



Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos



Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021
Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76

76

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76

FUNDADORES

PEDRO M. OLIVEIRA, DECANO (†1958)

ALBERTO ULLOA SOTOMAYOR (†1975)

ÁNGEL GUSTAVO CORNEJO (†1943)

JUAN BAUTISTA DE LAVALLE (†1970)

JORGE BASADRE (†1980)

MANUEL G. ABASTOS (†1983)

DECANO

VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0977-9471>

E-mail: vtorol@unmsm.edu.pe

DIRECTOR

FRANCISCO ROGGER CARRUITERO LECCA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7615-153X>

E-mail: fcarruiterol@unmsm.edu.pe

EDITOR

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

CONSEJO EDITORIAL

FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9464-790X>
E-mail: fmiroquesadar@unmsm.edu.pe

ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>
E-mail: asaenz@unmsm.edu.pe

JOSÉ ENRIQUE BENJAMÍN PALMA NAVEA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7581-2877>
E-mail: jpalman@unmsm.edu.pe

JUAN GUALBERTO CHÁVEZ MARMANILLO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3653-500X>
E-mail: jchavez@unmsm.edu.pe

HÉCTOR ELVIS MARTÍNEZ FLORES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2048-5343>
E-mail: hmartinez@unmsm.edu.pe

CARLOS HAKANSSON NIETO
Universidad de Piura, Piura, Lima
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3410-8573>
E-mail: carlos.hakansson@udep.edu.pe

CARLOS FERNÁNDEZ FONTENOY
Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7382-6036>
E-mail: carlos.fernandezf@uarm.pe

CARLOS VICENTE NAVAS RONDÓN
Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7110-418X>
E-mail: carlosnavasr@hotmail.com

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1404-7074>
E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

JORGE LUIS CÁCERES ARCE

Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0212-1298>

E-mail: jcaceres@ucsm.edu.pe

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-4058-8868>

E-mail: cagurtog@unmsm.edu.pe

CONSEJO CONSULTIVO

CLAUS ROXIN

Universidad de Múnich, Múnich, Alemania

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0006-2403-8451>

E-mail: mail@claus-roxin.de

DIETER NOHLEN

Universidad de Heidelberg, Heidelberg, Alemania

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0007-4271-5804>

E-mail: dieter.nohlen@urz.uniheidelberg.de

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0003-8142-9342>

E-mail: fdezsegado@der.ucm.es

RICARDO ALONSO GARCÍA

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7619-6431>

E-mail: rag@der.ucm.es

RICARDO RIVERO ORTEGA

Universidad de Salamanca, Salamanca, España

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>

E-mail: ricriv@usal.es

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla, Sevilla, España

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4110-8662>

E-mail: aperez3@us.es

PAOLO COMANDUCCI

Universidad de Génova, Génova, Italia

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0378-3293>

E-mail: comanducci@unige.it

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Editorial Cátedra Vallejo E. I. R. L.

E-mail: editorialcatedravallejo@gmail.com

Coordinadora editorial: Gladys Flores Heredia

ISSN: 3028-9343 (En línea)

ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-00899.

© Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Calle Germán Amézaga 375, Lima, Perú

Teléfono: (01) 6197000, anexo: 2002

E-mail: decanoder@unmsm.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Calle Germán Amézaga 375, Lima 15081, Perú

E-mail: decanoder@unmsm.edu.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

LICENCIA



La *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

**AUTORIDADES ACTUALES
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

DRA. JERI GLORIA RAMÓN RUFFNER DE VEGA
(Rectora)

DR. CARLOS FRANCISCO CABRERA CARRANZA
(Vicerrector académico de Pregrado)

DR. JOSÉ SEGUNDO NIÑO MONTERO
(Vicerrector de Investigación y Posgrado)

**AUTORIDADES ACTUALES
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

DR. VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS
Decano

DR. JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA
Vicedecano académico

DR. CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS
Vicedecano de Investigación y Posgrado

DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA
Director de la Unidad de Posgrado

DR. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA
Director de la Escuela Profesional de Derecho

DR. JAIME ZELADA BARTRA
Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política

LIC. DIANA CCAHUAY GARRIAZO
Directora administrativa

MAG. ALEXEI DANTE SÁENZ TORRES
Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

PROFESORES HONORARIOS (Derecho)

ALEXY, ROBERT
ALESSANDRI, ARTURO (†)
ALTERINI, ATILIO ANÍBAL (†)
ALPA, GUIDO
ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA
ATIENZA RODRIGUEZ, MANUEL
BARATTA, ALESSANDRO
BARCÍA TRELLES, CAMILO (†)
BEDOYA REYES, LUIS (†)
BIANCA, CESARE MASSIMO (†)
BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (†)
BORDA, GUILLERMO ANTONIO (†)
BUSNELLI, FRANCESCO
CALMÓN, PEDRO (†)
CANÇADO TRINDADE, ANTONIO
CAPPELETTI, MAURO (†)
CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN
DÍEZ-PICAZO, LUIS (†)
DE BARROS CARVALHO, PAULO
DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (†)
DE REGO MONTEIRO, LUIS A. (†)
ESPIN CÁNOVAS, DIEGO (†)
FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO
FRANCO, MANOEL DE OLIVEIRA (†)
GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (†)
GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO (†)
GARRIDO, LUIS
GHEZZI, GIORGIO
GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO BERDUGO
GORDILLO, AGUSTÍN
FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR
KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA
LAPLAZA, FRANCISCO P. (†)
LENE, ERNESTO (†)
LIMONGI FRANCA, RUBENS (†)
MALHERBE, JACQUE
MARTÍ BUFILL, CARLOS (†)
MATEO, RAMÓN MARTÍN (†)
MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)
MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO
NILES, RUSSEL D. (†)
PAREJO ALFONSO, LUCIANO
PEYRANO, JORGE W.
RÉBORA, JUAN CARLOS (†)
RECASÉNS SICHES, LUIS (†)
RESCIGNO, PIETRO
ROCA ROCA, EDUARDO (†)
ROCCO, EMMA ADELAIDA
ROMAGNOLI, UMBERTO
ROUSSEAU, CHARLES (†)
ROXIN, CLAU
RUSSOMANO, MOZART VÍCTOR (†)
TIEDEMANN, KLAUS (†)
SIEBER, ULRICH
SOLER, SEBASTIÁN (†)
VISINTINI, GIOVANNA

PROFESORES EMÉRITOS (Derecho)

ABASTOS, MANUEL G. (†)
ACEVEDO CRIADO, LUIS (†)
ALZAMORA SILVA, LIZARDO (†)
ALZAMORA VALDEZ, MARIO (†)
APARICIO VALDEZ, GERMÁN (†)
ARAMBURÚ MENCHACA, ANDRÉS (†)
ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX (†)
BACACORZO, GUSTAVO (†)
BASADRE, JORGE (†)
BRAMONT ARIAS, LUIS A. (†)
CABREDO RÍOS, MARÍA JESÚS
CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO (†)
CASTILLO COLONNA, LUCIANO (†)
CASTILLO DÁVILA, MELQUÍADES (†)
DUNBAR TEMPLE, ELLA (†)
FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (†)
FERRERO COSTA, AUGUSTO
FERRERO COSTA, RAÚL ENRIQUE J.
GARCÍA CALDERÓN, MANUEL (†)
GARCÍA MONTÚFAR, GUILLERMO (†)
GARCÍA RADA, DOMINGO (†)
GAZZOLO MIANI, LUIS (†)

HERAUD CRICET, LUIS (†)
HERRERA PAULSEN, DARÍO (†)
LA HOZ TIRADO, RICARDO (†)
LANATTA, RÓMULO E. (†)
LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ (†)
LLONTOP AMORÓS, CARLOS (†)
MAÚRTUA VÁSQUEZ, VÍCTOR (†)
MIMBELA DE LOS SANTOS, EDUARDO (†)
MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)
MONTOYA MANFREDI, ULISES (†)
NUGENT, RICARDO (†)
PARODI REMÓN, CARLOS
QUISPE CORREA, ALFREDO (†)
RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE
RODRÍGUEZ PASTOR, CARLOS (†)
ROY FREYRE, LUIS EDUARDO
RUIZ ELDREDGE RIVERA, ALBERTO (†)
SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO
TELLO JOHNSON, JACINTO (†)
THOL, JUAN (†)
UGARTE DEL PINO, JUAN VICENTE (†)
VÁSQUEZ DE VELASCO PRENTICE, RAFAEL (†)

DOCENTES DE LA FACULTAD

Profesores Principales

BROUSSET SALAS, RICARDO ALBERTO
CORNEJO GUERRERO, CARLOS ALEJANDRO
CHANAMÉ ORBE, RAÚL ROOLSEVELT
CHÁVEZ DE PAZ, GREOGORIO DENNIS
DELGADO GUZMÁN, OCTAVIO GALVARINO
ESPINOZA ESPINOZA, JUAN ALEJANDRO
GONZÁLES ESPINOZA, CHEDORLAOMER RUBÉN
GUTIÉRREZ TUDELA, JORGE GUILLERMO
HUANCAHUARI, FLORES SIMEÓN
HUGO VIZCARDO, SILFREDO JORGE
JAEGER REQUEJO, RAFAEL EDUARDO
LANDA ARROYO, CÉSAR RODRIGO
MAGALLANES REYES, JOSÉ
MALLQUI QUIJANO, WILLIAM GAUDENCIO
MARTÍNEZ FLORES, HÉCTOR ELVIS
MIRÓ QUESADA RADA, FRANCISCO JOSÉ

NIZAMA VALLADOLLID, MEDARD
ÑIQUE DE LA PUENTE, JOSÉ ANTONIO
ORTIZ SOTELO, JORGE ALFREDO RAFAEL
PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ FELIX
PÉREZ RÍOS, CARLOS ANTONIO
PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO
RAMÍREZ ERAZO, RAMÓN
RETAMOZO LINARES, JOSÉ ALBERTO
ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER
ROMERO QUISPE, JACOBO
SÁENZ TORRES, ALEXEI DANTE
SÁNCHEZ VELARDE, PABLO WILFREDO
SILVA VALLEJO, JOSÉ ANTONIO NICANOR
SMALL ARANA, GERMÁN
TORO LLANOS, VÍCTOR ENRIQUE
TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL
URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ FRANCISCO
VILLA STEIN, JAVIER
ZÁRATE DEL PINO, JUAN BELFOR

Profesores asociados

ABREGÚ BAEZ, MARÍA DEL CARMEN
ARBULÚ MARTÍNEZ, JIMMY
ARIANO DEHO, EUGENIA SILVIA MARÍA
BAZÁN CHÁVEZ, JUAN ANTONIO
BOLAÑOS VELARDE, VÍCTOR HUGO
CANELO RABANAL, RAÚL BLADIMIRO
CARRUITERO LECCA, FRANCISCO ROGGER
CHÁVEZ MARMANILLO, JUAN GUALBERTO
CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR MANUEL
CUETO CHUMÁN, PEDRO GUSTAVO ALBERTO
ESTELA HUAMÁN, JOSÉ ALBERO
FERNÁNDEZ CARTAGENA, JULIO AUGUSTO
FERNÁNDEZ FONTENOY, CARLOS
FIGUEROA BUSTAMANTE, JULIO HERNÁN
GAMARRA VILCHEZ, LEOPOLDO FÉLIX
GONZÁLES CAMPOS, ROBINSON OCTAVIO
GRANDEZ CASTRO, PEDRO PAULINO
GUERRA CERRÓN DE MULLER, JESÚS MARÍA ELENA
HERNÁNDEZ CAMPOS, CARLOS AUGUSTO L.
LAMA MORE, HÉCTOR ENRIQUE

LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA LEONOR
MÁVILA LEÓN, ROSA DELSA
PALMA NAVEA, JOSÉ ENRIQUE BENJAMÍN
PARIONA ARANA, RAÚL BELEALDO
PEÑA FARFÁN, SAÚL
PEÑA JUMPA, ANTONIO
PERALTA FRANCIS, SAULO YENSQUI
PORTOCARRERO QUINTANA, JESÚS MARIO
PRÍNCIPE TRUJILLO, HUGO HERCULANO
SEIJAS RENGIFO, TERESA DE JESÚS
SOTO VALLENAS, VÍCTOR GASTÓN AQUILES
TAPIA CABAÑIN, MIGUEL ÁNGEL
VARGAS JARAMILLO, GUILLERMO JULIO
VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE ANTONIO
VIGIL DE QUIRÓZ, CLOTILDE CRISTINA
ZELADA BARTRA, JAIME VÍCTOR

Profesores auxiliares

ALIAGA JIBAJA, LUIS AUGUSTO
ARANA YANCES, DANIEL MARTÍN
BERMUDEZ TAPIA, MANUEL ALEXIS
BERNUI ORÉ, PEDRO ENRIQUE
CABALLERO SEGA, KATTY ANGÉLICA
CABREJO ORMACHEA, NAPOLEÓN
CAMUS CUBAS, JOSÉ ALEXANDER
CASTAÑEDA GONZÁLES, VLADO ERICK
CASTILLO RAFAEL, CARLOS ENRIQUE
CIUDAD RENAUD, ADOLFO ALBERTO
FELIX DILL'ERVA, ITALO JOSHUA
GARCÍA JIMÉNEZ, MOISÉS GUSTAVO
HUERTA AYALA, ÓSCAR ALBERTO
JÁUREGUI MENDIETA, JORGE ANTONIO
LARA MARQUEZ, JAIME NILTON
LARICO APAZA, YANETH CAROL
LOAYZA LAZO, ALBERTO ANTONIO MARTÍN
MEJÍA TARAZONA, ROBERT ALEJANDRO
MENDIETA PÉREZ, MICHAEL IVÁN
MORALES HERVÍAS, RÓMULO MARTÍN
NAVARRO GONZALES, MARTÍN DEMETRIO
NINAMANCO CÓRDOVA, JHUSHEIN FORT
OLAYA MEDINA, JOE ORIOL

PAIVA GOYBURU, DANTE MARTÍN
PÉREZ CAMARENA, ROLF KENT
PÉREZ LÓPEZ, JORGE ADALBERTO
RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ MAY LING
RAMOS MONTES, CARLOS
RAMOS MORALES, LEONIDAS LUCAS
RAMOS PADILLA, CÉSAR EUSEBIO
REBAZA VILCHEZ, KAREN MARIBEL
RIVAS COSSIO, RUBÍ ELIZABETH
ROBLES MORENO, CARMEN DEL PILAR
ROCA MENDOZA, ORESTE GHERSON
RODRÍGUEZ HURTADO, MARIO PABLO
RODRÍGUEZ NAVIA, ALIZON WILDA
ROJAS LEO, JUAN FRANCISCO
ROMERO ROMERO, YURI FRANK
SALCEDO CUADROS, CARLO MAGNO
SANTY CABRERA, LUIGGI VICTORIO
SOSA SACIO, JUAN MANUEL
UGARTE BOLUARTE, KRUPSKAYA ROSA LUZ
VARGAS APOLINARIO, ANDRÉS VICENTE

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



La *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y políticos. En ese sentido, las principales líneas temáticas que difunde la revista incluyen todas las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía e historia del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras disciplinas.

Los artículos de la revista se arbitran tomando en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte, actualidad y contribución al conocimiento sobre el derecho y la ciencia política. La revista se reserva el derecho de publicación y realizará las correcciones de estilo y las adecuaciones pertinentes a los artículos aceptados para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho y Ciencia Política* recibe las colaboraciones de todos los docentes de nuestra casa de estudios, así como los de otras universidades nacionales e internacionales, y de investigadores en temas jurídicos y políticos.

Esta publicación está dirigida a investigadores del derecho y la ciencia política, docentes universitarios, estudiantes y al público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica y política.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



The Review of Law and Political Science. A publication of the Faculty of Law and Political Science of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal and political issues. In this sense, the main thematic areas covered by the journal include all specialities of law, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy and history of law and theory of law. It also promotes the use of inter- and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other disciplines.

The articles in the journal are refereed taking into account the following evaluation criteria: originality, thematic contribution, current problems, and any contribution to the knowledge of law and political science. The journal reserves the right of publication and will make the necessary style corrections and adjustments to the articles accepted in order to comply with the requirements of the publication.

The Review of Law and Political Science welcomes contributions from all professors at our university, as well as from other national and international universities, and from researchers in legal and political subjects.

This publication is aimed at researchers in law and political science, university professors, students, and the public interested in legal and political research issues.



CONTENIDO

Editorial

19 JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Artículos de investigación

Filosofía, casación y democracia constitucional

25 OSVALDO WALTER PISFIL CAPUÑAY

Reorganización de sociedades concursadas en la Ley General
del Sistema Concursal

39 CÉSAR EUSEBIO RAMOS PADILLA

Los fundamentos económicos, sociales y políticos de los
derechos del trabajo

77 MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA

La ciudadanía y el control normativo: Las demandas de
inconstitucionalidad interpuestas por los ciudadanos entre los
años 2013 y 2018

115 DANTE PAIVA GOYBURU

137 Vinculación jurídica del solicitante de refugio con el Estado
JORGE ERNESTO HINOSTROZA IRAZABAL

149 El notariado en la historia del actual Colegio de Notarios de
Lambayeque, sus archivos notariales y su visión a futuro
ANTONIO ENRIQUE VERA MÉNDEZ



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76.01

EDITORIAL

Nos encontramos en el segundo año de la pandemia con un panorama bastante desfavorable. Las víctimas mortales se cuentan en miles a nivel nacional y la contracción de la economía arriesga la estabilidad de muchas familias y empresas, lo cual representa un inmenso desafío por remediar. Sin embargo, surge una esperanza con el inicio de la distribución de las vacunas gratuitas para toda la población, empezando con el personal de salud que tuvo que encarar directamente los efectos de la COVID-19.

En este contexto, las actividades de nuestra Facultad han sido 100 % virtuales; admirablemente, los docentes y los estudiantes han podido seguir adelante con los cursos y el cumplimiento del plan de estudios gracias a las herramientas multimedia, superando el desafío que representó migrar a las clases remotas. Esto reafirma la histórica tradición de nuestra legendaria *alma mater*, que siempre tomó todo reto como una oportunidad de mejora y desarrollo.

Por supuesto que nuestra *Revista de Derecho y Ciencia Política* también continúa sus actividades, a pesar de las adversidades que han originado un inevitable pero breve retraso. Debido a las condiciones que afrontamos, publicamos el presente número con los valiosos

estudios que nos han proporcionado Osvaldo Pisfil, César Ramos, María Eugenia Cerna, Dante Paiva, Jorge Hinostroza y Antonio Vera.

En principio, Osvaldo Pisfil aborda las temáticas de la filosofía, la casación y la democracia constitucional, que son de plena actualidad, sobre todo por la constante vinculación de los fallos judiciales con la seguridad jurídica del país y la demanda, por parte de los justiciables, de encontrar pronunciamientos objetivos e imparciales en el fuero que permitan mantener la confianza en el sistema.

Por su parte, César Ramos explica la reorganización de las sociedades concursadas en la Ley General del Sistema Concursal, una acción que ha tenido, en los últimos años, un mayor alcance conforme lo reporta el Indecopi y, como tal, requiere de un tratamiento adecuado y oportuno para asegurar el cumplimiento de los fines del sistema.

De otro lado, la profesora María Cerna incide en los fundamentos económicos, sociales y políticos de los derechos del trabajo, una institución que, en este contexto de pandemia, afronta nuevas circunstancias, por lo que se necesita una mayor reflexión sobre el carácter tuitivo del derecho laboral, asegurando una mejor condición de vida para el trabajador y conciliándola con una adecuada gestión empresarial.

En cuanto a la ciudadanía, Dante Paiva evalúa su participación activa en los reclamos sobre la inconstitucionalidad de numerosas normas municipales y nacionales. El investigador dilucida los razones que impulsan a los ciudadanos en su búsqueda de justicia constitucional.

A continuación, enfocado en la condición de los refugiados, Jorge Hinostroza estudia la vinculación jurídica del solicitante de refugio con el Estado. Tal como se puede apreciar en los últimos años, los regímenes autoritarios están creciendo y las guerras en el mundo se siguen agudizando, por lo que los desplazados y los refugiados necesitan de atención y tratamiento urgentes que les garanticen la integridad de sus vidas y otras cuestiones indispensables.

Por último, Antonio Vera reflexiona sobre la función del notario peruano y revisa la evolución archivística notarial en nuestro país tomando como ejemplos los archivos de los exnotarios del Colegio de Notarios de Lambayeque. Él resalta la importancia jurídica del archivo notarial, el cual debe digitalizarse para que se pueda revisar y gestionar de mejor manera.

Finalmente, expresamos nuestro profundo pesar por el sensible fallecimiento de nuestro amigo y docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política el magíster Jesús Mario Portocarrero Quintana. Junto con las autoridades, los docentes, el personal administrativo y los alumnos, expresamos nuestras condolencias y rescatamos su dedicada entrega al desarrollo de la comunidad estudiantil, y en especial por el fortalecimiento de la Escuela de Ciencia Política.

Lima, diciembre de 2021

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

EDITOR

Revista de Derecho y Ciencia Política

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad

Nacional Mayor de San Marcos

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



Artículos de investigación



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

FILOSOFÍA, CASACIÓN Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Philosophy, cassation and constitutional democracy

OSVALDO WALTER PISFIL CAPUÑAY

Poder Judicial del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: opisfil@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0005-5879-205X>

RESUMEN

Una visión de la casación desde la filosofía permite descubrir su esencia y su papel en la sociedad, orienta el diseño no solo de una teoría general conforme a su naturaleza y la realidad a la que sirve, sino que, además, informa correctamente sobre la función jurisdiccional, la cual debe entroncarse con los valores democráticos y republicanos que enarbola nuestra carta política, legitimando la labor de la Corte Suprema de Justicia como verdadera garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Palabras clave: casación; iusfilosofía; democracia constitucional; Corte Suprema de Justicia; derechos fundamentales.

ABSTRACT

A philosophical vision of cassation allows us to discover its essence and its role in society, orients the design, not only of a general theory in accordance with its nature and the reality it serves, but also provides correct information on the jurisdictional function, which must be linked to the democratic and republican values that our political charter upholds, legitimising the work of the Supreme Court of Justice as the true guarantor of the fundamental rights of citizens.

Keywords: cassation; iusphilosophy; constitutional democracy; Supreme Court of Justice; fundamental rights.

Recibido: 20/08/2021 Aceptado: 15/10/2021 Publicado: 10/12/2021

1. GENERALIDADES

La labor casatoria civil de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República ha generado serios y difíciles problemas. Existen preguntas relacionadas con su regulación y aplicación, ya que no cumple con uniformizar los criterios resolutivos jurisprudenciales por las contradicciones surgidas en el tratamiento de casos iguales con soluciones normativas diferentes y, de otro lado, un sector de la doctrina postula la desaparición del ordenamiento del recurso de casación, pues, en los hechos, simplemente es un medio para la revisión de casos concretos, es decir, una tercera instancia. Estos puntos configuran imperativos para averiguar por qué nuestro órgano jurisdiccional de vértice se encuentra cada vez más distante de lograr las finalidades previstas en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

2. IUSFILOSOFÍA Y LABOR JURISDICCIONAL

En principio, la labor del jurista debe contar con la ayuda de la filosofía. Stephen Law (2011, p. 10) diría que pensar de forma filosófica es una aventura, un viaje a los límites del pensamiento y la comprensión.

La iusfilosofía es la reflexión sobre el ser del derecho y su papel en la sociedad. Esta circunstancia es evidente cuando se debe dictar la justicia en un asunto. La gran diferencia entre el legislador y el juez es que a este último se le impone la tarea social de decir cuánto de derecho (justicia) corresponde al caso y decirlo sin filosofía, perdido en un mundo de practicidad; su decisión es un mero subjetivismo jurídico, soslayando la esencia y el fundamento de todo derecho. El juez en democracia no solo debe conocer las leyes, sino también las humanidades como la historia, la filosofía, la literatura, la política, la economía, etc. Entonces, la iusfilosofía sería la reflexión sobre el ser del instituto procesal de la casación y su papel en la defensa de los derechos de los ciudadanos, situaciones que esperamos establecer y, a partir de allí, allanar un camino claro para el formante legislativo sobre el modelo de casación y las funciones de la Corte Suprema de Justicia acordes con nuestra realidad sociojurídica¹.

3. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CASACIÓN CIVIL

La iusfilosofía posibilita determinar los propósitos y los fines de la casación. ¿Cómo es el recurso de casación? Es un asunto de su teoría general (requisitos de forma y fondo, estructura y diseño, etc.). ¿Qué es el recurso de casación? Un asunto de filosofía. Nótese que no es necesario ser filósofo para encontrar una respuesta al tema porque la historia ha demostrado que existieron filósofos no juristas (Hegel, Kant y otros) y juristas no filósofos (por ejemplo, Ihering) que han contribuido grandemente a los retos planteados por la ciencia jurídica. Desentrañar la esencia de la casación desde la filosofía permitirá establecer su significado y su aporte a una teoría general de la casación.

Los fundamentos de su ser se encuentran en sus fines y se corresponden con lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil: «El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia».

1 Legislativamente, se discute un proyecto de ley para regular el instituto a través de una ley especial para aplicarla a una multiplicidad de procesos: Ley Única de Casación.

3.1. ADECUADA APLICACIÓN (E INTERPRETACIÓN) DEL DERECHO OBJETIVO

Lo primero es advertir su fin primigenio: controlar que la sentencia de vista no presente vicios que la hagan inidónea para su finalidad, que es la rectitud de la decisión, y pueda aplicarse a hechos verdaderos de normas correctamente interpretadas (Igartua, 2009, p. 109). A esto se denomina función nomofiláctica o defensa del derecho objetivo.

El instituto se originó en el derecho francés del siglo XVIII e, inicialmente, tenía una función política. Su fundamento era preservar la autoridad del Poder Legislativo, impidiendo la «rebelión del juez». Esto explica por qué la Corte de Casación no era un órgano jurisdiccional, sino un órgano político que, al lado de la Asamblea Legislativa, so pretexto de controlar la labor de los jueces que invadían competencias reservadas al principio político, declaraba nulas sus sentencias y ordenaba su renovación; no tenían capacidad de revocarlas y modificarlas. Sin embargo, esta función ha sido históricamente adaptada a nuestros tiempos, a través de un órgano jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia de la República. La tarea de defensa del ordenamiento jurídico corresponde al Poder Judicial y no a un órgano político como lo fue en sus inicios.

Un asunto interesante de esta labor es el denominado control casacional. La tarea de la Sala Superior es revisora (aunque también de control de la decisión del juez especializado) sobre la base de los agravios formulados con el recurso de apelación y conforme al artículo 370 del Código Procesal Civil. La tarea del juez de primera instancia, fundamentalmente, se señala en la parte final del artículo 121 de la norma acotada. La labor del Tribunal de Casación es de control sobre la rectitud de la resolución de vista; por ello, se le denomina «juez de la sentencia», en cambio, el juez de las instancias de mérito es llamado «juez del proceso». Esto explica por qué el juez de la casación no adquiere pruebas, no elabora hipótesis sobre hechos, no selecciona ni analiza el caudal probatorio, en otras palabras, no decide; única y sencillamente, controla que la sentencia de vista no presente vicios que la hagan impropia a su rectitud. Cabe aclarar que ello no significa

que la sentencia casatoria sea un reflejo autorreferencial que soslaya lo acontecido en el decurso del trámite del proceso.

En este punto, es conveniente atender a dos elementos sumamente importantes en el análisis: los hechos verdaderos y la aplicación de normas correctamente interpretadas. A continuación, los comentamos.

En la teoría del conocimiento, se trata de hechos probados. Esta afirmación encuentra coherencia con la valoración de la prueba, que es un esfuerzo epistemológico a través de la implementación de un juicio racional y conjunto del material probatorio acopiado válidamente. En este sentido, la verdad no solo es el derrotero que busca el proceso, sino un objetivo institucional del Poder Judicial. No nos imaginamos a los jueces de mérito decidiendo sin este valor.

Una visión filosófica del derecho procesal, según Michele Taruffo, advierte que el juez es «garante de la función epistémica del proceso» (citado en Di Donato & Scamardella, 2015, p. 2159); en la concepción del profesor italiano, la verdad, en su dimensión lógica, es la de un enunciado cierto en tanto sea probado o confirmado, circunstancia que debe formar parte de la motivación de la sentencia que garantiza, de por sí, el fin de la verdad. La verdad es un juicio de correspondencia de lo afirmado con lo probado. Un juicio que debe distinguir lo correcto del error. La propuesta epistemológica procesal de Susan Haack es complementaria al análisis; ella sostiene que, a partir de las categorías científicas y a través de un juicio de comprobación (racional y objetiva), es posible demostrar la existencia de los hechos afirmados por las partes. El cometido para introducir los hechos en el derecho dependerá del modelo de conocimiento judicial de los mismos y que el juez afirme que un hecho está probado, tiene fuerza normativa conforme a los estándares probatorios recogidos en los sistemas procesales mediante diversas manifestaciones de verdad como certeza, convicción, verosimilitud, cuasi certeza, elementos de convicción, más allá de la duda razonable, etc.

El control de la aplicación a hechos probados de normas correctamente interpretadas implica que se puede extraer una interpretación valiosa de lo que la disposición legal pertinente quiere mandar,

lo que no significa renunciar al valor ético de lo justo. En la labor judicial, el derecho es una herramienta de solución de conflictos que supone afrontarlos con la implementación de los medios para resolverlos. Superando su visión estática o descriptiva, el derecho es discurso jurídico que forma parte de la razón práctica y sobre esto conviene recordar la «teoría democrática del discurso jurídico» (Lorenzetti, 2006, p. 4), ya que si se trata de extraer una interpretación valiosa, el juez no debe correr o despreocuparse del asunto, sino afrontar y abrazar el conflicto, considerar los diferentes puntos de vista y fomentar el diálogo, especialmente en tiempos de democracia. Como diría Barack Obama, la democracia no es una casa que hay que construir, sino una conversación que hay que mantener (citado por García, 2014, p. 14). La búsqueda de consensos denota asumir la pluralidad de opiniones para formular una interpretación entrecruzada, respetando el derecho de los ciudadanos a obtener una decisión con fundamentos razonables. Una interpretación valiosa es, además, aquella que se entronque con los principios democráticos y republicanos. En palabras de John Rawls y su filosofía normativa, se trata de organizar la sociedad en función de un criterio más realista que el valor justicia.

La filosofía de la interpretación jurídica acota que esta persigue tres finalidades (valores éticos) todas importantes para la vigencia del derecho. Lo primero que busca una interpretación es la justicia, que, para Aristóteles, está conectada con la idea de la igualdad. La justicia estrictamente jurídica es la conmutativa, que regula la relación de igualdad y proporción entre derechos y deberes, relaciones contractuales, delitos y penas. La justicia distributiva es la que ejerce el Estado en democracia constitucional por el reparto de cargas y ventajas para los ciudadanos. Lo segundo que se persigue con la interpretación es el valor ético de legalidad. Se trata de una interpretación conforme a las leyes o las reglas jurídicas. Cuando resulta necesaria la intervención del juez para que las diferencias se resuelvan según determinada medida, la legalidad es un instrumento que realiza el valor justicia. Y es que sin legalidad no habrá orden ni paz. Lo tercero a lo que se aspira es el valor de legitimidad, es decir, la conformidad de las leyes que se interpretan de acuerdo con el marco de moralidad

pública que enarbola la Constitución. Los neoconstitucionalistas entienden que la legitimidad es una forma de justicia; mientras que el control judicial de constitucionalidad, una especie de juicio de derecho natural, como enfatiza Zagrebelsky (2003).

3.2. UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL A CARGO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La unidad de la jurisprudencia busca la igualdad de los ciudadanos ante la ley correctamente interpretada con los fallos de la Corte Suprema de Justicia (función uniformadora). Es la aplicación del principio *a pari* (a igual razón o igual derecho) y se funda, además, en el principio de seguridad jurídica, con la certeza del tratamiento igual a los casos similares.

Esta función encuentra vinculación directa con el concepto de democracia constitucional. Superadas las concepciones clásicas, mayoritarias, agregativas o populistas de este modo ideal de convivencia social, las teorías normativas de la democracia consideran que la Constitución no solo debe reflejar el pacto político de las mayorías en un determinado espacio-tiempo histórico, sino también la garantía de respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Luigi Ferrajoli sostiene que el fundamento de legitimidad de la Constitución en democracia no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y los derechos sociales (citado por García, 2014, p. 8). No en vano el ideal de igualdad es tan antiguo como el principio democrático y los ideales de libertad.

La igualdad de las personas, en tal sentido, exige un mandato de igualdad en la aplicación del derecho, que no se circunscribe a la ley expedida por el Congreso, sino que se extiende a la aplicación de los precedentes judiciales que unifican la interpretación de la ley y la Constitución (Suárez, 2006, p. 72). Una sala suprema haría menos difícil la tarea uniformadora de la casación, pero la existencia de diferentes criterios de solución normativa de las salas supremas civiles para casos iguales ha motivado la realización de plenos casatorios con la formulación de precedentes a partir de un caso singular y recurrente,

estableciendo reglas generales con efectos normativos, mecanismo de disciplina jurisprudencial que los jueces del país deben respetar. Solo así la predictibilidad de las decisiones instaurará la primacía del principio de seguridad jurídica y alcanzará la legitimidad del sistema de justicia, muy venido a menos.

3.3. FUNCIÓN DIKELÓGICA

Esta función es entendida como hacer justicia al caso concreto para reactivar el proceso productivo de una nueva sentencia fundada en el proceso (valoración de hechos y pruebas), contraria a la esencia de la labor del juez en la Corte de Casación, que es juez de la sentencia y no del proceso. El hecho de que el recurrente acredite la vulneración de una norma referida a la forma o el fondo del asunto no significa un reexamen de la *questio factio* y la organización o la adquisición de prueba, sino la referida a la *questio iuris* sobre la interpretación y la aplicación del derecho objetivo. Que la labor casatoria se encargue al Poder Judicial, que ejerce funciones jurisdiccionales, no convierte a la casación en un recurso ordinario ni a la Corte Suprema en una tercera instancia. Bastante se ha explicado sobre lo último y, en especial, Michele Taruffo advierte el peligro de desnaturalizar la esencia del recurso para privilegiar problemas surgidos solo por alcanzar la justicia en un caso concreto.

Bastaría entender que, en la labor de interpretación del derecho objetivo, la filosofía jurídica acota que, con dicha actividad, se busca alcanzar tres valores esenciales: justicia, legalidad y legitimidad. Además, la dikelogía (ciencia o tratado de la justicia) es una rama de la iusfilosofía que, frente a la falta de captación unitaria de tal concepto, suministra criterios generales de atribución a través de la ley para que el juez intervenga por las diferencias surgidas con los conflictos y se resuelvan en determinada medida de justicia. Estas situaciones se superan con los pronunciamientos de mérito, amén de que, como el propio Piero Calamandrei (2001) señala en su obra cumbre, el recurso trata del control que ejercen los tribunales de casación sobre los tribunales de segunda instancia que han intervenido para formular el primer control de la aplicación y la interpretación de la ley que hacen los jueces de primera instancia.

Si esto es función dikelógica, creemos que, con la labor casatoria, esta sí se realiza vía interpretación del derecho objetivo al caso concreto, lo que subyace en la función nomofiláctica. Pero si por esta tarea se entiende aplicar justicia al caso concreto, implementando procesos de actividad probatoria y reexamen de hechos, se desnaturalizaría la esencia del instituto, incluso generaría la disfuncionalidad del servicio de justicia con el consustancial desconcierto de los operadores del derecho. La Corte Suprema de Justicia, en este contexto, sería un órgano jurisdiccional de tercera instancia y eso no es posible. Obsérvese que el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil se refiere al principio de doble instancia estableciendo que el proceso civil tiene dos instancias (juez especializado y Sala Superior); entonces, la Corte Suprema, al no ser instancia porque es juez de la sentencia y no del proceso, reafirma el carácter extraordinario del recurso de casación. El control sobre la idoneidad de la sentencia para el fin propuesto (que a los hechos probados les corresponde la aplicación del derecho objetivo correctamente interpretado) se corresponde con un modelo de casación puro y allí la Corte de Casación no tiene en cuenta los hechos porque formula un juicio de puro derecho.

En cambio, un modelo de revisión del tipo alemán o similar a los tribunales del Common Law, que permite evaluar el juicio sobre los hechos (si es correcta o no la premisa existencial), podría llevar al Tribunal al análisis del componente fáctico y, aunque no se admita reabrir el proceso productivo para introducir nuevas pruebas, en aras de preservar la esencia del recurso, es preferible que se adopte un sistema puro y una Corte Suprema con control casacional en los términos ya expuestos.

4. FILOSOFÍA, CASACIÓN Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A la filosofía le corresponde descubrir la esencia o la razón de ser de la casación (qué es), pero este cometido permite establecer, además, cuál es su papel en la sociedad, es decir, su propósito de conseguir el bienestar de los justiciables, sobre todo en un marco de democracia constitucional.

La presencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos es el límite al poder que se ejerce por las mayorías. Si la labor casatoria es el control de la adecuada interpretación y la aplicación del derecho objetivo, es una buena oportunidad para realizarla con frecuencia y buenas decisiones respetando la democracia. Una interpretación valiosa, entrecruzada, producto del análisis de los distintos pareceres y consensuada advierte a un juez que abraza y no es indiferente al problema, sino que lo afronta, formulando una motivación persuasiva que se enraíza con los valores y los principios democráticos.

La filosofía normativa de la motivación no solo exige que la sentencia esté motivada por razones que se esbozan en su favor o que hayan convencido a su destinatario, sino que se apoye en buenas razones (sentido valorativo). El ciudadano de a pie exige una decisión clara y justificada por ser su derecho, reconocido constitucionalmente y, en esa forma, el juez cumple su cuota de responsabilidad política con la democracia, convirtiendo al Poder Judicial en un verdadero poder político porque, con su desempeño efectivo, se erige como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

5. LEGITIMIDAD DEL CONTROL CASACIONAL

Como ya explicamos, la labor del máximo tribunal, en esencia, es de control de la decisión superior. Y esta es la oportunidad inmejorable para legitimar su función, orientando con sus decisiones a los jueces de la república. El control casacional debe realizarse conforme a las leyes y la Constitución. Cabe señalar que su actuación será aceptada en los términos y los propósitos de democracia constitucional por ser el garante de los derechos y las libertades de los gobernados.

De otro lado, legitimar su labor significa devolverle al instituto su esencia con el formante legislativo acorde con su naturaleza y dimensión. No se explica cómo es que, siendo un recurso extraordinario, se haya proscrito la posibilidad de calificación por parte de la Sala Superior, por lo cual todos los recursos (entre ellos, los deficientemente fundamentados, fuera de plazo, sin arancel judicial o manifiestamente improcedentes o inadmisibles) se remitan sin más trámite

que su presentación ante la Corte Suprema, generando una excesiva carga procesal en sus tribunales; esto resalta, además, porque no existe recurso de queja por denegatoria o inadmisión del recurso. Debe subrayarse que, con la presentación del recurso de apelación, el juez de primera instancia califica sus requisitos de admisibilidad y procedencia, y no obstante que lo concede, la Sala Superior implementa el principio de control de legalidad *ex post*, como lo autoriza la parte final del artículo 367 del Código Procesal Civil. De otro lado, en comparación con otras realidades procesales con gran experiencia, reconocemos que la nuestra es corta. La falta de experiencia en el manejo del recurso de casación acorta sus virtudes y bondades; ello explica por qué no entendemos, desde la filosofía, su esencia y sus fines, amén de que el desempeño profesional para interponerlo es deficiente como también lo es su inadecuada calificación para ser desestimados, cuando, en verdad, merecen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La casación es de naturaleza procesal y, si bien sus normas son instrumentales, a diferencia de las normas materiales que ofrecen una solución normativa, estas componen el litigio en la medida que instrumentalizan las soluciones previstas en las normas sustantivas.

La casación es un recurso extraordinario y, por ende, altamente técnico, suficiente, que debe bastarse por sí mismo. Por ello, con razones atendibles debe indicarse cuál es la infracción normativa y cuáles son la interpretación y la aplicación correctas como soluciones. Su improcedencia por deficiencias en su propuesta no significa una vulneración del derecho de acceso a la justicia porque solo procede en los casos taxativamente previstos (por infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial). Sobre lo último y *a contrario sensu*, únicamente si el apartamiento es inmotivado se concedería el recurso, esto significa que la Sala Superior sí se puede desvincular del precedente cuando, conforme a su doctrina, solo se inaplica al establecer que los hechos del caso concreto son diferentes a los del precedente. Cabe advertir que no puede apartarse motivadamente hasta cuando se reformule con mejores razones y un nuevo precedente.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, apuntamos que la iusfilosofía es la reflexión sobre el ser del derecho y su papel en la sociedad. En este contexto, se busca establecer la esencia o el ser del instituto de la casación civil y su papel en la defensa de los derechos materiales de los ciudadanos.

Los fundamentos filosóficos de la casación se encuentran en sus fines, los cuales se expresan en el artículo 384 del Código Procesal Civil: la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto (función nomofiláctica) y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (función uniformadora).

La función nomofiláctica se traduce en la labor de control sobre la decisión de segunda instancia que no la configuro como inidónea para su finalidad: la aplicación a hechos verdaderos de normas correctamente interpretadas.

La función uniformadora busca la igualdad de los ciudadanos ante la ley correctamente interpretada con los fallos de la Corte Suprema. La igualdad de las personas en sus derechos y libertades fundamentales exige un mandato de igualdad en la aplicación del derecho.

La función dikelógica, entendida como la búsqueda de justicia para un caso concreto, implementando procesos de actividad y análisis de hechos, desnaturaliza la esencia del recurso, que involucra a la labor jurisdiccional a un asunto de derecho. Suficiente con la labor de control, vía interpretativa del derecho objetivo, que busca el valor justicia para agotar la función dikelógica, la cual subyace en la función nomofiláctica. Un modelo de casación puro y con labor asignada a la Corte Suprema se corresponde con nuestra realidad.

El control casacional de la Corte Suprema debe legitimarse al entroncarse con los principios democráticos y republicanos del Estado constitucional. El juez de casación, al ser garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tiene la oportunidad inmejorable de dictar sentencias con motivación persuasiva y orientar con buenas razones a la judicatura nacional. Esa es la cuota de responsabilidad

política de los jueces con la democracia; así, el Poder Judicial se convierte en un verdadero poder político.

La casación es un instrumento de control de la decisión superior, de naturaleza procesal y extraordinaria; es altamente técnico y debe bastarse por sí mismo. La declaración de improcedencia no puede representar una vulneración del derecho de acceso a la justicia por ser un recurso sumamente cualificado (indicación de la infracción normativa que incide en el sentido de la resolución cuestionada y la propuesta de solución interpretativa o de aplicación del derecho objetivo).

REFERENCIAS

- Calamandrei, P. (2001). *La casación civil* (t. 1, vol. 1). *Historia y legislaciones*. Oxford University Press.
- Di Donato, F., & Scamardella, F. (2015). Filosofía y derecho procesal: Las nuevas fronteras del derecho contemporáneo. Voces en acción. En J. L. Fabra, & Á. Núñez (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 3, pp. 2143-2193). Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6346036&orden=0&info=link>
- García, L. (2014). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Editoria Jurídica Grijley.
- Igartua, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores; Temis.
- Law, S. (2011). *Filosofía* (D. Kindersley, trad.). El Ateneo.
- Lorenzetti, R. L. (2006). *Razonamiento judicial. Fundamentos de derecho privado*. Editora Jurídica Grijley.
- Ministerio de Justicia. (1993). *Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS*. Lima: 8 de enero de 1993.

- Suárez, M. L. (2006). *Principio de igualdad en la Constitución y la jurisprudencia constitucional*. Biblioteca Jurídica Diké.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (5.^a ed., M. Gascón, trad.). Trotta.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76.03

REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES CONCURSADAS EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL

Reorganisation of insolvent companies in the General
Law on the Insolvency System

CÉSAR EUSEBIO RAMOS PADILLA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: cramosp@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7436-9981>

RESUMEN

Los procedimientos concursales son medios para que las empresas puedan superar sus crisis, producto de la mala gestión o las vicisitudes del mercado. Las soluciones concursales más usadas son los convenios de liquidación, que les permiten una salida ordenada del mercado porque los acreedores, organizados en la Junta de Acreedores, consideran que es la forma más eficiente de recuperar su crédito, mediante una comunidad de pérdidas. Otro de los caminos, cuando el empresario colectivo tiene viabilidad (puede recuperarse de la crisis), es la reestructuración patrimonial, desde el uso de instrumentos financieros como las condonaciones a cambio de un pronto pago

(convenios de quita) o refinanciación de sus pasivos (convenios de espera). En la doctrina ha sido poco estudiados los mecanismos societarios, entre ellos, la capitalización de sus créditos y la reorganización de las sociedades concursadas, como la transformación, la fusión o la escisión de dichas sociedades. El presente trabajo expone un análisis respecto a las consecuencias de la reorganización de las sociedades concursadas sobre el procedimiento concursal cuyo objetivo es la recuperación del crédito del modo más eficiente posible.

Palabras claves: acreedor; concursado; fusión; escisión; procedimiento concursal.

ABSTRACT

Insolvency proceedings are a means for companies to overcome their crises, which are the result of bad management or the vicissitudes of the market. The most commonly used insolvency solutions are liquidation agreements, which allow an orderly exit from the market because the creditors, organised in the Creditors' Meeting, consider this to be the most efficient way of recovering their credit, through a community of losses. Another way, when the collective entrepreneur is viable (can recover from the crisis), is the restructuring of assets, using financial instruments such as write-offs in exchange for prompt payment (debt relief agreements) or refinancing of liabilities (standstill agreements). Corporate mechanisms have been little studied in the doctrine, including the capitalisation of their claims and the reorganisation of insolvent companies, such as the transformation, merger or spin-off of these companies. This paper analyses the consequences of the reorganisation of insolvent companies on the insolvency proceedings, the aim of which is to recover the claim in the most efficient way possible.

Keywords: creditor; insolvent; merger; demerger; insolvency proceedings.

Recibido: 15/09/2021 Aceptado: 10/11/2021 Publicado: 10/12/2021

1. CRISIS, VIABILIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA MEDIANTE SU REORGANIZACIÓN

En principio, es necesario explicar que la crisis de la actividad empresarial se manifiesta como presupuesto objetivo del concurso cuando asoma la insolvencia, es decir, la imposibilidad de cumplir sus obligaciones de modo habitual con sus acreedores.

Frente a la insolvencia, el ordenamiento jurídico no puede brindar la ejecución colectiva del patrimonio del deudor como única alternativa de solución concursal, pues existen empresas que merecen continuar en el mercado; a ellas se les debe otorgar la posibilidad de aplicar cualquier mecanismo de reestructuración patrimonial, por ejemplo, la reorganización de las sociedades concursadas.

La insolvencia es el estado en el que se encuentra un patrimonio por la imposibilidad de afrontar, a medida que vayan venciendo, las obligaciones contraídas con cargo a él (Rojo, 2006c, p. 169). El estado de insolvencia supone la existencia de un patrimonio que podría resultar insuficiente para cumplir las obligaciones pendientes de pago; por ello, a las empresas en estado de insolvencia la legislación concursal les provee un marco de protección legal que resguarda dicho patrimonio de las acciones que individualmente pudiesen ejercer cada uno de sus acreedores¹, con la finalidad de que estos emitan su decisión colectiva respecto al destino del deudor concursado.

Por un lado, la insolvencia supone la lesión del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad o valor de realización, representado en la frustración del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito; de otro lado, evidencia la incapacidad objetiva de un patrimonio para cubrir el importe de sus deudas, esto es, la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor. Mientras que el incumplimiento se define, desde su realidad jurídica, como un hecho jurídico propio de la persona (acto jurídico), la insolvencia

1 Véanse las Resoluciones n.ºs 87, 107 y 235-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

se define, desde el plano estrictamente económico, como un estado propio del patrimonio (Orduña, 1994, pp. 111, 140-141).

El procedimiento concursal o de quiebra suele satisfacer los legítimos derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos, incluso a costa del desmembramiento y la liquidación patrimonial de la empresa deudora, sin considerar los intereses de la propia persona o la entidad insolvente, ni los de los trabajadores y el Estado (Polo, 1975, p. 635).

Por regla general, la quiebra, como procedimiento liquidatorio, implicaba la destrucción de la empresa como organización creada por el empresario, al tender la ejecución universal de su patrimonio. Por ello, a pesar de que se acudió a la quiebra para obtener un justo trato de igualdad por parte de los acreedores y se dijo que esta institución cumple la función político-jurídica de eliminar las empresas ineficaces (debido a su deficiente organización y sus defectos imputables al empresario), este procedimiento produjo consecuencias dañosas por la alteración que introdujo en la vida económica y el grave perjuicio que causó a los trabajadores insertos en la empresa (Sánchez, 2000, p. 435).

Frente a esta concepción tradicional, hace algunas décadas, se pretendió concebir al derecho concursal ya no de un ordenamiento jurídico liquidador de empresas, sino de un derecho de crisis empresarial, cuyo objetivo básico consistiría en prevenir y asistir a la empresa en aprietos (Beaumont, 1994, p. 303).

La aplicación legislativa del principio de conservación de la empresa se hace ineludible cuando esta es viable, por lo que se debe conservar y aprovechar su organización, lo que no sería posible si se procediera a su disgregación o despedazamiento por ventas parciales de sus elementos para pagar a los acreedores (Polo, 1975, p. 635).

Dentro de los deudores en estado de insolvencia, es posible distinguir dos tipos de crisis: i) la de la empresa inviable, cuando los ingresos resultan insuficientes para siquiera cubrir costos de producción o no financieros, en cuyo caso el valor del negocio en liquidación es mayor que el valor del negocio en marcha; y (ii) la de la empresa

viable, que solo enfrenta una crisis financiera, genera ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, pero insuficientes para cubrir la carga financiera. En este último caso convendría mantener el negocio en funcionamiento, pero bajo una estructura de capital fortalecida y con un menor nivel de endeudamiento, pues el valor del negocio en marcha es mayor que el valor del negocio en liquidación ($VNM > VNL$), según el Indecopi (2000).

El empresario organizado como sociedad debe reorganizarse si su valor económico como entidad en operación es mayor que su valor de liquidación; en esta situación, la reorganización se presenta como un esfuerzo por mantener en operación una sociedad mediante cambios en su estructura de capital (Najarro, 2007, p. 95).

El objetivo del procedimiento concursal es satisfacer a los acreedores y procurar la continuidad empresarial en cuanto sea posible, debiéndose tener en cuenta que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas (Hernández, 2007).

El procedimiento concursal tiene dos propósitos: a) eliminar las empresas condenadas económicamente y b) asegurar la supervivencia de las empresas que, no obstante su situación, pueden ser salvadas financieramente separando a los dirigentes cuyas gestiones hayan sido censurables y mediante la aplicación de mecanismos que busquen la reestructuración patrimonial que puede consistir en la transformación, la fusión y/o la escisión de la sociedad concursada (Polo, 1975, p. 637).

Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, el acuerdo de continuación y la aprobación del plan de reestructuración pueden ser instrumentos para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores (Núñez-Lagos, 2003, p. 35).

El propósito de la reorganización es lograr que los acreedores perciban lo más posible por sus créditos, los resultados sean mejores que en el caso de la liquidación de la empresa deudora y las empresas sigan siendo viables, para así preservar los puestos de trabajo de los empleados y las posibilidades comerciales para los proveedores (CNUDMI, 2006, p. 247).

Según Efraín Richard (2006), en los Planes de Reestructuración

deberá tomarse conciencia [de] que esas quitas [condonaciones] y esperas [prórrogas de vencimiento] predatorias implican un despojo inconstitucional del derecho de propiedad de los acreedores que no voten favorablemente [en la Junta de Acreedores que aprueba dicho Plan], y que generan un enriquecimiento directo de los socios (p. 1).

Por este motivo, Najarro (2007, p. 95) plantea que lo más pertinente, para todos los acreedores, es la reorganización de la sociedad concursada, en lugar una mera reestructuración o liquidación.

De otro lado, Hernández (2007) sostiene que una de las funciones de la fusión y la escisión es ser instrumentos para sanear una empresa; ante las dificultades económicas se puede adoptar una de estas operaciones o ambas para salir de esa situación y ello es predicable incluso en situación de insolvencia legalmente declarada o en situación concursal.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LA REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En el derecho romano, la ejecución concebida en la Ley de las XII Tablas tenía un contenido eminentemente personal e individual. La persecución, como derecho, se generaba por el incumplimiento del deudor, permitiendo al acreedor disponer de la persona del deudor incumplido, en su libertad individual y sobre su misma vida (*manus iniectio*). Con la Lex Poetelia Papiria, hacia el año 428 de Roma, se sustituye al sujeto de la persecución: ya no sería la persona del deudor, sino su patrimonio; ello se refleja en la *bonorum venditio*, la venta en bloque de todos los bienes del deudor insolvente (Sanguino, 2003, p. 707).

De acuerdo con Añoberos (2005, p. 57), la regla general de las leyes concursales era contener un procedimiento liquidatorio del patrimonio del deudor insolvente, pero en las Ordenanzas de Bilbao (1737) estaba ya contemplado el principio de conservación, pues

se estableció la expresa autorización del pacto de continuación entre los socios supervivientes para mantener la sociedad.

Después de la Primera Guerra Mundial, el ordenamiento jurídico facilitó los acuerdos ente el deudor y los acreedores, eludiendo el procedimiento de quiebra. Luego de la Segunda Guerra Mundial se investigaron otras soluciones para conservar la empresa y evitar los procedimientos tradicionales (liquidatorios), buscando un cambio de su administración o determinadas medidas que puedan alcanzar su saneamiento (Sánchez, 2000, pp. 435-436).

En el Perú, el artículo 88 de la Ley Procesal de Quiebras (1932) autorizaba al Síndico para continuar efectivamente el giro del fallido, requiriendo la unanimidad de los acreedores, la cual también se podría obtener si se excluyen a los disidentes pagándoles su cuota o asegurándoles su pago.

En la década del setenta se dieron una serie de leyes que incidían sobre la situación patrimonial de las empresas declaradas en quiebra. El Decreto Ley n.º 19525 estableció que, a través de la Resolución Suprema se podía disponer la continuación forzosa de la actividad industrial o comercial de una sociedad mercantil declarada en quiebra; los Decretos Leyes n.ºs 20023, 20158 y 22972 permitieron que los trabajadores de empresas en quiebra pudieran solicitar la administración de las empresas, en algunos casos mediante acuerdos entre acreedores y la comunidad industrial (Montoya Manfredi, 1998, p. 757).

El Decreto Ley n.º 26116 (Ley de Reestructuración Empresarial), promulgado el 28 de diciembre de 1992, establece que, cuando la Junta de Acreedores decida la continuación de las actividades de la empresa por ser viable, entrará en un proceso de reestructuración bajo el mismo régimen de administración o la administración por un Banco (artículo 8); en este proceso de reestructuración se debe contar con el cronograma de pagos y el financiamiento de la inversión (artículo 9).

El artículo 46 del Decreto Legislativo n.º 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial), promulgado el 20 de septiembre de 1996, dispone

que la Junta de Acreedores quedaba facultada para adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y el funcionamiento de la empresa durante el proceso de reestructuración, inclusive aquellos referidos a la aprobación de balances, la transformación, la fusión, la escisión, el cambio de razón social o cualquier otro acuerdo que importe la modificación de estatutos o escritura social, distintos a aumentos de capital o capitalización de créditos (Palma, 1998, p. 353).

Finalmente, la norma vigente en el Perú, la Ley n.º 27809 (Ley General del Sistema Concursal, en adelante LGSC), promulgada el 5 de agosto de 2002, en el numeral 63.2 del artículo 63 establece que

la Junta, por sí sola, podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias incluyendo aumentos de capital por capitalización de créditos.

3. PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO, PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN Y PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

El deudor se acoge o es sometido a un procedimiento concursal ordinario cuando su situación de crisis económica ya está presente, por lo que se busca reparar dicha situación (Calle & Alva, 2003, p. 93). La insolvencia es un estado patrimonial, el presupuesto objetivo requerido para el inicio de un procedimiento concursal ordinario. El pronunciamiento de la autoridad concursal es declarativo respecto de la existencia de un estado de insolvencia patrimonial (Echeandía, 1998, p. 40).

La declaración de insolvencia o sometimiento al procedimiento concursal tiene como finalidad convocar a todos los acreedores, mediante su difusión, para que soliciten el reconocimiento de sus

créditos. Con la etapa de reconocimiento de créditos se logra determinar la masa de acreedores e instalar la Junta de Acreedores, para que estos decidan el destino del deudor concursado. En el caso de que la empresa del deudor concursado no tenga viabilidad, es probable que la Junta de Acreedores opte por su liquidación; por el contrario, si la empresa es viable, optarían por la continuación del negocio bajo un régimen de reestructuración patrimonial.

Por reestructuración patrimonial se entiende el procedimiento destinado a revertir una crisis económica manifiesta del deudor, a través de la implementación de diversos mecanismos orientados a maximizar el valor del negocio en crisis, por ejemplo, la reestructuración operativa o financiera de la empresa, su reorganización corporativa (fusión, escisión y segregación patrimonial), la refinanciación de sus obligaciones, aportes de capital de trabajo, capitalización o condonación de deudas, etc. (Calle & Alva, 2003, p. 187).

La reestructuración patrimonial es una modalidad de procedimiento administrativo en el que se adopta, en vía concursal, una alternativa de solución a la crisis patrimonial del deudor que implica necesariamente la conservación del deudor concursado como agente económico (Beaumont & Palma, 2002, p. 234). En este contexto, el plan de reestructuración constituye el marco dentro del cual el administrador y los acreedores del deudor concursado establecen las fórmulas y las acciones necesarias para la continuación de las actividades de la empresa, así como las condiciones en que cada acreedor podía hacer efectivo el recupero de sus créditos (Calle & Alva, 2003, p. 198).

El artículo 60 de la LGSC establece que el proceso de reestructuración se inicia con la decisión de la Junta y esta surte efectos a partir del momento en que se logra el acuerdo corporativo. El proceso iniciado se prolonga por el tiempo que dure la reprogramación de pagos (Rojas, 2002, p. 201). Sin perjuicio de la permanencia de los mecanismos que se hayan aplicado para el recupero del crédito, dentro de los que se encuentra la reorganización de la sociedad concursada.

El plazo del proceso de reestructuración patrimonial es el mismo que se establece en el cronograma de pagos contenido en el plan de

reestructuración, es decir, que el procedimiento de reestructuración durará el tiempo que lleve a pagar las obligaciones del deudor conforme al cronograma de pagos (Beaumont & Palma, 2002, p. 235). En este escenario, la ley ha preferido vincular directamente la duración del proceso al pago de los créditos, evitando las situaciones en las cuales concluiría el proceso, pero se prolongaba en el tiempo el plan de reestructuración, creando una dicotomía innecesaria y poco efectiva (Rojas, 2002, p. 201).

4. LA JUNTA DE ACREEDORES Y EL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

4.1. LA JUNTA DE ACREEDORES Y LA DECISIÓN SOBRE EL DESTINO DEL DEUDOR CONCURSADO

La masa de acreedores está constituida por el pasivo del deudor. A partir del inicio del concurso y por el solo mérito de las obligaciones, sus titulares pasan a formar parte de la masa de acreedores. En esta línea de análisis, se puede afirmar que quienes integran la masa de acreedores son los acreedores del concurso, pero quienes hubieran obtenido el oportuno reconocimiento de sus créditos pueden ser denominados acreedores concursales.

Vale señalar que la Junta de Acreedores se diferencia de la masa concursal en el hecho de que está conformada solamente por los acreedores concursales que hubieran obtenido el reconocimiento oportuno de sus créditos.

La Junta de Acreedores es el máximo órgano del deudor concursado, de carácter deliberante y decisorio, y constituye el mecanismo por el cual los acreedores intervienen en el concurso manifestando su voluntad mediante la adopción de acuerdos y supervisando la marcha de los procedimientos concursales que establece la ley (Calle & Alva, 2003, pp. 157-158).

El artículo III del Título Preliminar de la LGSC establece que la viabilidad del deudor en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales.

El numeral 51.1 del artículo 51 de la LGSC indica que la Junta de Acreedores tiene como atribución general decidir el destino del deudor, pudiendo optar por el inicio de la reestructuración patrimonial o la liquidación.

En realidad, los acreedores deben tener libertad para decidir la fórmula que mejor convenga a sus intereses, y para ello los propios acreedores son los que están en una mejor posición para saber escoger el óptimo método para el recupero de sus créditos (Núñez-Lagos, 2003, p. 38).

4.2. FACULTAD DE LA JUNTA DE ACREEDORES DE ACORDAR LA REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN

Durante el procedimiento de reestructuración patrimonial, en la Junta de Acreedores recaerán las consecuencias de las nuevas relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el administrador designado por la propia junta. En este procedimiento de reestructuración, la Junta de Acreedores sustituye en sus funciones y facultades a la Junta General de Accionistas. Los verdaderos «propietarios» del negocio en crisis son los acreedores, debido a que la Junta de Accionistas o el titular son desapoderados de las funciones de administración y gestión del negocio durante el tiempo que dure la reestructuración (Calle & Alva, 2003, p. 94).

En la reestructuración, las facultades que la ley otorga a la Junta de Acreedores incluyen las referidas a la aprobación de balances, transformación, fusión, o escisión, cambio de razón social, objeto social o domicilio social, así como las que importen modificación del estatuto. El maestro Hernando Montoya Alberti (1998) explica que «la Ley interfiere en el derecho de propiedad del accionista al arrebatarle derechos inherentes a su condición de accionista, como son la decisión sobre la fusión o escisión de sociedades, o cualquier otra modificación del estatuto» (p. 22).

La Junta de Acreedores en el plan de reestructuración también puede establecer estipulaciones remisorias o de quita, que consisten

en la reducción o la condonación del importe de cada uno de los créditos concursales; de igual modo, el Plan puede contener estipulaciones dilatorias o de espera, que consisten en la dilación o el aplazamiento del plazo de pago de los créditos concursales (Rojo, 2006a, pp. 1870, 1872). Richard (2005) considera injustas las estipulaciones «de quita y espera, donde los socios de la sociedad en crisis no hacen ningún esfuerzo, no proponen alguna reorganización ni tratamiento igualitario con ellos a los acreedores, sino que les exigen a estos la pérdida de su crédito en inmediato beneficio de esos socios» (p. 3).

Se debe tener en cuenta que la «reestructuración de las deudas» no constituye por sí un «saneamiento» de la situación financiera de la empresa; esto último puede conseguirse recurriendo a otros instrumentos diferentes, que no sean los tendentes a modificar, en la cantidad y/o el vencimiento, las posiciones deudoras de la empresa frente a los acreedores; por ejemplo, el instrumento de la incorporación de la empresa en crisis a otra sociedad con mayor patrimonio y mayor liquidez, que sea capaz de afrontar el pasivo frente a terceros (Silva, 2007, p. 5), como es la fusión de sociedades.

Según Broseta (2002, pp. 545-546), la fusión es un procedimiento por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionan (creando una sociedad nueva que abarca a todas las preexistentes) o previa extinción de todas menos una (que absorbe a las restantes). La incorporación tiene lugar de manera que una sociedad nueva o existente incorpora o absorbe enteramente a la(s) otra(s) que se extingue(n), asumiendo todas sus obligaciones (el débito) y adquiriendo todos sus derechos (el patrimonio), de acuerdo con Messineo (1955, p. 561).

La escisión de sociedades constituye uno de los procedimientos utilizados por las sociedades para adecuar las dimensiones y la estructura de sus empresas originarias a las circunstancias fácticas que se suceden durante la vida de la sociedad (Rodríguez, 1992, p. 19), inclusive los acreedores, mediante el traspaso en bloque del patrimonio segregado con este propósito, constituido por la cuenta «créditos por cobrar a la sociedad concursada», al patrimonio de la mencionada

concurada, podría reducir su pasivo, puesto que esta sociedad concursada habría adquirido los créditos en los cuales ella tiene la calidad de deudora, produciéndose la extinción de las obligaciones por consolidación o confusión (la empresa concursada reúne la calidad de acreedor y deudor) y, a cambio, incorpora a los socios o los accionistas de los acreedores como socios o accionistas de la sociedad concursada.

Es notoria la existencia de la múltiple funcionalidad y la estructura de los acuerdos reorganizativos, por ejemplo: la readaptación de la empresa a la nueva situación del mercado, la posible conversión de créditos en acciones, la extinción de contratos con proveedores y directivos, y la venta de elementos patrimoniales no rentables (Flores, 2004, p. 12) presentan ventajas frente a las alternativas basadas únicamente en condonaciones (quita) y prorrogas de vencimiento (espera) de los créditos.

4.3. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Como se ha señalado, la Junta de Acreedores es el mecanismo por el cual los acreedores intervienen en el concurso manifestando su voluntad mediante la adopción de acuerdos (voluntad unilateral de cuerpo colegiado). La LGSC, en el Procedimiento de Liquidación, mantiene algunas facultades mínimas en la Junta de Accionistas, por considerar que es la Junta de Acreedores la que tiene los mejores incentivos para un manejo eficiente del negocio (Indecopi, 2000). Lo que se debe precisar es que, en el capítulo de la LGSC referido a disolución y liquidación, no existe norma que señale explícitamente que la Junta de Acreedores asuma el carácter de órgano supremo de la sociedad concursada, sustituyendo a la Junta de Accionistas.

Dentro de este contexto, es necesario examinar si el convenio de liquidación puede contener, como mecanismos de realizar sus actividades, la utilización de procedimientos de fusión o escisión. La utilización de la reorganización de sociedades como mecanismo liquidatorio significaría que el patrimonio o los bloques patrimoniales

de la sociedad concursada sean transferidas, extinguiéndose sin que la nueva sociedad o la absorbente hayan desembolsado precio alguno por la transmisión patrimonial que se ha realizado como efecto de la operación societaria (Hernández, 2007). Situación distinta se presenta si el convenio contiene medidas como la cesión global del patrimonio, pues esta tiene como beneficiarios a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, considerando a los acreedores en su conjunto y no solo a algún(os) acreedor(es). Lógicamente, esta es una cesión global con efectos liquidativos (Núñez-Lagos, 2003, p. 44).

De acuerdo con el numeral 91.1 del artículo 91 de la LGSC,

[c]uando el liquidador constate la existencia de factores, nuevos o no previstos al momento de la adopción de la decisión sobre el destino del deudor, y siempre que considere que resulte viable la reestructuración del mismo, informará de este hecho al Presidente de la Junta para que [e]ste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que la Junta adopte la decisión que considere conveniente [es decir, la aprobación o no de variar la decisión de liquidación a Reestructuración].

De aprobarse la variación de la decisión, la Junta de Acreedores, en la que participarían solo los acreedores cuyos créditos vencieron hasta la fecha de publicación de la declaración de sometimiento al procedimiento concursal que solicitaron oportunamente y obtuvieron el reconocimiento de sus créditos, aprobaría el plan de reestructuración que puede contener como mecanismo la reorganización de la sociedad concursada. Debemos tener en cuenta que en ningún caso procederá variar la decisión de liquidación si el deudor tuviere pérdidas acumuladas superiores al total de su capital social (numeral 91.2 del artículo 91 de la LGSC).

4.4. FUNCIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

El procedimiento concursal preventivo tiene por única finalidad conceder un espacio para que los acreedores convocados manifiesten su

aprobación o desaprobación al Acuerdo Global de Refinanciación (AGR) propuesta por el deudor, de forma que el procedimiento concluye con la celebración de la única Junta de Acreedores llevada a cabo con tal objeto (Calle & Alva, 2003, pp. 275-276).

Se supera la discusión clásica en la doctrina concursal en torno a la naturaleza del acuerdo global de refinanciación, sobre si se trata de un contrato entre los acreedores y el deudor, o un acto procesal, por haber sido homologado por la autoridad concursal, que en la mayoría de los países es el juez. En Perú, el AGR se presenta como un elemento negocial, es decir, un contrato entre el deudor y sus acreedores, y la participación de la autoridad concursal es simplemente subsidiaria².

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

5.1. NATURALEZA CONTRACTUAL O CORPORATIVA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

El numeral 66.1 del artículo 66 de la LGSC expresa que el plan de reestructuración es «el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para implementar la reestructuración económica y financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo».

El plan de reestructuración tiene como fuente al Acuerdo de la Junta de Acreedores; este acuerdo corporativo, que conceptualmente lo clasificamos como una categoría del negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coincidencia en la declaración de voluntades, diferenciándose de los contratos.

El contrato siempre es plurilateral; no obstante, no todo negocio plurilateral es contrato, por ejemplo, el acuerdo corporativo es un

2 «Artículo X. Rol promotor del Estado

El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley».

negocio colectivo en el que las declaraciones de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido se encuentran dispuestas paralelamente y se unen porque tienden a un fin similar y un común efecto jurídico, pero tales declaraciones de voluntad permanecen disímiles (v. g. posiciones de la mayoría y la minoría). El contrato se encuentra constituido por declaraciones de voluntad coincidentes en todos sus extremos.

Por otro lado, el acuerdo corporativo es creador de normas jurídicas generales que obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones, y se distingue del contrato en el hecho de que este crea una norma jurídica individual (v. g. derechos del comprador y derechos del vendedor).

Doctrinariamente, el acuerdo corporativo se aparta del contrato al legitimar las decisiones logradas por mayoría, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como el acto unilateral de un cuerpo colegiado (corporativo). En realidad, se trata de un órgano de decisión y el acto colegial es el procedimiento interno para tomar esa decisión.

En la disciplina contractual, hay una exigencia de libertad e igualdad, de unanimidad. En los acuerdos corporativos existe la adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente, inclusive de otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles, a la voluntad de otros sujetos. La legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o la comunidad de intereses de los votantes.

La Junta General de Accionistas «es un típico acto unilateral colectivo colegial, donde las decisiones se adoptan por mayoría en un acuerdo colegial dentro de la funcionalidad del órgano de gobierno de la sociedad, y [estas] son imputables a la sociedad misma» (Richard, 2005, p. 9).

Esta similitud de naturaleza entre la Junta de Acreedores y la Junta de Accionistas ha servido de fundamento para que la ley peruana,

dentro del procedimiento de reestructuración, haya dispuesto la sustitución de la Junta de Accionistas por la Junta de Acreedores, dejando a la primera en suspenso del ejercicio de sus atribuciones.

Por ello, se entiende que el plan de reestructuración constituye la declaración unilateral corporativa de la sociedad concursada que emite su voluntad por medio del máximo órgano de la misma, es decir, la Junta de Acreedores que sustituye a la Junta General de Accionistas, estableciendo mecanismos orientados a maximizar el negocio en crisis (la transformación, la fusión y la escisión) para superarla, porque tiene posibilidades de recuperación.

5.2. DIFERENCIAS CON EL ACUERDO GLOBAL DE REFINANCIACIÓN

El acuerdo global de refinanciación es una oferta contractual, un compromiso de pago formulado por el deudor con el objeto de reprogramar sus pasivos (Calle & Alva, 2003, p. 269), conocidos como convenio de espera o dilación para su pago (concordato dilatorio), según Chávez (2006, p. 216). Dicho acuerdo es presentado a los acreedores para que emitan su declaración de voluntad, aprobando o desaprobandando dicha oferta contractual.

En el caso de que la Junta de Acreedores, en calidad de representante de los acreedores, apruebe la oferta contractual (acuerdo global de refinanciación), estaremos frente a un contrato, el cual contendrá dos declaraciones de voluntad: la del deudor (con crisis patrimonial potencial) y la de los acreedores, representados por la Junta de Acreedores. En otras palabras, nos encontraremos frente a un contrato entre el deudor y los acreedores (sometidos a una disciplina especial), que tiende a evitar la crisis manifiesta que llevaría a liquidación de los bienes del deudor (Sánchez, 2000, p. 463), mientras que el plan de reestructuración constituye la declaración unilateral de la sociedad concursada que la emite por medio de su máximo órgano (la Junta de Acreedores), estableciendo mecanismos orientados a maximizar el negocio en crisis para superarla, porque tiene posibilidades de recuperación.

Es preciso mencionar que el procedimiento concursal preventivo, y sobre todo el acuerdo global de refinanciación, es un mecanismo dirigido a lograr el saneamiento de una organización económica amenazada frente a una eminente crisis de indudable dificultad, pero susceptible de evitarla, mientras que el plan de reestructuración es la respuesta del órgano supremo de la sociedad concursada con la finalidad de superar la crisis para que los acreedores recuperen su crédito.

5.3. DIFERENCIAS CON EL CONVENIO DE LIQUIDACIÓN

El convenio de liquidación es aquel contrato en mérito del cual la Junta de Acreedores, en su calidad de representante de los acreedores, emplea los servicios profesionales de un especialista en la materia: el liquidador, quien por tal desempeño recibe un honorario —porcentual a la venta de activos o de éxito, según disponga la Junta— a cambio de liquidar la sociedad con la diligencia y la pericia debida (Del Águila, 2005, p. 225).

Con acierto, en la Resolución n.º 125-2003/SCO-INDECOPI, la autoridad concursal señala que

el Convenio de Liquidación es el instrumento concursal que contiene las condiciones y términos que regirán el proceso de liquidación del patrimonio de la empresa deudora, en el cual confluyen dos voluntades: la de la Junta de Acreedores que contrata un servicio y la del liquidador que asume el encargo a fin de prestar el servicio requerido por la Junta.

Este convenio se diferencia del plan de reestructuración no solo porque este último es emitido por la voluntad unilateral de un órgano corporativo, sino por las finalidades del plan de reestructuración: continuar la actividad empresarial del concursado y superar su crisis. La similitud entre el convenio y el plan es que ambas tienen por objeto que los acreedores recuperen su crédito en las mejores condiciones posibles.

6. ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA COMO CONTENIDO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

6.1. ACUERDO DE REORGANIZACIÓN COMO ATRIBUCIÓN ORDINARIA DE LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DEL RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN

De acuerdo con el numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC, es una atribución de la Junta de Acreedores, durante la reestructuración y sustituyendo a la Junta General de Accionistas, «adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la transformación, fusión o escisión de la sociedad», sin acarrear por ello la conclusión del procedimiento concursal ordinario, salvo que, con la reorganización societaria, se haya producido la extinción del deudor concursado.

Según la CNUDMI (2006, p. 247), el plan de reestructuración puede contener simples condiciones en el cumplimiento de las obligaciones, como pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos (quita), así como por cláusulas de reprogramación de plazos de vencimiento (espera), los cuales son cuestionados por algunos juristas como una expropiación inconstitucional del patrimonio del acreedor.

En el plan de reestructuración se pueden presentar alternativas distintas a la quita y la espera, por ejemplo, la conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales y créditos participativos (Núñez-Lagos, 2003, p. 40), inclusive la reorganización de las sociedades concursadas, sin desestimar la conveniencia de ampliar el vencimiento de la deuda para reducir el importe de la obligación anual del fondo de amortización, si se cree que la sociedad reorganizada necesitará nuevo financiamiento en el futuro (Najarro, 2007, p. 97).

La transmisión de una parte o la totalidad de los bienes de la masa a una o más empresas ya existentes o de futura creación mediante operaciones de escisión, fusión o consolidación de la empresa del deudor con una o más entidades comerciales conlleva posibles cambios en el instrumento fundacional o el documento constitutivo de la empresa del deudor (por ejemplo, modificación de los estatutos

o documento constitutivo). Estos cambios serían las bases sobre las cuales la empresa podrá proseguir sus negocios y el modo en que podrá reorganizarse con éxito (CNUDMI, 2006, pp. 248, 254).

La transformación de sociedades supone el abandono por una sociedad de su vestidura jurídica originaria para someterse a un tipo legal diferente que, a partir de entonces, será el que determinará su estructura y funcionamiento.

En la transformación, los aparentes problemas respecto a la protección de los acreedores se presentan en los casos de cambio de responsabilidad de los socios: en una primera situación, si la sociedad de capitales se transforma en una sociedad colectiva, los socios responderán por las obligaciones anteriores a la transformación en forma solidaria, personal e ilimitada, quedando fortalecida la garantía de los acreedores; en un segundo escenario, si una sociedad colectiva se transforma en sociedad de capitales o de responsabilidad limitada, los socios responderán en forma personal e ilimitada por las deudas sociales anteriores a la transformación, dejando incólume la garantía de los acreedores, impidiendo que nuevos acreedores tengan derecho sobre el patrimonio de los socios (Uría, Menéndez & García, 2006).

La fusión es un procedimiento por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionaron, creando una sociedad nueva que asume a todas las preexistentes, o previa extinción de todas menos una, que absorbe a las restantes, de acuerdo con Broseta (2002, pp. 545-546).

La incorporación tiene lugar de manera que una sociedad (incorporante), nueva o existente absorbe enteramente a la(s) otra(s), denominada(s) incorporada(s), asumiendo todas sus obligaciones comprendidas en el débito (constituido, además, por el capital) y adquiriendo todos sus derechos, es decir, el patrimonio. La fusión puede servir para que los créditos concursales tengan como garantía un mayor patrimonio que se le agrega al patrimonio de la sociedad concursada.

La escisión es una institución jurídica mediante la cual una sociedad fracciona su patrimonio en bloques; luego, transfiere todos o algunos de dichos bloques, y las acciones resultadas de dicha transferencia son recibidas no por la sociedad escindida, sino por los socios de esta. Es posible que tal bloque esté constituido por un activo o conjunto de activos al que debe integrar la cuenta del pasivo llamado «capital social», pues necesariamente las nuevas acciones o participaciones pertenecerán a los accionistas o socios de la sociedad escindida (Ramos Padilla, 1999, pp. 132-134).

Salvaguardando los riesgos que conllevan estas operaciones, ya que el ordenamiento jurídico establece medios de mitigarlos, a modo de simple ilustración, se puede proyectar que los acreedores segreguen sus patrimonios con las cuentas por cobrar del deudor (de la sociedad concursada) y le transmitan dicho bloque patrimonial a la propia sociedad concursada, recibiendo los accionistas de la sociedad acreedora acciones de la concursada y en el patrimonio de la sociedad concursada se consolidarían las deudas con los créditos transferidos, pues la sociedad concursada reuniría las cualidades de acreedor y deudor. Esta operación es conocida como fusión escisión, y podría servir como mecanismo de saneamiento patrimonial de la sociedad concursada.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe impedimento para que las sociedades concursadas se sometan a la reorganización de su estructura social, ya sea mediante la transformación, el procedimiento de fusión o escisión, e inclusive la LGSC (artículos 342, 364 y 388) contempla que las sociedades en liquidación puedan transformarse, fusionarse o escindirse revocando el acuerdo que originó su disolución y liquidación siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios. El numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC permite que las sociedades concursadas sometidas al régimen de reestructuración, como parte de su plan de reestructuración, puedan acordar la fusión de esta con otros patrimonios, su escisión y transformación.

6.2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES Y SOCIETARIAS RESPECTO AL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

La aplicación normativa de las medidas que se establecen en el plan de reestructuración correspondiente a las modificaciones estructurales societarias ha de buscarse en las respectivas leyes especiales de sociedades, coordinándolas con las previsiones concursales relacionadas con la persona jurídica y la sustanciación procesal (Flores, 2004, p. 14).

En la posibilidad de acogerse a alguno de los procesos de transformación, fusión o escisión, se presentan problemas donde convergen dos ordenamientos: el societario y el concursal; por ello, se exige coordinar para llevar a cabo las operaciones (el procedimiento societario de fusión o escisión y el procedimiento concursal, que no tiene una función principal coincidente). Estos ordenamientos coinciden en el momento en que el legislador apuesta decididamente por la continuidad empresarial en cuanto sea posible con la satisfacción de los acreedores (Hernández, 2007).

Cerdá Albero (1998) manifiesta que los contenidos normativos solo establecen los límites a la admisibilidad de las reestructuraciones traslativas en las que participan sociedades mercantiles en situación liquidatoria o concursal. La generalidad de los contenidos expresados en el reducido número de normas que se ocupan de esta cuestión y el silencio normativo ante las numerosas cuestiones suscitadas obligan a amalgamar estas previsiones con otras provenientes del derecho concursal o del propio derecho de sociedades. Esta interpretación sistemática no siempre es armónica, dado que se producen ciertas tensiones entre ambos tipos de normas; entonces la resolución provoca grandes dudas que fuerzan al intérprete a tomar partido incluso por posiciones conscientemente arriesgadas (p. 9332).

En el capítulo V del título II de la LGSC se establecen normas que debe observar la Junta de Acreedores que, luego de su instalación, decidió como destino del deudor la continuación de su actividad, ingresando al régimen de reestructuración. En esta modalidad de procedimiento, la Junta de Acreedores asume las funciones de la Junta

General de Accionistas (numeral 63.1 del artículo 63 de la LGSC), por lo que debe observar los estatutos de la concursada en lo que no se oponga a los acuerdos de la propia Junta de Acreedores (numeral de 63.3 del artículo 63 de la LGSC) y «[e]n todo lo no previsto en la presente Ley, rigen las normas contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Código Procesal Civil y la Ley General de Sociedades», tal como lo señala la Primera Disposición Final de la LGSC.

Para la aprobación y la ejecución del plan de reestructuración patrimonial que contenga como mecanismo de modificación de la estructura empresarial de la concursada, la reorganización societaria debe someterse a las normas de la Ley General de Sociedades, pues estas instituciones, a pesar de ser nombradas por la Ley Concursal, son apenas mencionadas, salvo el ejercicio del derecho de separación, cuya publicidad, comunicación y oportunidad del reembolso son reguladas por el artículo 64 de la LGSC.

La Ley General de Sociedades regula tanto la fusión y la escisión como los sistemas informativos, y sus formas de operar son en beneficio no solo del deudor, sino de los acreedores, por lo que su tratamiento es básicamente imperativo (Ebid, 2001, p. 2302), incluso de mayor intensidad que en la constitución de la sociedad (Richard & Muiño, 1997, p. 836).

En la Ley General de Sociedades, la fusión y la escisión son consideradas como procesos que tienen varias fases: la preparatoria, la decisoria y la de ejecución. La fase preparatoria abarca desde la aprobación del proyecto de fusión (artículos 346 y 371) hasta la convocatoria a Junta (artículos 349 y 374); la fase decisoria comprende el acuerdo de fusión o escisión (artículos 351 y 376), y la fase de ejecución se desarrolla desde la fecha de entrada en vigor (artículo 353 y 378) hasta el otorgamiento de la escritura de fusión o escisión e inscripción (artículo 357 y 381).

Por ser concebidas la fusión y la escisión como procedimientos basados en la información no solo de los accionistas, sino de terceros interesados (como acreedores), no es posible aplicar las normas del

numeral 52.1 de la LGSC, respecto a la Junta Universal de Acreedores, ni obviar la obligación de proporcionar la información, dentro de los marcos referidos en el numeral 52.3 de la LGSC, puesto que no es obligación exclusiva del deudor, ya que los acreedores instituidos en la Junta General asumieron la función de órgano máximo de la sociedad concursada designando a los miembros de los órganos de administración, los cuales se encuentran en contacto con información privilegiada que deben proporcionar a todos los accionistas, los acreedores y los interesados. En la fusión y la escisión, la entrega de información anticipada y oportuna es un requisito esencial de estos procesos (artículos 350 y 375 de la LGS).

Montoya Manfredi (1998) expresa que la ley societaria establece la obligatoriedad de convocar a una junta o asamblea en la que se someta a consideración de los accionistas o los socios el proyecto de fusión o escisión (artículos 349 y 374 de la Ley General de Sociedades), afirma que se trata de una Junta General de fusión o escisión en la cual «la convocatoria por publicación es obligatoria, aun en el caso [de] que todos los socios se encuentren presentes» (Junta Universal), pues los artículos 350 y 375 de la Ley General de Sociedades obligan a que, desde la fecha de la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante ponga a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social (en caso de la sociedad concursada en el local de la Comisión de Procedimientos Concursales), los documentos relacionados con la fusión o la escisión.

En ese sentido, la convocatoria es necesaria porque se trata de comunicar a los accionistas, los obligacionistas (si los hubiera) y los acreedores por cualquier título que la sociedad está por fusionarse o escindirse, y estos terceros pueden ejercer sus derechos de oposición hasta que se les pague o garantice el pago; mientras esto no suceda, la sociedad no podrá fusionarse o escindirse. A este derecho de información acceden no solo los socios desde la fecha de publicación, sino también los acreedores (Montoya Manfredi, 1998, pp. 678-679, 690-691).

Estudios efectuados por la autoridad administrativa concursal (Indecopi, 2000) han concluido que, cuando el deudor decide acogerse a algún mecanismo de reestructuración previsto en la Ley Concursal, la información sobre la gestión del negocio que se requiere debe ser aún mayor que la actualmente exigida en la Ley General de Sociedades, aunque consideramos que las normas de dicha ley son suficientes para proporcionar a los participantes de los procedimientos concursales la información para tomar las decisiones más eficientes en la Junta de Acreedores.

6.3. CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En los países que tienen judicializado el procedimiento concursal, los controles tanto de la viabilidad de la empresa del deudor como la legitimidad del convenio entre acreedores y el deudor concursado (concordato) han de confiarse primeramente al juez, quien puede auxiliarse de expertos para la homologación del convenio, y, en segundo lugar, a los propios acreedores, a los que el deudor convencerá sobre la bondad de la reorganización de la sociedad concursada que se efectuará mediante convenio.

La concesión al juez de un cierto grado de discrecionalidad, a la hora de aprobar el convenio, parece enteramente justificada, dada la necesidad de defender los intereses de los acreedores que no prestaron su consentimiento a la decisión mayoritariamente adoptada por la Junta y que, sin embargo, precisamente con base en la aprobación judicial, van a quedar vinculados por sus resultados.

Cuando el juez decide sobre la aprobación del convenio, puede examinar si se han cumplido los requisitos formales que la ley prescribe y la esencia del convenio; así, puede denegar su aprobación si lo considera perjudicial para los acreedores disidentes o que han votado en contra (Pérez de la Cruz, 1975, pp. 532-533).

Para la ejecución del control de legalidad del convenio, el juez verifica la forma y el contenido del acuerdo de la Junta de Acreedores, el cual

no debe ser abusivo [y debe] respetar los límites del derecho de propiedad consagrado por [la norma constitucional,] no pudiendo configurar una expropiación de derechos de los acreedores que no votaron a favor [de las predatorias quitas (condonaciones) y esperas (aplazamiento de vencimiento),] no solo porque no existe contraprestación, sino porque implica una transferencia de bienes a favor de los socios de la sociedad concursada, o del concursado mismo (Richard, 2005, p. 14).

En los Estados Unidos, el juez deberá comprobar que el plan protege los derechos de los acreedores que en Junta o Comité de Acreedores no votaron a favor del plan de reestructuración y no discrimina injustamente a ninguno de los grupos que no apoyaron el plan, de forma tal que el grupo disidente reciba un trato igual o equivalente al dado a los aceptantes; finalmente, el plan deberá ser considerado por el juez como justo y equitativo. El juez analizará que los miembros del grupo reciban lo mismo que recibirían en el caso de que, en lugar de una reorganización, se hubiera procedido a una liquidación.

El órgano judicial deberá también comprobar su viabilidad y cuestiones relacionadas con su ejecución. La viabilidad es entendida en el sentido de que el juez determine que existe capacidad para llevar a cabo el plan y que las perspectivas de que la empresa recupere la solvencia luego del proceso reorganizativo son reales (Alvarado, 2003, secc. II, apdo. C2, párr. 11).

En nuestro país, donde tenemos un procedimiento concursal desjudicializado, solo se puede impugnar un acuerdo de la Junta de Acreedores si el acreedor o los acreedores son titulares de más del 10 % de los créditos reconocidos o, excepcionalmente, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi puede de oficio revisar el plan de reestructuración, ya que debe «respetar la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales» (artículo X del Título Preliminar de la LGSC).

Sin embargo, en la Resolución n.º 0052-2000/TDC-INDECOPI, del 4 de febrero de 2000, si bien se puede observar que, a pesar de que la impugnación del acuerdo de la Junta de Acreedores, a pedido de parte, resultó improcedente, la Sala consideró conveniente revisar de oficio el acuerdo adoptado (Escurra, 2005, p. 283).

7. EFECTOS DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

7.1. EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

En los ordenamientos concursales judicializados y liquidatorios, la quiebra queda truncada durante su desenvolvimiento por perfección de acuerdos (concordato); si bien cesan las operaciones de la quiebra, no desaparece enteramente la fundamental condición de la quiebra: la cesación de pagos; por ello, en caso de incumplimiento del convenio, si la reapertura de la quiebra califica la actividad anterior del deudor como actividad de un quebrado, no crea un nuevo quebrado.

Existe diferencia entre clausura como acabamiento definitivo de la quiebra o terminación del procedimiento concursal, y la interrupción o el término temporal o provisional de las operaciones de liquidación o quiebra. El fin del proceso de quiebra es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor; se comprende también que el proceso de quiebra debe extinguirse cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso) o cuando no pueda ya ser conseguido (Chávez, 2006, pp. 213-214).

En nuestro ordenamiento concursal, en el caso de proyectarse la fusión o la escisión de una sociedad sometida al procedimiento de liquidación dentro del procedimiento concursal ordinario, la Junta de Acreedores debe variar la decisión de liquidación al régimen de reestructuración patrimonial (artículo 91 de la LGSC), concluyendo el proceso liquidatorio y sometiéndose al régimen de reestructuración.

Según el numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC, es una atribución de la Junta de Acreedores, durante la reestructuración, en sustitución de la Junta General de Accionistas, «adoptar todos los acuerdos

necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante [dicho] procedimiento, inclusive la [...] transformación, fusión o escisión de la sociedad», sin acarrear por ello la conclusión del procedimiento concursal ordinario.

La transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas o escindidas es un presupuesto componente de la fusión y la escisión porque el efecto querido por ambas es que todo el patrimonio o un bloque patrimonial (activo y pasivo) de cada sociedad extinguida o escindida se trasmita de modo universal a la sociedad de nueva creación o a la sociedad absorbente (Broseta, 2002, p. 547).

La propiedad y la posesión de los bienes que antes pertenecieron a la sociedad extinguida o escindida pasan a la otra; la transferencia del patrimonio o bloque patrimonial produce la transferencia de todos los créditos que lo componen y de sus garantías mobiliarias e inmobiliarias. Junto con el activo pasan a la sociedad supérstite o beneficiaria las deudas anteriores a la fusión o la escisión y las contraídas por ellas.

La sociedad supérstite o beneficiaria se hace deudora particularmente como continuadora de la sociedad extinta y, así, responde de las deudas con todo lo suyo, incluso por más del valor del bloque que se incorpora en su patrimonio. Según Vivante (1932, pp. 519-520), los litigios ya iniciados contra la sociedad extinta proseguirán contra la otra ante el mismo juez o autoridad administrativa; por lo tanto, los procedimientos judiciales y administrativos (entre ellos el procedimiento concursal ordinario) deben ser continuados por la sociedad de nueva creación o la absorbente.

7.2. EFECTOS EN LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

Si se reorganiza la sociedad concursada, la transmisión patrimonial se produce a cambio de la asunción del pago de los créditos de los acreedores y del compromiso de continuidad en la actividad empresarial o de la unidad productiva concreta, con las ventajas laborales que se pueden estipular (Hernández, 2007).

Alvarado (2003) explica que en el derecho norteamericano,

el plan de reorganización preveía la constitución de una nueva sociedad a la que se transfería el activo de la sociedad deudora, suscribiendo las acciones de la nueva sociedad los anteriores acreedores, accionistas y demás terceros que gozaran de alguna obligación en contra del deudor (secc. I, apdo. A, párr. 11).

En nuestro ordenamiento concursal, aprobada la fusión o la escisión de la sociedad concursada por la Junta de Acreedores, la determinación de la nueva administración es facultad de la Junta de Acreedores con la propuesta de la Junta de Accionistas, que se mantiene vigente a pesar del inicio de un proceso de reestructuración. Sin embargo, en esta etapa, la función de la Junta de Acreedores debería circunscribirse a la verificación y la fiscalización del cumplimiento del plan de reestructuración, la viabilidad de la sociedad nueva o absorbente, producto de la reorganización, el estricto cumplimiento del cronograma de pagos y, si fuera inviable la continuidad de las operaciones de la empresa, acordar el cambio de la decisión del destino del deudor para el inicio del proceso de liquidación (artículo 70 de la LGSC), dejando que la nueva Junta de Accionistas asuma la determinación de la administración. Independientemente de ello, cualquier acreedor tiene el derecho de acudir a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi para solicitar la declaración de disolución y liquidación en el caso de incumplimiento de los términos y las condiciones establecidos en el plan de reestructuración y cronograma de pagos, salvo que la Junta de Acreedores modifique el plan de reestructuración en el plazo de 30 días; de lo contrario, será declarada la disolución y liquidación de la concursada (numeral 67.4 del artículo 67 de la LGSC, modificado por el artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 1189).

Lo antes mencionado no procedería en caso de que, producto de la fusión o escisión, se haya extinguido la sociedad concursada, lo que procedería a dar por concluido el procedimiento concursal.

8. INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En España, la declaración de cumplimiento del concordato es presupuesto de la clausura del procedimiento, una vez firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones para solicitar la declaración de incumplimiento. Por el contrario, la declaración de incumplimiento es presupuesto de la apertura de la liquidación de la masa activa. Si se incumple el convenio, el juez, en la misma resolución que así lo declare, debe proceder de oficio a la apertura de la fase de liquidación.

Según Ángel Rojo (2006b), cuando el deudor incumple el convenio, cualquier acreedor puede solicitar la declaración judicial de incumplimiento, siendo indiferente que, entre la fecha de aprobación judicial del convenio y la del incumplimiento, haya tenido lugar una transformación de la forma jurídica del deudor convenido (por ejemplo, la transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada). Cabe apuntar que la transformación no afecta a la continuidad de la persona jurídica deudora convenida. También es indiferente que, entre esas dos fechas, la sociedad concursada se haya extinguido como consecuencia de una fusión, sea por creación de una nueva sociedad o por absorción; la nueva sociedad o la absorbente continúa estando obligada al cumplimiento del convenio y, en caso de incumplimiento, el acreedor afectado puede solicitar del juez la declaración de incumplimiento, cualquiera que sea la situación patrimonial de esa nueva sociedad o de la absorbente (Rojo, 2006b, pp. 2277-2279).

En los Estados Unidos,

[e]l proceso de reorganización podrá llegar a término de dos formas: una de ellas es la ejecución exitosa del plan y la otra corresponde a la imposibilidad de su ejecución. En este último caso, se debe proceder a la conversión del proceso de reorganización en un proceso de liquidación (Alvarado, 2003, secc. II, apdo. C2, párr. 14).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006, p. 337) recomienda que, cuando el plan de reorganización no se haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia puede disponer que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación para evitar que el deudor quede en situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera.

La Ley Concursal peruana establece soluciones similares a los ordenamientos jurídicos antes citados, el artículo 71 de la LGSC dispone que la reestructuración patrimonial concluye luego de que la administración del deudor acredite, ante la Comisión, que se han extinguido los créditos contenidos en el plan de reestructuración, caso en el cual la Comisión declarará la conclusión del procedimiento y la extinción de la Junta de Acreedores.

De otro lado, la Resolución n.º 097-2009/SC2-INDECOPI resolvió que, en virtud del acuerdo de fusión por absorción de la Junta de Acreedores de la sociedad concursada que se extingue, ya que su personería jurídica se ha extinguido, operando la transferencia de su patrimonio a la empresa absorbente, concluye el procedimiento concursal, lo cual no impide que los acreedores intervinientes del proceso concursal que concluye no puedan exigir el cobro de sus créditos a la empresa absorbente en los términos previstos en el plan de reestructuración.

9. CONCLUSIONES

Dentro de la libertad para decidir la óptima fórmula que convenga a los intereses de los acreedores para el recupero de sus créditos en el procedimiento concursal, luego de instalarse como Junta de Acreedores, se les permite que la sociedad concursada acuerde la fusión de está con otros patrimonios, su escisión y transformación, como parte de su plan de reestructuración.

La múltiple funcionalidad y la estructura de los acuerdos reorganizativos (la readaptación de la empresa a la nueva situación del mercado, la posible incorporación de los acreedores como accionistas,

la extinción de obligaciones por consolidación y la venta de elementos patrimoniales no rentables) presentan ventajas frente a las alternativas de planes de reestructuración basados únicamente en condonaciones (quita) y prórrogas de vencimiento (espera) de los créditos.

El plan de reestructuración constituye la declaración unilateral corporativa de la sociedad concursada que emite su voluntad mediante la Junta de Acreedores que sustituye a la Junta General de Accionistas, estableciendo mecanismos para maximizar el negocio en crisis (transformación, fusión y escisión) y superarla, porque tiene posibilidades de recuperación, a diferencia del acuerdo global de refinanciación, el cual es un contrato entre el deudor y los acreedores cuyo objetivo es evitar la crisis manifiesta que llevaría a liquidación de los bienes del deudor. Asimismo, el convenio de liquidación es el contrato de prestación de servicios entre la Junta de Acreedores con el liquidador y contiene las condiciones y los términos que regirán el proceso de liquidación del patrimonio de la sociedad concursada. La profunda diferencia de la naturaleza de estas instituciones no permite la aplicación extensiva o analógica de las normas que regulan el acuerdo global de refinanciación o del convenio de liquidación respecto a los vacíos de las normas que regulan el plan de reestructuración.

Dado que la transformación, la fusión y la escisión de la sociedad concursada, así como la aprobación y la ejecución del plan de reestructuración patrimonial que contenga como mecanismo la reorganización societaria, no están regulados en la Ley General del Sistema Concursal, deben someterse a las normas de la Ley General de Sociedades, excepto el ejercicio del derecho de separación, cuya publicidad, comunicación y oportunidad del reembolso son reguladas por la Ley Concursal.

El procedimiento de reestructuración durará el tiempo que demore pagar las obligaciones del deudor conforme al cronograma de pagos, sin perjuicio de la permanencia de los mecanismos que se haya aplicado para el recupero del crédito, dentro de los que se encuentra la reorganización de la sociedad concursada. Así, en el caso de fusión y/o escisión, los procesos judiciales o administrativos ya iniciados contra la sociedad extinta proseguirán contra la nueva

sociedad o la absorbente; en el caso de que se haya extinguido la sociedad concursada, ya no ante la misma autoridad concursal, el procedimiento concursal ordinario habría concluido, sino contra la sociedad de nueva creación o la absorbente, producto de la fusión, pues operó la sucesión universal del patrimonio de la sociedad concursada hacia la nueva sociedad o a la existente (absorbente).

Si se proyecta la fusión o la escisión de una sociedad sometida al procedimiento de liquidación dentro del procedimiento concursal ordinario, la Junta de Acreedores debe variar la decisión de liquidación al régimen de reestructuración patrimonial, concluyendo temporalmente el proceso liquidatorio y sometiéndose al régimen de reestructuración. Existe diferencia entre la conclusión del procedimiento concursal y la interrupción o el término temporal o provisional de las operaciones de liquidación. El objeto del procedimiento concursal en la modalidad de disolución y liquidación es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor, es decir, que el proceso concursal se extinga cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso) o cuando no pueda ser conseguido (quiebra).

En el Perú, donde a los acreedores laborales y comerciales constituidos por pequeños proveedores se les hace imposible, para impugnar un acuerdo de Junta de Acreedores, reunir más del 10 % de los créditos reconocidos o, excepcionalmente, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi puede de oficio revisar el plan de reestructuración, es necesario ampliar sus facultades para el control de la legitimidad de los acuerdos de la Junta de Acreedores: por ejemplo, verificar la forma y el contenido del acuerdo de la Junta de Acreedores, comprobar su viabilidad y las cuestiones relacionadas con su ejecución, y revisar que los acuerdos no contengan condiciones discriminatorias contra de los acreedores que no votaron a favor de dichos acuerdos.

Iniciada la vigencia de la fusión, la escisión o la transformación de la sociedad concursada, si producto de esta se ha extinguido, deja de tener vigencia la función de la Junta de Acreedores, ya que habría concluido el procedimiento concursal y el incumplimiento del plan

de reestructuración y el cronograma de pagos sería cobrado a la nueva sociedad o a la absorbente por la vía judicial o extrajudicial.

REFERENCIAS

- Alvarado, D. (2003, 25 de julio). La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: El Chapter 11. <http://www.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/chapter11.htm>
- Añoberos, X. (2005). El derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao. En *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia* (t. 1, pp. 55-78). Editora Marcial Pons.
- Beaumont, R. (1994). *Derecho comercial y reestructuración empresarial*. Editorial Alternativas.
- Beaumont, R., & Palma, J. (2002). *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica.
- Broseta, M. (2002). *Manual de derecho mercantil* (vol. 1). Tecnos.
- Calle, J. P., & Alva, S. (2003). *Guía rápida de preguntas y respuestas sobre la nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica.
- Cerdá Albero, F. (1998). Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales. *Revista General de Derecho*, (646-647), 9331-9354.
- Chávez, H. (2006). Acuerdos dentro de la quiebra (rehabilitación del fallido). *Revista de Ciencias Jurídicas*, (111), 207-232. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9736/9182>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Naciones Unidas. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf
- Congreso de la República. (2002). *Ley n.º 27809. Ley General del Sistema Concursal*. Lima: 5 de agosto de 2002. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/\\$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf)

- Del Águila, P. (2005). Un fin, dos caminos: Encuentros y desencuentros entre la liquidación societaria y la liquidación concursal. En *Estudios de derecho societario. Libro homenaje a Enrique Elías Laroza* (pp. 199-249). Editora Normas Legales.
- Ebid, J. M. (2001). Acuerdo de fusión. En I. Arroyo, & J. M. Embid, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (vol. 3, pp. 2298-2310). Tecnos.
- Echeandía, L. F. (1998). Sobre insolvencia, insolventes y formas de enfrentar una crisis. En *Estudio sobre reestructuración patrimonial* (pp. 36-48). Gaceta Jurídica.
- Escurra, H. (2005). Sociedades insolventes. ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para revisar las Decisiones de la Junta? ¿Cuál es su límite? En *Estudios de derecho societario. Libro homenaje a Enrique Elías Laroza* (pp. 251-296). Editora Normas Legales.
- Flores, M. (2004). *Convenio concursal y reorganización de la sociedad anónima*. Real Colegio Complutense.
- Hernández, T. (2007). Fusión y escisión de sociedades en situación concursal. *Audidores*, (3), 53-63.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Área de Estudios Económicos. (2000). *Documento de Trabajo n.º 008-2000. Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década*. Lima: 22 de agosto del 2000.
- Messineo, F. (1955). *Manual de derecho civil y comercial* (t. 5). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Montoya Alberti, H. (1998). *Las sociedades y la reestructuración de las empresas en estudios sobre reestructuración patrimonial*. Gaceta Jurídica.
- Montoya Manfredi, U. (1998). *Derecho comercial* (t. 1). Grijley.
- Najarro, M. (2007). *El derecho concursal y la necesidad de individualizarlo en la legislación guatemalteca* [Tesis de licenciatura,

- Universidad de San Carlos de Guatemala]. *Biblioteca Central USAC*. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7057.pdf
- Núñez-Lagos, A. (2003). El convenio del concurso: contenido y procedimiento. *Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, (6), 35-50. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1104/documento/03Alberto.pdf?id=2018&forceDownload=true>
- Orduña, F. J. (1994). *La insolvencia*. Tirant lo Blanch.
- Palma, J. E. (1998). El derecho de la crisis de la empresa en el Perú. En T. de J. Seijas, *Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo*. Editorial San Marcos.
- Pérez de la Cruz, A. (1975). Cuestiones en torno al Convenio de la Quiebra. En *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (pp. 527-548). Civitas.
- Polo, A. (1975). Reflexiones sobre la reforma de ordenamiento mercantil. En *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (pp. 549-648). Civitas.
- Ramos Padilla, C. (1999). La escisión de sociedades en la Ley n.º 26887. En V. Malpartida, & J. Palma, *Derecho, economía y empresa* (pp. 127-165). Editorial San Marcos.
- Richard, E. (2005). Notas en torno al acuerdo concursal. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/03/artnotasentornoalacuerdoconcursal.pdf>
- Richard, E. (2006). Propuesta abusiva. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/05/artpropuestaabusiva.pdf>
- Richard, E., & Muiño, O. (1997). *Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Editorial Astrea.
- Rodríguez, F. (1992). Escisión. En R. Uría, A. Menéndez, & M. Olivencia (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (t. 9, vol. 3, p. 19). Civitas.

- Rojas, J. F. (2002). *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Ara Editores.
- Rojo, Á. (2006a). Contenido de la propuesta de convenio. En E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 2, pp. 1864-1899). Civitas.
- Rojo, Á. (2006b). Incumplimiento. E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 2, pp. 2276-2294). Civitas.
- Rojo, Á. (2006c). Presupuesto objetivo. En E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 1, pp. 164-193). Civitas.
- Sánchez, F. (2000). *Instituciones de derecho mercantil* (vol. 2). MacGraw-Hill.
- Sanguino, J. M. (2003). Por la dignidad del deudor. *Derecho PUCP*, (56), 701-732. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.017>
- Silva, A. (2007, septiembre). El concordato preventivo. Un medio alternativo de solución de conflicto para conservar empresas [Conferencia de Congreso]. I Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Medellín, Colombia.
- Uría, R., Menéndez, A., & García, J. (2006). Transformación de sociedades. En R. Uría, & A. Menéndez (dirs.), *Curso de derecho mercantil* (t. 1, pp. 1371-1381). Civitas.
- Vivante, C. (1932). *Tratado de derecho mercantil* (vol. 2). Reus.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y POLÍTICOS DE LOS DERECHOS DEL TRABAJO

The economic, social and political bases
of labour rights

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: maria.cerna@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0000-1387-7440>

RESUMEN

Esta investigación supera el estudio exegético del derecho laboral y considera las ciencias de la economía, la sociología y la política en lo que les concierne, dado que esta rama del derecho plantea retos mayores, pues para abordar o hacer efectiva alguna iniciativa y/o modificación legislativa es necesario considerar los fundamentos del derecho del trabajo. En ese sentido, se abordan los contextos históricos de la Revolución francesa y su influencia mundial, así como la de las posteriores revoluciones sociales, a efectos de analizar el desarrollo de los derechos laborales en relación con el sistema capitalista industrial, el trabajador y la explotación insufrible en un supuesto contexto

de libertad e igualdad, para finalizar con la sublevación del conjunto de trabajadores ante el empleador dominante y la consecución de sus derechos laborales, lo cual en el Perú no se hace notar sino hasta finales del siglo XIX.

Palabras clave: derechos del trabajo; economía; sociología; política; revolución social de los trabajadores.

ABSTRACT

This research goes beyond the exegetical study of labour law and considers the sciences of economics, sociology and politics as far as they are concerned, given that this branch of law poses greater challenges, since in order to address or make effective any initiative and/or legislative modification it is necessary to consider the foundations of labour law. In this sense, the historical contexts of the French Revolution and its worldwide influence, as well as that of the subsequent social revolutions, are addressed to analyse the development of labour rights about the industrial capitalist system, the worker and the insufferable exploitation in a supposed context of freedom and equality, to end with the revolt of the group of workers against the dominant employer and the achievement of their labour rights, which in Peru is not noted until the end of the nineteenth century.

Keywords: labour rights; economics; sociology; politics; workers' social revolution.

Recibido: 25/09/2021 Aceptado: 10/11/2021 Publicado: 10/12/2021

1. LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS LABORALES

1.1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende demostrar que la positivización legal y constitucional de los derechos laborales tiene fundamento en el sistema económico capitalista, las luchas sociales-sindicales y los movimientos políticos; su estudio permitirá comprender la edificación del derechos laborales a partir de estos fundamentos y, como tales, considerar su vigencia a partir del análisis de la situación actual del derecho laboral peruano.

Debo empezar afirmando que existen diversas problemáticas sobre el derecho del trabajo en la medida en que existen vacíos, lagunas, oscuridades y desórdenes legales, además de nuevos presupuestos de hecho sobre los cuales legislar. El activismo judicial de pocos jueces ha podido desarrollar jurisprudencia idónea para resolver casos difíciles en este sentido, pero no es suficiente.

Es entonces que el derecho del trabajo debe superar obstáculos respecto de algunas resoluciones judiciales y las leyes que se expiden, ya que muchas veces resultan ser cuestionables. El profesor Omar Toledo (2017) se ha pronunciado sobre la deconstrucción del derecho a la estabilidad en el trabajo emprendido por el Tribunal Constitucional, a propósito del pronunciamiento contenido en la STC n.º 01647-2013-PA/TC, según el cual la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo. Otros ejemplos cuestionables son el precedente Huatuco Huatuco, recaído en la STC 05057-2013-PA/TC, y la STC 00002-2010-PI/TC, que resolvió la constitucionalidad del Decreto Legislativo n.º 1057, así como la misma ley que crea este denominado régimen laboral, además de las leyes de presupuesto que restringen las mejoras económicas a favor de los trabajadores del Estado, entre otros.

De este contexto, se puede colegir que el derecho del trabajo ha considerado poco sus fundamentos económicos, sociales y políticos. El primero de ellos trata del sistema económico que dio origen al fenómeno laboral tal cual hoy lo conocemos y al trabajo libre, subordinado y remunerado, en su nivel de capitalismo industrial; sin embargo; el

capitalismo ha evolucionado hasta llegar a un nivel tecnológico que acarrea nuevos presupuestos de hecho sin que encuentren aún cabida en la legislación peruana. Por ello, es relevante valorar el fundamento económico en la expedición de nuevas leyes y jurisprudencia, pues, de no ser así, nuestro derecho laboral estaría desfasado porque no regularía el trabajo que proviene del capitalismo «industrial» inicial.

Asimismo, se aprecia la debilidad del fundamento social «trabajadores unidos y organizados conscientes de sus derechos y reconocidos ante la sociedad y el Estado a través de sus sindicatos», y del fundamento político «partido político de los trabajadores que participan activamente en la vida política con sus representantes»; simplemente, no parece que tengan presencia, a diferencia de los países más desarrollados.

El hecho de que los fundamentos sociales y políticos no se manifiesten con vehemencia y hayan desfallecido en nuestros días explicaría la expedición de resoluciones judiciales y leyes que difieren de la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo, pues, de otra manera, resulta irrazonable que la comunidad laboral directamente afectada y la sociedad, en general, hayan asentido a tales menoscabos laborales.

Al respecto de esto, sostengo que el derecho del trabajo se distingue de las demás ramas del derecho por su carácter social, pero también por su carácter político sometido a fluctuaciones de esta naturaleza. En ese sentido, ¿se puede esperar la dación de leyes protectoras a los trabajadores si los mismos se encuentran desunidos y desorganizados o si no cuentan con representantes en los poderes del Estado? Es un tanto difícil.

La presente investigación supera el estudio exegético del derecho laboral y considera las ciencias de la economía, la sociología y la política en lo que les concierne, dado que esta rama del derecho, en particular, plantea retos mayores, pues hasta para abordar o hacer efectiva alguna iniciativa y/o modificación legislativa es necesario considerar los fundamentos del derecho del trabajo, los cuales explico a continuación.

2. EL SISTEMA ECONÓMICO A PARTIR DE LAS REVOLUCIONES

La Revolución francesa (1789) emprendió «la vía realmente revolucionaria» en el tránsito del feudalismo al capitalismo, fue la más explosiva de las revoluciones burguesas, eclipsando a las que la habían precedido (las revoluciones de Holanda, Inglaterra y América) por el carácter dramático de sus luchas de clases debido a la terquedad aristocrática anclada en sus privilegios feudales que le denegaban toda concesión (Soboul, 1979, pp. 306-307). Fue impulsada por la nueva era de las ideas la Ilustración que, con el principio de la razón, cuestionó los fundamentos del orden establecido: la monarquía, la división de la riqueza entre la nobleza y el clero, y la pobreza de los campesinos destinada desde el nacimiento.

En el histórico 4 de agosto de 1789 se pronunció la igualdad para todos bajo la condición de ciudadanos, quedando abolida la división de los franceses en los tres estamentos antedichos. El 17 de junio de 1793, la Convención ordenó que quemasen los títulos feudales y, con ello, desapareció el feudalismo.

La burguesía revolucionaria logró suprimir los privilegios y conquistar la igualdad de derechos, al mismo tiempo que se producía el derrumbamiento de la aristocracia. Pero mucho más consiguió con la libertad política y aún más con la libertad económica, de empresa y ganancia; había perseguido obstinadamente la destrucción del antiguo sistema de producción e intercambio, el cual era incompatible con el auge de las empresas capitalistas. El capitalismo exigía libertad bajo todas sus formas: libertad de la persona, condición del trabajo asalariado, libertad de bienes, condición de su movilidad; además de libertad de espíritu, condición para la investigación y el descubrimiento científico y técnico (Soboul, 1979, pp. 419-442).

Con ello, la sociedad burguesa ya estaba implantada, el auge del capitalismo se evidenciaba en el aire y las condiciones ya habían sido establecidas a favor de este nuevo sistema económico. El Estado liberal burgués impuso su doctrina con la expedición del Decreto de Allarde del 2 y 17 de marzo de 1791, que expresó en su artículo séptimo: «A partir del primero de abril, todo hombre es libre para dedicarse al

trabajo, profesión, arte u oficio que estime conveniente», y la Ley de Chapelier aprobada por la Asamblea Constituyente entre el 14 y 17 de junio de 1791, que suprimió las corporaciones que estorbaban los intereses capitalistas, estipulando en su artículo 2 lo siguiente:

Los ciudadanos del mismo oficio o profesión, empresarios, comerciantes, artesanos, obreros y artesanos de cualquier ramo, no pueden, cuando están juntos, nombrar presidente, secretario o síndico, llevar registros, promulgar estatutos u ordenanzas ni tomar acciones ni imponer normas de su interés común.

Así, esta revolución dejaba a las clases populares urbanas indefensas frente a la nueva economía, pues, de desobedecer esta última, imperaba la pena de cárcel. El nuevo sistema capitalista estaba protegido por el *laissez faire, laissez passer* del liberalismo, que hizo sentir su fuerza y no permitió modificación alguna en los principios ni las reglas del derecho civil y el derecho penal.

Este punto alto alcanzado por la burguesía tiene explicación en la Revolución Industrial suscitada a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, que acarrió la expansión de la economía capitalista industrial sobre la cual se había edificado su poder. La Revolución Industrial sucedió primero en Inglaterra, con la introducción del maquinismo, hacia 1760; mientras que en Francia, Alemania y el resto de Europa surgió en el año 1764.

James Hargreaves inventó la máquina de hilar que poco a poco desplazó a los trabajadores manuales. En 1775 se comercializó la máquina de vapor de James Watt, la cual «ejecutaba, bajo el fácil control de uno, el trabajo de muchos miles de hombres»; la energía de vapor que producía fue utilizada para mover las diversas máquinas de las fábricas, también los ferrocarriles y otros.

Sobre el capitalismo, De Ferrari (1961, pp. 148-149), citando a Hacker, sostiene que siempre hubo riquezas privadas, aunque no ejercieron una influencia importante en la historia hasta épocas recientes; muchas veces permanecieron inactivas, otras dilapidadas en aventuras bélicas, empleadas en el sostenimiento de cortes lujosas, la construcción de monumentos, etc. Es recién con el capitalismo que

esas fortunas fueron empleadas con fines económicos, se empezaron a invertir en la construcción de máquinas y embarcaciones, así como en las especulaciones de las grandes compañías financieras. La astucia, el esfuerzo y la inteligencia sustituyeron el periodo anterior. Según el citado autor, a partir de este nuevo empleo dado a las fortunas, el hombre creó un tipo de vida materialista y siempre desprovista de sentido que consistió en producir y crear riqueza sin limitación para especular.

La mano de obra de menor costo la constituían los niños, quienes se desempeñaban como auxiliares de los trabajadores adultos; ellos fueron sometidos a forzados trabajos en las fábricas y las minas con jornadas de trabajo de hasta catorce y dieciséis horas monótonamente repetidas, mientras que los adultos podían trabajar hasta dieciocho horas. Alonso Olea (1994), citando a Bergier (1985, p. 45), detalla que esta cantidad de horas extremas para cualquier edad fue aplicada, en ocasiones, a niños de ocho y nueve años, en talleres y minas, e incluso a niños de edades inferiores en la industria textil; estos constituyeron algunos de los episodios más tristes y lamentables de la historia de la economía, «el gran escándalo moral de la Revolución Industrial».

Pero estas sórdidas condiciones de trabajo también fueron insalubres. Los techos de las fábricas industriales eran bajos, las ventanas eran estrechas, la pelusa de los textiles flotaba como una nube y se introducía en los pulmones, la humedad saturaba la atmósfera y calaba los vestidos. Por las noches, el humo de las velas engendraba una fiebre contagiosa y, cuando se inventó y generalizó el sistema de alumbrado de gas a principios del siglo XIX, se prolongaron más las desorbitadas jornadas de trabajo, desbordando con mucho en ocasiones las de «sol a sol» anteriores (Alonso Olea, 1994, p. 303).

Es entonces que el derecho del trabajo se explica a partir del fundamento económico que yace en la Revolución Industrial y la implantación del nuevo sistema económico: el «capitalismo» predominantemente industrial, lo cual acapara la fuerza de trabajo de hombres, mujeres y niños en régimen de libertad, mediante arrendamientos de servicios, y acarrea vidas miserables para estos por

las abusivas condiciones laborales soportadas y las irrisorias contraprestaciones pecuniarias, en razón de un respaldo ideológico liberal individualista que proscibía todo intervencionismo del Estado y los grupos sociales, lo cual permitía a los dueños de fábricas imponer sus condiciones sin limitaciones.

La mayoría de los autores coincide en que en el contexto de la Revolución Industrial hasta antes de la segunda mitad del siglo XVIII se hizo sentir el liberalismo puro. Cabe anotar que en las primeras décadas del siglo XIX se expidieron leyes que se ocuparon débilmente de las relaciones trabajador-empleador, denominadas «leyes de fábrica», las cuales regularon los aspectos más urgentes del trabajo industrial, tales como las condiciones laborales de los niños y las mujeres. En este contexto, la sociedad percibía los excesos contra los que arrendaban su fuerza de trabajo, pero no tomaban acciones para revertir esta situación.

Respecto a las leyes de fábrica en relación con el derecho del trabajo, Álvarez y Palomeque (2000) apuntan que nació como una regulación del trabajo en la industria, por más que luego sus normas se hayan extendido —con más dificultades cuanto más se alejen de este supuesto original— al trabajo en otro tipo de actividades terciarias. Es una categoría cultural «fruto del sistema capitalista industrial» (p. 59).

De lo expuesto hasta este punto puede afirmarse que la situación de trabajo en libertad deviene del sistema económico capitalista en su primer nivel o fase «industrial». Esta situación no pudo ser ajena al ordenamiento jurídico por mucho tiempo; por ello, se expidió una regulación laboral incipiente con las leyes de fábrica; finalmente, se elaboró una regulación más completa con la vigencia de los otros fundamentos que desarrollaré en el próximo apartado, lo cual guarda coherencia con la posición del capitalismo como fundamento económico del derecho laboral.

3. LAS REVOLUCIONES SOCIALES DE LOS TRABAJADORES

El fundamento social se presenta cuando las condiciones de trabajo afectan a un grupo relevante de la sociedad que reviste determinadas características, al que Karl Marx denominó como «clase trabajadora» en el *Manifiesto del Partido Comunista* (1848), el documento más importante en la historia del movimiento social de los trabajadores, panfleto que llama a su acción, los concientiza sobre su propia condición y el desequilibrio social en que viven, y da forma a la ideología de lucha de los trabajadores para dejar de ser una clase explotada.

Mario de la Cueva (1963, p. 19) explica que la conciencia de clase explotada de los trabajadores inicia con los hombres de la ciudad que tenían mayor cultura y preparación que el campesino, en el sentido en que la igualdad no existe y la libertad es puramente teórica, mejor aún, negativa, pues consiste en la facultad ilimitada de venderse al precio que el empresario quiera pagar, precio que es, naturalmente, el menor posible, el mínimo apenas para que el trabajador subsista: ¿Cómo va el trabajador, que no tiene más patrimonio que el salario que recibe, salario que apenas basta para cubrir sus necesidades diarias, a luchar contra el empresario? ¿Cómo podrá el trabajador imponer al patrono sus condiciones, si cada día que pasa su miseria es mayor?, agregándose que las leyes separaban al trabajador de sus compañeros, impidiéndole buscar en esos mismos compañeros una ayuda para la lucha.

Aún con estas adversidades, ya impuesta la conciencia social de los trabajadores, estos inician una incipiente organización a fin de revertir la ideología liberal individualista que establecía el orden de entonces. Las revoluciones europeas de 1848 propugnan condiciones de mejora a favor de los trabajadores; así, la revolución de febrero de 1848, organizada por las masas obreras de París, pretendió llevar al poder a los trabajadores, eliminar las desigualdades económicas y sustituir el trabajo asalariado por la organización cooperativa.

Al decir de Francisco de Ferrari (1961, pp. 80-81), el efímero reinado de las masas obreras logrado en este momento dio lugar a una serie de conquistas: a) el reconocimiento del derecho al trabajo que

proclama el Decreto del 25 de febrero de 1848, b) el reconocimiento del derecho de asociación, c) el establecimiento de los talleres nacionales para combatir la desocupación y para poner en práctica el trabajo asociado, d) la creación de la Comisión de Luxemburgo, presidida por Luois Blanc, de composición paritaria, cuyo cometido consistía en estudiar y discutir las medidas a tomar relacionadas con las organizaciones de trabajo y el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, e) la abolición del *merchandage* y su transformación en delito correccional, f) la imposición de una jornada de trabajo de 11 horas en París y 12 horas en provincias, y g) la creación de agencias oficiales de colocación.

Sin embargo, a fines de 1848, el número de obreros que trabajaba en los talleres nacionales alcanzaba la suma de cien mil, su trabajo era estéril y significaba un lastre para el presupuesto del Estado. La crítica de la burguesía se dejó sentir y los talleres fueron clausurados el 21 de junio. El proletariado francés se encontró frente a la burguesía, los campos quedaron definidos y, por primera vez en la historia, del 23 al 26 de junio se dio la primera gran batalla entre las dos clases sociales. El general Cavaignac se convirtió en dictador de Francia y el 10 de diciembre de 1848 Luis Bonaparte fue electo presidente de la república.

Las conquistas obreras habían quedado suprimidas. El régimen individualista y liberal salió triunfante y, de la misma manera que en Inglaterra después de la guerra cartista, el derecho del trabajo hubo de detener su evolución (De la Cueva, 1963, p. 34).

No obstante, los movimientos revolucionarios de Europa produjeron las primeras reformas de la legislación civil y penal. Al inicio, las normas del derecho del trabajo estuvieron enmarcadas dentro del campo del derecho civil y fueron regidas, en sus principios fundamentales, por el pensamiento individualista y liberal; por eso, y no sin razón, aquellas instituciones fueron nombradas como derecho del trabajo de corte liberal e individualista. Esta época comprende desde las revoluciones europeas del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial.

En lo sucesivo, los conflictos sociales acarrearán la intervención del Estado en las relaciones de trabajo, iniciándose una «legislación

limitativa del poder empresarial». De acuerdo con Palomeque (1989, p. 17), la labor que acomete el Estado con la puesta en marcha de la legislación obrera es la primera manifestación histórica de la intervención de los poderes públicos en las relaciones entre privados.

Para Ramírez Bosco (2005, pp. 71-72), esta respuesta de legislación resultó de la cuestión decisiva de la cantidad de personas explotadas laboralmente, lo cual revestía la magnitud del problema. Es en este contexto que se aprecia la represión en la formación y el ejercicio de coaliciones, que luego pasarían al reconocimiento de la organización y la acción colectiva en el sistema de las relaciones laborales. Pero, entre una y otra fase, hubo un estadio de tolerancia que coincide con la etapa de la formación del derecho del trabajo, caracterizada, de un lado, por la relajación o el cumplimiento poco riguroso de la legislación represiva y, de otro lado, por la disponibilidad de las vías legales de derecho común a las que aquellos podían acogerse. De todas maneras, en la fase de tolerancia, el marco legal no atribuye papel alguno a las representaciones profesionales; a lo más que llega, y no siempre es así, es a ignorar su existencia.

La unión es el valor principal del fundamento social del derecho laboral; al decir de Américo Plá Rodríguez (1998, p. 43), la unión de los trabajadores está en el comienzo del fenómeno laboral y fue la respuesta natural a la injusticia y la explotación realizada por los empresarios; al principio, la unión de los trabajadores engendró la atención pública sobre el fenómeno laboral; de esta atención por el fenómeno laboral derivó la legislación del trabajo que fue suprimiendo las trabas para la unión y, en los últimos tiempos, creando estímulos para la unión de los trabajadores. Por otro lado, en la medida en que se formaron asociaciones profesionales, surgió una nueva forma de creación del derecho del trabajo de origen profesional y extraetático que tuvo su máxima expresión en los convenios colectivos.

De lo anterior se aprecia que la unión de los trabajadores en su lucha por su igualdad social hizo posible la consecución de ambas formas de derecho: el etático, consagrado en las leyes, y el extraetático, concretado en los convenios colectivos que plasman la protección conseguida por los trabajadores unidos, lo cual hace útil la protección

otorgada por el legislador, corrigiéndose su desigualdad social con desigualdades de signo opuesto, el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo son distintas sendas para recorrer el mismo itinerario: el punto de partida es la unión de los trabajadores y el punto de llegada, la reivindicación de su dignidad y las mejoras en sus condiciones de trabajo.

Es importante remarcar que esta lucha por el derecho del trabajo es, en realidad, doble; en primer lugar, es la lucha por la idea misma del derecho del trabajo, esto es, por una mejor idea de justicia o, si se prefiere, la lucha por la humanización del derecho en las relaciones de trabajo. Por otra parte, es también la lucha por las instituciones y las medidas concretas del estatuto laboral: una vez que se impuso la idea de otorgar a los trabajadores un tratamiento más humano, fue preciso luchar por la determinación de ese tratamiento (De la Cueva, 1963, pp. 24-25).

4. LA DEMOCRACIA Y LOS MOVIMIENTOS POLÍTICOS

El fundamento político de los derechos laborales se perfecciona con la participación del trabajador en la vida política por medio directo o a través de sus representantes, pero no siempre fue así. La auténtica democracia tiene sus antecedentes en el Estado liberal europeo en el que se comenzó a erigir la tesis de un «pueblo soberano» que se impuso ante la monarquía absoluta propia del Antiguo Régimen; incipientemente, fue teórica, pues los trabajadores no vivían en democracia, aunque luego perfeccionaron su concepto, dada su participación en la sociedad, inicialmente con protestas y levantamientos sociales prohibidos por el régimen liberal.

La democracia surge para confirmar el imperativo categórico de Immanuel Kant: «todos los seres humanos debemos ser tratados como fines y no como medios», tenemos la libertad de autolegislarnos con base en la razón y decidir nuestro futuro, así como el futuro de un grupo social, de estar investidos de autoridad, luego de ser elegidos.

El antecedente más relevante de participación política de los trabajadores es la constitución del Partido Social Democrático Alemán, liderado por Lasalle e impregnado de la influencia de

Karl Marx; este partido dio a luz el famoso programa Eisenach que anunció como acciones inmediatas a reclamar: i) la implantación del sufragio universal, b) la supresión de todos los privilegios de clase, c) la instrucción escolar obligatoria y la gratuidad de la enseñanza, d) la separación de la Iglesia y el Estado, e) la creación de Tribunales de trabajo independientes de la jurisdicción común, f) la prohibición del trabajo de los menores, g) la limitación de la jornada, y h) el fomento del cooperativismo y la concesión con ese objeto de créditos especiales por parte del Estado (De Ferrari, 1961, p. 132).

Este ejemplo de participación de los trabajadores alemanes tuvo una fuerza ideológica muy arraigada a partir de la ideología del Manifiesto del Partido Comunista, por lo que en ningún otro país europeo adquirió tanta fuerza el socialismo. Por eso Alemania vivía en extraordinaria contradicción: un progreso industrial incomparable y un gran movimiento socialista, peligro grande para el adelanto industrial, pues la creciente agitación amenazaba destruir la paz social y detener, por huelgas y movimientos obreros, el trabajo normal en las fábricas.

En este contexto, cambió la actitud del Estado frente a los problemas económico-sociales. Otto von Bismarck opuso el intervencionismo del Estado al capitalismo liberal, en una doble dimensión: protección a la industria en la concurrencia con los productos extranjeros e intervención en los problemas internos en los cuales hizo un formidable intento para contener el movimiento obrero, la unión de los trabajadores y el pensamiento socialista. De la Cueva (1963) sostiene que Bismarck promulgó e impulsó un derecho del trabajo que fue, en su época, la legislación más completa de Europa y, en segundo lugar, él es el autor de lo que se ha llamado «política social», cuya más grande manifestación fue la creación de los seguros sociales.

Desde la perspectiva de Bismarck, estos beneficios se otorgaban para apaciguar a los trabajadores que constituían una seria amenaza debido a su fortaleza y su unión, las cuales se habían perfeccionado con una organización política que imponía la democracia. Estos derechos legislados devienen de una decisión política luego de haber medido el peso de poder de cada una de las partes.

Pero los partidos políticos de trabajadores, tan determinantes en su vida, apenas existían en 1880 con la importante excepción del Partido Social Demócrata Alemán, unificado en 1875, que constituía una fuerza electoral importante.

Erick Hobsbawm (2007b) escribe

que en 1914 existían partidos socialistas de masas incluso en los Estados Unidos, donde el candidato de este partido obtuvo casi un millón de votos, y en Argentina, donde el partido consiguió el 10 [%] de los votos en 1914, [...]. Por lo que respecta a Europa, los partidos socialistas y obreros eran fuerzas electorales de peso casi en todas partes donde las condiciones lo permitían. Ciertamente, eran minoritarios, [aunque] en algunos Estados sobre todo en Alemania y Escandinavia, constituían ya los partidos nacionales más amplios, aglutinando hasta el 25-40 [%] de los sufragios, y cada ampliación del derecho de voto revelaba a las masas industriales a elegir al socialismo. No solo votaban, sino que se organizaban en ejércitos gigantescos: el partido obrero belga, en su pequeño país, contaba con 276.000 miembros en 1911, el gran SP ([...] «Partido Socialdemócrata Alemán») poseía más de un millón de afiliados, y las organizaciones de los trabajadores, no tan directamente políticas —los sindicatos y sociedades cooperativas—, vinculadas con esos partidos y fundadas a menudo por ellos eran todavía más masivas (p. 127).

Para el autor citado, las filas de estos partidos se engrosaban y ello era «extraordinariamente alarmante o maravilloso» (Hobsbawm, 2007b, p. 127). Estos eran factores significativos de la política nacional y, cuando las movilizaciones estallaban, tenían que ser tomadas en consideración.

La doctrina del marxismo, formulada como tal entre el momento de la muerte de Marx y los últimos años de la centuria, dominó cada vez más la mayoría de los nuevos partidos, porque la claridad con que enunciaba esos objetivos le prestaba un enorme poder de penetración política. Bastaba saber que todos los trabajadores

tenían que integrarse en esos partidos o apoyarlos, pues la historia garantizaba su futura victoria (Hobsbawm, 2007b, p. 128).

De lo expuesto puede apreciarse que el derecho laboral tiene estrecha relación con la política, más que ninguna otra rama del derecho, siempre sometido a las fluctuaciones de los intereses de las empresas, el mismo Estado empleador y los trabajadores.

5. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS DEL TRABAJO

Son los fundamentos económicos, sociales y políticos los que erigen el derecho del trabajo. El fundamento económico yace en la Revolución Industrial y la implantación del sistema económico «capitalismo industrial», que acapara la fuerza de trabajo de hombres, mujeres y niños en régimen de libertad de los países industrializados mediante arrendamientos de servicios y acarrea una vida miserable para estos por las abusivas condiciones laborales soportadas y las irrisorias contraprestaciones pecuniarias en razón de un respaldo ideológico liberal individualista que proscibía todo intervencionismo del Estado y de los grupos sociales, lo cual permitía a los dueños de fábricas imponer sus condiciones sin limitaciones de ninguna índole.

En esta situación se cimienta la Revolución Industrial hacia la segunda mitad del siglo XVIII y, en el plano ideológico del *laissez faire, laissez passer*, se muestra la Revolución francesa ocurrida en 1789. La Ley de Chapelier, que restringe la formación de coaliciones, es el símbolo de esta ideología; sin embargo, se expidieron «leyes de fábrica», las cuales se ocuparon débilmente de las relaciones trabajador-empleador. Cabe anotar que la sociedad no actuaba para eliminar las abismales diferencias sociales y las penurias de quienes arrendaban su fuerza de trabajo.

También es importante comprender este capitalismo desde la teoría del poder que ha propiciado su institucionalización. Así, se dice que se ha perpetuado gracias a la reproducción de las condiciones capitalistas de producción apoyadas por el Estado y sus aparatos, además del ejercicio de poderes en todo el cuerpo social, el cual requiere

de manera imprescindible que existan trabajadores disciplinados, asalariados dispuestos a someter sus gestos y sus pensamientos a los imperativos del proceso de producción. Al respecto, Foucault (2013), en su famoso ensayo «La verdad y las formas jurídicas», se pronuncia del siguiente modo:

el sistema capitalista penetra mucho más profundamente en nuestra existencia. Este régimen tal como se instauró en el siglo XIX se ha visto obligado a elaborar todo un conjunto de técnicas políticas, técnicas de poder, por mediación de las cuales el hombre se encuentra ligado a una realidad como la del trabajo; todas estas técnicas constituyen un conjunto que hace que los cuerpos y los tiempos de los hombres se conviertan en tiempos de trabajo y en fuerza de trabajo de tal forma que puedan ser efectivamente utilizados para ser transformados en beneficio. Pero para que haya plusvalía, es preciso que haya subpoder; es necesario que una trama de poder político microscópico, capilar, enraizada en la existencia de los hombres se haya instaurado para fijar a los hombres al aparato de producción, convirtiéndolos en agentes de producción, en trabajadores. El vínculo del hombre con el trabajo es sintético, político, es un lazo por el poder (pp. 560-561).

Por otro lado, el fundamento social se presenta cuando tales condiciones de trabajo afectan un grupo de la sociedad revestida por determinadas características: los trabajadores. A partir del *Manifiesto del Partido Comunista* y la filosofía socialista, los trabajadores se cuestionan en torno a las desigualdades económicas, sociales y políticas; con la conciencia de su condición, se organizan para revertir la ideología que establecía el orden hasta entonces y mejorar sus condiciones laborales.

Las revoluciones europeas de 1848 amparan condiciones de mejora para los trabajadores y van contra la ideología liberal individualista; en lo sucesivo, los conflictos sociales acarrearán la inicial intervención del Estado en las relaciones de trabajo, iniciándose una «legislación limitativa del poder empresarial». Podría afirmarse que

la unión de los trabajadores es el valor principal del fundamento social del derecho del trabajo.

En este punto tiene cabida el fundamento político, pues la unión de los trabajadores se perfecciona con su organización política en la democracia, que busca lograr la positivización protectora del derecho del trabajo.

Así, podría colegirse que el derecho del trabajo tiene cabida bajo estos tres fundamentos; de lo contrario, las normas expedidas no guardan afinidad con su naturaleza tuitiva. En este sentido, se aprecia que las «leyes de fábrica» no incidían directamente en la protección del trabajador y su dignidad, sino que se limitaban a regular el sector industrial en sus realidades más agobiantes, en cuanto al trabajo de los niños, las mujeres y los accidentes de trabajo; en este contexto, solo estaba presente el fundamento económico y un incipiente fundamento social, ya que el político aún no aparecía.

Ahora bien, la configuración del derecho del trabajo como verdadero sistema normativo se produce en Europa en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial. En esta época ven la luz en distintos países leyes importantes sobre sindicatos, convenios colectivos y regulación de condiciones de trabajo. Las señas de identidad de la formación del derecho del trabajo son dos: el paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo y el reconocimiento legal de las instituciones del sistema de relaciones laborales. La primera de ellas se refiere al derecho individual del trabajo y la segunda al derecho colectivo del trabajo (Valverde, 2013, p. 70).

6. ANÁLISIS DE LA POSITIVIZACIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL TRABAJO EN EL PERÚ

Dados los contextos históricos de la Revolución francesa y su influencia mundial, así como de las posteriores revoluciones sociales, es entendible que el desarrollo de los derechos laborales parta de la escena que constituyen los capitalistas industriales, el trabajador y la explotación insufrible en un supuesto contexto de libertad e igualdad, para finalizar con la sublevación del conjunto de trabajadores ante el

empleador dominante y la consecución de sus derechos laborales. En el Perú, este cuadro no se hace notar sino hasta finales del siglo XIX.

6.1. FUNDAMENTO ECONÓMICO

En el Perú libre e independiente y abolida la esclavitud en el siglo XIX, predominaban la agricultura y la minería como bases de la economía, y la principal fuerza de trabajo eran campesinos indígenas que vivían en la sierra y las zonas alejadas de la costa y hablaban quechua (desde el quechua cuzqueño al cajamarquino-cañaris), aimara o castellano, lo cual reflejaba la diversidad sociolingüística del mestizaje cultural peruano (Deustua, 2011, p. 181).

En el año 1840 empezó la explotación del guano en las islas de Chincha Norte, Centro y Sur, donde, durante siglos, el excremento de las aves se había acumulado en enormes depósitos. El guano fue exportado a Inglaterra, Francia, Bélgica, Italia, Holanda, Alemania, España, Estados Unidos, las islas Mauricio, etc., para usarlo en la industria. Los trabajadores eran, en su mayoría, presidiarios y algunos negros todavía esclavos; sin embargo, la economía guanera no se abastecía de fuerza de trabajo consistente y en 1849 recurrió a la importación de culíes desde Macao (China)¹, quienes llegaban como semiesclavos y realizaban trabajos forzados en la construcción de ferrocarriles y la agricultura (exportación del azúcar). «A partir de entonces, la dinámica de reclutamiento y manutención de los trabajadores [...] usó estos “sistemas coercitivos de captación y retención de la mano de obra”» (Deustua, 2011, p. 182). Cabe precisar que hubo un pequeño porcentaje de jornaleros libres, que alcanzó su punto máximo en 13 %; ellos «provenían de las zonas aledañas (Pisco, Acarí, Ica, Chincha Alta, etc.) [e incluso de] lugares alejados como Guayaquil, Piura o Huánuco» (Deustua, 2011, p. 182). Estos trabajadores eran mal pagados y sufrían pésimas condiciones laborales, solo migraron a estas zonas porque ello era una opción de subsistencia.

Aún no se apreciaba el contexto capitalista, las características del trabajo eran semiserviles. Sulmont (1984, pp. 13-14) explica que los

1 Dicho territorio estaba controlado por ingleses y portugueses.

terratenientes y la burguesía comercial enriquecida con la exportación del guano y el salitre no se interesaron en el desarrollo manufacturero. Sin embargo, el decaimiento de las exportaciones del guano y el desastre de la Guerra del Pacífico (1879-1883) —que significó la pérdida de los campos salitreros— generaron un verdadero colapso económico en el país.

Es entonces que, para resolver el catastrófico endeudamiento externo, el Estado propició la entrada de las empresas de capital inglés y norteamericano, principalmente; las inversiones extranjeras se dirigieron ante todo hacia los sectores extractivo-exportadores de minerales, petróleo, azúcar, algodón y lana.

La reactivación de la economía de exportación al final del siglo dio lugar a un limitado desarrollo de manufactura de bienes de consumo inmediato: harina, jabones, velas, fósforos, cigarrillos, tejidos de algodón y lana, etc., siendo la industria textil la más importante. Casi todas las fábricas se concentraron en la capital, donde el desarrollo urbano-industrial y portuario exigió la creación de nuevos servicios y actividades comerciales (Sulmont, 1984, pp. 13-14).

Por ello se explica que en el siglo XIX no existía el derecho del trabajo en el Perú, las constituciones de este siglo no positivizaban derechos mínimos a favor de los trabajadores, lo que se relaciona con el análisis de la positivización legal, pues tampoco existía legislación que protegiese a los trabajadores. Ello debido a la carencia del fundamento económico, es decir, del tardío advenimiento del capitalismo que inició actividades industriales a finales del siglo XIX, con retraso en comparación con los países europeos como Inglaterra, Francia o Alemania. En esta línea, Marcenaro Frers (2009, pp. 30-32) afirma que las constituciones del siglo XIX no incluyeron artículos referidos a los derechos laborales; se limitaron a prohibir la esclavitud, tema que no es materia del derecho del trabajo por cuanto este regula el trabajo libre.

Así, de las constituciones peruanas del siglo XIX se aprecia la influencia predominante de las leyes francesas propias de la Revolución de 1879, en lo que se refiere al trabajo. Las Constituciones de 1860 y 1867, las últimas del siglo XIX, prescriben, en sus artículos

6 y 5, respectivamente, que no se reconocen empleos, privilegios hereditarios ni fueros personales; además, según sus artículos 23 y 22, respectivamente, se permite el libre ejercicio de cualquier oficio, industria o profesión siempre que no se oponga a la moral, la seguridad ni la salubridad pública.

En contraste, el Decreto francés del 7 de noviembre de 1789 pronunció la igualdad para todos bajo la condición de ciudadanos, quedando abolida la división de los franceses en los tres estamentos, mientras que el Decreto de Allarde del 2 y 17 de marzo de 1791 expresó en su artículo sétimo: «A partir del primero de abril, todo hombre es libre para dedicarse al trabajo, profesión, arte u oficio que estime conveniente».

Entonces, puede afirmarse que en las constituciones del siglo XIX no hubo un reconocimiento expreso de los derechos laborales y solo contuvo artículos referidos a la libertad de trabajo en el sentido de que había quedado abolida la esclavitud, pues la libertad en el sentido liberal individualista capitalista no se manifestó en la realidad económica peruana sino hasta la última década del siglo XIX. No obstante, Chipoco Cáceda (1981, p. 20) afirma que las cartas fundamentales peruanas de dicho siglo reconocen los derechos laborales y que el derecho de libertad de trabajo fue la principal forma como se abordó el tema de su constitucionalización.

La organización del trabajo del capitalismo industrial tuvo cabida en el Perú a fines del siglo XIX. Las empresas capitalistas Duncan Fox, de capital inglés, la Grace, de capital norteamericano, y la Cerro de Pasco Mining Corporation, ubicadas fuera de las ciudades, estaban dedicadas a la extracción y la exportación de materias primas (algodón, caña de azúcar y minerales). En el caso de la explotación del algodón, la fuerza de trabajo estaba constituida por el campesino bajo el sistema de yanacónaje, mediante el cual recibía una parcela de tierra del hacendado para que la trabaje a cambio de una renta. La fuerza laboral para la explotación de la caña de azúcar y los minerales también estaba constituida por indígenas y campesinos bajo el sistema de enganche, que consistía en adelantarles dinero a cambio de trabajar en las haciendas o las minas para pagar su deuda. Las bajas

contraprestaciones y sus pagos en bonos los obligaban a comprar sus productos de primera necesidad en los almacenes de la misma empresa, ellos los condujo a proletarizarse. Sus primeras luchas fueron dirigidas contra los enganchadores y los almacenes de las empresas; en 1912, los cañeros del Valle Chicama protestaron contra el aumento de las tareas y se sublevaron, siendo reprimidos con un saldo de 150 muertos. Cabe precisar que, en este contexto, este tipo de proletariado tuvo dificultades para organizarse a causa de las formas brutales impuestas por los hacendados, el carácter eventual de la mano de obra y el aislamiento geográfico de los lugares de trabajo (Chipoco Cáceda, 1981, pp. 15-16).

Por otro lado, las fábricas industriales se asentaron en la ciudad de Lima-Callao y, en menor forma, en las ciudades del interior como Trujillo, Arequipa y Cuzco. Los principales núcleos de trabajadores provenían del artesanado arruinado (textiles, gráficos, panaderos, choferes, portuarios, molineros, galleteros y ferrocarrileros), quienes laboraban bajo pavorosas y riesgosas condiciones con una jornada prolongada entre 10 y 16 horas diarias sin protección legal (Chipoco Cáceda, 1981, p. 18).

Pero estos trabajadores de ciudad se habían enterado de las luchas sociales ocurridas en Europa y Norteamérica que lograron leyes favorables al trabajador y, con esta motivación, realizaron importantes huelgas, pese a que no se habían legalizado ni constitucionalizado el derecho a conformar asociaciones ni el derecho a la huelga. El primer gran conflicto industrial se suscitó en 1896 con la huelga de los obreros textiles en la fábrica de Vitarte. Asimismo, los portuarios también lucharon por sus derechos; en su caso, fue relevante la huelga de 1904 ocurrida en el Callao, que se prolongó por 20 días y ocasionó la muerte del obrero Florencio Aliaga, considerado el primer mártir del movimiento obrero peruano.

6.2. FUNDAMENTO SOCIAL

Entre aquellos años, ya se distinguían algunos líderes que encaminaban la incipiente masa obrera a la consecución de sus derechos laborales; algunos dirigentes surgidos en las sociedades mutualistas

organizaron los primeros Congresos Obreros en 1896 y 1901 en los que empezaron a explicarse las reivindicaciones proletarias. En 1904, la Federación de Obreros Panaderos Estrella del Perú se convirtió en el eje centralizador de las luchas obreras urbanas. El primer día de mayo de 1905, la federación organizó un solemne acto para celebrar la jornada internacional de los trabajadores. Allí se acordó iniciar una lucha común para conseguir la jornada de las ocho horas. En torno a esta reivindicación unitaria, el proletariado de la capital empezó a organizarse y el movimiento obrero tomó cuerpo. Los principales dirigentes (los panaderos Manuel Caracciolo Lévano y su hijo Delfín, el obrero textil Luis Felipe Grillo, entre otros) adoptaron ideas anarquistas recogidas del movimiento obrero internacional y difundidas por el ensayista y polemista Manuel González Prada, uno de los primeros intelectuales que entabló relaciones con los obreros. Ellos impulsaron las huelgas y diferentes formas de expresión cultural obrera tales como la biblioteca, los teatros, la música, etc. e iniciaron la prensa obrera: *Los Parias*, *Simiente Roja*, *El Oprimido*, *La Verdad*, etc. El periódico más importante fue *La Protesta* (1911-1926), según Chipoco Cáceda (1981, pp. 19-20).

Como es sabido, América Latina recibió las ideas llegadas de fuera; siempre las adoptó rápidamente a sus necesidades y, por así decirlo, las naturalizó. El anarquismo es un claro ejemplo, por ser una tendencia antigua y superada del socialismo, que tuvo trascendencia en ciertos momentos por la acción heroica y audaz de algunos de sus cuadros. Los mártires del primero de mayo de 1886 en Estados Unidos, los de la Comuna de París de 1871, entre otros, se hicieron famosos entre los obreros del mundo y fueron odiados por la burguesía (Muñoz, 1990, p. 11). Todo esto no pudo menos que trascender en el Perú, pero conviene precisar que aquí imperó el «movimiento político obrero anarcosindicalista» propiamente dicho de carácter colectivista, organizador, de acción directa y propagandista, a diferencia del anarquismo puro de su primer período, caracterizado por ser individualista a ultranza, terrorista y de un heroísmo casi místico (Alba, 1964, p. 85).

A diferencia de los obreros de las empresas extractivo-exportadoras, los obreros de la capital pudieron organizarse; ello se explica porque su centro de trabajo los reunía a todos sin dispersión y la ciudad concentraba a las fábricas industriales y la mayoría de obreros, quienes podían establecer lazos de solidaridad entre ellos sin importar el tipo de proletariado, contar con el apoyo de intelectuales y sectores medios radicalizados, además de desarrollar la prensa, la educación y la cultura obrera. En este escenario, ya habían concientizado su condición de trabajadores y el sentido de unidad en sus luchas.

Fue entonces que, bajo la conducción anarquista y en torno a la lucha por la jornada de ocho horas, se multiplicaron las huelgas. En 1911, las organizaciones obreras de la capital organizaron un paro en solidaridad con los obreros textiles de Vitarte que fueron brutalmente reprimidos; este contó con un gran apoyo popular y fue el primer paro general. El 20 de enero de ese año recién se aprobaría la Ley n.º 1378 (Ley de Accidentes de Trabajo), una de las primeras leyes laborales sobre accidentes de trabajo, casi siete años después de haberse presentado el primer proyecto de ley por Matías Manzanilla en 1905 (Basadre, 2015, p. 174); según esta ley, ya no se necesitaba probar la culpabilidad del patrón en los accidentes laborales, como lo exigía el Código Civil, siendo exclusivo requisito que el accidente ocurra en el centro de trabajo o durante alguna actividad ligada a él.

En el año 1917, en México se aprobó la Constitución de Querétaro, cuyo artículo 123 estableció un mínimo de garantías constitucionales protectoras de los trabajadores, con lo cual se consolidó el derecho del trabajo. Como es sabido, esta carta magna no fue expedida por iniciativa del Gobierno de turno, sino que fue producto de la Revolución mexicana, una sangrienta lucha del movimiento obrero por la consecución de sus derechos negados, fortalecida por su capacidad de organización y su peso social al poner en peligro al régimen carrancista en dichos años.

Sin embargo, en nuestro país aún no tenía cabida el derecho del trabajo propiamente dicho, la legislación al respecto era exigua y no se dictaron leyes de mayor significación. En este respecto, parece que no hubo gobiernos ni empleadores que cedieran a las pretensiones de los

trabajadores en sus mejoras económicas y de condiciones de trabajo. Cada país tuvo que conseguir sus derechos laborales mediante sus propias luchas, a pesar de que en los países referenciales la legislación relativa al trabajo industrial y la protección a los trabajadores ya había empezado desde mediados del siglo XIX; esto explica el surgimiento de movimientos obreros en cada país a fin de conseguir por ellos mismos sus derechos.

A fines de 1918 se expide la Ley n.º 2851 (23 de noviembre), la cual impone reglas al trabajo de los niños y las mujeres; la Ley n.º 3010 (26 de diciembre), que estipula el descanso en domingos y feriados; y la Ley n.º 3019 (27 de diciembre), la cual prescribe la obligatoriedad de construir campamentos en centros con más de 50 mineros y a un kilómetro de la población más cercana, y suscribe la obligación del funcionamiento de escuela primaria y asistencia médica en esos campamentos.

Las fechas de la expedición de estas leyes coinciden con los esfuerzos organizativos del proletariado peruano, que desembocaron en la constitución de la Federación Obrera Local de Lima, la cual priorizó la lucha por la conquista inmediata de las ocho horas. Los obreros textiles de Vitarte iniciaron una huelga por este motivo, desencadenando una movilización generalizada, pues todos los sindicatos textiles se plegaron a la huelga y, al finalizar diciembre, entraron al movimiento los zapateros, los trabajadores marítimos e incluso agrícolas, seguidos por los panaderos. Denis Saulmont (1984) describe esta movilización:

La represión se hizo muy dura. El periódico de oposición al Gobierno de Pardo, *El Tiempo*, en el que escribía José Carlos Mariátegui, y que se había mostrado favorable a los huelguistas, fue clausurado. Las manifestaciones eran disueltas a sablazos. El Gobierno suspendió las garantías individuales, ordenó un ataque armado contra Vitarte y la captura de numerosos dirigentes. La Federación Obrera Local lanzó la consigna de paro general, consigna que adoptaron también la Federación de Artesanos, la Federación de Estudiantes del Perú y otras organizaciones. Se

constituyó un Comité Central Ejecutivo del Paro General. El paro fue completo los días 13, 14 y 15 de enero de 1919 (p. 22).

La vehemencia obrera y la paralización total de las actividades en la capital crearon un clima de zozobra en el seno de las clases dominantes y obligaron al Gobierno a negociar. El presidente Pardo terminó por ceder y emitió el decreto reconociendo la jornada de las ocho horas el día 15 de enero de 1919. Esta importante conquista marca la culminación de un amplio movimiento de organización y lucha, pues el proletariado se constituyó como fuerza social, con conciencia y capacidad de dirección autónoma frente a las demás clases sociales. Esta conquista también permitió el avance de la centralización sindical. El 16 de enero de 1919, los delegados de las diferentes organizaciones obreras textiles se reunieron en el local de la Federación de Estudiantes y fundaron la Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú, que se convirtió en un importante centro de unificación proletaria; asimismo, el movimiento sindical adquirió un mayor nivel de centralización nacional con la formación de la Confederación General de Trabajadores del Perú en 1920 (Sulmont, 1975, p. 6).

6.3. FUNDAMENTO POLÍTICO

De acuerdo con lo expresado hasta el párrafo precedente, el movimiento obrero solo se había manifestado contra el empleador con la utilización de sus medios de presión tales como las huelgas y los paros. En tanto, el Estado había sido poco intervencionista con la dación de unos escasos derechos tales como la Ley de Riesgos en el Trabajo y la Ley de las 8 horas antes descritas, en la medida en que no pudo ser indiferente al caos social que desencadenaba la lucha entre los obreros y los empleadores.

A partir de entonces, en el Perú despertó una nueva forma de lucha, parecía que el movimiento obrero había entendido que debía alcanzar el poder para que sus derechos y sus mejores condiciones laborales fueran reconocidos y amparados por el Estado; no obstante, nunca llegaron al poder. Los partidos políticos de izquierda aparecieron siguiendo el camino de la nacionalización de las ideologías

de exportación. En la década de los años veinte, se fundó la Alianza Popular Revolucionaria de América (APRA), creada como frente pluricentrista antiimperialista en 1924 y transformada en partido en 1930; asimismo, el Partido Socialista de José Carlos Mariátegui fue fundado en 1920 y transformado en Partido Comunista al año siguiente.

A propósito de ello, se puede traer a colación lo expresado por Hobsbawm (2007a):

desde el punto de vista de las clases gobernantes lo notable no era lo que creían «las masas», sino que sus creencias estaban ya en la política. Por definición eran numerosas, ignorantes y peligrosas; y más peligrosas precisamente a causa de su ignorante tendencia a creer a sus ojos y a la simple lógica, ya que si los primeros les decían que sus gobernantes prestaban demasiada poca atención a sus miserias, la segunda les sugería que, puesto que ellos formaban el grueso del pueblo, el gobierno debería atender en primer lugar sus intereses (pp. 109-110).

Pueden apreciarse las primeras manifestaciones del fundamento político cuando la clase trabajadora se identifica con los partidos políticos defensores de sus intereses, los cuales tenían la clara intención de llegar al poder para implantar una política social y formular la legislación pertinente que logre eliminar las desigualdades imperantes en la época.

En 1936 fue promulgada la Ley del Seguro Social Obligatorio, que viene a formar nuestro derecho social; en la confección de esta ley se habían tomado como modelos técnicos las leyes alemanas, aunque la organización del seguro social chileno fue un modelo inspirador que ejerció una influencia más sensible sobre los legisladores peruanos. No es de más advertir que la ley chilena no es sino la adaptación de la legislación alemana a su realidad. Ha sido Alemania el primer país donde, a partir de 1883, fue introducido el seguro social. Con posterioridad, la nueva institución fue acogida por las más adelantadas legislaciones modernas.

En la segunda mitad de los setenta, durante el gobierno de Morales Bermúdez, el movimiento social sindicalista obrero desplegó su más amplia movilización, cuando no solo le negaban su demanda de ciudadanía política, sino que adicionalmente le recortaban varias de sus conquistas sociales. Allí se dio un conflicto abierto de las fábricas en torno a la igualdad jurídica entre obreros y patrones. Los segundos, más que avanzar en el recorte de derechos sociales, aspiraban a retornar a los antiguos sistemas de interacción autoritarios y oligárquicos.

Exactamente eso es lo que reclamaban al demandar «disciplina laboral». Ya estando en el gobierno de Belaúnde y

lograda la identificación de los grupos dominantes de la democracia con su forma liberal, se impusieron las condiciones en las que el radicalismo tenía que hacer frente a la crisis, perdiendo el movimiento obrero muchas de sus conquistas de ciudadanía social, entre otras la modificación de la estabilidad laboral que ampliaba el período de prueba de 3 meses a 3 años (Ballón, 1986, p. 239).

De este modo, durante más de un siglo se han ido dictando una variedad de dispositivos legales inorgánicos que respondían a diferentes épocas o situaciones donde lo determinante era el factor político, expresión de los grupos del poder que a lo largo de la vida republicana han venido oscilando frente al movimiento popular, dando como resultado una legislación laboral enmarañada, fragmentaria y dispersa, difícil y tediosa en su interpretación y aplicación; con excepción del gobierno de Velasco Alvarado, han aparecido y reaparecido en el parlamento distintos proyectos de leyes laborales que no consiguen ser aprobados.

Desde las primeras décadas del siglo xx, la evolución de la positivización del derecho del trabajo está caracterizada por el despliegue del movimiento obrero como fuerza social de determinación de condiciones de trabajo y empleo, pues los obreros de las fábricas y los negocios de toda índole se unían a fin de obtener estos derechos.

Finalmente, la cúspide de la positivación constitucional de los derechos laborales se dio con la Constitución de 1979, que inicia el derecho del trabajo constitucional positivizado, ya que las anteriores cartas magnas encargaron todo el desarrollo de los derechos del trabajo al legislador; aquí se aprecia un halo de protección desde la misma constitución como norma, atributo del paradigma constitucional.

6.4. CONSTITUCIÓN DE 1979

En su proyecto de Declaración de Derechos, bajo el título *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Sieyès sometió a la consideración de la Asamblea Nacional (20 y 21 de julio de 1789) la siguiente expresión como afirmación teórica y práctica de la soberanía popular: «Una Constitución supone ante todo un poder constituyente» (1990, p. 100). En esta razón, precede a la Constitución peruana de 1979 una Asamblea Constituyente convocada por el gobierno del general Francisco Morales Bermúdez para elegir a cien representantes que darían al país una nueva constitución en reemplazo de la del año 1933 y así facilitar el retorno a la democracia tras una década del autodenominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas.

En las elecciones llevadas a cabo el 18 de junio de 1978 participaron las siguientes organizaciones políticas: el Partido Aprista Peruano (PAP), el Partido Popular Cristiano (PPC), el Partido Demócrata Cristiano (PDC) y varios grupos de izquierda, entre ellos, el Frente Obrero Campesino Estudiantil Popular (Focep), el Partido Socialista Revolucionario (PSR), el Partido Comunista Peruano (PCP), el Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (Frenatraca) y la Unidad Democrática Popular (UDP). Más de cuatro millones de peruanos concurrieron a las urnas y estos comicios se desarrollaron sin mayores contratiempos. Terminado el conteo de los votos, el APRA sumó 1 241 174 votos, con los cuales obtuvo 37 escaños, mientras que el PPC obtuvo 835 294 votos, correspondiéndole 25 escaños; fue sorprendente la alta aceptación de los grupos de izquierda entre la población, a decir de diversos estudiosos, tales como el Focep, que sumó 433 413 votos, logrando 12 escaños; el PSR, que con 232 520 votos accedió

a 6 escaños, al igual que el PCP al obtener 207 612 votos; asimismo, los otros partidos se repartieron los restantes votos, entre ellos el Frenatraca con 135 552. En estos resultados y la Constitución de 1979 como producto se manifiesta el fundamento político para la constitucionalización de los derechos laborales, es decir, para la incorporación de los derechos de los trabajadores en la carta magna.

En este cuadro político de representantes del pueblo aparece una mayoría de izquierda que bien denota su posición en los articulados de la Constitución de 1979, confirmando que es un documento político por excelencia. Desde su Preámbulo prevalece la doctrina iusnaturalista, al expresarse de este modo:

Nosotros, Representantes a la Asamblea Constituyente [...]

Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado;

[...]

Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional;

[...]

Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores [...] donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo (párrs. 1-2, 4, 6).

Asimismo, el Preámbulo de los representantes a la Asamblea Constituyente finiquita así:

Evocando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono; la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato; la gesta de los Libertadores de América que inició en

el Perú Túpac Amaru y aquí culminaron San Martín y Bolívar; así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión, fundador de la República y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales, y el largo combate del pueblo por alcanzar un régimen de libertad y justicia (párr. 11).

Se observa una exaltación del trabajo como base del bienestar social y se expone la ideología de una sociedad justa, libre y culta sin explotados ni explotadores, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía. Pero, sobre todo, se expone un valimiento a las luchas revolucionarias de quienes hicieron posible la independencia del Perú y las causas sociales de justicia. Ciertamente, es una constitución que delimita con firmeza en sus principios un respeto a su índole social, pudiendo parecer peligrosa para el capitalismo liberal.

La Constitución Política de 1979 incorpora un capítulo entero dedicado a los derechos laborales, en el cual incluye la libertad de trabajo y los derechos que las anteriores constituciones habían aprobado. Expresa un reconocimiento constitucional a la retroactividad favorable de la legislación laboral, acogiéndose a las tendencias modernas europeas del constitucionalismo laboral para que esta regule los derechos laborales. Esta carta magna comprende declaraciones generales, determinados derechos individuales del trabajo, respecto a las condiciones del contrato de trabajo, las remuneraciones, la jornada de trabajo, la protección a la madre trabajadora, la formación de los trabajadores, la higiene y la seguridad en el trabajo, la estabilidad laboral, además del pago de los beneficios sociales.

En esa misma línea, también se incluyen el derecho a sindicalizarse y el derecho a la huelga, se mantiene el derecho a las convenciones colectivas, así como el principio *in dubio pro operario* (según el cual, si hubiera duda en la interpretación de alguna norma, se favorecerá al trabajador), y se declara la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.

6.5. CONSTITUCIÓN DE 1993

De la lectura de los artículos de carácter laboral de la Constitución de 1993 pueden apreciarse diferencias importantes en comparación con los de la Constitución de 1979: desaparecen la connotación del trabajo como principal fuente de la riqueza y fundamento del Estado y del régimen económico, el capítulo especial de los derechos del trabajo y la expresión positiva de los derechos laborales como derechos fundamentales.

Ante estas pruebas fácilmente advertidas por cualquier ciudadano, no puede negarse que la Constitución de 1993 tenga por objeto marginar los derechos laborales; en este sentido también lo han afirmado los estudiosos laboristas, quienes afirman que «es evidente [...] una clara intención del constituyente de recortar la importancia del trabajo como eje valorativo dentro de la norma fundamental. El trabajo pierde [su] centralidad, tanto respecto del modelo socioeconómico como de la forma de Estado» (Blancas Bustamante, 1993, p. 7, citado en Sanguinetti, 2006, p. 38).

De manera más específica, al decir del excongresista Marcenaro Frers (2009),

el Congreso Constituyente de 1993 excluyó [de manera arbitraria derechos laborales que se habían reconocido en] la Constitución Política de 1979 [...] como: «el trabajo, fuente principal de la riqueza», «sistema de asignaciones familiares», «trabajo nocturno», «compensación por tiempo de servicios», «derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios», «el trabajador a domicilio», «la creación del Banco de los trabajadores», «la remuneración al trabajo extraordinario», «retroactividad en materia laboral» y el derecho de «cogestión y copropiedad», entre otros (p. 126).

La positivización detallada de los derechos laborales en la Constitución de 1979 tuvo un fundamento político y lo mismo sucedió con la Constitución de 1993, solo que ahora interesa explicar por qué se redujo significativamente la intensidad protectora de los derechos

laborales. Cabe señalar que, a simple percepción, existió una mayoría constituyente pro capitalista que plasmó la ideología neoliberalista en esta carta magna.

El poder constituyente es expresión de la racionalidad de la que se inviste la edad contemporánea, este poder reside en el pueblo que lo ejerce legítimamente y lo traduce en la Constitución, aunque esto último ha tenido ciertas dificultades por el lento proceso de democratización que en el Perú se vino a finalizar con el establecimiento del derecho universal del sufragio pasivo y activo implantado en la Constitución de 1979.

7. CONCLUSIONES

En principio, los fundamentos económicos, sociales y políticos de los derechos laborales trascienden el tiempo; a partir de ellos, estos derechos se crean, construyen, modifican y hasta puede llegar a extinguirse su naturaleza si algún derecho faltase. Así, se tiene como fundamento económico al sistema capitalista, ya que no existe derecho del trabajo sin esta base económica; el trabajo humano, que se traduce en el esfuerzo por desplegar la energía humana para la supervivencia propia, ha estado presente en los sistemas económicos más resaltantes y superados como el esclavismo, el feudalismo, e incluso el comunismo; pero, de acuerdo con el análisis histórico social y económico, el derecho laboral propiamente dicho (tal como se formó y lo conocemos hasta ahora) solo sobrevive en este sistema económico capitalista.

El sistema capitalista ha evolucionado a lo largo de estos años y ya no es el capitalismo industrial del cual emergió, en un principio, el derecho del trabajo, pues sus características han cambiado. En este sentido, se debiera crear, cambiar y/o modificarse la normativa laboral para hacerla coherente con las nuevas características del capitalismo actual que ha perdido en buena parte su predominancia industrial y ha dado cabida a inversiones relacionadas con medios electrónicos digitales; la riqueza de los países ya no solo depende de su industrialización, sino que ahora depende cada vez más de sus avances e innovaciones tecnológicas e informáticas.

En esta razón, puede decirse que las normas laborales actuales están hechas bajo el fundamento económico del capitalismo industrial; sin embargo, las características del sistema económico capitalista han cambiado y también se debieran legislar los derechos de los trabajadores de acuerdo con estos cambios, a fin de que se respete la naturaleza protectora de estos derechos.

El fundamento social es de vital importancia para la subsistencia del derecho laboral, ya que si la sociedad es indiferente, habrá un desequilibrio entre estos fundamentos y el capitalismo. Este fundamento se muestra en la unión de los trabajadores para consolidarse como grupo social respetable, construyendo bases sindicales firmes.

A partir de lo esbozado sobre la filosofía de la Ilustración y el cuestionamiento al *statu quo*, se propició la consecución de la libertad y la igualdad en el mundo europeo, pero no fue suficiente porque el fenómeno del trabajo asalariado en libertad y la explotación a la que se subordinaron los trabajadores fueron las bases de una nueva filosofía que permitió su despertar y las posteriores luchas sociales del movimiento obrero, el cual logró no solo sus derechos laborales, sino además una democratización universal de los derechos políticos y sociales (educación, salud, etc.) hasta hace muy poco en Perú, con la Constitución de 1979 como su punto más alto.

Las luchas sociales-sindicales edificaron los derechos laborales, es decir, incidieron en la legislación de la relación trabajador-empleador y sus implicancias, las cuales en principio se enmarcaban en el derecho civil (leyes de fábrica y contrato de carácter civil). Este fundamento siempre estuvo presente a lo largo del siglo xx en razón de los Gobiernos que acortaban los derechos de los trabajadores, siempre en esta dialéctica. En la historia peruana del siglo pasado se evidencia la lucha constante de los trabajadores en la consecución de sus derechos y sus esfuerzos para mantenerlos en el tiempo.

El fundamento político cobra relevancia en el Perú cuando se fortifican los partidos políticos con intereses a favor de los trabajadores y alcanzan influencia notable en la sociedad al punto de imponerse como mayoría en el constituyente de 1979; es decir, tuvo

representantes de los intereses de los trabajadores, lo cual deviene en absolutamente notable, dada la relevancia que les otorgaron a la condición del trabajador y el trabajo. Por ello, es imprescindible que los trabajadores se organicen políticamente con pretensiones de llegar a ocupar puestos de elección popular a fin de hacer factible la protección adecuada al trabajador por parte del Estado.

El fundamento político del derecho laboral es clave para obtener una adecuada protección para el trabajador. Por este motivo, las fuerzas políticas debieran estar equilibradas, pues si los trabajadores se desligan de la política, entonces el derecho laboral puede desconfigurarse de sus principios tuitivos. El ejemplo más notorio es el presente, ya que el trabajador está apartado de la política y se han normalizado las injusticias del propio Estado contra ellos, tal es así que aceptan un supuesto régimen laboral (Contratación Administrativa de Servicios, CAS) de carácter degradante que los diferencia de otros que conviven en el mismo Sector Público (regímenes de los Decretos Legislativos n.ºs 276 y 728).

La normalización de la conducta del trabajador que acepta los agravios y los abusos —muchas veces del mismo Estado— es impuesta por el poder; en el caso peruano, inicia con el gobierno de la década de los noventa, que, infundido de ideas liberales, presentó mayoría en el constituyente de 1993. Podríamos colegir que en estos diez últimos años del siglo xx se debilitaron las luchas sindicales y, hasta la fecha, existen pocos sindicatos que ejerzan un contrapeso de poder y, menos aún, partidos políticos que defiendan los intereses de los trabajadores. Los trabajadores unidos pueden impedir la normalización de las injusticias; ya es tiempo de que se den cuenta de que el Perú volvió a la democracia y pueden aspirar al poder para la protección de sus intereses.

Por otro lado, en esta investigación también se concluye que el derecho laboral debe evolucionar frente a este nuevo capitalismo que dejó de ser solo industrial para legislar y crear jurisprudencia con base en este fundamento, dando cuenta del carácter protector del derecho laboral. Para ello, los trabajadores deben organizarse y dejar el camino de la indiferencia a fin de ser una voz que se respete y escuche. Tomar

acciones razonables para equilibrar las fuerzas de poder y la formación de un partido político sólido que represente a los trabajadores podría ser un buen inicio.

Si para proteger los derechos de los trabajadores y adecuarlos a los nuevos tiempos económicos debemos complejizar la normativa laboral, pues hay que hacerlo, sin llegar a soluciones poco elaboradas que deriven en trastocar la naturaleza del derecho laboral, que es eminentemente tuitiva, que guarda, ampara y defiende a los trabajadores, y compensa la desigualdad con la parte fuerte de la relación de trabajo, el empleador. También se debe complejizar la normativa en los casos en los que intervienen la tecnología y otros factores propios de nuestra sociedad en constante cambio.

Por último, se requiere una conciencia firme de los fundamentos de los derechos del trabajo para enfrentar esta ardua tarea y regular o fijar jurisprudencia de un derecho laboral peruano con diversos vacíos jurídicos, que debe complejizarse de acuerdo con los nuevos tiempos y que enfrenta nuevas situaciones en las cuales interviene la tecnología, todo ello respetando la naturaleza del derecho laboral.

REFERENCIAS

- Alba, V. (1964). *Historia del movimiento obrero en América Latina*. Libreros Mexicanos Unidos.
- Alonso Olea, M. (1994). *Introducción al derecho del trabajo*. Editorial Civitas.
- Álvarez, M., & Palomeque, M. (2000). *Derecho del trabajo* (8.^a ed.). Centro de Estudios Ramón Aceres.
- Asamblea Constituyente. (1979). *Constitución para la República del Perú*. Lima: 12 de julio de 1979. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf
- Ballón, E. (1986). Movimientos sociales y sistema político: El lento camino de la democratización. Síntesis nacional. En E. Ballón (ed.), *Movimientos sociales y democracia: la fundación de un*

- nuevo orden* (pp. 229-253). DESCO. <http://lanic.utexas.edu/project/laoap/desco/desco00004.pdf>
- Basadre, J. (2015). *Historia de la República del Perú [1822-1933]* (t. 12). Producciones Cantabria. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/07/TOMO-XII-HP-Basadre.pdf>
- Chipoco Cáceda, C. (1981). *La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú* [Tesis de bachillerato, Pontificia Universidad Católica del Perú]. *Repositorio de Tesis PUCP*. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1577/CHIPOCO_CACEDA_CARLOS_CONSTITUCIONALIZACION.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Congreso Constituyente. (1867). *Constitución Política del Perú*. Lima: 29 de agosto de 1867. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1867/Cons1867_TEXTO.pdf
- Congreso de la República. (1860). *Constitución Política del Perú*. Lima: 10 de noviembre de 1860. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf
- De Ferrari, F. (1961). *Lecciones de derecho del trabajo* (t. 1). *Teoría y nociones generales del derecho del trabajo*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- De la Cueva, M. (1963). *Derecho mexicano del trabajo*. Editorial Porrúa.
- Deustua, J. (2011). Guano, salitre, minería y petróleo en la economía peruana, 1820-1930. En C. Contreras (ed.), *Compendio de la historia económica del Perú* (t. 4). *Economía de la primera centuria de la Independencia* (pp. 165-237). Banco Central de Reserva del Perú; Instituto de Estudios Peruanos. <https://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/compendio-de-historia-economica-del-peru/tomo-4-economia-de-la-primera-centuria-independiente.html>

- Foucault, M. (2013). La verdad y las formas jurídicas. En *Obras esenciales* (pp. 487-583). Paidós.
- Hobsbawm, E. (2007a). *La era del capital 1848-1875*. Crítica.
- Hobsbawm, E. (2007b). *La era del imperio 1875-1914*. Crítica.
- Marcenaro Frers, R. (2009). *Los derechos laborales constitucionales* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. *Repositorio de Tesis PUCP*. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1133/MARCENARO_FRERS_RICARDO_ARTURO_DERECHOS_LABORALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Muñoz, E. (1990). *El movimiento obrero ecuatoriano, sus primeros pasos*. Editorial de la Universidad de Guayaquil.
- Palomeque, M. (1989). La función histórica del derecho del trabajo. En J. Neves, C. Palomeque, & W. Sanguinetti, *Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Ediciones Depalma.
- Ramírez Bosco, L. (2005). El derecho del trabajo. En M. Ackerman (dir.), *Tratado de derecho del trabajo* (t. 1). *Teoría general del derecho del trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Sanguinetti, W. (2006). La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993. En V. García Toma, *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. Segundo Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre 2006* (pp. 29-101). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/2-2006-Congreso-Nacional-de-la-SPDTSS-Arequipa-16-52.pdf>
- Sieyès, E. -J. (1990). Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano. En *Escritos y discursos de la Revolución* (R. Máiz, trad.) (pp. 83-108). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Soboul, S. (1979). *Compendio de la historia de la Revolución francesa*. Editorial Tecnos.
- Sulmont, D. (1975). *El desarrollo de la clase obrera en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sulmont, D. (1984). *Perú: El movimiento obrero peruano (1890-1980): reseña histórica*. Tarea.
- Toledo, O. (2017). El Tribunal Constitucional y la deconstrucción del derecho a la estabilidad en el trabajo. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (227), 294-320.
- Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, J. (2013). *Derecho del trabajo* (22.ª ed.). Tecnos.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LA CIUDADANÍA Y EL CONTROL NORMATIVO: LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTAS POR LOS CIUDADANOS ENTRE LOS AÑOS 2013 Y 2018

Citizenship and regulatory control: Unconstitutionality
lawsuits filed by citizens between 2013 and 2018

DANTE PAIVA GOYBURU

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: dpaivag@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una evaluación de la participación de la ciudadanía organizada en el control concentrado de constitucionalidad de las normas, a partir de las demandas planteadas por los ciudadanos y el resultado obtenido en los fallos. Puede apreciarse que la comunidad ha sido muy activa al reclamar la inconstitucionalidad de diversas normas en los niveles municipal y nacional. Como tal, la perspectiva que se brinda ayuda a conocer mejor las inquietudes que motivan a los ciudadanos en su búsqueda de justicia constitucional.

Palabras claves: inconstitucionalidad; ciudadanía; Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This paper offers an evaluation of citizen participation in the concentrated control of the constitutionality of norms, based on the claims brought by citizens and the result obtained in the rulings. It can be seen that the community has been very active in claiming the unconstitutionality of various norms at the municipal and national levels. As such, the perspective provided helps to better understand the concerns that motivate citizens in their quest for constitutional justice.

Keywords: unconstitutionality; citizenship; Constitutional Court.

Recibido: 19/09/2021 Aceptado: 05/11/2021 Publicado: 10/12/2021

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2015, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, bajo la dirección del Dr. Carlos Ramos Núñez, publicó el libro *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)*. La redacción de este volumen estuvo a cargo de la Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales del Tribunal Constitucional, específicamente de Víctorhugo Montoya Chávez, con el apoyo de Carlos Quispe Astoquilca y Evelyn Chilo Gutiérrez.

Este libro es importante porque recopila los autos y las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional recaídos en numerosos procesos de inconstitucionalidad desde 1996 hasta el 2014. A partir de la jurisprudencia analizada, expone una perspectiva amplia y actualizada sobre las implicancias procedimentales del proceso de inconstitucionalidad.

Como señalamos en nuestra tesis doctoral (Paiva, 2017), gracias a dicha publicación, tenemos

una jurisprudencia ordenada y uniforme [respecto a los] procesos de inconstitucionalidad, lo cual permite ilustrar, con suma didáctica, a los jueces constitucionales y a los legisladores sobre el desarrollo de este proceso constitucional, [otorgándoles la] oportunidad [de reflexionar para] enriquecerlo y perfeccionarlo, dada su incidencia notable en la institucionalidad y la vida democrática del país (p. 229).

A su vez, el libro tiene un aspecto sustancial, poco frecuente en las obras de carácter jurídico: expone, mediante diversos gráficos y estadísticas, los resultados generados en la atención y el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad por parte del supremo intérprete de la Constitución.

En este sentido, tomando como referencia la obra expuesta, y a manera de complemento, en la presente investigación abordamos la jurisprudencia recaída en las demandas de inconstitucionalidad interpuestas desde el año 2013 y el primer trimestre de 2018, centrándonos en las que fueron presentadas por los ciudadanos en la forma prevista en la Constitución Política del Perú de 1993.

2. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1. CONCEPTO

Los procesos constitucionales, que son siete, según el Código Procesal Constitucional, se clasifican en procesos de tutela de derechos (procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento), procesos de control normativo (procesos de acción popular, y de inconstitucionalidad) y el proceso de conflicto competencial (proceso competencial).

Los procesos de control normativo buscan la protección jurídica de la primacía de la Constitución respecto a las leyes o las normas con rango de ley (artículo 51 de la norma fundamental), para el proceso

de inconstitucionalidad; mientras que la primacía de la Constitución y la ley respecto a las normas de rango inferior a la ley corresponde al proceso de acción popular. Sin perjuicio de ello, en ambos procesos, es el principio de jerarquía de las normas de nuestro sistema jurídico el que tutela bajo la jurisdicción constitucional.

Para comprender el proceso de inconstitucionalidad debemos revisar la obra de Hans Kelsen (2017). En su célebre estudio «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», respecto al control de constitucionalidad, señaló lo siguiente:

El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional— (p. 72).

Basándonos en la Constitución y el Código Procesal Constitucional, observamos que este proceso es una garantía constitucional por la cual se ejerce control normativo concentrado, cuya finalidad es la defensa de la Constitución frente a las infracciones de normas con rango de ley contra su jerarquía normativa.

2.2. IMPORTANCIA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El sistema jurídico de un Estado social y democrático de derecho debe ser capaz de proporcionar seguridad jurídica a la ciudadanía, fomentando confianza en las instituciones del gobierno, dado que ella es indispensable en el desarrollo del país. Un aspecto que contribuye a la seguridad jurídica es que las normas legales sean emitidas en observancia con lo previsto en la Constitución, norma fundamental y suprema, tanto en la forma como en el fondo.

Precisamente, un criterio que debe tomarse en cuenta relativo a lo señalado en el párrafo anterior es el de presunción de constitucionalidad de las normas, el cual ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional en los términos siguientes:

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, [si fueron] expedidas por un órgano democrático y [según el] procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso [de] que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución¹.

A su vez, es pertinente enfatizar el principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la Constitución Política vigente y que el Tribunal Constitucional (2006) ha considerado en estos términos:

el referido artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad supra —la Constitución— encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. [...] no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución.

[Ella] es una especie de super ley, de *norma normarum*, que ocupa el vértice de la pirámide normativa (STC Expediente n.º 047-2004-AI/TC, f. j. 55).

1 Véase la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en los Expedientes n.ºs 050 y 051-2004-AI/TC, 004, 007 y 009-2005-PI/TC, f. j. 6.

No obstante, dentro de los mecanismos de pesos y contrapesos que rigen a los entes constitucionales autónomos, el constituyente peruano incorporó a la acción de inconstitucionalidad como un elemento de control sobre las normas con rango de ley emitidas por los órganos correspondientes, siendo normas de alcance general, pero de jerarquía inferior a la Constitución, la cual es la norma suprema y debe ser tutelada frente a toda infracción por parte de normas de un rango inferior.

Sobre la importancia y la particularidad de este proceso, así como del papel que juega el Tribunal Constitucional, la instancia única que conoce este tipo de demandas conforme a lo prescrito en el artículo 202 de la Constitución Política del Perú, Figueroa Gutarra (2013) señala:

En ningún otro tipo de proceso se expresa este nivel de control, pues no solo identifica un rol de legislador negativo[,] sino que va más allá e individualiza la potestad de reinterpretar tanto las normas con rango de ley como la Constitución misma, un fenómeno que, desde la perspectiva kelseniana de las formulaciones normativas, antes no pudo tener lugar (p. 201).

2.3. LEGITIMIDAD PARA INTERPONER LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la Constitución de 1979, que incorporó la acción de inconstitucionalidad en nuestro sistema jurídico, se estableció que tenían legitimidad para interponerla el presidente de la república y el fiscal de la nación, así como la Corte Suprema, 60 diputados, 20 senadores y 50 000 ciudadanos cuyas firmas estén comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) (artículo 19).

Durante el debate de la Asamblea Constituyente (1979), el tema de la legitimidad de la ciudadanía para el ejercicio de esta acción permitió exponer una serie de ideas y concepciones en torno a la sociedad peruana de aquel entonces. Los *Diarios de los Debates* nos facilitan tener un testimonio directo de los argumentos formulados, como se puede leer a continuación:

El señor C[Á]CERES VEL[Á]SQUEZ (Roger).- [...]

En cuanto a los ciudadanos, cincuenta mil, parece excesivo, tal vez inalcanzable; nunca llegaría a cumplirse este número tan elevado. Veinticinco mil me parece más que suficiente.

El señor CHIRINOS SOTO (Francisco).- [...]. Y cincuenta mil ciudadanos, en un país que tiene seis o siete millones de ciudadanos, es una cifra realmente mínima; y las demás instancias van de por sí,

De manera [que], señor Presidente, propongo que se someta al voto.

El señor MALPICA.- Yo encontraría totalmente lógico el planteamiento del señor Chirinos Soto, pero hay algo que me preocupa y que me gustaría se me explicara.

El Tribunal Constitucional no solamente se va a ocupar de la inconstitucionalidad de las leyes[,] sino también de decretos a nivel municipal. La mayoría de los municipios del país no tienen sino mil ciudadanos, entonces no habría manera [de] que el acto inconstitucional de un municipio pueda ser atendido por este tribunal, porque no hay cincuenta mil ciudadanos facultados, y ni el Presidente de la República ni el Fiscal de la Nación van a ver esto.

El señor VALLE-RIESTRA.- Señor Malpica: Acuérdesse que la misión del Fiscal de la Nación es la de defensor del pueblo. Ahora el Fiscal de la Nación puede hacer suya ésta.

[...]

El señor ALAYZA GRUNDY.- Es para decir[,] señor, que cualquier persona individual, cualquier persona jurídica, cualquier región, cualquier municipio si tiene un problema de estos[,] hace el planteamiento correspondiente al Fiscal de la Nación para que éste a su vez lleve la acción. Pero la acción como tal le corresponde sólo al Fiscal.

Eso debemos dejarlo bien claramente entendido y asentado en las actas para que todo el mundo sepa cuáles son las vías de trabajo (pp. 581-582).

Podemos apreciar que, desde la incorporación de la acción de inconstitucionalidad en el derecho peruano, estuvo previsto darle legitimidad activa a la ciudadanía con un número calificado de firmas; sin embargo, uno de los aspectos que generó controversias era la cantidad de adherentes a las demandas, sobre todo para zonas donde había escasa población. Para este último punto específico, se consideró que los ciudadanos de pequeñas circunscripciones acudiesen al fiscal de la nación, quien asumía entonces las funciones de defensor del pueblo, para que interponga las demandas que las pequeñas comunidades estaban limitadas de presentar.

La Constitución de 1993 conservó la acción de inconstitucionalidad, estableciendo que sería interpuesta contra normas con rango de ley; no obstante, en el ámbito de aquellos con legitimidad para interponerla, se dieron cambios, incluyendo la fórmula respecto de los ciudadanos. A propósito de ello, es ilustrativo lo expuesto por Flores-Aráoz en el seno del debate constituyente:

Se me había sugerido que para lo nacional debiera ser diez mil, para lo regional cinco mil y para lo municipal dos mil. Yo voy más allá. La experiencia nos ha demostrado que[,] cuando hemos dado este tipo de indicativos[,] el tiempo ha desbordado a la norma. [...] (Congreso de la República, 1998, p. 1990).

A partir de ello, la legitimidad para interponer las demandas de inconstitucionalidad fue asignada por el constituyente de la actual carta fundamental, conforme con lo siguiente: además del presidente, el fiscal de la nación y el defensor del pueblo, pueden interponer la acción de inconstitucionalidad el 25 % del «número legal de congresistas», 5000 ciudadanos cuyas firmas sean aprobadas por el JNE, los presidentes regionales y municipales (con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o su Consejo competente, respectivamente), y los colegios profesionales «en materias de su especialidad» (artículo 203).

Es pertinente señalar que, mediante la Ley n.º 30651, publicada el 20 de agosto de 2017 en el diario oficial *El Peruano*, se reformó el artículo 203 de la Constitución, incorporándose al presidente del

Poder Judicial como legitimado para interponer la demanda de acción de inconstitucionalidad, como lo contemplaba la carta magna de 1979, siempre que sea por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Comparando lo dispuesto en la Constitución actual con la de 1979, se observa una notable reducción en la cantidad de adherentes ciudadanos para la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, y para el caso de las pequeñas localidades de provincias y distritos, se contempló la fórmula del 1 % de sus habitantes, facilitando el control de constitucionalidad de las normas en esos niveles.

El constituyente ha realizado una calificación muy minuciosa, confiriendo la legitimidad para acusar de inconstitucional a una norma a los entes de mayor jerarquía dentro de los tres niveles de gobierno: central (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), regional (gobernadores regionales) y local (alcaldes provinciales); a dos organismos constitucionales autónomos (Ministerio Público y Defensoría del Pueblo); a los profesionales agremiados en los Colegios respectivos, sobre normas de su especialidad y también a la ciudadanía, la cual debe actuar en un número calificado de adherentes a la demanda.

Respecto de las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por la ciudadanía, advertimos que estas han sido muy frecuentes, e incluso han incidido sobre temas decisivos. Sobre el particular se ha reflexionado con estas palabras:

El empleo que los ciudadanos peruanos han hecho de su legitimidad para presentar una demanda de inconstitucionalidad es motivo suficiente para plantear como tema a debatir la posibilidad de favorecer aún más la iniciativa ciudadana en relación a este tema. Esto puede implicar la reducción del número de firmas necesarias o la incorporación de una legitimidad popular, es decir, que cualquier ciudadano pueda presentar una demanda de inconstitucionalidad (Huerta Guerrero, 2015, pp. 854-855).

3. LAS DEMANDAS INTERPUESTAS ENTRE LOS AÑOS 2013 Y 2018

Para efectos de la presente investigación, consideramos las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por la ciudadanía entre los años 2013 y 2018. Previamente, corresponde anotar la totalidad de demandas de inconstitucionalidad que se han interpuesto durante el periodo señalado, lo cual se registra en la tabla siguiente:

Tabla 1

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por año (2013-2018)

Años	Cantidad de demandas presentadas
2013	25
2014	26
2015	22
2016	10
2017	13 ²
2018 ³	5

Fuente: Elaboración propia.

Como puede notarse, entre enero de 2013 y el primer trimestre de 2018 se han interpuesto un total de 101 demandas de inconstitucionalidad, siendo el 2014 el periodo en el cual se presentó la mayor cantidad: 26.

Ahora bien, respecto de las demandas que fueron interpuestas por la ciudadanía, estas son graficadas en la tabla que consignamos a continuación:

2 De acuerdo con la información del Tribunal Constitucional, contenida en su página web, hubo 14 expedientes, pero el n.º 0009-2017 no tiene detalle de demandante, norma impugnada ni demandado.

3 Al 28 de marzo de 2018, último día hábil del mes.

Tabla 2

Demandas interpuestas por los ciudadanos entre 2013 y 2018

n.º	Exp. n.º	Demandante	Demandado	Normas demandadas
1	00009-2013-AI	13 779 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos: 20, 25, 29, 38, 40 literal H, 56, 71 literal A. A. 9, y 78, Primera y Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley n.º 29944. Ley de Reforma Magisterial.
2	00010-2013-AI	14 738 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 11, 12, 44, 47, 48.e, 49.h, 49.i y 55 al 57, así como contra la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley n.º 29944. Ley de Reforma Magisterial.
3	00013-2013-AI	16 820 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 2.d, 16, 20, 23, 30, 41.d, 43 y 53.d, así como contra la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley n.º 29944. Ley de Reforma Magisterial.
4	00017-2013-AI	Más de 5000 ciudadanos	Congreso de la República	Ley n.º 29944 de la Reforma Magisterial, y la Ley n.º 29988.
5	00023-2013-AI	5127 ciudadanos	Congreso de la República	Artículo 6 y el primer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley n.º 29951. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.
6	00024-2013-AI	3702 ciudadanos	Municipalidad Distrital de Carabayllo	Ordenanza Municipal n.º 279/MDC.
7	00025-2013-AI	14 512 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 3.e, 14, 31.2, 40, 42, 43.e, 44.b, 45.2, 49.k, 49.l y 60.1, así como contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30057 de Servicio Civil.
8	00009-2014-AI	5050 ciudadanos	Congreso de la República	Artículo 5 de la Ley n.º 29720. Ley que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el Mercado de Capitales.
9	00010-2014-AI	5385 ciudadanos	Congreso de la República	Ley n.º 29947. Ley de protección de la economía familiar respecto del pago de pensiones en institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de post grados públicos y privados.
10	00012-2014-AI	Más de 5000 ciudadanos	Congreso de la República	Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

11	00015-2014-AI	391 ciudadanos	Municipalidad Provincial de Huaylas (Áncash)	Ordenanza Municipal n.º 017-2013-MPH-CZ.
12	00017-2014-AI	8205 ciudadanos	Congreso de la República	Ley n.º 30057. Ley del Servicio Civil.
13	00018-2014-AI	6069 ciudadanos	Congreso de la República	Ley n.º 30157. Ley de las organizaciones de usuarios de agua.
14	00023-2014-AI	8411 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 1, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 22, 27, 39, 40, 57, 59, 61, 66, 76, 96, 115, 121, 125, 126, 131, y las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera, Cuarta, Sexta y Décima de la Ley n.º 30220. Ley Universitaria.
15	00026-2014-AI	5326 ciudadanos	Congreso de la República	Sexagésima Segunda Disposición Final de la Ley n.º 29289. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009.
16	00007-2015-AI	6453 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 8, 11, 12, 13, 14, 15.1 al 15.7, 15.10, 39, 40 y 84 de la Ley n.º 30220. Ley Universitaria.
17	00008-2015-AI	5229 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 1, 4.a, Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley n.º 29620. Ley que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba.
18	00009-2015-AI	6000 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 1 al 7, 9, 10, 13 al 17, 19 al 31, 34 al 38 y las Disposiciones Complementarias Finales Segunda (primer párrafo), Tercera, Quinta (segundo párrafo) Octava y Novena del Decreto Legislativo n.º 1133. Ley que establece el ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial.
19	00011-2015-AI	5068 ciudadanos	Congreso de la República	Artículo 3 de la Ley n.º 30190, que modifica el Decreto Legislativo n.º 1059. Ley General de Sanidad Agraria.
20	00012-2015-AI	6346 ciudadanos	Congreso de la República	Ley n.º 30230. Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.
21	00013-2015-AI	6615 ciudadanos	Congreso de la República	Artículo I del Título Preliminar y del literal e) del artículo 1 de la Ley n.º 30057. Ley del Servicio Civil.

22	00016-2015-AI	5238 ciudadanos	Poder Ejecutivo	Decreto de Urgencia n.º 062-2009.
23	00018-2015-AI	8592 ciudadanos	Congreso de la República	Artículo 5 y parte del segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria y modificatoria de la Ley n.º 30313. Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación.
24	00019-2015-AI	16 551 ciudadanos	Poder Ejecutivo	Decreto Legislativo n.º 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la república y establece medidas complementarias; y contra el Decreto Legislativo n.º 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal.
25	00022-2015-AI	7690 ciudadanos	Congreso de la República	Artículos 2.c, 6 y 18, y por omisión relativa de la Ley n.º 30003. Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros.
26	00001-2016-AI	661 ciudadanos	Municipalidad Distrital de La Perla	Ordenanzas Municipales n.ºs 009-2010-MDLP, 010-2010-MDLP, 004-2011-MDLP, 006-2011-MDLP, 019-2011-MDLP, 004-2012-MDLP, 014-2012-MDLP, 017-2012-MDLP, 002-2013-MDLP, 011-2013-MDLP, 015-2013-MDLP, 002-2014-MDLP, 014-2014-MDLP, 003-2015-MDLP y 004-2015-MDLP.
27	00002-2016-AI	6000 ciudadanos	Poder Ejecutivo	Decreto Legislativo n.º 1132.
28	00008-2016-AI	5186 ciudadanos	Poder Ejecutivo	Decretos Legislativos n.ºs 1132 y 1133.
29	00010-2016-AI	2734 ciudadanos	Municipalidad Distrital de Santa Anita	Ordenanza Municipal n.º 0186/MDSA.
30	00008-2017-AI	7181 ciudadanos	Congreso de la República	Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30114. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.
31	00013-2017-AI	1070 ciudadanos	Municipalidad Distrital de Lince	Ordenanza Municipal n.º 376-2016-MD.
32	00003-2018-AI	8409 ciudadanos	Poder Ejecutivo	Decreto de Urgencia n.º 012-2017.

Fuente: Elaboración propia.

De lo expuesto en la tabla observamos que durante el periodo de estudio han sido interpuestas 32 demandas de inconstitucionalidad por los ciudadanos, lo cual equivale al 30 % del total de procesos iniciados.

Asimismo, puede notarse que el principal demandado ha sido el Congreso de la República, el cual ha sido recurrido en 22 ocasiones. De esta cifra, podemos concluir preliminarmente que las actuaciones del Poder Legislativo son continuamente evaluadas por la ciudadanía y, frente a algún vicio que se percibe, se interpone la demanda para ejercer el control normativo en la jurisdicción constitucional.

4. ESTADO ACTUAL DE LAS DEMANDAS INTERPUESTAS

Conforme a lo previsto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, el plazo prescriptorio de la demanda de inconstitucionalidad es de 6 años (6 meses para el caso de los tratados). Así, se tiene un periodo sumamente amplio para analizar si una norma en particular, que ha tenido plenos efectos, incurre en infracción a la Constitución en la forma o el fondo.

No obstante, en caso de normas muy polémicas o mediáticas, como han sido la Ley n.º 30057 (Ley del Servicio Civil) y la Ley n.º 30220 (Ley Universitaria), por mencionar algunos casos, puede advertirse que han sido sujetas de demanda a las pocas semanas de haber entrado en vigencia. Cabe subrayar que si bien su aplicación resultaba válida, el haber sido sometidas a la jurisdicción constitucional generaba reservas sobre si su vigencia sería permanente; por este motivo, surgía cierta inseguridad sobre el futuro de la norma dentro del sistema jurídico peruano.

En este sentido, resulta propicio para nuestro estudio evaluar lo sucedido con las demandas de inconstitucionalidad que se han interpuesto en el periodo establecido; por ello, en la siguiente tabla describiremos la audiencia de vista de la causa y la emisión del fallo correspondiente por parte del Tribunal Constitucional:

Tabla 3

Estado de las demandas interpuestas por la ciudadanía

n.º	Exp. n.º	Fecha de vista de la causa	Situación al 28 de marzo de 2018
1	00009-2013-AI	21 de enero y 31 de octubre de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC. Sentencia publicada el 21 de abril de 2015. Se declaró fundada en parte la demanda.
2	00010-2013-AI	21 de enero y 31 de octubre de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC. Sentencia publicada el 21 de abril de 2015. Se declaró fundada en parte la demanda.
3	00013-2013-AI	21 de enero y 31 de octubre de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC y 0010-2013-PI/TC. Sentencia publicada el 21 de abril de 2015. Se declaró fundada en parte la demanda.
4	00017-2013-AI	No se programó fecha.	Sentencia publicada el 4 de abril de 2014. Se declaró improcedente la demanda.
5	00023-2013-AI	27 de agosto de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 0003-2013-PI/TC y 00004-2013-PI/TC. Sentencia publicada el 14 de septiembre de 2015. Se declaró fundada en parte la demanda.
6	00024-2013-AI	27 de marzo de 2015	Sentencia publicada el 26 de octubre de 2016. Se declaró fundada la demanda.
7	00025-2013-AI	28 de noviembre de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 0003-2014-PI/TC, 00008-2014-PI/TC y 00017-2014-PI/TC. Sentencia publicada el 26 de abril de 2016. Se declaró fundada en parte la demanda.
8	00009-2014-AI	24 de abril de 2015	Sentencia publicada el 5 de abril de 2016. Se declaró fundada la demanda.
9	00010-2014-AI	27 de marzo de 2015	Sentencia publicada el 18 de marzo de 2016. Se declaró infundada la demanda.
10	00012-2014-AI	31 de octubre de 2014	Sentencia publicada el 10 de diciembre de 2014. Se declaró fundada en parte la demanda.

11	00015-2014-AI	29 de enero de 2016	No se ha emitido sentencia.
12	00017-2014-AI	28 de noviembre de 2014	Acumulado con los Expedientes n.ºs 00025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC y 00008-2014-PI/TC. Sentencia publicada el 26 de abril de 2016. Se declaró fundada en parte la demanda.
13	00018-2014-AI	24 de abril de 2015	Acumulado con el Expediente n.º 00022-2014-PI/TC. No se ha emitido sentencia.
14	00023-2014-AI	27 de enero de 2017	No se ha emitido sentencia.
15	00026-2014-AI	26 de junio de 2015	No se ha emitido sentencia.
16	00007-2015-AI	17 de julio de 2015	Acumulado con los Expedientes n.ºs 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC y 00019-2014-PI/TC. Sentencia publicada el 12 de noviembre de 2015. Se declaró infundada la demanda.
17	00008-2015-AI	13 de agosto de 2015	No se ha emitido sentencia.
18	00009-2015-AI	21 de octubre de 2016	No se ha emitido sentencia.
19	00011-2015-AI	1 de abril de 2016	No se ha emitido sentencia.
20	00012-2015-AI	27 de enero de 2017	Acumulado con el Expediente n.º 0003-2015-PI/TC. No se ha emitido sentencia.
21	00013-2015-AI	No se programó fecha.	Se declaró inadmisibles mediante auto emitido el 26 de abril de 2016.
22	00016-2015-AI	No se programó fecha.	Se declaró improcedente mediante auto emitido el 24 de mayo de 2016.
23	00018-2015-AI	No se programó fecha.	Se declaró inadmisibles mediante auto emitido el 20 de marzo de 2017.
24	00019-2015-AI	24 de marzo de 2017	No se ha emitido sentencia.
25	00022-2015-AI	23 de septiembre de 2016	No se ha emitido sentencia.
26	00001-2016-AI	25 de mayo de 2017	No se ha emitido sentencia.
27	00002-2016-AI	23 de septiembre de 2016	No se ha emitido sentencia.

28	00008-2016-AI	20 de octubre de 2017	No se ha emitido sentencia.
29	00010-2016-AI	No se ha programado.	No se ha emitido sentencia.
30	00008-2017-AI	17 de noviembre de 2017.	No se ha emitido sentencia.
31	00013-2017-AI	No se ha programado.	No se ha emitido sentencia.
32	00003-2018-AI	No se ha programado.	No se ha evaluado su admisibilidad aún.

Fuente: Elaboración propia.

Podemos resumir la información expuesta en la anterior tabla enfatizando los datos siguientes: de las 32 demandas interpuestas, 11 tienen sentencias que se pronuncian sobre el fondo, 2 fueron declaradas improcedentes, 2 fueron inadmisibles y 17 están pendientes de pronunciamiento.

En el caso de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo, en 9 casos hemos tenido demandas fundadas (en todo o parte), por lo que se ha declarado la inconstitucionalidad de normas de carácter general.

En relación con el tiempo de atención de las demandas, debe tenerse en cuenta la carga procesal que presenta el Tribunal Constitucional (2016), especialmente cuando las demandas de inconstitucionalidad exigen la participación del Pleno y, frente a ello, es necesario efectuar sesiones prolongadas y audiencias con diversos actores políticos y civiles.

Al respecto, es propicio señalar que estando de por medio una situación que incide en la seguridad jurídica, como es la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, debe darse la mayor prioridad a la atención del caso y la emisión del fallo respectivo. No obstante, puede notarse que en los casos que forman parte del periodo estudiado se han acumulado demandas, lo que conllevó a un mayor tiempo para la atención de los expedientes por parte del supremo intérprete.

Sin perjuicio de ello, en el artículo 108 del Código Procesal Constitucional se ha previsto el plazo de treinta días posteriores a la vista de la causa para que el Tribunal emita la sentencia respectiva. No obstante, de lo expuesto en la tabla 3 claramente se advierte que las sentencias han sido emitidas en plazos mucho mayores a los dispuestos en el Código.

Con relación a lo afirmado, no pretendemos hacer un reclamo contra el trabajo que se realiza, que de por sí es sumamente complejo, ya que la decisión puede tener un impacto no solo en el ámbito jurídico, sino también en los derechos de la ciudadanía y las políticas públicas. En ese sentido, los magistrados a cargo de resolver este tipo de procesos tienen una responsabilidad con los aspectos funcionales, así como con la democracia y el Estado de derecho.

Considerando todo esto, es necesario que las demandas de inconstitucionalidad sean atendidas con la urgencia debida y, si para ello se requiere replantear el método de trabajo o solicitar mayores recursos, entre otras acciones, pues deben ser efectuadas prontamente, en aras de la seguridad jurídica que proporciona una demanda atendida oportunamente. Recordemos la frase de Séneca: «Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía».

5. CONCLUSIONES

La estadística que presentamos nos acerca más directamente a la situación actual de la participación de la ciudadanía en el control normativo y nos permite identificar logros importantes en la jurisdicción constitucional, pero también algunos problemas.

En esa línea, podemos resumir los principales hallazgos que resultan de nuestra estadística en una serie de conclusiones que esperamos sean consideradas positivamente.

La participación de la ciudadanía en la acción de inconstitucionalidad ha estado contemplada desde la incorporación del control concentrado en nuestro sistema jurídico.

La Constitución de 1993 brindó mayores facilidades para que la ciudadanía pudiera participar del control normativo mediante la demanda de inconstitucionalidad, reduciendo el número de firmas necesarias para su interposición y estableciendo condiciones especiales para el caso de normas de carácter regional y local.

En el periodo comprendido desde el año 2013 y el primer trimestre de 2018, la ciudadanía ha sido muy activa en la interposición de demandas de inconstitucionalidad y ha logrado obtener sentencias estimativas, lo cual evidencia efectividad en sus acciones ante la jurisdicción constitucional.

En casos mediáticos, el Tribunal Constitucional ha procurado integrar demandas provenientes por diferentes actores y emitir fallos en el plazo que le ha resultado más breve, de modo que se han respetado los principios de economía y celeridad procesal.

A pesar de la elevada carga procesal del Tribunal Constitucional, puede advertirse que se hacen los mayores esfuerzos para atender con prontitud las demandas de inconstitucionalidad que interpone la ciudadanía. No obstante, existen algunos expedientes cuyos fallos todavía están pendientes de emisión desde el 2014; dicho plazo puede afectar la percepción de la ciudadanía sobre la importancia que se da a la atención de sus demandas.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente. (1979a). *Constitución Política del Perú*. Imprenta del Ministerio de Economía y Finanzas. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Constitucion/047817/index.html>
- Asamblea Constituyente. (1979b). *Diario de los Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979* (t. 7). Congreso de la República.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Editora Perú. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Constitucion/019360/index.html>

- Congreso de la República. (1998). *Debate Constitucional Pleno-1993* (t. 3). Diario de los Debates. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/diariodebates/debate-constitucional/1993/tomo3/index.html#p=3>
- Congreso de la República. (2004). *Ley n.º 28237. Código Procesal Constitucional*. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Codigo-Procesal-Constitucional-TC.pdf>
- Figuroa Gutarra, E. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional*, 188(18), 199-222. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamiento-constitucional/article/view/8954>
- Huerta Guerrero, L. A. (2015). El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal Constitucional y la experiencia reciente. En J. F. Palomino Manchego (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde* (2.ª ed., t. 2, pp. 839-884). Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Kelsen, H. (2017). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). En *Sobre la jurisdicción constitucional* (pp. 49-116). Edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana); Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional; Colegio de Abogados de Lima; Cuadernos del Rectorado n.º 28.
- Paiva, D. (2017). *Del movimiento constitucional peruano a la Escuela Peruana de Derecho Constitucional* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. *Cybertesis UNMSM*. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/6526?show=full>
- Ramos Núñez, C. (dir.). (2015). *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/El_Proceso_de_Inconstitucionalidad.pdf

Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia. Expediente n.º 047-2004-AI/TC*. Lima: 24 de abril de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2016). *Memoria Institucional 2016*. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/memoria-2016.pdf>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76.06

VINCULACIÓN JURÍDICA DEL SOLICITANTE DE REFUGIO CON EL ESTADO

Legal connection of the refugee claimant
with the State

JORGE ERNESTO HINOSTROZA IRAZABAL
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: johiraz40@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0007-9399-5949>

RESUMEN

Este trabajo de investigación analiza el estado en que se hallan los solicitantes de refugio, particularmente en nuestro país, tiempo después de la firma de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), donde se promulgaron las reglas para regular su desarrollo, y la publicación de la Ley n.º 27891 (Ley de Refugiados) de 2003, la cual creó la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR), entidad encargada de recibir, procesar y resolver las solicitudes de refugio, así como la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, entidad que finalmente resuelve estas solicitudes. También se plantea modificar la

situación de estas personas para que accedan a los servicios básicos prestados por el Estado peruano.

Palabras clave: solicitantes de refugio; Perú; Estado; Ley n.º 27891.

ABSTRACT

This research paper analyses the situation of asylum seekers, particularly in our country, following the signing of the Convention relating to the Status of Refugees (1951), which promulgated the rules governing their development, and the publication of Law No. 27891 (Refugee Law) in 2003, which created the Special Commission for Refugees (CEPR), the body responsible for receiving, processing and resolving asylum applications, as well as the Review Commission for Refugee Affairs, the body that finally resolves these applications. It is also proposed to modify the situation of these people so that they have access to the basic services provided by the Peruvian state.

Keywords: refugee claimants; Peru; State; Law No. 27891.

Recibido: 21/08/2021 Aceptado: 05/11/2021 Publicado: 10/12/2021

1. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el desarrollo de este trabajo, es pertinente conocer algunos términos a los que aludiremos con frecuencia. A continuación, señalamos sus significados:

- a) Extranjero: «toda persona que no posea nacionalidad peruana» (artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1350).
- b) Solicitante de refugio: extranjero(a) que llega al país y solicita la protección que establece la vinculación jurídica que le permitirá permanecer en el país y trabajar hasta que su situación sea resuelta por la Comisión Especial para los Refugiados.

- c) *Non refoulement*: principio fundamental aplicado a los refugiados, quienes no pueden ser devueltos, rechazados, expulsados ni extraditados a su país de origen.
- d) Vinculación jurídica: enlace establecido entre dos o más sujetos de manera legal a fin de regular acciones de interés de las partes.

Al comenzar el siglo XXI, el área de protección del ser humano reviste importancia capital. El Estado se encarga del reconocimiento y la protección de los derechos humanos básicos; sin embargo, no siempre fue así: el siglo XX fue testigo de que, con alarmante frecuencia, el Estado no solo no cumplió con esta tarea, sino que se convirtió en un agente de violación de los derechos humanos. En el mundo actual, los conflictos internos, las guerras y los desplazamientos por cualquier causa similar generan que las personas busquen protección en otro país; a estas personas se les denomina «refugiadas» y pueden ubicarse en cualquier parte del mundo.

Dado que este es un problema de grandes dimensiones, nuestro objetivo es resolver las dificultades que aquejan sobre todo a quienes desean ser reconocidos como refugiados, así como identificar cuáles son las causas por las que no poseen el título vinculante de sujetos con capacidad para desarrollar facultades básicas (como proveerse de un seguro de salud) y contraer matrimonio.

Dentro de esta línea de base, nuestro país suscribió y ratificó los tratados relacionados con esta figura jurídica (por ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984), promulgando normas que regulan la admisión, el procedimiento y la decisión del órgano respectivo; sin embargo, no ha previsto las consecuencias de la puesta en vigencia de la ley mencionada, en cuanto a la limitación de la capacidad del Estado para otorgarles asistencia y protección pública. Esta situación pone de manifiesto que, al no proveerles un documento de identidad que los ampare, no pueden acceder a los servicios que necesitan, posicionándolos en una situación de vulnerabilidad.

En nuestro país, existe un limbo en el esquema legal que no ha sido observado por el legislador cuando se refiere a los solicitantes de refugio, a quienes por disposición de la norma se les otorga un carné, expedido por la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR), unidad orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), que no configura un elemento de identificación, en vez de darles un documento cuyas características cumplan con las exigencias de identidad. Cabe señalar que tanto la Superintendencia Nacional de Migraciones como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) desempeñan roles importantes en la entrega de estos títulos a los ciudadanos nacionales y extranjeros. En ese contexto es que el MRE expide también documentos de viaje, salvoconductos y pasaportes.

Siendo esto así y en tanto subsista tal escenario, estas personas están desprotegidas y su situación colisiona con el principio de identidad, catalogado como derecho fundamental. Consecuentemente, el Estado contratante debe brindarles ayuda a todas las personas que la invocan, por lo que, en el presente trabajo, se plantea la necesidad de resolver esta limitación legal, proponiendo la modificación de la Ley n.º 27891, también conocida como Ley del Refugiado.

Dentro de este esquema de análisis tenemos como objetivo proponer la reforma de la norma aludida y presentar la receta legal respectiva que contenga las modificaciones necesarias para que estas personas obtengan un documento de identidad.

2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La migración implica un estado personal, familiar o grupal referido al desplazamiento dentro o fuera del territorio nacional, sea por razones políticas, económicas, ambientales (desastres naturales) o de cualquier otra índole.

En cuanto al contenido que es materia de estudio, nos enfocamos en el tema de la protección jurídica denominada «refugio». La norma define al «refugiado» como a la persona que, por razones de temor fundado de persecución, amenaza o alteración del orden

público, no puede permanecer en su país o retornar a él, así que sale huyendo en busca de protección en el extranjero. Cuando estas personas llegan a otro país, invocan el refugio, sin mayor expectativa que la propia protección que le brinda el Estado receptor y que su permanencia esté asegurada. No obstante, no pueden acceder a los servicios esenciales como la salud, el trabajo o la seguridad social porque el uso de estos servicios exige un mecanismo de verificación personal, y para los peticionantes de refugio la norma determina que, si falta la decisión, mantienen esa situación y la Comisión les otorga un instrumento no identificatorio que solamente los acredita como peticionarios. Así, no tienen la posibilidad de obtener este instrumento de identidad que les permita el disfrute pleno de este derecho a fin de velar por el desarrollo personal que como personas persiguen y poder ejercer los actos civiles inherentes a todo individuo.

Esta circunstancia conlleva a mantener a los solicitantes de refugio en una alta vulnerabilidad, motivo suficiente que nos conduce a efectuar el presente análisis y plantear los cambios necesarios para resolver esta situación.

3. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población materia de este estudio presenta gran fragilidad y las nuevas tendencias migratorias van evolucionando a nivel mundial, obligando a los Estados a constituir medidas urgentes para velar por esta población que merece protección y asistencia, habida cuenta de que a fines de 2020 existían más de 26.4 millones de refugiados en el mundo (Acnur, s. f.). La realidad constriñe otorgarles amparo cuando llegan a nuestro país e invocan este estatuto jurídico de protección.

La ley también cumple un rol fundamental de seguridad social general, puesto que en su país de origen no la tienen o la consideran insuficiente. Sin embargo, esta seguridad resulta exigua porque le faltan los pactos para dejar satisfechos los principios básicos de la persona como fin principal de la norma.

4. OBJETIVOS

El objetivo general de este artículo es establecer los nuevos tipos de vulneración de los derechos fundamentales que surgen como consecuencias del incremento masivo de las peticiones de condición de refugiado, título que les permite a los extranjeros acceder a la protección y los beneficios que requieren; para esta determinación incidiremos en un concepto general de seguridad.

Los objetivos específicos son a) establecer las pautas para que quienes invoquen este pedido puedan obtener un documento de identidad, b) instituir una medida comparativa con la legislación internacional sobre estos pedidos de amparo legal, c) modificar la Ley n.º 27891, relacionada a estas figuras de protección, y d) evaluar la conveniencia del otorgamiento de un título que precise su estatuto personal a los extranjeros bajo esta condición jurídica.

5. METODOLOGÍA APLICADA

Para determinar esta variedad de concepciones, se emplean técnicas no cuantitativas, pero también se aplica el método descriptivo, dado que este señala las pautas para analizar las vivencias y la realidad de las personas migrantes en su contexto.

Este estudio explora la actual realidad en toda su expresión y nos entrega un producto interpretativo. El análisis de la situación del país de origen nos provee una perspectiva muy positiva y la comparación de la legislación en los distintos niveles geográficos, tanto a nivel regional como mundial, es muy útil. Un ejemplo que vale mencionar es que en algunos países como Colombia a los solicitantes de refugio no se les autoriza a trabajar, tienen que mantenerse desempleados hasta que su solicitud sea aprobada; en Perú ocurre lo contrario: una vez presentada la solicitud de refugio, la norma los autoriza a trabajar. Esta realidad también tiene sus bemoles porque los empleadores desconocen la normativa y, por su seguridad, prefieren contratar a otras personas en situación migratoria definitiva.

6. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A diferencia del asilo, el refugio solo busca proteger al que necesite amparo estatal. Esta realidad hace que las personas, una vez admitidas como solicitantes de refugio, sientan la vulnerabilidad más patente al no tener un instrumento que les sirva como elemento de identificación personal, ya que, en nuestro país, para tal acto deben contar con un instrumento que los acredite como tales.

En el mundo de los negocios y la economía, capital humano es sinónimo de alta calificación profesional. En la antropología, capital humano equivale a la capacidad del hombre y la mujer de transformar su energía física y mental en trabajo, independientemente de su alta educación formal (Altamirano, 2017, p. 28).

Por otro lado, en relación con la generación de estadísticas y el desarrollo de diagnósticos, si bien se evidencia un esfuerzo por caracterizar los flujos migratorios que salen y llegan a nuestro país, es necesario fortalecer el análisis en clave de género, de manera tal que permita identificar los procesos y los impactos diferenciados a partir de esta variable y, con base en dicho análisis, promover la igualdad de género como «una cuestión central en lo que respecta a las causas y consecuencias de la migración y, consiguientemente, para garantizar respuestas institucionales eficaces frente al fenómeno de las migraciones» (Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones, 2015, p. 2).

El aumento progresivo de la emigración de nacionales y, de otra parte, la existencia de condiciones favorables en materia económica, laboral, entre otras que caracterizan a la economía peruana, han generado un incremento sostenido del flujo migratorio hacia el Perú.

Así, la evidencia llevó al Estado peruano a reconocer que la gestión de las migraciones que se venía aplicando, especialmente en el carril normativo, había sido diseñada en un contexto de la realidad nacional que, en la actualidad, fue ampliamente superada.

En consecuencia, resulta inaplazable adecuar y regular los aspectos migratorios según las vigentes necesidades del país. Asimismo, se ha evidenciado que el incremento de los flujos migratorios exige la modernización de los citados marcos de gestión funcional y formal.

El movimiento migratorio de la población extranjera hacia el Perú ha aumentado. Los extranjeros que llegaron a nuestro país entre los años 1994 y 2015 no fueron muchos. En estos últimos años, desde el 2015, con 3500, hasta el 2019, con más de 380 000 solicitudes de refugio, el promedio anual de este flujo asciende a un número considerable de personas de 1000 a 1500 personas diarias.

Cabe señalar que existe una estigmatización hacia el inmigrante. Esto hace que, muchas veces, los extranjeros en el Perú sean considerados como población infractora o grupos de riesgo para la seguridad ciudadana y/o la moral pública (se asocia la migración femenina con la prostitución). En ese marco, por ejemplo, se configuran situaciones de discriminación y violencia familiar y/o sexual en donde la condición de migrante irregular incrementa el grado de vulnerabilidad de estas personas.

En el caso de la violencia familiar, especial atención merecen las mujeres migrantes casadas o convivientes con personas peruanas, ya que, por mandato de la ley, sus parejas tenían la facultad absoluta sobre su permanencia en el país; ello las convertía en objetos de abusos y maltratos a cambio de su estadía. Es cierto que la normativa se ha modificado eliminando criterios que generaban dependencia entre la mujer migrante y el miembro de su unidad familiar (pareja o conviviente); sin embargo, como práctica de abuso de poder, esta situación no se puede suponer superada porque hay migrantes que recurren a la figura del matrimonio para regularizar su situación migratoria. Esto es muy grave porque de esta unión nacen hijos peruanos y cabe preguntarse que pasará con este grupo familiar cuando esta persona extranjera decida tomar otros rumbos, haya solucionado su problema de estadía legal o decida abandonar el país.

Es evidente que el fenómeno de la migración contemporánea requiere de políticas públicas integrales (leyes de Estado, pues no basta con instrumentos administrativos) que aborden las diversas

dimensiones del proceso migratorio, tanto en los aspectos políticos, jurídicos y económicos como en los sociales y culturales.

La migración internacional, tradicionalmente caracterizada y explicada a partir de los factores de atracción y expulsión, adquiere nuevas dimensiones en el contexto de la globalización. Esta produce un efecto puente que genera nuevos imaginarios y condiciones materiales sobre los cuales la emigración discurre.

Cabe afirmar que la jurisprudencia indica que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, el derecho a la vida privada y el principio de autonomía de la persona. Respecto al derecho a la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) lo ha conceptualizado, en general, como el «conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso» (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, fj. 90).

7. CONCLUSIONES

Si una migración es desordenada, se vuelve insegura, crea en la opinión pública un sentimiento de aversión hacia el extranjero, sin importar su situación jurídica, endurece los controles migratorios y puede dar lugar al retorno de personas que sí necesitan la protección del Estado, poniendo en riesgo su vida o libertad.

Es necesario y urgente analizar y modificar la Ley n.º 27891 (Ley de los Refugiados) y otras normas que son impedimentos para el acceso a los servicios y los medios de vida sostenibles para los migrantes; asimismo, es indispensable el desarrollo de los principios elementales de garantía procedimental para obtener el reconocimiento del refugio.

8. RECOMENDACIONES

Las contradicciones existentes en las leyes tanto migratorias como del refugio no han sido abordadas en todo su contexto para eliminar

la dicotomía existente que no permite el avance ni la determinación de acciones eficaces para resolver los problemas que surgen del flujo migratorio asociado.

Se requiere mayor comunicación y difusión de la normatividad migratoria, así como de la información relacionada al refugio en todas las legaciones del mundo, para que estas personas estén informadas y puedan seguir los trámites respectivos.

Sería conveniente crear una plataforma orgánica multisectorial para el registro de los migrantes, los desplazados y los refugiados; además, sería muy útil que las entidades competentes en áreas sensibles vinculadas con el tema puedan tener acceso a dicha plataforma.

Para crear un modelo de gestión de la migración, los términos y las condiciones de las legislaciones deben adaptarse a los nuevos y distintos desafíos, es decir, actualizarse y adecuarse a las disímiles características de los flujos de personas en el continente.

Las declaraciones y los acuerdos internacionales deben ser vinculantes.

REFERENCIAS

- Acnur. (s. f.). Tendencias globales desplazamiento forzado en 2020. *UNHCR*. <https://www.unhcr.org/flagship-reports/es/tendencias-globales/>
- Altamirano, T. (2017). Migraciones internacionales en el Perú: hacia una apertura de oportunidades múltiples. En Ó. Maúrtua (ed.), *Impacto de las migraciones internacionales en el desarrollo del Perú* (pp. 23-55). Ediciones Misky.
- Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. (1984). *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Cartagena: 22 de noviembre de 1984. <https://www.acnur.org/media/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados>

- Congreso de la República. (2002). *Ley n.º 27891. Ley del Refugiado*. Lima: 20 de diciembre de 2002. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1938.pdf>
- Congreso de la República. (2017). *Decreto Legislativo n.º 1350*. Lima: 7 de enero de 2017.
- Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2015). *Política sobre la Igualdad de Género 2015-2019*. <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/2018-07/C-106-INF-8-Rev.1-Poli%CC%81tica-de-la-OIM-sobre-la-Igualdad-de-Ge%CC%81nero-2015-2019.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17*. [s. l.]: 24 de noviembre de 2017.
- Naciones Unidas. (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra: 28 de julio de 1951. <https://www.acnur.org/media/convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

EL NOTARIADO EN LA HISTORIA DEL ACTUAL COLEGIO DE NOTARIOS DE LAMBAYEQUE, SUS ARCHIVOS NOTARIALES Y SU VISIÓN A FUTURO

The notary's office in the history of the current College of Notaries of Lambayeque, its notarial archives and its vision for the future

ANTONIO ENRIQUE VERA MÉNDEZ

Notaría Vera Méndez

(Lambayeque, Perú)

Contacto: antonioveramendez@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-6611-5171>

RESUMEN

El proceso evolutivo del notario es el mismo que el del instrumento público, por lo que en este artículo se analiza la evolución archivística notarial tomando como ejemplos los archivos de los exnotarios del Colegio de Notarios de Lambayeque, cuyo objetivo es perennizar en el tiempo la voluntad de las partes. Por su importancia jurídica, el archivo notarial debe digitalizarse, para que se pueda preservar, consultar, estudiar y actualizar de manera óptima; de lo contrario, no tendrá futuro como objeto de reflexión e investigación.

Palabras clave: notario; archivo notarial; Colegio de Notarios de Lambayeque; digitalización.

ABSTRACT

The evolutionary process of the notary is the same as that of the public instrument, so this article analyses the evolution of notarial archiving, taking as examples the archives of the former notaries of the College of Notaries of Lambayeque, whose aim is to perpetuate the will of the parties. Furthermore, it is proposed that, because of its legal importance, the notarial archive should be digitised, so that it can be preserved, consulted, studied and updated in an optimum manner; otherwise it will have no future as an object of reflection and research.

Keywords: notary; notarial archive; Lambayeque Association of Notaries; digitisation.

Recibido: 19/09/2021 Aceptado: 12/11/2021 Publicado: 10/12/2021

1. INTRODUCCIÓN

El proceso evolutivo del notariado es el mismo que el del instrumento público: la labor documentaria del notario, en su función de dar fe, se materializa en el instrumento público notarial, el cual ocupa el centro del derecho notarial, pues en torno a él se estructura la actividad notarial; en ese sentido, los notarios actuamos como instrumentos, pero en un principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga al documento. Como lo señala Rafael Núñez Lagos, en el Perú, desde el siglo xv, se evidencia que todo negocio jurídico de trascendencia jurídica era certificado por los escribanos, quienes buscaban la seguridad jurídica y la paz social entre los hombres; por su importancia en la sociedad se han perennizado en el tiempo. A propósito de ello, encontramos que el documento más antiguo que guarda el Archivo General de la

Nación es una escritura pública de compraventa del año 1533, específicamente de la venta de un caballo por mil quinientos pesos de la época, monto que fue cancelado con el rescate de Atahualpa.

Desde la llegada de los hispanos hasta nuestros días se han desempeñado muchos escribanos y notarios públicos (equivalentes en el oficio). Consideramos que es necesario investigar sobre ellos para tener un cabal conocimiento del quehacer histórico-social de los pueblos de esta jurisdicción, quienes nos han dejado, como parte de su producción e incansable actividad, un número incalculable de escrituras públicas, las cuales constituyen hoy testimonios latentes e invaluable de su información original, además de los actos jurídicos que realizaban, incluso la ley les permitía algunos casos que serían inverosímiles en la actualidad como la venta de esclavos.

Desde el comienzo, las autoridades españolas quisieron saber exactamente todo lo que ocurría en los países americanos que consideraban partes integrales del Imperio español, ávidas por tener noticias al día sobre los nuevos descubrimientos, la población, el trato con los indios, los problemas con los naturales, las cuestiones religiosas, la expansión del catolicismo, las relaciones entre los funcionarios, la naturaleza del nuevo mundo, etc. Estas circunstancias contribuyeron esencialmente a la formación de instituciones acomodadas a las nuevas exigencias.

Las autoridades americanas nombradas por España tenían que dar cuenta, a veces detallada, de sus actividades, así como recibir y cumplir las órdenes impartidas por los poderes centrales. De esta manera, se estableció una estrecha, viva e ininterrumpida comunicación entre los poderes centrales y americanos, que dejaban huellas escritas de casi todos los aspectos de la vida.

La tradición archivística española de conservar sus fuentes documentales nos permite, en este caso particular, informarnos del gran volumen de protocolos que se conservan en el Archivo Regional de Lambayeque, así como de los escribanos públicos, posteriormente llamados notarios según ley, quienes han desempeñado esta función entre los siglos XVI y XX.

Es indispensable precisar histórica y jurídicamente la actuación de los escribanos, desde los primeros momentos hasta la actualidad, con el objetivo de conocer su trascendencia e importancia histórica con base en sus documentos producidos, toda vez que en ellos se recogen hasta los más íntimos latidos y detalles de la vida de la ciudad y su jurisdicción.

Se ha llegado a conocer la herencia medioeval de registrar todos los actos públicos y privados en documentos pertinentes ejecutados por los escribanos públicos, quienes, al igual que en España, redactaron peticiones, memoriales, testamentos, cartas, ventas, pesquisas, probanzas con el mismo interés e intención. Estos papeles, allí como aquí, se fueron coleccionando cuidadosamente en archivos públicos o privados, los cuales nos permitirán conocer la relación de escribanos y notarios públicos que han actuado entre los siglos XVI y XX.

Los documentos y los protocolos que corresponden a los escribanos y los notarios públicos de más de cinco centurias, hoy conservados en el Archivo Regional de Lambayeque, creado en 1984, son fuentes necesarias e imprescindibles para la investigación histórica, jurídica y social. Su enorme trascendencia se basa en que la vida toda (hasta sus más mínimos detalles) ha quedado fijada en estos documentos; así, una diversidad de temas desfila por sus folios, por ejemplo, allí encontramos testamentos, capellanías, poderes, acepciones, arrendamientos, compraventas, contratos de toda índole, censos, cesiones, codicilos, almonedas, compañías, compromisos, consentimientos, consignaciones, curadurías, declaraciones, desistimientos, donaciones, emancipaciones, fianzas, fundaciones, inventarios, licencias, libertades, memorias, mayorazgos, nombramientos, obligaciones, particiones, permutas, posesiones, protestos, promesas, revocatorias, reconocimientos, sustituciones, servicios, transacciones, tutelas, compras, ventas y libertades de esclavos, dotes, etc., como algo totalmente legal para la época.

El extraordinario valor histórico de estas fuentes supera el ámbito regional y se extiende por todo el norte del Perú, pues la antigua Intendencia de Trujillo comprendió los actuales departamentos de La Libertad, Lambayeque, Piura, Tumbes, Cajamarca, parte de Amazonas y San Martín e incluso Guayaquil, de modo que en el Archivo

Departamental de La Libertad se encuentran algunos archivos notariales de Chiclayo, Ferreñafe y la actual Sullana.

El patrimonio documental producido en tales etapas, y muy especialmente el de los instrumentos públicos, representa la fuente primordial de información en sus diversos aspectos (social, económico, jurídico, religioso, artístico, genealógico, etc.).

Según Márquez (2010), durante muchos siglos hubo un desarrollo técnico de inscripciones en piedra, hueso y barro; luego, en bronce, mármol y tablillas de madera cubiertas de cera o loza. Estos medios eran utilizados en la historia de los pueblos para escribir las leyes y los negocios, particularmente en los testamentos (en tablas, papel, pergamino u otros materiales) que transmitían la voluntad.

El tallo del papiro, laminado y en rollos fue preferido por algunas civilizaciones por ser un material mucho más dúctil y permeable que, además, permitía la escritura cursiva (el vocablo *papyrus* pasó al francés *papier* y al castellano «papel»). Otros pueblos utilizaron un papel elaborado con la corteza de cierta especie de árbol y fibras de bambú mezcladas con agua. La pasta se escurría y se secaba cuidadosamente. También utilizaban cáñamo y lino. Posteriormente, se popularizó el uso del pergamino hecho con la piel de cabra, ternera, cordero, etc. Todos los pueblos aprovecharon los medios que tenían para poder transmitir su voluntad y perennizarla en el tiempo.

Con el transcurrir de los siglos se inventaría el papel grueso y rugoso que aún podemos admirar en viejos manuscritos y que se confeccionaba de variadas maneras (pulpa de cáñamo, arroz, madera, algodón, etc.). En el Perú prehispánico, los pueblos dibujaban la historia de sus orígenes en preciosas pinturas multicolores sobre papel hecho de la corteza del amate. Este papel luego se bañaba de cal y, cortado en hojas, se unía en forma de biombo entre tapas de madera.

El papel fue fundamental en la trasmisión de la voluntad; por ello, su recopilación en archivos llegó a configurar nuestro mundo actual y significó una asombrosa evolución técnica en la conservación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento humano. No hace mucho aún los periódicos se presentaban todavía en pliegos que se

recortaban y el papel de estraza (áspero y sin blanquear) era muy popular para llevar las cuentas en las tiendas de abarrotes.

Al mismo tiempo, el instrumento que se usaba para escribir sufría una paulatina evolución a partir del cincel, para luego pasar al buril y, finalmente, estabilizar su desarrollo en los punzones y los estiletes romanos de metal o junco para dibujar caracteres en tablillas. Una espátula aplastada servía, además, para borrar. También había pinceles con cerdas animales que funcionaban con tinta hecha de hollín; después se ha inventado una tinta hecha de carbón vegetal molido, el cual se compactaba y se convertía en una bola maciza, mezclada con agua aceitosa de vegetales. El punzón fue reemplazado por la pluma de ave, particularmente apreciada por su capacidad para retener la tinta y dibujar caracteres. La imprenta de Gutenberg acomodó caracteres de madera y, luego, de metal que componían palabras, frases y páginas enteras reproducidas a velocidades antes inimaginables.

En fechas mucho más recientes surgieron los toscos lápices de carbón (la palabra latina *lapis* significa, en efecto, «piedra»), con una barra de grafito aprisionada en madera; después, las plumas estilográficas con depósito de tinta, y, al final, los modernos bolígrafos con punta de acero. Las máquinas de escribir hicieron su aparición hace un siglo, pero hasta finales de los años setenta fueron sustituidas por las eléctricas modernas y, poco después, por otras más veloces con un dispositivo intercambiable de esfera en el teclado.

El proceso no fue todo lo rápido que se hubiera pensado, especialmente en el medio notarial. Se empezó redactando los testimonios efectivamente a máquina, pero el protocolo aún se escribía de forma manual. Y aun debían registrarse individualmente las máquinas que se usaban en las oficinas, de modo que fuese fácil la identificación en caso de que fuera necesario. Para evitar inconformidades se resolvió que los escribanos podían decidir, de manera optativa, hacer las escrituras a máquina o continuar a mano.

De todas formas, las actuaciones judiciales y las escrituras notariales continuaron realizándose rigurosamente manuscritas, hasta que

paulatinamente comenzaron a aparecer las primeras máquinas de escribir en las oficinas.

Ahora bien, tan importante como poder escribir era saber contar. Y, en este punto, el ábaco, un sencillo invento, facilitó mucho la cuestión. Este instrumento de gran simpleza técnica agilizaba todas las operaciones aritméticas elementales y su uso se extendió en todo el mundo.

Casi enseguida las oficinas contemporáneas se vieron inundadas de máquinas procesadoras de textos, computadoras personales y fotocopiadoras. Hasta se podía mandar a fotocopiar fuera de la oficina, excepto en el caso de testamentos debido a la rigurosidad del secreto. A partir de aquí, la expresión material gráfica de la escritura desaparece para dar lugar a combinaciones que solo existen en una memoria de pulsaciones electrónicas. Mucho más recientemente, todos conocimos el papel reciclable y, de pronto, ingresamos a la memoria electrónica y al ciberespacio.

Se logra así una afortunada combinación del material y la técnica para escribir, es decir, la unión deliberada de un soporte y una técnica específica para escribir en él. Ambos, sin embargo, están aún lejos de caracterizar la naturaleza final de la labor del escribano. Si al principio tales instrumentos pudieron bastar para tener por manifestada la expresión de la voluntad de una persona, hacer constar la negociación efectuada o registrar hechos importantes, muy pronto surgió la necesidad de incorporar a ese soporte una marca o un signo específico que garantice sin lugar a duda su autenticidad.

Somos afortunados de vivir en una época como esta. Hasta ahora nuestros viejos libros de registro forrados, con folios numerados y cosidos, papeles membretados, sellos de goma, firmas autógrafas y huellas digitales han sido de uso ordinario en nuestras oficinas; hace muy poco lo fueron la tinta china y el papel sellado; luego, las ruidosas máquinas de escribir, las viejas minutas y la gelatina de impresión; mañana lo serán las lecturas magnéticas y los códigos de barras, las tintas infalsificables, las películas de seguridad, las claves binarias y los códigos alfanuméricos, las impresiones ópticas y los chips inteligentes.

Sin duda, el material donde se escribe, el instrumento para hacerlo y los signos especiales continuarán cambiando. No obstante, es absolutamente inimaginable que pueda seguir después del ciberespacio, las pulsaciones electrónicas y los hologramas bidimensionales.

Pero existe algo que no ha cambiado. Frecuentemente, se nos olvida que ni el material usado, ni la técnica para escribir sobre él, ni la utilización de marcas o signos misteriosos pueden por sí mismos conferir el carácter de auténtico a un mero documento físico. Tal agregado sobreviene, en efecto, de un elemento que no tiene representación física alguna y que solo puede residir en la integridad y la honestidad de su autor, como es el caso del notario que lo redacta y autoriza por haberlo visto ante sus ojos. Su objetivo es perennizar la voluntad de las partes de los actos que la ley o la voluntad de los hombres considera que por su importancia jurídica debe perdurar a través de los archivos. El futuro de los archivos es la digitalización; si no, no desaparecerán. Esta adaptación transforma al archivero en un gestor documental y digital.

En la era digital, los archivos son piezas clave para que el usuario de una computadora, teléfono móvil o tablet pueda organizar toda una serie de contenidos, desde un fichero de imagen (.jpg), pasando por un documento ofimático (.docx o .xlsx) y terminando con un fichero comprimido (.rar). Como cada documento (protocolar y extraprotocolar), con sus respectivos anexos (escaneo de documentos, minutas, identificación biométrica de los participantes etc.), elaborado por el notario y sus colaboradores origina un archivo de diferente tipo, se ve la necesidad de crear una base de almacenamiento digital de dichos archivos para que se perennicen y su fácil acceso permita su utilización en las diversas actividades jurídicas o no jurídicas. Ante tal situación, la concepción de un archivo notarial formado por documentos físicos que con el tiempo se pueden deteriorar va cambiando por un archivo notarial donde se recopilan materiales digitales.

Actualmente, la Ley n.º 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, establece la emisión de documentos digitales; asimismo, se habilitado una nueva forma de inscribir documentos notariales, pues la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp)

ha implementado el Sistema de Intermediación Digital (SID), el cual permite la inscripción de un acto jurídico sin la necesidad de documentos físicos, solamente enviando un archivo con formato especial y firma digital del notario. Esto ahorra tiempo y dinero tanto para los usuarios como para el notario, sus colaboradores y diversos entes. Esta implicancia conlleva a cambiar de mentalidad acerca de la concepción de los archivos notariales.

Vale señalar que, para la región Lambayeque, es obligatorio el uso del SID de la Sunarp en la inscripción de mandatos y poderes, pero optativo para la transferencia de bienes muebles registrables.

Al celebrar más de medio siglo de creación del Colegio de Notarios de Lambayeque, cabe formularse estas dos preguntas: ¿Estamos preparados para enfrentar esta realidad y estas demandas digitales? ¿Cuáles son estas demandas que la realidad actual exige?

2. EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DEL NOTARIO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN

A fines del siglo pasado, la legislación notarial peruana terminó con la antigua denominación de «escribano público», oficializando, a su vez, el título de «notario público». Esta legislación circunscribe al notario público al campo estrictamente notarial.

En la historia republicana, los notarios han tenido tres leyes: la Ley n.º 1510, que entró en vigencia en 1912; el Decreto Ley n.º 26002, del año 1992, y el Decreto Legislativo n.º 1049, del año 2008. Cada una de estas normas se ha manifestado acerca del archivo del notario y el futuro de este más allá del notario que la Ley n.º 1510 prescribía en su artículo 11. En el caso de muerte de un notario, así como en los tiempos de ausencia o enfermedad, la Corte designaba a otro notario para que se encargue de su oficio. Esto significaba que los archivos notariales pasaban de un notario a otro de generación en generación, usualmente de la misma provincia o, de no haberlo, de la más cercana designada por la Corte Superior competente, para que el notario, bajo su costo, riesgo y responsabilidad, lo conserve y expida los traslados instrumentales. Sin embargo, podía suceder que, según el artículo 12,

a falta de un notario que se encargue del oficio, la Corte nombre como administrador del archivo a una persona idónea y de conocida probidad. Este administrador se limitaría a custodiar el archivo que recibiría por inventario, mostrar los instrumentos que no sean reservados a las personas que deseen consultarlos y dar a los interesados los testimonios o las copias que soliciten. Este administrador también podía ser designado por la Sala Plena de la Corte Superior competente.

Posteriormente, el 20 de junio de 1967 se dio la Ley n.º 16607, la cual reconoció como personas jurídicas de derecho público interno a los colegios de notarios (artículo 1), un anhelo largamente esperado por los notarios de la época que se constituyen de acuerdo con la ley. Además, fortaleció al notariado al prescribir que «[e]n cada distrito judicial, donde haya más de cinco notarios, habrá un Colegio de Notarios, que tendrá la misma sede que la respectiva Corte Superior» (artículo 2), es por eso que las provincias de Cutervo, Chota, Jaén y San Ignacio son parte del Colegio de Notarios de Lambayeque, que pertenecen al departamento de Cajamarca, además de Chiclayo, Ferreñafe y Lambayeque, que políticamente corresponden al departamento de Lambayeque porque pertenecían a la antigua jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Según esta misma ley, correspondía a los colegios de notarios el auxilio entre notarios, el establecimiento de regímenes de asistencia y seguridad social, el mejoramiento del nivel profesional, la promoción del estudio del derecho notarial y, en general, las ciencias jurídicas, la organización de cursos periódicos sobre derecho notarial y la proyección a la sociedad, todo lo que cual mejoraría el fortalecimiento de la institución del notariado. En suma, debía imperar el estudio del derecho, el servicio a la sociedad y la seguridad jurídica, basada en la unión, la democracia y la alternancia en los colegios de notarios en beneficio de los notarios y la sociedad en general. En la actualidad, aplicar esto sería cumplir el principio de inmediatez: estar más cerca de la gente y que esta entienda la importancia de la seguridad jurídica; para ello el uso del internet es fundamental, ya sea a través del correo electrónico, las redes sociales y hasta el Blockchain (cadena de

bloques) para la difusión. Todos estos medios también son importantes para afrontar el incremento de los procesos no contenciosos vía notarial, donde hay incertidumbre jurídica con plazos perentorios, pero no conflictos de intereses, entre otros temas.

Los notarios adscritos a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque se reunieron en asamblea general, por vez primera, el 28 de octubre de 1972 en Chiclayo, dando inicio al Colegio de Notarios de Lambayeque. Posteriormente, llevaron a cabo sus asambleas en los diversos locales de las notarías hasta tener su propio local; asimismo, prestaban su función notarial en los diversos distritos de su provincia para brindar un mejor servicio y estar más cerca de la gente, de acuerdo con las costumbres del lugar.

Cabe recordar que

el escribano [hoy notario] era hombre de a caballo, llevaba siempre su «escribanía» en la grupa de su animal, encontrándose dispuesto a ejercer su profesión en cualquier sitio o lugar. La escribanía [hoy oficio notarial] era un cofre de cuero con cerradura de llave única. En ella guardaba el papel (tamaño folio), las plumas (de cóndor en la sierra y de alcatraz en la costa), la tinta (hecha de añil), el tintero (de cuerno de vacuno) y la caja con arenilla (que oficiaba de secante). En el primer punto de descanso, el escribano cosía los papeles numerados, por lo que debía añadir a su escribanía aguja gruesa e hilo recio (Vega, 1972, p. 5).

Después de 80 años se dio el Decreto Ley n.º 26002 y en sus artículos 61-63 hace referencia a los casos que se suscitan y cómo regularizar las escrituras irregulares por parte del notario encargado del archivo notarial; precisamente, sobre el notario encargado del archivo notarial del notario cesado se indica que podrá autorizar los traslados o manifestar documentos de su archivo a los interesados, pero ya no para siempre o hasta que cese el notario, sino de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley n.º 19414, Ley de Defensa, Conservación e Incremento del Patrimonio Documental de la Nación, de fecha 16 de mayo de 1972, el cual ordena lo siguiente:

Los archivos notariales, cuyos titulares cesen o fallezcan serán transferidos después de dos años al Archivo General de la Nación a los Archivos Departamentales.

Los archivos de los escribanos o secretarios de juzgado que hayan fallecido o cesen en el cargo pasarán, transcurridos dos años, al Archivo General de la Nación o a los Archivos Departamentales. Salvo los expedientes que no hubieran fenecido.

Es necesario mencionar que los colegios profesionales están amparados por la Constitución Política del Perú, cuyo artículo 20 prescribe: «Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria».

En la actualidad, los notarios y sus funciones están regidos por la nueva Ley del Notariado n.º 1049. En su artículo 130, los incisos c y p, respectivamente, establecen que los colegios de notarios «ejerce[n] la representación gremial de la orden» y deben

velar por la integridad de los archivos notariales conservados por los notarios en ejercicio, disponiendo su digitalización y conversación a microformas digitales de conformidad con la ley de la materia, así como disponer la administración de los archivos del notario cesado, encargándose del oficio y cierre de sus registros.

Para desempeñar estas funciones los notarios deben contar con una infraestructura física y tecnológica mínima. Además, deberían recibir capacitaciones de instituciones privadas para mejorar el archivamiento de los documentos y tener un manual de uso y manejo de documentos archivados. En general, se debería asesorar al Colegio de Notarios y, en algún momento, este debería tener una base centralizada del archivo digital de todos los miembros del colegio.

Según la ley, transcurridos dos años desde el cese del notario, los archivos notariales serán transferidos al Archivo General de la Nación o a los archivos departamentales. Los archivos se integran por

registros físicos en soporte de papel o magnéticos, como los protestos (que pueden constar en libros, medios electrónicos o similares, conforme a la ley), las minutas, las protocolizaciones, los índices (que pueden llevarse a través de archivos electrónicos, siempre que se emplee la tecnología de firma y certificados digitales). Es importante recalcar que los colegios deben velar por la digitalización y la conversión a microformas digitales del archivo notarial.

Estos archivos a los que se refiere la ley son de dominio público porque contienen el patrimonio documental de la nación desde el siglo xv, desde el *Protocolo ambulante de los conquistadores* (1533-1538), llamado también *Libro becerro*. Según su reseña histórica (AGN, s. f., párrs. 1, 6, 7), en mayo de 1861 se creó el Archivo Nacional, hoy denominado Archivo General de la Nación (AGN), organismo adscrito al Ministerio de Cultura desde el 2010, según la Ley n.º 29567, pero anteriormente era parte del Ministerio de Justicia. En el AGN se resguardan testimonios documentales archivísticos y se administra el patrimonio documental de la nación; por ello, en 1991 fue declarado ente rector del Sistema Nacional de Archivos (SNA).

De acuerdo con la Ley n.º 25323, del 11 de junio de 1991, el AGN y los archivos regionales dependen de los Gobiernos regionales que conducen las actividades archivísticas en su jurisdicción y custodian los protocolos notariales de los notarios fallecidos o cesados, entre otros documentos históricos.

Mientras el notario ejerce su función, tiene su archivo, el cual debe entregar solo si es cesado por alguna causal señalada en la ley. Cabe aclarar que no hay entregas parciales de los archivos ni totales antes del cese. En el caso de que los notarios se trasladen a otro distrito dentro de la misma provincia u otra, o de otro colegio, igual deberán entregar sus archivos al colegio competente, indicando el carácter temporal del cargo de notario, mientras no sean cesados por causal de ley. En el Colegio de Notarios se expiden traslados instrumentales mientras el protocolo esté en su poder, pero cuando este pase al Archivo Regional correspondiente, el jefe de este podrá suscribir la expedición de copias notariales de los registros, los protocolos

notariales y los expedientes judiciales que conserva. En la actualidad, los archivos se están digitalizando en un disco duro externo.

3. ESCRIBANOS Y NOTARIOS PÚBLICOS DEL ACTUAL COLEGIO DE NOTARIOS DE LAMBAYEQUE

Habiendo cumplido 50 años tanto el Colegio de Notarios de Lambayeque como la Ley n.º 16607, la cual creó los Colegios de Notarios del Perú, a continuación esquematizamos en tablas sumarias los escribanos y los notarios públicos que actuaron en el Colegio de Notarios de Lambayeque desde el siglo XVI hasta el XX. Finalmente, en algunos casos, señalamos dónde se resguardan los archivos de los señores notarios del actual Colegio de Notarios de Lambayeque, dado que conocemos dónde se encuentran (los Archivos Regionales de Lambayeque, La Libertad y Cajamarca, así como en la Municipalidad de Cutervo, el Archivo Subregional de Cutervo, y el Centro de la Cultura de Chota).

Por un lado, en Trujillo (La Libertad) se encuentran numerosos archivos de dicho departamento, mientras que en Chiclayo (Lambayeque) también se resguardan los archivos de las provincias de Jaén y Santa Cruz, a pesar de pertenecer al departamento de Cajamarca. Por otro lado, los archivos de Chota y Cutervo, que pertenecen al Colegio de Notarios de Lambayeque, al igual que Jaén y Santa Cruz, se encuentran en el departamento de Cajamarca. Cabe advertir que los criterios de archivar son distintos entre los notarios de Cutervo, en las Municipalidades de Cutervo y Chota, y los notarios de Chota en el Centro de la Cultura de Chota; esto debe cambiar, pues el criterio debe ser uno solo a nivel nacional. Además, es pertinente recordar que existen archivos de notarios también en el Colegio de Notarios de Lambayeque de forma perentoria, como lo establece la ley.

A continuación, señalamos los hombres y las mujeres que hicieron la grandeza del notariado y tuvieron el honor de dar fe.

Tabla 1

Notarios de Chiclayo (siglos XVII-XVIII)

n.º	NOTARIOS	FECHAS EXTREMAS
1	Palacios, Gabriel ¹	1610-1611
2	De Cadenillas, Diego	1626-1627
3	Galindo, Alonso	1630-1654
4	De Mendoza, Francisco	1637
5	De Arriola, Juan	1642-1643
6	Renteros, Bernabé	1665 - 1671
7	De Rivera, Antonio	1681-1726
8	De Rivera, Tomás	1687-1713
9	Prieto de Zúñiga, Juan Félix	1712-1713
10	Clavijo, Juan Andrés	1715-1716
11	Lino de Herrera, Francisco	1717-1734
12	Cossio y Morante, Domingo	1727-1757
13	Morán, Nicolás	1737-1738
14	De Polo, Sebastián	1739-1762
15	Acedo, Miguel Antonio	1762-1764
16	De Miera, Joseph	1764-1765
17	Gómez Guevara, Manuel	1764-1799
18	Vásquez Meléndez, Joseph	1766-1795
19	Vásquez Meléndez, Manuel	1766-1791
20	Pérez y Barros, Juan ²	1789-1798
21	Dapelo, Bartolomé Galin	1795-1799
22	Lara y Briones, Juan Vicente	1795-1797

1 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

2 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

Tabla 2*Notarios de Chiclayo (siglo XIX)*

n.º	NOTARIOS	FECHAS EXTREMAS
23	Dapelo, Bartolomé	1800-1809
24	Gómez Guevara, Manuel	1800-1811
25	Casanova, Joseph Domingo	1812-1834
26	Peralta, Juan de Dios	1813-1820
27	Delgado, José Matías	1822-1831
28	Matías Delgado, José	1822-1831
29	Anteparas, Pedro Pablo	1830-1859
30	Pozo, Francisco	1831-1854
31	Mora, Juan Pablo	1835-1850
32	Carranza, José del Carmen	1835-1852
33	Porras, Manuel Jesús	1835
34	Chavarri, Pedro José	1837-1842
35	Machuca, Juan Ramón	1841-1852
36	Samillan, Manuel	1856-1882
37	Doig, Juan Guillermo	1861-1863
38	Torres Aguirre, José	1861-1888
39	Rivadeneira, Manuel	1864-1899
40	Campos, José Cipriano	1874-1900
41	Cumplido, Ruperto	1882-1895
42	Rivadeneira, Juan Manuel	1889-1899
43	Herrera, Martín	1899-1908
44	Orrego, Thomas	1899-1912

Tabla 3

Notarios de Chiclayo (siglo XX)

n.º	NOTARIOS	FECHAS EXTREMAS
45	Herrera, Martín	1901-1910
46	Orrego, Thomas	1901-1912
47	Arbulu Balcázar, José María	1905-1930
48	Bonilla Paz, Manuel F.	1913-1943
49	Pita, Osias	1921-1924
50	Bonilla Paz, Porfirio L.	1924-1936
51	García Vizcarra, Pablo	1927-1931
52	Miranda Bracamonte, Jorge	1927-1987
53	Balcázar, Octavio	1931-1977
54	Mora Ponce, Joaquín	1938-1968
55	Bonilla Solís, Pedro Isaias	1942-2010
56	Cerna Díaz, Eulogio	1943-1984
57	Barturen Sánchez, Roberto	1950-2008
58	García Agurto, Ernesto	1953-1967
59	Chávez Velarde, María Isabel	1961-1977
60	Vílchez Lozada, Jorge	1968-2001
61	Duárez Díaz, Homero	1969-2000
62	Granados Rázuri, Felipe	1986-1998
63	Carneiro Silva, José Augusto	1998-1999
64	Balarezo Forttini, Juan Ramón	1998-1999
65	Alvarado Quijano, Isabel ³	1978-2019
66	Dávila Fernández, Domingo ⁴	1993-2020

3 Entregó su archivo de manera parcial al Archivo Regional cuando cumplía sus funciones notariales hasta 1990. Actualmente, sus archivos se encuentran en el Colegio de Notarios de Lambayeque.

4 Sus archivos se encuentran en el Colegio de Notarios de Lambayeque.

Tabla 4*Notarios de Lambayeque (siglos XIX-XXI)*

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Rivadeneira, Juan Manuel	1890-1929
2	Rivadeneira, Manuel	1900-1904
3	Rivadeneira, Víctor Manuel	1908-1941
4	Seclen, Octavio	1925-1956
5	Rivadeneira, Carlos	1934-1982
6	Balcázar Rioja, Luis Gilberto	1945-2002
7	Nazario Ibañez, Camilo	1956-1998
8	Díaz Díaz, Eusebio	2008-2012
9	Pineda Gavilán, Paul Richard	2012-2012

Tabla 5*Notarios de Ferreñafe (siglos XIX-XXI)*

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Barragán, Francisco ⁵	1815
2	De Granados, Manuel ⁶	1818-1819
3	Temoche, Pedro ⁷	1825
4	Cabrejos, José Rudesindo ⁸	1828-1829
5	Caicedo Fienco, Thomas	1954-1982
6	Sánchez Saldaña, Carlos ⁹	1988-2021

5 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

6 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

7 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

8 Sus archivos se encuentran en el Archivo Regional de La Libertad.

9 Sus archivos se encuentran en el Colegio de Notarios de Lambayeque.

Tabla 6

Notarios de Jaén (siglos XX-XXI)

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Panta Balladares, José A.	1940-1998
2	Regalado Díaz, César Humberto	1957-1909
3	Montoya Segura, Víctor	1962-1972
4	Rodríguez Cruzado, Alejandro Paul	2012-2014

Tabla 7

Notario de Bellavista-Jaén (siglos XX-XXI)

n.º	ESCRIBANO	FECHAS EXTREMAS
1	Macedo Villanueva, Henry	1998-2006

Tabla 8

Notarios de Santa Cruz (siglos XX-XXI)

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Alva Placencia, Wildor	1951
2	Seclen Chuñe, José Dolores	1978
3	Vera Gonzales, Sergio Valentín	1993-2006

Tabla 9

Notarios de Cutervo (siglos XX-XXI)

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Piedra, Baltazar G.	1913-1946
2	Piedra Lozada, Jorge	1945-1983
3	Bernal Segura, Benjamín	1939-1982
4	Rivera, Amadeo	1917-1934
5	Nazario Ibáñez, Camilo	1945-1956
6	Lingan, Demetrio	1935-1938
7	Fenández, Alberto	1957-1958

Tabla 10*Notarios de Chota¹⁰ (siglos XIX-XX)*

n.º	ESCRIBANOS	FECHAS EXTREMAS
1	Cadenillas Osores, Alberto	1877
2	Cadenillas Gálvez, Alberto	1912
3	Villalobos Loaiza, César	1921-1962
4	Mestanza Bustamante, Darío	1933
5	Fernández Sumaran	1951-1953
6	Carranza Villavicencio, Antonio Gilberto	1957-2015
7	Tuesta Zumaeta, Oscar	1963-1966
8	Mestanza Bustamante, Darío	1968-1987

REFERENCIAS

Archivo General de la Nación. (s. f). *Reseña histórica*. <https://snarector.agn.gob.pe/acerca-del-agn/resena-historica/>

Archivo Regional de Cajamarca. (s. f.). https://mapapape.agn.gob.pe:8081/agn-pape/index.php?ruta=fondo-documento-detalle&id_departamento_archivo=13

Archivo Regional de Lambayeque. (s. f.). https://mapapape.agn.gob.pe:8081/agn-pape/index.php?ruta=fondo-documento-detalle&id_departamento_archivo=26

Archivo Regional de La Libertad. (s. f.). <https://mapapape.agn.gob.pe:8081/agn-pape/vistas/documentos/13/25/ARCHIVO%20REGIONAL%20DE%20LA%20LIBERTAD.pdf>

Archivo Subregional de Cutervo. (s. f.). <https://mapapape.agn.gob.pe:8081/agn-pape/vistas/documentos/6/14/ARCHIVO%20SUBREGIONAL%20DE%20CUTERVO.pdf>

¹⁰ Los archivos de estos notarios se encuentran en el Centro de la Cultura de Chota, con excepción de Antonio Gilberto Carranza Villavicencio, cuyo archivo está a cargo del Dr. Manuel Alejandro Cardoso Zevallos, notario actual de Chota.

- Colegio de Notarios de Lambayeque.* (s. f.). <https://notarioslambayeque.org.pe/>
- Congreso de la República. (1911). *Ley n.º 1510*. Lima: 15 de diciembre de 1911. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/1510-dec-15-1911.pdf>
- Congreso de la República. (1967). *Ley n.º 16607*. Lima: 23 de junio de 1967. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/16607-jun-23-1967.pdf>
- Congreso de la República. (2000). *Ley n.º 27269. Ley de Firmas y Certificados Digitales*. Lima: 26 de mayo de 2000.
- Congreso de la República. (2019). *Constitución Política del Perú* (13.^a ed.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf
- Gobierno Regional de Lambayeque.* (s. f.). <https://www.regionlambayeque.gob.pe/web/?pass=Mg==>
- Márquez, J. (2010). Evolución histórica en la función notarial. En L. Castillo Huerta (comp.), *Breve historia del derecho notarial* (pp. 85-133). Gaceta Notarial.
- Poder Ejecutivo. (1972). *Decreto Ley n.º 19414*. Lima: 16 de mayo de 1972. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/19414.pdf>
- Poder Ejecutivo. (1992). *Decreto Ley n.º 26002. Ley del Notariado*. Lima: 26 de diciembre de 1992. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_leynotariado.pdf
- Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Legislativo n.º 1049*. Lima: 25 de junio de 2008.
- Sistema de Intermediación Digital de la Sunarp.* <https://www.sunarp.gob.pe/seccion/servicios/detalles/0/a2.html>
- Vega, J. J. (1972). *Algo sobre abogados, jueces y escribanos en la conquista del Perú*. Talleres Litográficos de Vilock.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Editorial

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

Artículos de investigación

Filosofía, casación y democracia constitucional

OSVALDO WALTER PISFIL CAPUÑAY

Reorganización de sociedades concursadas en la Ley General del Sistema
Concursal

CÉSAR EUSEBIO RAMOS PADILLA

Los fundamentos económicos, sociales y políticos de los derechos del trabajo

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA

La ciudadanía y el control normativo: Las demandas de inconstitucionalidad
interpuestas por los ciudadanos entre los años 2013 y 2018

DANTE PAIVA GOYBURU

Vinculación jurídica del solicitante de refugio con el Estado

JORGE ERNESTO HINOSTROZA IRAZABAL

El notariado en la historia del actual Colegio de Notarios de Lambayeque, sus
archivos notariales y su visión a futuro

ANTONIO ENRIQUE VERA MÉNDEZ



Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política