación por parte del Decreto Legislativo N° 1384, quedando en tal sentido como único supuesto de falta de capacidad a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. En tal sentido, se advierte que como único supuesto para que la presente excepción proceda es la falta de aptitud legal para poder ser titular y desarrollar por sí mismo las relaciones jurídicas, en este caso respecto de relaciones jurídicas procesales, salvo en aquellos casos que la ley disponga lo contrario.

En este aspecto, Ledesma<sup>39</sup> ha indicado que: *“La actividad que las partes desarrollan en el proceso tiene siempre consecuencias relevantes; por ello, la ley exige que ellas tengan la misma capacidad necesaria para desarrollar*

---

35 La cual, se establece de acuerdo a los distintos distritos judiciales existentes.

36 La cual, se establece de acuerdo a la instancia del Órgano Jurisdiccional, esto es Juzgado de Paz no Letrado y Letrado, Juzgado Especializado, Sala Superior y Sala Suprema

37 La cual, se establece de acuerdo al monto de la pretensión en discusión, siempre que pueda determinarse el mismo.

38 La cual, se establece de acuerdo a la materia que pueda versar la pretensión en discusión, como es el caso de la especialidad en materia civil, comercial, entre otros.

39 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2008, Página 452.

---

*cualquier actividad jurídica (...)*”.

Es importante mencionar que, de manera excepcional, la ley otorga la capacidad de ejercicio de la parte demandante o su representante a quienes pese a ser menores de dieciséis años, se encuentran facultados para demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas, y para demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46° del Código Civil; motivo por el cual, aquellos supuestos no podrían ser supuestos amparables por la presente excepción.

Finalmente, cabe precisar que en cuestión esta excepción ataca la imposibilidad para ser parte del proceso y no para ser parte material del proceso, puesto quien demanda puede ser titular del derecho en discusión o su representante, pero simplemente no cuenta con la aptitud legal para interponer la demanda o a pesar de contarla no ha cumplido a cabalidad con los requisitos legalmente establecidos.

- **La excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o demandado:** En primer lugar, es importante tener en cuenta que la representación se presenta o clasifica en: legal, voluntaria y judicial; distinguiéndose las unas de las otras en que las circunstancias en particular así lo establece la normativa, o porque de manera voluntaria el poderdante otorgar facultades generales o específicas a favor del apoderado a fin que en su nombre y representación realice actos específicos que generarán sus efectos en la esfera jurídica del apoderado, o porque así se ha establecido en la vía judicial.

Sobre el particular, tenemos que: *“La excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o demandando, prevista en el inciso 3) del artículo 446 del Código Procesal Civil, es aquel instituto procesal dirigido a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida debido, precisamente, a la imperfección, irregularidad o limitación de que adolece el poder de quien se atribuye la representación del demandante o del demandado. (...) En cuando al carácter defectuoso del poder de representación que amerita esta excepción, cabe señalar que se incurre en tal*

---

*situación cuando se carece del poder, es nulo, falso o le faltan cualidades propias e intrínsecas para su eficacia*<sup>40</sup>.

Coincidiendo con la cita anteriormente expuesta, se advierte que la presente excepción regula dos supuestos distintos, estos son la representación insuficiente y defectuosa. Siendo que, la primera evidencia la existencia de un poder plenamente válido pero con limitación en razón a sus facultades, dentro de las cuales se encuentra la ausencia de representación en la vía judicial; mientras que, respecto de la segunda, nos podemos encontrar frente a poderes nulos o falsos, básicamente.

- **La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda:** La presente excepción ha sido conocida históricamente y en otras legislaciones como *oscurus libelo* o *defecto legal* y en estricto atiende a defectos de forma en la demanda, siendo que, de manera concreta tal excepción se presenta ante la existencia de situaciones poco claras o confusas en el marco de la demanda, como la incongruencia entre el petitório y los hechos que lo sustentan, la ausencia de coherencia o la insuficiencia de los elementos esenciales y que permitan identificar correcta y claramente los hechos, objetos y sujetos materia de la demanda en cuestión, entre otros; situación que evidentemente afectaría el derecho de defensa como manifestación del derecho de contradicción de la parte demandada, puesto que al no encontrarse claro o resultar confuso lo pretendido, imposibilitaría ejercer de manera correcta y adecuada la estrategia de defensa que el demandado pueda adoptar.

Así, tenemos que para Vásquez<sup>41</sup>: “(...) *Esta excepción se origina en el derecho romano y era reconocida como de <<osbculo libelo>>, que podía oponer el demandado, cuando la demanda no era clara o tenía defectos de forma; posteriormente se le dio el nombre de <<defecto legal en el modo de proponer la demanda>>. Esta excepción procede cuando el actor incumple con los requisitos y solemnidades que el ordenamiento jurídico prescribe*

---

40 División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, “Manual del Proceso Civil”, Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2015, Página 123.

41 VÁSQUEZ LAGUNA, Juan, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Editorial: APECC, Lima, 2010, Página 115.

---

*para la demanda o para alguna en particular. Entre los supuestos que se pueden citar tenemos: falta de precisión respecto de la pretensión que reclama (se pide indemnización por daño moral sin precisar el monto que se demanda) o el uso de una vía procedimental que no corresponde a la pretensión, o los hechos no son claros, ordenados y sucintos, o no se precisa lo que se pide, o la identificación del demanda no es clara. En suma, el emplazado debe saber quién demanda, qué es lo que se demanda y porqué se le demanda, y de no ser así, se encontrará en una incertidumbre ".*

En este punto, consideramos importante precisar que a nuestro parecer el supuesto bajo comentario cuenta con dos situaciones particulares, estas son la oscuridad y la ambigüedad. Siendo que, la oscuridad se refiere a una situación que no es clara, por ejemplo, no haber determinado exactamente el bien materia de un proceso de desalojo, reivindicación o de división y partición, o no establecer y clasificar los conceptos correspondientes al monto global materia de la demanda de indemnización; mientras que, la ambigüedad, da lugar en aquellos casos que los datos proporcionados genera confusión para poder determinar lo peticionado, por ejemplo, si se demanda ejecución forzada de alguna prestación materia de un contrato pero de la relación de los hechos materia de la demanda se advierte que se requiere la resolución contractual del referido contrato.

- **La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa:** Consideramos que este supuesto carecería de importancia en el ámbito civil, puesto que los Procesos Contenciosos Administrativos cuentan con su propia normativa regulada a través del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, en la cual perfectamente puede encajar dicha excepción en virtud a la especialidad de la misma.

Cabe precisar que, esta excepción cuestiona que previamente a interponer la demanda respectiva se haya agotado la instancia administrativa en la respectiva entidad pública en la cual se encuentre discutiendo el caso que tiene pensado poner en discusión judicial; sin embargo, es importante tener en consideración que el artículo 21° del citado Texto Único Ordenado<sup>42</sup>, regula

---

42 Artículo 21.- Excepciones al agotamiento de la vía administrativa  
No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

---

las excepciones para que prospere la excepción del agotamiento de la vía administrativa.

- **La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado:** Como se ha indicado con anterioridad la legitimidad para obrar es aquella capacidad o aptitud legal que permite a cualquier sujeto de derecho ser parte material de un proceso. Siendo que esta, principalmente, puede ser ordinaria y extraordinaria, considerando la primera como aquella coincidencia entre las partes de la relación jurídica material y la relación jurídica procesal; mientras que, la segunda importa la posición habilitante que otorga la ley para que a pesar de no ser parte de la relación jurídico material se pueda ser parte jurídica procesal, debido a que nos encontramos ante supuestos como la representación, intereses colectivos e intereses difusos.

Sobre el particular, tenemos que: *“La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado se encuentra previas en el inciso 6) del artículo 446 del Código Proceso Civil. Constituye aquel instrumento procesal dirigido a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva o material y quienes forman parte de la relación jurídico procesal. Condicho instituto se pone de manifiesto la carencia de identidad entre las personas inmersas en una y otra relación, y no la falta de titularidad del derecho, porque esta última se revolverá al final del juicio con la sentencia”*<sup>43</sup>.

Así, queda en evidencia que la referida excepción se encuentra destinada a cuestionar la falta de identidad entre los sujetos que forman parte de la

- 
1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.
  2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumplierse con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
  3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnante.
  4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.
- 43 División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, “Manual del Proceso Civil”, Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2015, Página 123.

---

relación jurídico material respecto de los sujetos que conforman la relación jurídico procesal, sin que ello implique efectuar algún pronunciamiento sobre el derecho o interés jurídico discutido o materia de certidumbre. Sin embargo, en aquellos casos que nos encontremos frente a la figura de la representación, intereses colectivos e intereses difusos, tenemos que la mencionada excepción no procederá teniendo en cuenta que nos encontramos frente a supuestos excepcionales de procedencia de la demanda interpuesta; salvo que, a través de la presente excepción o la que corresponda, se logre demostrar la ausencia o deficiencia de las citadas situaciones excepcionales.

- **La excepción de litispendencia:** La particularidad de esta excepción es que se cuestiona en sí el inicio de un proceso a pesar que se encuentra en trámite uno idéntico. En dicho escenario, para poder determinar la calidad de “identidad” de dos procesos deben configurarse lo que es denominado como la triple identidad, la cual constituye la identidad de sujetos, identidad de objeto e identidad de fundamentos.

Para Ledesma<sup>44</sup>; “(...) constituye requisito primordial para que proceda esta excepción la concurrencia de tres identidades procesales: identidad de sujeto, objeto y causa; sin embargo, aparte de esta triple identidad se requiere la existencia de otro proceso en giro pero de naturaleza jurisdiccional; esto es, no generan litispendencia los actos previos o preparatorios de la demanda, por más que el inicio de aquella pueda retrotraerse excepcionalmente al momento en que se realizan, como efectivamente ocurre cuando se trata de actuaciones que al actor debe necesariamente llevar a cabo antes de demandar. Tampoco produce litispendencia los procedimientos administrativos pero sí el arbitraje y los actos de jurisdicción voluntaria que se lleven a cabo en presencia de un juez”.

En tal sentido, queda claramente establecido que la configuración de la presente excepción requiere, además de la configuración de la triple identidad, de la existencia previa de un proceso judicial; situación que importa como mínimo la interposición de una demanda. Consideramos pertinente marcar diferencia con relación a la posibilidad que este supuesto se configure con relación al arbitraje, puesto que consideramos que en dicho

---

44 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo II, Editorial: Gaceta Jurídica, Lima, 2008, Página 461.

---

supuesto tenemos la posición que nos encontraríamos frente a la excepción de convenio arbitral.

- **La excepción de cosa juzgada:** Esta excepción guarda cierta similitud con la excepción de litispendencia, puesto que para su configuración también requiere de la materialización de la referida triple identidad, esto es identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Sin embargo, se diferencian en el hecho que esta triple identidad no se va presentar respecto de un proceso en trámite, sino con relación a uno culminado con un pronunciamiento con la calidad de cosa juzgada.

En tal escenario, Ticona<sup>45</sup>, alega sobre la excepción de cosa juzgada que: *“(...) permite denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia”.*

Tal es así que, el Magistrado Sanchez - Porturas<sup>46</sup> agrega lo siguiente: *“Aquí no debe interesar si se trata de “cosa juzgada absoluta o relativa, material o formal”. Es lo de menos. Lo cierto es que el pretensor, ya obtuvo una “decisión jurisdiccional firme”. Por consiguiente, no sólo ha aplacado su interés procesal, sino que incluso ha generado la actuación y declaración del derecho objetivo, al margen de que la sentencia expedida, no haya satisfecho su interés material. Siendo así, es un nuevo intento de arrimo a la tutela”.*

- **La excepción de desistimiento de la pretensión:** Continuando con las semejanzas esta excepción de igual forma que las anteriores requiere la configuración de la triple identidad; no obstante y como característica diferenciadora para el caso en particular, se debe presentar la existencia previa de un proceso en el cual se renunció de manera expresa y definitiva frente al

---

45 TICONA POSTIGO, Víctor, “Análisis y comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo I, Editorial: Grijley, Lima, 1996, Página 557.

46 SANCHEZ-PORTURAS GANOZA, Gerardo, “El interés para obrar en las excepciones y defensa previas”, En: Jurídica – Suplemento de análisis legal de El Peruano, Año 5, N° 199, Lima, 2008, Página 6.

---

respectivo órgano jurisdiccional respecto de la pretensión en discusión y contra el mismo demandado.

Así, tenemos que para Monroy<sup>47</sup> a través de la presente excepción: “(...) el demandante –antes del actual proceso-, inició otro en el cual decidió renunciar definitivamente a continuar haciendo uso del órgano jurisdiccional contra el mismo demandado y sobre la misma pretensión. Por esta razón, atendiendo a una declaración expresa de renunciabilidad definitiva de su pretensión, el demandante –en opinión del excepcionante- no puede iniciar otra demanda contra él, precisamente porque ya no tiene interés para obrar, ya lo agotó en el anterior proceso en el cual se desistió de su pretensión”.

Igualmente, el Magistrado Sanchez - Porturas<sup>48</sup> manifiesta que: “Si el impetrado acredita que el peticionante ya se había retraído de igual petitorio que el incoado, exigirlo doble y posteriormente, conlleva a establecer, a no dudarlo, que ya no ofrece un estado de necesidad de tutela. Esta excepción también debe demostrar la triple identidad”.

- **La excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción:** Otra de las excepciones que configuran la triple identidad a efectos de materializarse es la excepción de conclusión del procesos por conciliación o transacción, puesto que tanto las partes, hechos y fundamentos, materia de la conciliación o transacción deben ser idénticas a la requeridas en el proceso en el cual se formula la respectiva excepción.

En comentario a la presente excepción Carrión<sup>49</sup> señala: “(...) cuando un proceso civil hubiera concluido mediante conciliación y no obstante ello se inicia un nuevo proceso idéntico a aquel, el demandando, en el segundo proceso, puede deducir la excepción de conclusión del proceso por conciliación o simplemente la excepción de conciliación”.

---

47 MONROY GÁLVEZ, Juan, “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”, En: Themis, Número 27-28, Lima, 1994, Páginas 126 a 127.

48 SANCHEZ-PORTURAS GANOZA, Gerardo, “El interés para obrar en las excepciones y defensa previas”, En: Jurídica – Suplemento de análisis legal de El Peruano, Año 5, N° 199, Lima, 2008, Página 6.

49 CARRIÓN LUGO, Jorge, “La postulación en el proceso”, Editorial: Cuzco, Lima, 1994, Página 352.

---

En complemento, resulta adecuado acotar que de conformidad con lo dispuesto en el Primer Pleno Casatorio Civil, la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el numeral 10 del artículo 446° del Código Procesal Civil; siendo que, a nuestro entender dicha interpretación también debe hacerse efectiva con relación a la conciliación extrajudicial considerando que paridad de sus efectos.

- **La excepción de caducidad:** Al respecto, Monroy<sup>50</sup>, ha precisado que: *“La caducidad es una institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Se caracteriza porque extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. Si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada”*.

En dicho contexto, coincidimos en que la referida excepción cuestiona la extinción o caducidad de un derecho sustantivo debido a que ha transcurrido el plazo previsto por ley para su reclamación, siendo que en esencia la presente excepción castiga la inacción por parte del titular del derecho en cuestión y, a su vez, pondera instituciones como la seguridad jurídica; motivo por el cual, su pretensión en la vía procesal no tendría asidero. Es importante tener en consideración que una particularidad de esta excepción resulta ser la obligatoriedad por parte del Órgano Jurisdiccional de declararla de oficio

- **La excepción de prescripción extintiva:** Con relación a la presente excepción consideramos que la misma guarda cierta similitud con la de caducidad, puesto que al igual que la referida excepción ésta ópera debido a la inercia en el tiempo respecto de su ejercicio. No obstante, dentro de sus particularidades encontramos que la misma no puede ser declarada de oficio, únicamente se materializa a pedido de parte, y que, extingue lo que es denominado erróneamente por nuestra legislación como la acción, en vez de

---

50 MONROY GÁLVEZ, Juan, “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”, En: Themis, Número 27-28, Lima, 1994, Página 127.

---

la pretensión.

Tal es así, que según Monroy<sup>51</sup>: *“También ligada al efecto falta del tiempo en el derecho, está regulada la excepción de Prescripción extintiva. Sin embargo, a diferencia de la caducidad aplicable a los derechos materiales y por consecuencia lógica a la pretensión que se sustente en ellos, la prescripción extintiva destruye la pretensión, es decir la posibilidad de exigir judicialmente algo sustentado en un determinado derecho, sin afectar a éste”*.

- **La excepción de convenio arbitral:** La presente excepción se presenta como una excepción a la regla general del ejercicio de la jurisdicción, como es de conocimiento la labor jurisdiccional se ejerce a través del Poder Judicial; sin embargo, nuestro ordenamiento ha convenido necesario establecer ciertas excepciones, dentro de las cuales, se encuentra el arbitraje, siempre que nos encontremos en el marco de derecho de libre disponibilidad. En dicho escenario y siempre que previamente al ejercicio de la respectiva acción judicial se haya establecido el correspondiente convenio arbitral, resulta procedente y fundada la formulación de la presente excepción.

Para el Magistrado Sanchez - Porturas<sup>52</sup>: *“Al concretar las partes materiales que, ante las posibles atingencias que pueda manar la relación jurídica sustantiva constituida, la satisfacción de su necesidad la buscarán, no en el fuero común, sino en el privado; entonces, dirigirse a aquél y no a éste conforme a lo previsto por ellos, es redundante y demostrativo de lo innecesario de la presencia estatal en el pleito”*.

- **La excepción de falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil:** La presente excepción ha sido incorporado al cuerpo normativo del Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo N° 1384, siendo que los supuesto que cabrían en aplicación de

---

51 MONROY GÁLVEZ, Juan, “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”, En: Themis, Número 27-28, Lima, 1994, Páginas 126 a 127.

52 SANCHEZ-PORTURAS GANOZA, Gerardo, “El interés para obrar en las excepciones y defensa previas”, En: Jurídica – Suplemento de análisis legal de El Peruano, Año 5, N° 199, Lima, 2008, Página 6.

---

la presente excepción son los siguientes:

*“Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida*

*Tienen capacidad de ejercicio restringida:*

*1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*

*2.- Los pródigos.*

*3.- Los que incurrn en mala gestión.*

*4.- Los ebrios habituales.*

*5.- Los toxicómanos.*

*6.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*

*7.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.”*

Es importante hacer mención que la citada regulación derogó como supuestos correspondientes a la capacidad restringida a los retardados mentales y a los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, puesto que de conformidad con su Exposición de Motivos se tuvo por finalidad reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad estableciendo un apoyo que garantice su ejercicio en condiciones de igualdad, de conformidad con la normativa internacional.

En dicho sentido, queda en evidencia que la citada excepción únicamente procede respecto de los supuestos antes citados, considerando que los mismos contienen situaciones en las cuales las personas que incurran en ellos, no se encontrarían en condiciones óptimas para el adecuado ejercicio de sus derechos y por ende de su capacidad; motivo por el cual, se cuestiona su participación como parte del proceso a pesar de ostentar dicha condición.

