



Revista

Alithis

CLÍNICA JURÍDICA CUSCO - UNSAAC

AÑO 1 • NÚMERO 1 • CUSCO - PERÚ, ENERO 2023



Revista Alithis

Revista Alithis
Clínica Jurídica Cusco - Unsaac

Revista Alithis

Año 1, número 1, Enero 2023

©Clínica Jurídica Cusco - Unsaac

De esta primera edición Andina
Sello editorial de Royer Capcha Quejias Editorial E.I.R.L.
Mza. D Lote 11 Apv. Sol de América
San Sebastián - Cusco
royer@rcqeditorial.com
www.rcqeditorial.com

Dirección:

Mavila Katerine Ccopacondori Escobar
Dante Ezequiel Quispe Chahuayo

Edición:

Jhon Romario Sulca Allpacca
Miguel Ovalle Tito
Ronald Romaldo Condori Quispe

Revisión:

Dr. Genaro Julio Álvarez López
Dr. Franklin Gregorio Gutiérrez Merino

Impreso por:
Aleph Impresiones S.R.L.
Jr. Risso 580 - Lince

Tiraje: 100
Enero de 2023

ÍNDICE

La violencia contra la mujer, modalidades, ámbitos y cultura de la normalización de la violencia Analucía Ascue Andía	11
El Caso Collini: una reflexión sobre el Derecho y la Justicia Cristian Oruro Cárdenas	27
La hipoteca inversa y su funcionalidad en el Perú Ericson Delgado Otazu	45
El deber y derecho de información en las relaciones de consumo Maduzza Herrera Vargas	69
Límites del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales Miguel Wesly Astete Reyes	85
Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil derivada de las “conductas anticompetitivas” (ilícitos <i>antitrust</i>) Saúl José Coca Guzmán	99

Integrantes de la Clínica Jurídica Cusco



Derecho y Justicia



Pacto Seguro
CENTRO DE CONCILIACIÓN



949 753 343
997 364 784



Urb. Chachacomayoc
Av. Micaela Bastidas N°527



Wanchaq,
Av. Lloque Yupanqui N°204



Centropactoseguro@gmail.com

La violencia contra la mujer, modalidades, ámbitos y cultura de la normalización de la violencia

Analucía Ascue Andía¹

RESUMEN

En los primeros años del siglo XXI de nuestra república peruana, resulta ser un reto tratar el tema de la violencia contra la mujer. A pesar de los esfuerzos de algunas instituciones y colectivos de promover una sociedad más justa e igualitaria, en los últimos reportes de cifras de violencia contra la mujer, en todas sus modalidades, estas nos reflejan que aún se comenten de forma muy frecuente.

Muchas mujeres actualmente conviven con sus agresores, situaciones que les genera constante estrés, angustia, sufrimiento y depresión, además, del daño que puedan estar produciéndoles su agresor. Esta situación no solo afecta a las mujeres, sino, también, a su entorno familiar más cercano, a sus propios hijos que, presencian actos de violencia, los procesan e internalizan.

Las situaciones de violencia generan una sociedad insegura, personas con tendencias a los vicios, adicciones, a generar más violencia y a la criminalidad. Es por ello que la violencia constituye un problema de interés y atención pública; y debe despertar nuestro interés en prevenirla y sancionarla.

Sin embargo, debemos luchar contra el fenómeno de la cultura de normalización de la violencia, a identificarla y rechazarla e ir eliminándola progresivamente, nuestro objetivo principal es generar un mundo en el cual ya no sea

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Correo: analuciaascueandia@gmail.com

necesario estar realizando estos análisis, porque ya se habrá erradicado en gran medida la violencia contra la mujer.

Palabras clave: Violencia contra la mujer, derechos humanos, cultura de normalización de violencia.

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años aún se vienen reportando en nuestro país una alta incidencia de violencia contra las mujeres. Muchos de estos casos son dirigidos a mujeres que no aceptan el rol que la sociedad tradicional les tenía asignado. Esta situación es grave porque pretende limitar a las mujeres en su búsqueda de autonomía y realización, por el temor a ser víctimas de algún acto violento.

La mujer como parte importante de la sociedad y para la consecución de una sociedad en cultura de paz, resulta fundamental la lucha para la erradicación de la violencia contra la mujer, a razón, de que la comisión de actos violentos hacia las mujeres no solo las afectan a ellas, sino, que afecta también a su entorno inmediato, como su familia y su comunidad. Actualmente, el Estado a través de la política criminal pretende controlar, reducir y prevenir estas situaciones de violencia, si bien se han tenido algunos cambios y avances, aún nos encontramos con mucho que trabajar para un entorno familiar y social más seguro para las mujeres.

La violencia contra la mujer es un fenómeno generalizado en muchas partes del mundo y prevalece en nuestro país. Son diferentes las formas y la frecuencia en que esta se manifiesta, en algunas regiones del país y poblaciones es más frecuente su ocurrencia que en otras, esto significa que el problema de la violencia contra la mujer es prevenible.

Abordar el tema de la violencia contra la mujer en el Perú resulta un reto, puesto que en algunos grupos aun conservadores, este tema no es tomado con la seriedad ni importancia que debiera, incluso lo consideran innecesario,

absurdo y exagerado; no toman en consideración de que actualmente muchas mujeres en nuestro país aún sufren diversas formas de violencia, y estos grupos pretenden seguir invisibilizando esta realidad simplemente porque no quieren afrontar que deben cambiar en su forma de comprender y de actuar; incluso normalizan situaciones de violencia a lo que denominaremos “cultura de la normalización de la violencia”.

El presente artículo expondrá qué entendemos por violencia, violencia contra las mujeres, las formas en que se manifiesta esta violencia, como afecta diferentes ámbitos de su vida personal, familiar y su relación con su entorno social. Así mismo, se abordará como esta situación afecta el goce de derechos fundamentales por parte de las mujeres víctimas de violencia, la cultura de la normalización de la violencia y finalmente las conclusiones.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

2.1. Violencia

Entendemos la violencia como el acto de uso de la fuerza física o poder, para la obtención de algo, el sometimiento de alguien o algo, imponer, causar daño, sufrimiento, lesiones o incluso la muerte.

La violencia constituye un problema de interés público por tener consecuencias como la muerte, lesiones, enfermedades, discapacidad, daño y sufrimiento de forma más frecuente en poblaciones vulnerables como mujeres, niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad o con alguna enfermedad que requiera cuidado o les genere dependencia.

La exposición a la violencia genera también mayor riesgo de adicciones, como el consumo de alcohol, consumo de tabaco o drogas, ludopatía y otras adicciones. Asimismo, incrementa el riesgo de enfermedades mentales, tendencias a la depresión, suicidio, adquisición de enfermedades crónicas e infecciones. Finalmente genera problemas sociales como más violencia o crímenes. Sin embargo, la violencia es prevenible.

La violencia contra la mujer, en razón de su género, ocasiona daño o sufrimiento a nivel físico, sexual o psicológico. Ya sea esta, perpetrada por su entor-

no cercano como su pareja y familiares, por personas con quienes comparte la vivienda, por miembros de su comunidad o por parte del Estado; cualquiera sea el lugar donde ocurra.

Así mismo:

Las Naciones Unidas definen la violencia contra la mujer como « todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. (OPS, s.f).

Esta violencia tiene consecuencias en diversos ámbitos de la vida de las mujeres, influye o afecta en su salud mental y física, su economía, impacta en la convivencia con su pareja, hijos, padres y demás integrantes de su familia, las relaciones con su comunidad al no poder participar de forma igualitaria y finalmente afectan de forma negativa a la consecución de autonomía y su realización personal.

La actual situación de la pandemia nos ha obligado a los confinamientos, incertidumbre económica, aislamiento, restricciones a la movilidad y estrés, son situaciones que han provocado un incremento alarmante de la violencia contra mujeres y las expone a un mayor riesgo de sufrir violencia.

2.1.1. Elementos constitutivos de la violencia contra la mujer:

- **Sujeto activo (agresor):** Cualquier persona, miembro de la familia, del trabajo, de la escuela o integrante de un colectivo.
- **Sujeto pasivo (víctima):** Mujeres en cualquier etapa de su vida (niña, adolescente, anciana) con discapacidad o como miembro de alguna comunidad nativa, etnia u otro grupo minoritario.
- **Conducta violenta o agresiva:** consiste en una acción, uso de la fuerza física, agresión verbal o una omisión (no hacer) que debe ser lo suficientemente idónea para causar daño y este ser el propósito de la conducta. No es cualquier acción, sino aquella que causa daño o perjuicio en la salud física o psicológica.

2.1.2. El daño causado por la conducta violenta:

Puede manifestarse en:

- Lesión física, como rasguños, cortes, hematomas, fracturas, contusiones, desgarros, mutilaciones e incluso la muerte.
- Afectación emocional o daño psicológico, baja autoestima, perturbación emocional, somatización como sudoración de manos, dolores musculares, insomnio, alteraciones alimenticias como la anorexia y la bulimia, desesperación, llanto permanente, impotencia, sufrimiento, pánico, pensamientos suicidas, culpabilidad, desorientación en tiempo y espacio, pérdida del sentido de la vida.
- Limitaciones a su libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio del derecho a la libertad sexual.
- Privación del patrimonio que sirve para el sustento o subsistencia de la víctima.

2.2. Modalidades de violencia contra la mujer

Para describir las modalidades de violencia tomaremos en cuenta los siguientes criterios:

2.2.1. Violencia por el daño causado:

Violencia física: los derechos afectados son a la vida y a la salud. Es la acción o conducta que causa daño a la integridad corporal o a la salud, en casos extremos causa la muerte. Este tipo de violencia incluye también la privación de las necesidades básicas y el maltrato por negligencia abarcando así situaciones que puedan causar daño físico o llegar a ocasionarlo sin importar para su consideración el tiempo que se necesite para su recuperación.

Esta forma de ejercer violencia generalmente se materializa en golpes, puños, patadas, empujones, uso de objetos contundentes (como piedras, palos, etc.) o punzo cortantes como cuchillos, tijeras y cualquier otro objeto que sirva

para causar daño a la persona. En los casos más extremos estos daños causan la muerte, ya sea a consecuencia de las lesiones ocasionadas o por la comisión de un feminicidio.

De acuerdo con datos expuestos por Dante Carhuavilca, en ese momento jefe del INEI, señala que “el 66% de mujeres mayores de 18 años ha sufrido violencia física, psicológica o ambas; mientras que el 58% de mujeres entre 15 y 49 años han sufrido algún tipo de violencia por parte de su pareja”. (Consortio de investigación económica y social [CIES], 2020).

En los últimos años se ha estado incorporando a nuestro ordenamiento jurídico, normas para sancionar estas conductas lesivas a la vida, cuerpo y salud, frente a una de las situaciones que más ha llamado la atención, que es el incremento de feminicidios.

Una investigación realizada por el observatorio criminológico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el número de feminicidios entre el año 2015 y 2018 se ha ido incrementando en el territorio peruano, el 2015 ocurrieron 84 feminicidios y el 2018, 150 feminicidios. Del año 2015 al 2019 ocurrieron 471 feminicidios. (INDAGA, Observatorio de Política Criminal MINJUS, 2019).

Violencia psicológica: es la conducta o acción, que busca someter, humillar o aislar a la persona, puede ocasionar daños emocionales o mentales. Este daño podría afectar o alterar algunas de las capacidades o funciones mentales de la persona, a consecuencia de un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, puede ser temporal o permanente.

La violencia psicológica, por lo general acompañada de otras formas de violencia que también tienen como base la desigualdad de género, puede manifestarse de las siguientes formas: “amenazas, insultos relacionados con el aspecto físico de la mujer, con su inteligencia, con sus capacidades como trabajadora, con su calidad como madre, esposa o ama de casa; humillaciones de todo tipo, desprecio, desvalorización de su trabajo o de sus opiniones”. (Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables [MIMP], 2016, p. 26).

Violencia sexual: entendemos la violencia sexual como “cualquier actividad o contacto sexual que ocurre sin consentimiento”. (Animated Dissection of Anatomy for Medicine [A.D.A.M.], 2020). Puede involucrar fuerza física o amenaza de fuerza, también coerción o amenazas. La violencia sexual es un grave problema de salud pública que afecta a personas de cualquier género, edad, etnia, orientación sexual, capacidad intelectual o estrato socioeconómico. Aunque es más común en mujeres.

La violencia sexual no solo se refiere a la penetración forzada o tocamientos sin consentimiento, puede ser también, espiar a niñas o niños vistiéndose o estando desnudos, exponerlos a contenido pornográfico, acoso, obligar a la persona a desnudarse, a tocar al agresor y a otros actos de connotación sexual, masturbarse frente a la víctima. Todos estos actos, sin consentimiento, generan una gran incomodidad..

Se considera también, violencia sexual, el sostener relaciones sexuales o perpetrar otros actos de connotación sexual con una persona en estado de ebriedad, bajo los efectos de estupefacientes, capacidad disminuida u otra situación que imposibilite a la persona a resistir o comprender de forma racional lo que ocurre, por lo que su consentimiento no es válido, pues se trata de un aprovechamiento por parte del agresor. No importa la situación en la que se encuentre la víctima, la culpa nunca será de la víctima.

En una investigación realizada por el Instituto de Defensa Legal, el mes de octubre del año 2020, se refieren que:

Hasta antes de la pandemia, se estimaba que cada hora ocurrían 3 denuncias por violación sexual en el Perú. Es decir, 72 casos diarios: la mayoría mujeres, sobre todo menores de edad. El aislamiento social obligatorio no ha impedido que las denuncias en la Policía por violación sexual apenas se redujeran en -6.7% hasta setiembre de este año. (Pecho Gonzales, 2020).

La comisión de estos actos durante el confinamiento por la pandemia por el COVID-19 no ha reducido de forma significativa porque, lamentablemente mayormente son cometidos por personas cercanas o con quienes convive la víctima. El confinamiento para las mujeres las expone a ser víctimas de estas

agresiones. Estos actos de violencia sexual son unas de las señales de dominación masculina sobre las mujeres que atenta de forma severa la vida, salud, libertad y dignidad.

Una modalidad muy relacionada es la trata de personas, esta actividad resulta ser una de las formas más graves de atentar con la vida, salud, libertas y dignidad de las personas.

Violencia económica: son acciones dirigidas a generar la perturbación o impedimento de acceso a recursos o al patrimonio a una persona.

Esta forma de violencia puede cometerse mediante la perturbación de la posesión, retención de bienes, sustracción, destrucción, apropiación indebida, limitación de recursos para satisfacer necesidades, evasión de la obligación de alimentos y percepción de menor salario por igual trabajo.

Como en otras modalidades de violencia, esta busca generar dependencia y temor en la mujer, coactando su libertad, realización y autonomía, afianzando el rol del varón como jefe de familia, en una condición de desigualdad de género.

Discriminación: es todo aquel trato diferente y perjudicial a una persona, ya sea por razón, de origen, etnia, religión, clase social, género y otros.

Las mujeres tienen derecho a no ser discriminadas, a ser valoradas y educadas, a estar libre de toda estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

2.2.2. Por el ámbito en que ocurre la violencia

Nos referimos a los espacios de socialización de la víctima.

Familiar: son aquellos actos de agresión que causen daño físico, sexual y psicológico entre los integrantes de un grupo familiar, frecuentemente el agresor suele ser el varón sobre la mujer.

La violencia es resultado de desigualdades de poder, donde el “más fuerte” prevalece, este desequilibrio es favorecido por una serie de creencias y cos-

tumbres muy arraigadas en una sociedad que promueve relaciones asimétricas entre el varón y la mujer, es así que la violencia familiar, es más prevalente. Sin embargo, no debemos confundir la violencia familiar con la violencia contra la mujer, puesto que, son diferentes.

En la comunidad: refiere a la violencia en las comunidades, las calles y los espacios públicos. En estos ámbitos se atenta contra la convivencia pacífica de la ciudadanía y generan violencia.

La violencia en lugares públicos incluye delitos como asalto, balaceras, violencia relacionada con pandillas, violación o asalto sexual u homicidios. Estos escenarios resultan riesgosos para las mujeres.

En centros de estudio: estos ámbitos pueden ser la escuela, colegios, institutos, academias y universidades. La violencia puede provenir de compañeros de estudios o docentes.

Puede manifestarse desde comentarios por parte de compañeros o docentes a las alumnas que pretenden ofender, insultar, humillar, generar burla o denigración por razón de género o haciendo referencia a la apariencia física o a la capacidad intelectual, muchos de estos comentarios los disfrazan de “bromas o chistes” pero su verdadero propósito es denigrar o estigmatizar.

También pueden ser actos de acoso sexual como, proposiciones de índole sexual, docentes que citan a alumnas para realizar tocamientos indebidos en contra de su voluntad, abusar o violar sexualmente; aplicando la fuerza física o sometiendo con amenazas de ocasionarle algún perjuicio aprovechando el cargo de docente.

En el trabajo: aquellos actos de violencia que puedan manifestarse en el centro de labores o cualquier lugar donde la víctima ejerce una actividad laboral y que tenga una relación laboral con el agresor.

Es cualquier forma sistemática y reiterada de agresión, ya sea, de una o más personas contra otra en el lugar de trabajo, violencia integrado por una serie de actuaciones hostiles, amenazantes o degradantes destinadas a mantener la posición de dominio del agresor sobre la víctima.

Los actos de violencia pueden provenir de jefes o trabajadores que sean sus superiores, pares o incluso quienes están en un nivel inferior jerárquico laboral (aunque de forma poco frecuente). También se presentan mediante el acoso, la intimidación, comentarios denigrantes, discriminación, disminuir el salario o la categoría sin razón aparente o por razón de género, amenazas de generar algún perjuicio a la víctima, por ejemplo, ser despedida, o una reducción del salario, violación y abuso sexual.

Sociedad y medios de comunicación masiva: Al emitirse mensajes, programas y espectáculos públicos de Radio y Televisión, se debería exigir a los anunciantes, que garanticen el respeto de los derechos de las mujeres, ya sea, a través de medios de comunicación y agencias de publicidad, electrónicos, informáticos y telemáticos; y, por ende, no difundan contenidos, ni espacios o publicidad sexista contra las mujeres; mucho menos se promueva la agresividad, malos tratos o discriminación contra las mujeres.

Es paradójico que los canales de televisión, a través de sus noticieros, denuncien con indignación hechos de violencia contra las mujeres, mientras que, estos mismos canales difunden programas con contenido inapropiado que propician mensajes sexistas, programas de humor y parodias, donde se falta el respeto a las mujeres, incluso entre líneas con insultos y groserías; programas *reality* o de farándula en los que se expone la vida, violando la privacidad de mujeres y otras personas con escándalos y comentarios que buscan estigmatizar, agredir o denigrar. Estos contenidos generan valores negativos en los jóvenes, niños y adolescentes, incitándolos a normalizar y cometer actos de violencia contra las mujeres.

Redes sociales y ciberespacio: Actualmente, este espacio se ha vuelto muy común en nuestras vidas y, por lo tanto, no resulta un espacio exento de la posibilidad de sufrir algún tipo de violencia.

Está vinculada con la violencia simbólica a iconos, imágenes, mensajes, “memes”, videos u otros signos que contienen valores, transmiten y reproducen relaciones de dominación, para generar desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen.

Se difunde material que atenta, ofende y denigra a la mujer, incluso algunos incitan a cometer actos de agresión o delitos. Como, por ejemplo, cuando se publica propaganda “feminista” se puede observar comentarios en lo que se hace burla de la propaganda.

También se ha utilizado plataformas del ciberespacio para difundir contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, sin el consentimiento o incluso, sin el conocimiento de las mujeres que aparecen en esos contenidos.

También, a través de redes de mensajería acosan a mujeres, les envían material pornográfico o fotos y videos íntimos del acosador, sin el consentimiento de la víctima. En ocasiones el agresor convence a la víctima de hacer *sexting* (enviar fotografías o videos íntimos, o tener conversaciones de índole sexual), para luego amenazarla de difundir dicho material si no accede a alguna petición o favor que le haya exigido.

2.3. Violencia contra la mujer y derechos humanos

Derechos humanos reconocidos y tutelados por la Constitución y el Código Penal:

- Vida.
- Dignidad de las personas.
- Igualdad y no discriminación.
- Identidad, género.
- Integridad física, psicológica y moral.
- Libertad de credo, pensamiento, tránsito, etc.
- Al libre desarrollo de la personalidad.
- La paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
- Honor y la buena reputación,
- Intimidad personal y familiar.
- Derecho a no ser víctima de inhumanos tratos, crueles o humillantes (prohibición de tortura).

Según la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” reconocidos a la mujer.

Constituye una ofensa a la dignidad humana y representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, además pretende afianzarla y perpetuarla.

La violencia contra la mujer se hace presente en todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase social, grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educativo, edad, religión, lugar de origen y afecta negativamente su desenvolvimiento como persona autónoma y con libertad de autorrealización personal en su ámbito social.

2.3.1. Marco jurídico de protección a la mujer

- Constitución Política del Estado de 1993, Artículos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º y 7.º.
- “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar”, Ley N.º 30364, arts. 4.º y 5.º.
- Código Penal, lesiones, feminicidio, parricidio, infanticidio, aborto, etc.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- “Convención Interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer”. (CEDAW, 1979).
- Convención Belém do Pará.

A pesar de que tenemos sendas normas aprobadas para la protección, promoción del ejercicio y disfrute de los derechos de la mujer, aun todo ello resulta insuficiente frente a nuestra realidad peruana; hacen falta tomar medidas y estrategias para la prevención y sanción efectivas de la violencia contra las mujeres.

2.4. Cultura de normalización de la violencia

Denominamos cultura de la normalización de la violencia a los actos, creencias, argumentos, que pretenden minimizar, no dar importancia o mostrar como normales los actos de violencia. En el caso peruano aun esto es muy frecuente y se explicará el porqué.

Es común aun escuchar a muchos varones integrantes de nuestra sociedad peruana expresarse negando que haya violencia contra las mujeres; minimizan el problema, o que incluso, sí la reconocen y aceptan, pero, lo asumen como una forma cotidiana de relaciones o de expresarse con sus parejas mujeres, consideran que tienen el derecho de someter a la mujer como si fuese un ser completamente dependiente, que no tuviese capacidad de realizar sus propias decisiones, de obtener autonomía y libertad; pretenden incluso como, si la mujer fuese de su pertenencia, que debe “rendirle cuentas” de todo lo que elige, decide, hace o piensa.

Quienes normalizan la violencia, refieren que los insultos, burlas, bromas sexistas y comentarios que pretenden atentar contra el honor, son situaciones leves o exageraciones que no merecen mayor importancia que estar denunciando o expresando rechazo a estas actitudes; incluso agreden refiriendo que quienes se quejan son una exageradas o histéricas, que no tienen “sentido del humor”, y es que en una sociedad civilizada, respetuosa de los derechos de las personas y su dignidad, estas actitudes, no pueden ser tolerados o permitidos.

También normalizan que una mujer puede ser acosada por las redes sociales con proposiciones sexuales no consentidas, enviando material pornográfico no solicitado; a pedirles fotos o videos de sus partes íntimas sin ninguna consideración o respeto por parte, incluso, de personas desconocidas. Junto al acoso callejero y en los medios de transporte público estas prácticas se han vuelto muy comunes.

Recientemente muchos varones expresaron molestia o indignación por la frase “Perú, país de violadores” y es que, si bien esta frase lamentablemente resulta atentatoria a la dignidad de los peruanos, hace referencia a las cifras elevadas de caso de violación sexual en nuestro país, mismas cifras que resultarían muy escandalosas y alarmantes para tomar medidas inmediatas en otros

países. Durante el confinamiento, ha sido muy poca la disminución de caso de violencia sexual, hemos tenido conocimiento por los medios de comunicación, la comisión de crueles casos de violaciones grupales, por ejemplo, el caso de la joven de Surco y la mujer adulta de 59 años en Cusco. Es lamentable que por estremecedores que hayan sido estos casos, no se propuso mecanismos y estrategias de mayor prevención de violencia contra la mujer.

Uno de los peores comentarios que podemos estar escuchando o leyendo las mujeres, es que en los casos de violación o abuso sexual se pretende culpar a la víctima, “que si no quería no debió ir”; “pues por qué va a emborracharse”, “por qué camina así, por qué se viste así...”. Debemos de dejar bastante claro que la víctima **NUNCA** tendrá la culpa, lamentablemente existen personas que no tienen capacidad de comprender (porque no quieren), que tiene la obligación de respetar a las demás personas, de que todos tenemos derechos y que como seres racionales, estamos completamente facultados de controlar nuestros impulsos, de tener voluntad de hacer o no, determinadas acciones, como diríamos coloquialmente “de usar el cerebro”, ser empáticos y de comprender que toda persona tiene derecho a su libre realización sexual y nadie tiene por qué transgredirla y mucho menos justificarla.

A pesar de que se sabe que, nuestras cifras oficiales no reflejan el número real de veces que es cometido un hecho de violencia, pues se sabe que son muchos los casos que no se denuncian, no se plantea tratar por qué no se denuncia todos los casos. Cuando se realizan entrevistas o encuestas a las mujeres respecto si alguna vez sufrieron violencia y si denunciaron, refieren que algunas sí sufrieron violencia, pero, no denuncian, principalmente, por la percepción de impunidad, que no les recibirán la denuncia o recibirán la justicia que esperan.

Lamentablemente muchas mujeres no están dispuestas a invertir tiempo y recursos en procesos que no les da la garantía o certeza de obtener justicia, además de correr el riesgo de ser revictimizadas, cuestionadas, estigmatizadas e incluso a sufrir más agresiones o represalias por el agresor o los familiares o amigos del agresor. Así mismo el agresor percibe que no le “pasara nada” y sus actos quedaran impunes.

Finalmente, debemos reconocer que no en todos los ámbitos, la violencia se presenta de la misma modalidad y frecuencia, esto significa que la violencia

si es prevenible, es por ello que tanto las instituciones del Estado, el sector privado y la sociedad en general, deberán invertir esfuerzos en generar cambios para una sociedad más libre, igualitaria y justa para todos; apuntar a que en el futuro ya no debamos estar realizando estudios, investigaciones o análisis de estos temas, porque ya se habrá erradicado en gran medida la violencia contra la mujer.

CONCLUSIONES

1. Son diversas las modalidades y ámbitos en los que se genera la violencia contra las mujeres, en el Perú son muy diversas las formas en que se ejerce la violencia contra las mujeres y es alta la frecuencia.
2. En el Perú aún hay presencia de grupos conservadores reticentes a cambiar sus conductas de violencia y a cambiar de perspectiva a una sociedad más justa e igualitaria.
3. Las normas y medidas de protección a la mujer aun resultan insuficientes en la práctica.
4. Está presente la tendencia a normalizar la violencia, sin embargo, es posible cambiar esta perspectiva con un esfuerzo conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- Animated Dissection of Anatomy for Medicine. (12 de marzo de 2020). *Violencia sexual*. http://printer-friendly.adam.com/content.aspx?c_custid=802&gid=001955&pid=5&productId=118
- Consortio de investigación económica y social. (16 de setiembre de 2020). *INEI: La violencia contra las mujeres se ha convertido en "la pandemia de la sombra"*. Obtenido de Consorcio de investigación económica y social: <https://www.cies.org.pe/es/actividad/inei-la-violencia-contra-las-mujeres-se-ha-convertido-en-la-pandemia-de-la-sombra>
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994, 9 de junio.

- INDAGA Observatorio de Política Criminal MINJUS. (2019). Femicidio en el Perú. *Victimas y Victimarios del Femicidio*, 13.
- Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables. (2016). Violencia basada en género marco conceptual para las políticas públicas y la acción del estado. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20201208_01.pdf
- OPS. (s.f.). *Violencia contra la mujer*. Obtenido de Organización Panamericana de la Salud: <https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-mujer>
- Pecho Gonzales, A. (28 de octubre de 2020). *Violaciones sexuales en las diferentes regiones del Perú: ¿País de qué?..*. Obtenido de Kunco IDL-Seguridad Ciudadana: <https://www.idl.org.pe/violaciones-sexuales-en-las-diferentes-regiones-del-peru-pais-de-que/>

El Caso Collini: una reflexión sobre el Derecho y la Justicia

Cristian Oruro Cárdenas¹

RESUMEN

Rememorar los infaustos episodios de la historia de la humanidad, en especial lo acontecido bajo el régimen nacionalsocialista y los crímenes cometidos por este, es volver a reflexionar sobre aquellas teorías o corrientes jurídicas europeas del siglo xx, tales como el iuspositivismo y el iusnaturalismo y la relación de sus planteamientos teóricos con la moral, así como, el amparo y/o tergiversación del derecho bajo la égida del régimen nazi. Ahora bien, este trabajo no pretende detallar aspectos históricos o descriptivos de aquella cruel hecatombe que, sin duda alguna merece el estudio de otras disciplinas especializadas, sino el objetivo primordial de este pequeño análisis es exponer el material jurídico-doctrinario discutible presente en la novela *El Caso Collini* escrita por Ferdinand Von Schirach.

Palabras clave: Nacionalsocialista, iuspositivismo, iusnaturalismo, Caso Collini.

ABSTRACT

Recalling the unfortunate episodes in the history of humanity, especially what happened under the National Socialist regime and the crimes committed by it, is to reflect again on those European legal theories or currents of the 20th century, such as iuspositivism and natural law and the relationship of its theo-

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Correo: 194799@unsaac.edu.pe.

retical approaches with morality, as well as the protection and/or misrepresentation of law under the aegis of the Nazi regime. However, this work does not intend to detail historical or descriptive aspects of that cruel catastrophe that, without a doubt, deserves the study of other specialized disciplines, but the primary objective of this small analysis is to expose the debatable legal-doctrinal material present in the novel “The Collini Case” written by Ferdinand Von Schirach.

Palabras clave: National Socialist, legal positivism, natural law, Collini Case.

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO COLLINI

Esta historia, no muy alejada de la realidad, gira alrededor de la muerte de Hans Meyer, un empresario y excomandante de las SS (Schutzstaffel o escuadras de protección) de la Alemania Nazi que es asesinado por, Fabricio Collini, en forma de venganza tras más de cincuenta años de la orden de fusilamiento en contra de su padre, Nicola Collini, un partisano de la resistencia italiana frente a la expansión nazi durante la segunda guerra mundial. Tras el cruento asesinato de Hans Meyer, se libra un proceso judicial contra Fabrizio Collini, quien se niega a revelar el móvil de su conducta ilícita, razón por la cual su abogado Gaspar Leinen, a pesar de las contradicciones deontológicas de su profesión y de su vida privada, asume la defensa de Collini. Contra viento y marea, Gaspar Leinen descubre el móvil del crimen, además de la entrada en vigencia de la ley Egowig o de contravenciones al orden en 1968, lo que supuso la modificación del código penal alemán en su artículo cincuenta que trajo graves o catastróficas consecuencias para la justicia alemana, pues de un momento a otro, los operadores de los grandes crímenes cometidos por el nazismo, fueron beneficiados con la prescripción de sus delitos, cosa que derivó fehacientemente en el asesinato de Hans Meyer. La historia culmina con el trasfondo del suicidio del procesado, lo cual connota un mensaje de insatisfacción contra una justicia degradada que, en vez de castigar a los verdaderos artífices de los grandes crímenes cometidos, premia y limpia de todo reproche de sus infames conductas.

Tal vez consagrar al positivismo como el culpable del empoderamiento del derecho nazi, tal como aparece en la tesis de Rabdruch y en mayor parte provenientes de autores iusnaturalistas, hoy en día es una afirmación anticuada y ya superada, no solo por la tergiversación y vulneración nazi de algunos postulados intrínsecos al positivismo como “la ley es la ley”, el carácter irretroactivo de las leyes, el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y el principio de independencia judicial, sino por la aberración a conceptos tales como el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales de la persona, que desencadenó en un absoluto totalitarismo de Estado y, en el campo del derecho, a un “positivismo de Estado”, dicho sea de paso, elementos avalados por la mayoría de juristas alemanes subordinados a la ideología y programa nacionalsocialista durante el tercer Reich: Karl Smith fue uno de ellos que ante la influencia de ideas liberalistas en la Europa del siglo xx, aprovechó su status académico para encomiar el más deleznable derecho sumiso ante la dictadura del poder hitleriano. De ahí que Kaufmann criticara duramente aquellas “doctrinas del genocidio”. En palabras de Kaufmann (1984):

Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho (...) ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica. (p. 195).

Se sostiene que la separación autónoma de la moral y el derecho, y la interrelación que esta última sostuvo con el poder, trajo como consecuencia la degradación del derecho en pro de intereses ideológicos y políticos nazi, lo cual hasta cierto punto es totalmente cierto, no en el sentido separatista de la moral y el derecho, sino en la revelación de un derecho injusto y tiránico. La moralización del derecho a lo largo de los siglos había sido considerado un problema de alto calibre para los iuspositivistas, quienes criticaron severamente la dependencia del derecho por debajo de los principios morales universalmente aceptados por la humanidad y en la creencia de un derecho justo para el bien común, como ya se sostenía en la antigua Grecia por Aristóteles,

en el medioevo por Tomás de Aquino o de los contractualistas avalados por la razón de haber encontrado el método de purificación del derecho desvinculándolo de la divinidad, sin embargo, aún mantenían algunas características relevantes para catalogarlos como iusnaturalistas, y ello radica en la existencia de derechos naturales inherentes al hombre: vida, seguridad, bienestar, propiedad, igualdad, etc. En cambio, para los iuspositivistas el derecho, sea injusto o justo, era producto de la positivización y decantación del más puro derecho de características unidimensionales o formalistas, es decir, el derecho si se quiere catalogar como derecho debe deshacerse de aquellos elementos extrínsecos a él como la moral, política, religión, entre otros. Precisamente cabe señalar que el derecho impuesto en la Alemania nazi no toleraba tal limitación del positivismo, no obstante, legitimaron —de manera contradictoria a lo que se cree— la sacralización del más absurdo derecho con tintes iusnaturalistas. En otras palabras, creyeron en un derecho moralizado que recaía en las órdenes del Führer, como fuente suprema y válida de todo el ordenamiento jurídico nazi apoyado en la idiosincrasia del espíritu racial del pueblo alemán (Vólk). De modo que:

Vista la densidad moral del llamado derecho nazi, es posible afirmar que no fue la separación entre derecho y moral lo que propició las atrocidades de los nazis, sino si acaso la ignorancia de que el derecho es, por su forma, portador de una moralidad específica, que fue vulnerada cuando el gobierno del derecho fue suplantado por el de la moral degenerada de Hitler y sus antilegalistas secuaces. (Peña Freire, 2020, p. 79).

Dicha moralidad perversa del Führer estuvo basado en la creencia de la superioridad de la raza aria alemana, sobre el resto de poblaciones en el mundo, incluyendo la europea, este y otros factores no solo catapultaron al régimen nacionalsocialista como el más atroz de la historia de la humanidad, sino que, confusamente utilizaron otras disciplinas científicas —entre ellas la sociología de Herbert Spencer— para favorecer su política de eugenesia humana, de biología social, de exterminio judío, entre otros. Entonces, porqué aun nos sorprende la indiferencia de un derecho que no supo hacer frente al mas despiadado poder abusivo del Estado nazi; porqué jueces, fiscales, doc-

trinarios y abogados se caracterizaron por su más fina blandura e indiferencia ante el más feroz leviatán hobbesiano. En palabras de Jourdan Markiewicz, esto se debe a que:

La administración de justicia formal creció bajo la dependencia de los dictados de un liderazgo nazi, motivado por la ideología racista, y dentro de este marco los fiscales, jueces y funcionarios se amoldaron a tal interferencia política. Siendo plenamente consciente que un Poder Judicial complaciente, indolente y cómplice del silencio constituye el peor cáncer para una sociedad. (Jourdan, s. f., p. 19).

El español Juan Antonio García Amado sostiene a partir de un análisis comparativo entre un “positivismo de Estado” y su contraparte un “positivismo jurídico formal” que, el primero de ellos fue bajo el cual el Führer y sus “seguaces antilegalistas” vulneraron el Estado de Derecho; en cambio, el segundo fue lo que Kelsen desarrolló en su momento en su libro *Teoría pura del derecho*, no obstante, fue la que recibió precipitadamente los ataques iusnaturalistas como la culpable de haber impulsado el derecho nazi tras culminada la guerra y la desnazificación alemana. Dicho positivismo alterado concebido como un totalitarismo fue la responsable de la creación de leyes, vulnerando los procedimientos legislativos establecidos por el ordenamiento jurídico, de ahí su carácter de inconstitucionales, sin una clara jerarquía normativa y, sin establecer claramente las fuentes principales de aquel derecho absolutista. Leyes tales como el decreto del incendio del Reichstag, Ley de las Medidas de Legítima Defensa del Estado y las leyes de Nuremberg tuvieron el objetivo de implantar un Estado policiaco o un Estado de Excepción vitalicio dedicada a recortar las libertades y derechos fundamentales de la persona; además de atribuir excesivamente la delegación anormal de funciones a organismos no competentes en el ejercicio de sus facultades, como la Gestapo (policía secreta nazi) que, sin mandato judicial podía arrogarse el derecho de detener o privar arbitrariamente de la libertad a cualquier ciudadano alemán. En síntesis:

Ese estatalismo veía en el derecho la expresión de una realidad orgánica superior y previa, de la cual la ley no era fuente, sino medio de conocimiento, y que no podía

ser alterada por coyunturales mayorías parlamentarias. La soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado. No se está ante un Estado de derecho, sino ante un derecho del Estado. Para ese modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un Führer que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos. (García Amado, 1991, p. 347).

Tal fue la magnitud de anarquismo político-jurídico que la soberanía no recaía directamente en el pueblo carente de una democracia, al contrario, la soberanía era el Estado y, el Estado era el Führer; dicho de otro modo, el líder nazi era considerado la fuente primaria, la voluntad suprema y encarnación del espíritu del pueblo alemán, conceptos aprovechados por el caudillo para tomar como propiedad y autoproclamarse como fuente cuasi divina del derecho nazi.

Efectivamente, uno de los grandes doctrinarios del derecho constitucional del periodo de Weimar, Karl Smith² influyó notablemente en la legitimación, ascenso y validez del derecho nacionalsocialista, sus argumentos estuvieron dirigidos en la insurgencia de un líder carismático con dotes autoritarios y mesiánicos en salvaguarda de la Alemania, tras asumir la derrota y las sanciones impuestas por los países vencedores de la Primera Guerra Mundial en el tratado de Versalles, y no solo eso, sino que la situación se agravaba aún más con el desprestigio de las instituciones republicanas de Weimar y la importación de ideas socialistas en Alemania tras el triunfo de la revolución rusa en 1917, como antecedente clave para el establecimiento del régimen hitleriano de 1933 hasta la rendición alemana en 1945. Para Rivas (2006) Carl Smith:

[h]abía sido conocido como el kronjurist, la corona o el cerebro jurista del III Reich. El principal artífice de la arquitectura jurídica del nazismo. El diseñador del permanente 'estado del excepción', para quien la política es sinónimo de guerra, y el adversario

2 "En tal sentido, además de lo ya expresado, veremos a continuación, entre otros aportes, su destacado papel legitimador del más brutal ejercicio ilegal de poder punitivo estatal en los acontecimientos de junio de 1934 (La noche de los cuchillos largos) y de septiembre de 1935 (sanción de las Leyes de Núremberg); así como también el penoso papel cumplido en octubre de 1936 como organizador y principal conferencista, en Berlín, del Congreso de juristas para erradicar de las ciencias jurídicas todo vestigio de influencia judía (Congreso sobre "La judería en la ciencia jurídica alemana")" (Rafecas, 2010, p. 145).

o disidente, de enemigo. El teórico del decisionismo, que lleva al límite perverso la máxima de Hobbes: 'Autorictas non veritas facit legem' (la autoridad, no la verdad, es la que hace las leyes). Una actualización de esa otra indisoluble unidad marital, la del trono y el altar, en la que el monarca absoluto es ahora un providencial Führer o Caudillo. En la práctica, una justificación de la tiranía con lenguaje futurista, para la sociedad de masas. (como se citó en Rafecas, 2010, p. 143).

Tales poderes ilimitados quedan plasmados en el relato de *El caso Collini*, tras la orden de fusilamiento de al menos 20 partisanos ejecutada por Hans Meyer, como represalia después del atentado del café Trento, donde murieron dos soldados alemanes, nótese la proporción atentado-represalia que en vista de la cantidad de soldados nazis caídos por la reacción partisana, la represalia se condenaba con una proporción de 1 a 10, 1 a 100, 1 a 1000 y a veces de 1 a 10 000 partisanos, lo que significaba una auténtica carnicería, no solo en contra de los partisanos, sino, de los civiles en general que, en su momento fueron acusados injustamente, llevados a un campo de concentración, torturados y fusilados rencorosamente. La única justificación argumentada por los criminales nazis fue la de imponer el miedo en la población civil para que esta se abstuviera de atacar en contra de las fuerzas nazi. La magnitud de la represión de los atentados era tal que las cifras de muertos eran incalculables, ello se narra en el diálogo sostenido por Mattinger —abogado penalista de gran prestigio nacional, en la novela busca imputar a Fabrizio Collini por la muerte de su patrocinado Hans Meyer— y la señora Schwan —directora del archivo federal de Luisburgo, encargada de recopilar la información acerca de los crímenes nazi y remitirlas a las fiscalías competentes para su posterior investigación—.

Entonces, porqué se atribuye al positivismo jurídico como la semilla primigenia del nazismo, la respuesta en sentido negativo da a entender que el positivismo no es una única y válida corriente de pensamiento jurídico que pretendió —siquiera alguna vez avalar las posturas derechistas totalitarias como el nazismo o, en el caso peruano, del fujimorismo— consumir formulas antidemocráticas contra el Estado de Derecho; todo lo contrario, los iuspositivismos tales como el Kelseniano y Hartiano nunca respaldaron a un tipo amorfo de derecho e incoherente como el deshonesto modelo practicado en

tribunales, parlamento y organismos de justicia. De manera que, entender la paradoja absurda atribuida al positivismo en la actualidad es una falacia, por las siguientes razones: en primer lugar, el positivismo jurídico formal velaba por el orden democrático, la separación de poderes, las garantías, libertades, derechos y facultades de los organismos competentes, siempre y cuando estén positivizados y tengan el carácter de válidas; en segundo lugar, el “positivismo estatalista” revirtió el principio de legalidad por una impronta antiformalista sobre la cual la voluntad del fuhrer más la delegación de facultades (ley habilitante) se emitió un sin número de normas, quebrantando los preceptos que establecía el anterior sistema normativo; las causas de esta violación se deben principalmente al ejercicio abusivo de la discrecionalidad jurídica por parte de los jueces en desmedro de la seguridad jurídica, la interferencia política en asuntos judiciales —lo que conllevó a un voluntarismo político de fidelidad ante el Fuhrer, el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán y el programa nazi—, finalmente, ello se debe a la inorgánica revocatoria de resoluciones judiciales por organismos como la Gestapo (policía secreta nazi) y otras; en tercer lugar, la suma de antiformalismos legales produjo un profundo “antirracionalismo interno del derecho”, es decir, para el nazismo no existían procedimientos ni formales ni requisitos obligatorios que validaran la creación de una norma, en palabras de Lon Fuller, las normas sometidas a discreción y las no legislativamente morales no tienen porque que ser obedecidas por los ciudadanos si no se cumplen algunos de los requisitos de la “moralidad interna del derecho³”: generalidad, publicidad, claridad, no contradicción, irretroactividad, congruencia, posibilidad y estabilidad. En conclusión, la moralidad interna del derecho es un modo procedimental para legislar normas jurídicas justas para la sociedad, cosa omisa del derecho nazi.

3 “Fuller define la moralidad interna del derecho como una versión procesal del derecho natural, ya que lo importante no son los objetivos substantivos de las leyes sino la forma en que debe ser creado y administrado un sistema de leyes. De esta definición podemos concluir lo siguiente: La moralidad interna del derecho es una variación del derecho natural, de hecho Fuller diferencia entre derecho natural con fines substantivos y un derecho natural interesado en procedimientos e instituciones; y las leyes deben cumplir ciertos requisitos para ser consideradas como tales y por lo tanto poder ser aceptadas por los ciudadanos para dirigir su conducta” (Requena, 2016, pp. 32-33).

Fue el positivismo jurídico formal, en cambio, el que recibió los ataques tanto en Weimar, en el nazismo y tras 1945. Pero ese positivismo formalista es el que aquí he reivindicado como garantía frente a aberraciones jurídicas, y del que se ha dicho que, de haber predominado entre los juristas, no habría permitido otorgar validez, por inconstitucionales, a las normas básicas de aquel ordenamiento, ni habría originado sentencias ilegales, ni derecho secreto o retroactivo, etc. Y ese positivismo creo que es perfectamente compatible con las aserciones de Fuller. (García Amado, 1991, p. 357).

Desde esta óptica, el positivismo kelseniano revestía a las normas jurídicas válidas de caracteres formalistas que, de alguna manera u otra, era el remedio frente a normas con una moralidad externa perversa destinadas, por ejemplo, al genocidio, arresto arbitrario, fusilamientos, extorsión o de reafirmar la superioridad alemana. Sin embargo, a pesar de etiquetárseles como normas de contenido injusto, la formalidad del sistema jurídico las habría tachado por estar fuera de la ley, en un margen de antiformalismo e ilegalidad. Entonces, cabe preguntarse, cuáles son estos mecanismos de formalidad ante las cuales se habrían censurado las normas y leyes nazi; primero, todo ordenamiento jurídico coherente tiene una prelación ordenada de normas y leyes que gozan de garantías constitucionales —acción de inconstitucionalidad y popular— y de un ente rector de control de constitucionalidad. Segundo, sistemas normativos como el nuestro, establecen mecanismos para la creación, derogación o modificación de leyes, caso contrario, quedarán en meros proyectos de ley. Tercero, las leyes son específicas en regular una determinada materia sin interferir en otra, entonces, tenemos así, leyes que en materia administrativa no pueden intervenir en una norma de carácter penal, tal es el caso de la famosa “ley Dreher”⁴ o ley

4 Tanto en la Novela “El caso Collini” como en la vida real, Dreher es señalado como uno de los artífices de la creación de la ley de “Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas”. Algunos teóricos señalan que fue un error de ley, “Pero si no fue simplemente una Panne, sino algo intencionalmente buscado para conseguir el efecto que se consiguió ¿quién era el responsable de esa Panne? Pronto las miradas se dirigieron a Eduard Dreher, Secretario de Estado en el Ministerio Federal de Justicia y uno de los más importantes penalistas de la época, autor, entre otras obras, de uno de los Comentarios al Código penal más autorizados y utilizados por los teóricos y prácticos del Derecho penal de aquella época²⁰. Dreher había sido además Secretario o Coordinador de la Sección de reforma del Código penal, que dio lugar al Proyecto de Código penal de 1962.” (Muñoz, 2015, p. 21).

EGOWiG destinada a efectivizar y dotar a las normas administrativas de un sello que distinga la regulación ajena a ella, sin embargo, con ella se introdujo un precepto en el código penal alemán, en su artículo 50⁵ con un objetivo oscuro e intencionado. La norma en mención tenía la finalidad de prescribir las penas de los criminales nazi bajo el argumento de que, todo aquel que intervino en los delitos de lesa humanidad, exceptuando a los autores o máximos líderes nazi —Hitler, Himmler y Heydrich—, serían considerados como cómplices de asesinato y juzgados por el delito de homicidio, por ese entonces, la pena del delito de homicidio prescribía a los 15 años contando desde la fecha de la rendición alemana en 1945 hasta 1960, en consecuencia, ello produjo que muchos criminales no fueran sentenciados por el delito de asesinato, ya que si hubiera sido así, y no de otro modo, los delitos de los criminales jefes y subordinados nunca tendrían que haber prescrito, por ende, la pena máxima aplicable para los nazis sería la cadena perpetua. Cuarto, según Kelsen, para que una norma sea válida tiene que remitirse a otra norma que lo habilite y no a una voluntad suprema emanada de un Führer, en otras palabras, tiene que existir una norma competencial⁶ que habilite a otra para la dación de una ley. Finalmente, la delegación de facultades legislativas al ejecutivo es limitada en el tiempo, demás

5 (Muñoz, 2015, pp. 19-20) “El nuevo precepto introducido en la reforma de 1968, el parágrafo 50, 2 del Código penal alemán, vino, sin embargo, a reforzar indirectamente la teoría subjetiva de la participación y con ello la calificación como cómplices de los autores materiales de los asesinatos, y en todo caso excluir para ellos la calificación de asesinato. En efecto, si el “motivo bajo”, en este caso, el odio racial que animaba sin duda la política de exterminio de los judíos planificada y llevada a cabo por el aparato de poder de las SS, es un elemento de carácter personal y éste solo concurre en el autor o autores principales (es decir, en Hitler, Himmler o Heydrich, que eran los únicos considerados como autores principales del Holocausto en aquella época por haber actuado por motivos raciales de odio al pueblo judío), pero no en el partícipe, éste, como decía el apartado 2 del parágrafo 50 (ahora con una redacción prácticamente idéntica el apartado 2 del actual parágrafo 28), aunque conozca que el autor principal actúa por este motivo, no puede ser castigado como autor de un asesinato, cualquiera que haya sido su contribución material en la ejecución de los asesinatos. Evidentemente, con ello se rompía con el criterio de la accesoriedad de la participación, conforme al cual el partícipe responde del delito en el que ha participado y, por tanto, también se le computan las circunstancias típicas que concurren en el autor, aunque sean de carácter personal, siempre que las conozca.”

6 Al respecto Kelsen (citado en Moreso, 1989) manifestaba que el “El análisis del Derecho positivo muestra que el proceso por el que una norma jurídica es creada es regulado por otra norma jurídica”. (p. 356).

está decir que el ejecutivo no puede arrogarse eternamente una función conatural al poder legislativo. En síntesis, Peña Freire (2020) colige de las ideas de Neumann que:

El sistema de dominación nazi no fue un Estado, pues no existió una maquinaria coactiva unificada, ni una estructura racional de dominación —burocracia, partido, ejército y poder económico actuarían en diversas áreas como soberanos, de acuerdo a principios propios y conforme a la lógica del liderazgo, sin ningún poder institucional unificador o racionalizador de su actuación o sus conflictos—, ni ningún control del derecho, pese a la existencia formal de normas y regulaciones técnicas. El nazismo fue una forma de dominación no mediada por la estructura formal-racional a la que normalmente conocemos con el nombre de Estado. (pp. 63-64).

Ahora bien, sintetizando algunas características del supuesto derecho nazi, es un cuerpo inerte carente de un sistema jurídico ordenado, en donde impera la voluntad de la ley por encima de la voluntad del legislador o de un Führer; es amorfa, pues confunde política con derecho y viceversa, inclusive, cabría la tricotomía entre los conceptos anteriores y la ideología que, de por sí no es un elemento fáctico adecuado a la realidad, sino un elemento netamente ideal y, claramente, el derecho nazi llevado a la práctica fue inhumano; es amoral, en el sentido iusnaturalista, puesto que, el derecho nazi atentó vulgarmente los principios universales moralmente aceptados por la comunidad humana o aquello que Hart denominó como “mínimo ético”; es antidemocrática, el nazismo no creía en limitaciones o barreras liberales del respeto a los derechos humanos, la libre participación democrática y de sometimiento al Estado de Derecho y, en último lugar, es antiformalista, en el sentido ya expuesto, de vulnerar hasta el más claro tenor jurídico expresada en las leyes y normas. En consecuencia:

El eslogan la ley es la ley, señalado acusadoramente por Radbruch, pudo haber sido una idea de cierto peso entre los jueces y juristas alemanes durante el nazismo, pero esa ley hay que entenderla en el marco de una idea de derecho singular (*Rechtsidee*), referida no a un conglomerado de leyes formalmente promulgadas, sino a un derecho en un sentido muy amplio, cuyo fundamento último es el orden inmanente del

Pueblo (Volk) alemán, expresado por el Führer en tanto que líder carismático del propio Pueblo y del movimiento que aspira a preservar su pureza racial, a garantizar su supremacía y realizar el ideal de la comunidad étnica (Volksgemeinschaft). (Peña Freire, 2020, p. 65).

Así configurado el derecho nazi, la irracionalidad de la moralización del derecho recae, como ya se mencionó, en la ignorancia científica de los principales defensores de este sistema inconsistente, positivizaron ideas retorcidas de las ciencias sociales, biológicas, políticas y jurídicas: del antisemitismo xenóforo, la limpieza de la sociedad alemana, la superioridad de la raza alemana —cabe precisar que este es un concepto mal empleado para referirse a los grupos étnico culturales, lo más razonable y apropiado es utilizar etnia o grupo étnico para hacer alusión a aquellos grupos que comparten algo en común: cultura, lengua, valores, costumbres, etc.—, la perfección o eugenesia humana, concepto sobre el cual partieron los nazis para exterminar a personas con diferente orientación sexual, discapacidad, defecto, tara, etc. En resumen, el derecho nazi, por las razones expuestas, se caracterizó fundamentalmente por ser totalitaria y antipositivista.

Ahora bien, desde una perspectiva totalmente distinta a la planteada, caracteriza al derecho nazi como totalmente contradictorio a las tesis sostenidas por el positivismo jurídico formal, pues:

a) Se atenta contra el principio de igualdad ante la ley. Ese valor constitutivo de la mínima idea de justicia inherente a todo derecho, que Radbruch resaltara y que sigue mostrándose esencial, es sustituido por una práctica jurídica que hace primar sobre el tenor legal la ubicación racial y social de los individuos.

[...]

b) La seguridad jurídica quedó irremisiblemente dañada por una práctica jurisprudencial que no respeta el texto legal y que atiende prioritariamente a criterios políticos a la hora de emitir sus decisiones, constituyéndose en caso paradigmático, aunque políticamente perverso, de “uso alternativo del derecho”.

[...]

c) Del mismo modo, la inexistencia de seguridad jurídica como previsibilidad y seguridad de obrar para los ciudadanos se manifiesta en la existencia de derecho secreto, emanado directamente del Führer y tenido por superior en la escala normativa, o con la aplicación retroactiva de normas sancionatorias, o con el frecuente uso de la analogía y la interpretación extensiva en derecho penal, o con el incumplimiento de sentencias.

[...]

d) En el plano procesal, desaparecen la mayoría de las garantías para los procesados. El proceso se configura como no contradictorio, abundando los casos de acusación coordinada entre fiscal y abogado “defensor”, pues no en vano los abogados juraban como su primer y fundamental deber la fidelidad al Führer y al partido.

[...]

e) Todo ese autosabotaje del derecho se sintetiza en lo que se ha denominado la “carencia planificada de estructura” (..) (SCHULTE 1985, p. 335). Prácticas como las reseñadas, o como la ausencia de un sistema definido y jerarquizado de fuentes del derecho, formando eso que Rottleuthner llama “masa amorfa de fuentes del derecho”, entre las cuales la elección parece ser en cada caso arbitraria. (García Amado, 1991, pp. 354-356).

Irremediablemente este “autosabotaje del derecho” condujo a gran parte de los jueces a crear derecho, no en situaciones excepcionales, como sostenía el Dr. Eugenio Bulygin, sino, mediante la aplicación de normas individuales contrarias a la norma general⁷, pero contradictoriamente durante los juicios de Núremberg, los autores y cabecillas de los crímenes buscaron ampararse en el principio de legalidad, admitiendo que, en efecto, solo cumplían ordenes de la

7 (Bulygin, 2003, p. 12) “Podemos definir normas generales como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las normas individuales como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual.” En términos simples, una norma general es el precepto de carácter obligatorio, abstracto, general, coercible y creado por el legislador; es una norma que establece un supuesto de hecho (casos genéricos) y las consecuencias que de ella se pudieran desprender como prohibido o permitido (soluciones genéricas). En cambio, una norma individual es la aplicación de la norma general a situaciones en concreto, dicho precepto vinculante es emitido por el órgano judicial mediante una sentencia, mandato o disposición de fuerza obligatoria.

ley, vaya argumento falaz desestimado en este análisis, pues como se sabe, el mandato del Führer, era cualquier cosa menos ley.

En cuanto a la práctica judicial bajo el nazismo, su poco empacho en vulnerar hasta el más claro tenor literal de las normas positivas queda claro con un solo ejemplo: la propia Administración nacionalsocialista hizo llegar a los jueces, mediante las famosas Richterbriefe la reconvención por su tendencia a aplicar penas superiores a las legalmente tipificadas para ciertos delitos (SIMON 1985, p. 113). Así, abundaron los casos de pena de muerte por delito racial (Rassenschande), para el que la norma sólo establecía penas privativas de libertad. ¿Encaja esa práctica con el supuesto respeto al principio positivista de que “la ley es la ley”? (García Amado, 1991, p. 349).

En cuanto a la interrogante, la respuesta es obvia, el juez que no obra en virtud de la ley, obra en favor de causas injustas e inmorales. Las constituciones de los Estados y su sistema normativo contienen un conjunto de dogmas que difícilmente pueden ser cambiadas en los Estados modernos por una voluntad diferente a la ley o del espíritu de la constituyente, estos principios son producto, a lo largo de la historia humana, de las luchas, algunas violentas, otras pacíficas, pues la positivización y reconocimiento de los derechos humanos costo sacrificio y derrame de mucha sangre inocente. Desde Roma con la ley de las doce tablas, la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), la Carta de Derechos “Bill of Rights” (1689), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tuvieron un objetivo claro de proteger al hombre frente a los abusos y el poder punitivo del Estado. Aunque este concepto tradicional tiene plena vigencia, teorías actuales sostienen que el abuso del Estado es ínfimo frente al poder o autoritarismo del mercado de tendencia neoliberal. Frente a estos dos extremos se sostiene que, lo primordial es tener un horizonte de resguardo y dignificación del ser humano, en una sociedad donde no se cometan abusos y atrocidades como lo acontecido hace más de 70 años de la era mas conflictiva de la historia humana; y en cuanto al derecho, se propone que si la doctrina típica argumentaba a inicios del siglo xx que el Imperio de Derecho era la mejor forma para asegurar la mínima convivencia armoniosa de la sociedad ante

la ley, en pleno siglo XXI el Estado Constitucional de Derecho busca maximizar los derechos de las personas, consagrándolos como principios fundamentales de todo Estado democrático. En suma:

«en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque (...), lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos (...) lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.» (Ávila Santamaría, 2009, p. 778).

CONCLUSIONES

El derecho nazi no fue un auténtico derecho por ser antiformalista, irracional, totalitaria, antipositivista, amoral y antidemocrática. Asimismo, la tesis del positivismo culpable no tiene fundamento alguno pues, busca deslegitimarla o desautorizarla como doctrina en el derecho, pues si algo rescatable hizo esta corriente jurídica, es no caer en arcaísmos o en dogmas metafísicas de la hibridación del derecho con la moral. Y fue precisamente lo contrario, sobre la cual los nazis menoscabaron el concepto de derecho entendiéndola confusamente en la triada de la política-derecho e ideología.

El Estado de Derecho desde la óptica de la doctrina contemporánea es un antecedente yuxtapuesto al Estado constitucional de Derecho, constituyéndose esta última como la mejor forma de limitación al abuso del Estado y de los atropellos hacia los derechos humanos.

La justicia como valor de las sociedades civilizadas no es una materia maleable para favorecer o premiar los insanos crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial, si bien esta puede otorgar garantías a las personas sean culpables o no, ello no significa crear márgenes de impunidad que a la larga traen consecuencias nocivas para la sociedad, reavivando las heridas del pasado, cuyo remedio desemboca en la venganza como instrumento para aplacar las injusticias de un sistema corrompido.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XV., 775-793. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr43.pdf>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía*, 18, 7-25. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n18/n18a1.pdf>
- García Amado, J. A. (1991). Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8, 341-364. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142197.pdf>
- Markiewicz, E. J. (s. f.). *La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo*. http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/EDUARDO_JAVIER_JOURDAN_MARKIEWICZ_LA_LEGALIDAD_NAZI.pdf
- Moreso, J. (1989). Cinco diferencias entre Bentham y Austin. *Anuario de filosofía del Derecho*, 6, 351-376. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985343.pdf>
- Muñoz, F. (2015). La atenuación de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. *Revista: Justiça e Sistema Criminal*, 7(12), 7-26. <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/41>
- Peña Freire, A. M. (2020). Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico. *Revista: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, 59-81. <https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.03>
- Rafecas, D. (2010). La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt. *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 8(15), 133-163. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/la-ciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf
- Requena, A. (2016). *Derecho De Lon Fuller Como Moral Procedimental* [Universidad de Piura]. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2676/DER_086.pdf?sequence=1

KAUFMANN, Arthur. 1984. "Rechtsphilosophie and Nationalsozialismus", en EL MISMO, Beitrdrge zur Juristischen Hermeneutik, Kó1n, etc. : Carl Heymann, pp . 173-195

Hipoteca Inversa



929 433 163
900 590 854



Cusco.
San Sebastián



Grupoherreraconsultores@gmail.com

La hipoteca inversa y su funcionalidad en el Perú

Ericson Delgado Otazu¹

RESUMEN

La hipoteca inversa o también conocida como hipoteca revertida o reversa, es una novedosa figura jurídica derivada de la hipoteca convencional, como derecho real de garantía, vigente en el Perú desde el año 2018 a través de la Ley N° 30741, reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 202-2018-EF, habiendo sido lanzada como un producto crediticio, mediante el cual el propietario o propietarios de un inmueble, afectan en garantía su bien a cambio de un crédito otorgado por determinadas entidades financieras, cuya exigibilidad de la deuda y ejecución de la garantía iniciará a la muerte del titular o titulares, esta institución no ha tenido el impacto deseado, por su nula o escasa funcionalidad en el ámbito financiero, por su poca difusión, falencias en su regulación o incluso por la época de pandemia que venimos afrontando, debido a la COVID-19. En este artículo haremos un análisis de la regulación normativa en nuestro país y sus principales vacíos; sin embargo, para un mejor entender en la primera parte del presente escrito, abordaremos aspectos relevantes de la hipoteca clásica, y en seguida, analizaremos a la hipoteca inversa, su reglamentación, las circunstancias que rodean el contexto actual, para poder establecer si este tipo de hipoteca tendrá éxito en el Perú o caerá en desuso.

Palabras claves: hipoteca convencional, hipoteca inversa, derecho real de garantía.

¹ Abogado por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, Doctor en Derecho por la Universidad Andina del Cusco, Docente de la Escuela Profesional de Derecho de la UNSAAC y la UAC. Correo: Ericson.delgado@unsaac.edu.pe

ABSTRACT

The reverse mortgage or also known as reverse or reverse mortgage, is a novel legal figure derived from the conventional mortgage, as a real right of guarantee, in force in Peru since 2018 through Law No. 30741, regulated by Supreme Decree No. 202-2018-EF, the same that has been launched as a credit product, which the owner or owners through a property, guarantee their property in exchange for a credit granted by certain financial entities, whose debt enforceability and Execution of the guarantee will begin upon the death of the holder or holders, this institution has not had the desired impact, due to its null or scarce functionality in the financial field, due to its little diffusion, deficiencies in its regulation or even due to the time of the pandemic that we are coming. Facing, due to COVID-19. In this article we will make an analysis of the normative regulation in our country and its main gaps; However, for a better understanding in the first part of this writing, we will address relevant aspects of the classic mortgage, and then we will analyze the reverse mortgage, its regulations, the circumstances surrounding the current context, in order to establish whether this type mortgage will be successful in Peru or will fall into disuse.

KEYWORDS

conventional mortgage, reverse mortgage, security right.

1. LA HIPOTECA

El Código Civil Peruano, en su artículo 1097, define a la hipoteca con el siguiente texto:

“Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado” (Código Civil, 1984).

En consecuencia, la hipoteca viene a ser un derecho real de garantía, mediante el cual el propietario de un bien inmueble ofrece en garantía su propio inmueble para asegurar el cumplimiento de una obligación, ya sea una obligación personal o una obligación ajena. En este derecho real a diferencia de otros como la prenda o garantía mobiliaria, no aplica la desposesión del bien, pues, el propietario deudor o garante no cede la posesión del bien al acreedor, por el contrario, mantiene la posesión mientras esté vigente el contrato, lo que significa que, la hipoteca tiene su origen en la libertad contractual derivada de un contrato, generalmente un contrato crediticio o de préstamo de dinero.

El acreedor hipotecario está facultado para hacerse cobro de la deuda con la venta del inmueble afectado, en caso se ocurra la falta de pago o el incumplimiento de la obligación que se garantizó, para ello deberá recurrir al órgano jurisdiccional, pretendiendo la ejecución de garantía real, dentro del cual el juez dispondrá la venta judicial del inmueble y con el fruto de dicha venta se cancelará la deuda y, por lo tanto, se tendrá por extinguida la obligación. Se indica también que el acreedor puede hacer uso de su derecho de persecución, porque se trata de una garantía real, es decir, se garantiza con el bien inmueble y no se trata de una garantía personal; por consiguiente, se podrá ejecutar la hipoteca, aunque el deudor o garante de la obligación haya transferido el dominio del bien a un tercero, la hipoteca persigue al bien más no al propietario.

La preferencia de la hipoteca se refiere al derecho que tiene el acreedor hipotecario para que su deuda sea priorizada, una vez producida, la venta judicial, en el supuesto de que el deudor haya contraído otras obligaciones.

1.1. Sujetos que intervienen en la hipoteca

La hipoteca es un derecho accesorio, dado que, el derecho principal deriva de un contrato crediticio, de mutuo o también conocido como préstamo de dinero, en el que intervienen dos sujetos: acreedor y deudor o propietario; sin embargo, también puede participar un tercero, siendo este último garante hipotecario, ya que garantizará una obligación ajena.

1.2. Características de la hipoteca

Según los doctrinarios Enrique Varsi Rospigliosi y Marco Torres Maldonado (2019) existen ocho características que identifican a la hipoteca:

- **Convencional**

“La hipoteca es un derecho real convencionalmente constituido” (Musto, 2000, p. 239), “es convencional cuando es pactada libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación” (Varsi y Torres, 2019, p. 160), de esta manera la manifestación de voluntad de los sujetos por haber formado esta garantía de mutuo acuerdo, sea por el propietario del bien inmueble o como lo dicta la norma “por quien esté autorizado para este efecto”.

Como se ha indicado, la hipoteca deriva de un contrato, el cual tiene como característica la convencionalidad, vale decir, el acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes, como consecuencia de la autonomía privada de la voluntad, creándose una relación o vínculo jurídico existente entre las partes de la relación jurídica, por un lado, el acreedor y por el otro el deudor, teniendo el acreedor la facultad sobre el deudor para exigirle el cumplimiento de una prestación.

La convencionalidad se encuentra incorporada en el ordenamiento civil, en los siguientes articulados:

“Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1097).

“Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1098).

“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

(..)

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1099).

- **Accesoriedad**

La accesoriedad de la hipoteca implica una relación de subordinación, respecto a un contrato principal, vale decir, un contrato crediticio o de préstamo de dinero, que generen obligaciones garantizadas con un inmueble; en ese sentido, la hipoteca carece de existencia propia, estando supeditado a la suerte del principal.

“El artículo 1097 del Código Civil le asigna esta característica. Se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación; en consecuencia, sigue la suerte y condición jurídica del crédito, sea puro y simple a plazo o constituido por terceros en garantía de una obligación cualquiera”. (Muro, 1999, p. 71).

Dicho de otro modo, la hipoteca garantiza el cumplimiento de obligaciones, que provienen de contratos crediticios, sujeto a un plazo pactado, siendo simple cuando garantiza la obligación del propietario o dueño del bien inmueble o de tercero cuando se pretende garantizar la obligación asumida por un tercero, distinto al propietario.

- **Temporalidad**

La hipoteca, tiene un plazo de vigencia, sujeto al contrato principal, pues, al conceder un préstamo se fija un determinado periodo de tiempo para cumplir la obligación. Esta característica se encuentra regulada con el siguiente texto: “La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo”. (Código Civil Peruano, 1984, artículo 1105).

En ese sentido, la constitución de hipoteca, deriva de un contrato sujeto a modalidad, con la presencia de elementos accidentales presentes en los actos jurídicos, si las partes así lo convienen.

- **Especialidad**

“El artículo 1100 consagra el principio de la especialidad objetiva y supone que en toda constitución del gravamen figure su ubicación, área y linderos, la calle y numeración si se trata de predios urbanos y la jurisdicción a la que está sujeto el bien” (Arias-Schreiber, 2006, p. 663).

De la redacción del referido artículo se entiende por especialización a la correcta individualización y descripción del inmueble materia del gravamen, debiendo quedar establecido con claridad la ubicación, descripción y características físicas del bien, con la precisión de que se trata de un inmueble ubicado en zona urbana o zona rural.

También se debe entender en estricto, por especialidad de la hipoteca, al crédito u obligación crediticia, que conlleva la exigencia de especificar la suma de dinero materia de la prestación y el monto materia de la garantía hipotecaria.

El Código Civil recoge esta característica en el siguiente artículo:

“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1099).

- **Indivisibilidad**

“La regulación de la hipoteca se orienta a vigorizar el derecho del acreedor hipotecario, otorgándole los derechos de persecución, preferencia y venta judicial. Así, se introduce el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud la totalidad del inmueble garantiza el saldo del crédito por diminuto que sea el importe de este que aún subsista”. (Bigio Chrem, 1991, p. 111).

Esta característica constituye una garantía para el acreedor, posibilitando la cobertura del crédito en su integridad, de tal modo que, si un inmueble hipoteca es materia de subdivisión e independización, cada fracción resultante arrastra la hipoteca constituida sobre el inmueble matriz, precisamente por la imposibilidad de división de la garantía. Así lo expresa el siguiente dispositivo:

“Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1102).

- **Formalidad**

La hipoteca es un acto jurídico que debe revestir una formalidad *ad solemnitaten*, pues la ley le impone cumplir una formalidad (escritura pública), cuya inobservancia es sancionada con nulidad.

El principio de formalidad de las hipotecas, está establecido en los siguientes artículos:

“Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley”. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1098).

“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

(...)

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 1099).

- **Literalidad**

Gracias a este principio la hipoteca no puede garantizar obligaciones que no hayan sido consideradas de manera literal en el contrato constitutivo, pues los efectos de la hipoteca no pueden rebasar lo expresado en el acto jurídico.

- **Publicidad**

La publicidad de las hipotecas cobra mayor importancia en el ámbito del derecho registral, pues conforme el artículo 1099 del Código Civil, la inscripción de la hipoteca en el registro de predios de la Oficina Registral competente, constituye una exigencia para la validez de toda hipoteca; lo que significa que, la hipoteca surtirá efectos inmediatamente después de la inscripción y al ser la publicidad uno de los principios más trascendentales del registro, otorga mayor seguridad jurídica al acto y garantiza que las personas tomen conocimiento de la afectación, es decir, de que un inmueble se encuentra afectado en garantía de un crédito, sirviendo de preaviso a los terceros y/o eventuales acreedores que pretendan contratar con el propietario del bien.

Si una persona tiene en mente adquirir un inmueble, de manera diligente y haciendo uso del principio de publicidad registral, tendrá que acudir al regis-

tro para tomar conocimiento del estado del inmueble en cuanto a las cargas y gravámenes que pesan sobre él; y si existe una hipoteca vigente, seguramente desestimaré la compra del bien a menos que asuma las consecuencias de los efectos de la referida garantía real.

Dentro del sistema registral adoptado por el Perú, la constitución de hipoteca, constituye un acto constitutivo, debido a que la inscripción determina la eficacia y validez del acto jurídico, siendo obligatorio inscribir la escritura pública de constitución de hipoteca en la partida registral del inmueble materia de la garantía, con ello, preciso que la hipoteca procede únicamente frente a los inmuebles inscritos.

1.3. Proceso de ejecución de hipoteca

“La ejecución de garantías, entendida por la doctrina como ejecuciones comerciales, ejecuciones aceleradas y procesos de ejecución calificada” (Corte Suprema de Justicia de La República, 2012, Casación N° 2402-2012, p. 37).

En caso el deudor crediticio no cumpla la prestación asumida, al vencimiento de la misma el acreedor tiene la potestad de acudir al juzgado pretendiendo la ejecución de la garantía real, lo que conllevaría a realizar una venta judicial. En cuyo proceso, se deberá presentar el título ejecutivo, siendo este la escritura pública de constitución y su correspondiente inscripción en la oficina registral competente.

Los procesos únicos de ejecución transcurren por cinco fases:

a. La primera fase es la calificación, en la cual el juez califica la demanda, donde se comprueba si el título presentado por el demandante, califica o no para poder iniciar este tipo de proceso.

b. La segunda fase se trata de la bilateralidad, en esta el demandado o ejecutado toma conocimiento de la pretensión del actor de la demanda.

c. La tercera fase es la etapa probatoria, aquí el ejecutado o demandado puede contradecir respecto a la pretensión del demandante planteando así defensas previas o excepciones.

d. La penúltima fase es la decisoria, que se materializa con la resolución final, que comprende la solución de los temas planteados.

e. La última fase es la ejecución forzosa, la cual comprende la venta por remate judicial del bien inmueble por parte del martillero público que garantizaba la obligación, y el pago del crédito del acreedor. (Hurtado, 2014, p.).

1.4. La persecutoriedad y la oponibilidad del derecho real frente a terceros adquirentes de la hipoteca

El acreedor hipotecario tiene el derecho de preferencia, por tanto, es importante que su existencia sea de conocimiento de todos, especialmente de los terceros que pretendan celebrar algún contrato cuyo objeto del mismo sea el inmueble hipotecado; por ello, la oponibilidad de los derechos reales, en específico del derecho real de garantía hipotecaria constituye una ventaja para el acreedor, para tener garantizada el cumplimiento de la obligación del deudor y va de la mano con la facultad de perseguir al bien en tanto se produzca el supuesto de incumplimiento de pago.

“Es un atributo que, como manifestación de la eficacia frente a terceros adquirentes del bien o agresores del mismo, consiste en la posibilidad de persecución de la cosa donde quiera que esté y cualquiera que sea la persona que la detente. Se trata de una eficacia que, en cuanto la tutela del derecho, se realiza y hace efectiva a través de las acciones reales”. (Derruppe, 1952).

Ello grafica que, la hipoteca faculta al acreedor hipotecario con el derecho de perseguir al bien, *jus persecuendi*, en caso el deudor hipotecario venda el bien a un tercero, el acreedor hipotecario tiene la prerrogativa de ejecutar la garantía hipotecaria, sin importar quién es el tercero, actual propietario.

La oponibilidad se puede dar en dos situaciones, la primera cuando se trata de oponibilidad en los derechos personales u obligacionales, cuyo efecto protege únicamente a las partes que integran la relación jurídica, pues los derechos que se generen como consecuencia de una relación contractual solo resultan oponibles *inter partes*. La segunda cuando corresponde a la oponibilidad frente

a terceros, conocida como una oponibilidad absoluta, *erga omnes*, que aplica para todos los derechos reales en general y que se potencia en el caso de la hipoteca con la formalidad de su constitución y consecuente inscripción registral, en ese sentido importa revisar el tratamiento legislativo de la oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos, estipulado en el artículo 2022 del código civil:

“Artículo 2022.- *Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos.*

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.” (Código Civil Peruano, 1984).

El referido artículo regula el principio de prioridad de la persona que accedió al registro e inscribió en primer lugar, lo que significa que, si existiese algún tipo de enfrentamiento entre dos o más titulares de derechos reales, a quién se le preferirá será a aquél que cuente con derecho inscrito más antiguo, vale decir al que inscribió primero, lo que equivale a aplicar el aforismo *prior tempore potior iure*, primero en el tiempo mejor en el derecho.

El aforismo *prior tempore, potior iure* es un principio derivado de la existencia de una situación legítima anterior, que exime de la posibilidad de otra situación futura, independientemente de que sea compatible o incompatible con la situación anterior; la regla también se basa en función de la naturaleza del derecho (personal o real).

En lo que se refiere al *ius excludendi et prohibendi* el derecho del primer titular del derecho real de excluir al segundo derecho real de la misma naturaleza y contenido se atribuye a la existencia del mismo bien (salvo caso de cotitularidad), pero no excluir, por similares argumentos, los derechos de crédito, principalmente Con respecto a su cumplimiento exigible, puede haber objeciones a la prelación. Por tanto, la subordinación es necesaria para otros créditos de fecha posterior o de calidad inferior, que se pretendan cubrir en partes iguales con la cantidad obtenida en la subasta forzosa de los bienes del mismo deudor. (Bravo de Mansilla, 1997).

El acreedor hipotecario, que inscribió su derecho real de garantía podrá oponer su derecho de tener preferencia ante derechos posteriores, ya se deriven estos de derechos personales o reales, pese a que su origen sea de fecha anterior a la hipoteca, pues la prioridad la adquiere por la antigüedad de la inscripción. Lo que no significa que con el mismo bien inmueble no se pueda garantizar otras obligaciones, o el inmueble hipotecado pueda ser materia de una medida cautelar, por el contrario, ello si es posible, en el primer caso se debe respetar la prioridad de rango y en el segundo supuesto es de aplicación la última parte del artículo 2022.

Pues, en caso de existir una pugna entre un derecho real y otro derecho personal u obligacional, la preferencia será dilucidada aplicando las reglas del derecho común; desconociendo los efectos del derecho registral.

2. HIPOTECA INVERSA

La hipoteca inversa es un producto financiero de origen anglosajón, así también se indica que es una variante de la tradicional hipoteca, como derecho real de garantía, con una gran diferencia, contraria a la hipoteca clásica, consistente en que, en ésta la deuda va incrementándose con el paso del tiempo y se exigirá el pago luego de ocurrida la muerte del deudor propietario del bien hipotecado. Sin duda, esta figura está diseñada para los adultos mayores titulares de un bien inmueble con la finalidad de garantizar con este un préstamo de dinero a manera de una renta vitalicia, que hará posible asegurar y mejorar la calidad de vida.

En nuestro país, el adulto mayor tiene una situación delicada en términos de sostenibilidad financiera. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI (2019), nuestro país presenta un bajo porcentaje de formalidad laboral (alrededor del 30%) , en comparación a la informalidad laboral que tiene un casi 70%, lo cual significa que más de la mitad de peruanos en edad de trabajar no están afiliados a un Sistema de Pensiones. Inclusive el porcentaje de personas que cuentan con un sistema de pensiones y optan por terminar sus labores, perciben bajas pensiones, lo cual no logran cubrir sus gastos vitales.

Por tal motivo, es importante contar con herramientas legales que logren eficientemente certificar que este porcentaje de peruanos tenga opciones para poder tener una estable calidad de vida y poder satisfacer sus necesidades primordiales. A causa de ello, en el año 2018 se promulgó la Ley N° 30741 (en adelante la Ley) y seguidamente su reglamento aprobado mediante D.S. 202-2018-EF. (en adelante el reglamento), con los cuales se introduce en el ordenamiento jurídico peruano la hipoteca inversa. Este tipo de hipoteca es ofrecido por bancos, aseguradoras, cajas de ahorro y crédito y cooperativas, y dicha incorporación como producto financiero podría establecerse como una interesante y novedosa opción, dando la posibilidad a que una parte importante de adultos mayores perciban un ingreso adicional.

Según Rosales (2019), más de 3 millones de peruanos adultos de la tercera edad se han visto afectados al carecer de entradas que puedan permitirles seguir teniendo el nivel de vida que tenían cuando contaban con un trabajo estable. No obstante, a aquellos quienes posean un inmueble propio, sí les es posible acceder a este producto como un recurso que les brindará ingresos monetarios agregados mediante un tipo de crédito con garantía hipotecaria.

2.1. Objeto de la ley

El artículo 1° de la Ley N° 30741 (2018) indica que la hipoteca inversa es una opción para poder obtener ingresos adicionales, sin que se consideren como fuentes principales de las mismas. Por tal motivo, este artículo indica a ser complemento para los ingresos de quienes se acojan a esta garantía hipotecaria.

Según Betzuen (2016), este tipo de hipoteca tiene como objetivo fundamental el transformar el predio habitual en una especie de ingreso complementario a la pensión, donde quien solicita la hipoteca inversa no pierde titularidad, es decir, sigue siendo el propietario de la vivienda.

Gracias a esta figura, el inmueble será una fuente de ingresos, mientras el propietario del bien ejerce una posesión directa y a la par percibe un ingreso proporcionado por una entidad financiera, con cargo a ser honrada a la muerte del propietario, con la correspondiente ejecución de la garantía hipotecaria.

García (2016), sostiene que se entiende como la alternativa que sosiega inquietudes en los adultos mayores, ya que en relación con el pago del crédito acumulado no se harán cargo ellos, certificando que les será posible tener una vida decente y tranquila, sobre todo en trayecto de sus vidas.

La hipoteca inversa constituye una alternativa para mejorar los ingresos económicos de los adultos mayores y por ende mejorar su condición de vida, con la tranquilidad de no tener la obligación de honrar esos ingresos, sino hasta producido el deceso de la persona.

2.2. Concepto legal de la hipoteca inversa

El artículo segundo de la Ley N° 30741, la define con el texto siguiente:

“Por la hipoteca inversa, una entidad autorizada, comprendida en el artículo 5 de la presente ley, otorga un crédito a favor del titular o titulares del derecho de propiedad sobre un inmueble contra la afectación en garantía hipotecaria del referido inmueble, siendo el reembolso del crédito exigible y la garantía ejecutable al fallecimiento del referido titular o titulares...” (LEY 30741, Art.2, 2018).

Este artículo aclara que, el legitimado para acceder y solicitar una hipoteca inversa forzosamente será el único propietario de la propiedad, quien brindará en garantía, y que solamente se puede proceder a hacer exigible por parte del acreedor del crédito cuando el titular fallezca, configurándose el efecto *mortis causa* para la exigibilidad de la deuda.

Por otro lado, es importante para poder determinar el crédito, el promedio de años de vida del Cliente y el porcentaje de la tasa de interés adjudicable, porque mientras mayor sea el promedio de años de vida del titular, mayor será el interés. Una definición que desarrolla Chávez (2019), “es un tipo de crédito que se garantiza a través de la hipoteca de un predio habitual que admite lograr percibir un ingreso periódico, que va determinado a la población de mayores de 65 años o que estén en condición de dependencia”.

Montero (2014), menciona que este sistema permite implementar una vivienda sobre la hipoteca del pensionista que debe contar con 65 años y con

la jubilación otorgada. Posteriormente, la renta mensual que el titular recibirá se calculará basándose en la estimación de la propiedad hipotecada y su aceptación por este. En caso de aceptar la estimación brindada por su inmueble, el titular recibirá de forma mensual y hasta el resto de su vida la suma de dinero acordada, y que cuando este fallezca o los solicitantes, el compromiso de la deuda se termina con la entrega del predio al banco, que ve saldado con esto su crédito.

Esa renta mensual se asemeja a una renta vitalicia a cargo de la entidad financiera, quien luego del fallecimiento del beneficiario se convertirá en acreedor hipotecario, estando habilitado para iniciar el cobro de la renta abonada más los intereses pactados.

De acuerdo al artículo 5° del Decreto Supremo N° 202-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 243-2019-EF y numeral 5.3. para poder establecer la estimación del predio: la tasa de interés que se aplique y el promedio de años de vida del titular son determinantes para el crédito, ya que mientras mayor sea el promedio de años de vida del cliente, mayor será el interés que se le aplique. Sin embargo, la norma no precisa una edad mínima o máxima del titular del predio.

El artículo 8 y los numerales 8.1. y 8.2. del Reglamento, mencionan que el cliente y la entidad autorizada disponen de la alternativa de pactar un seguro dentro de la contratación de la hipoteca inversa o de añadirla luego de firmar el contrato modificándolo, para que el titular pueda recibir una renta de por vida. El dinero que será de utilidad para el pago por el seguro de renta vitalicia será cancelado con parte del crédito acordado entre el cliente y la entidad financiera autorizada.

2.3. Requisitos de la hipoteca inversa

Los requisitos están enumerados en el artículo 3° de la Ley:

a. Según Cajacuri (2018), menciona para este primer inciso que el crédito se garantiza con hipoteca formada sobre una propiedad del titular. También cabe mencionar que, en caso de ser más de un titular, se da posible ocasión de

que los propietarios de un mismo inmueble constituyan una hipoteca inversa como deudores hipotecarios.

b. Este inciso busca avalar que el predio que se brinde en garantía conserve su valor económico para afrontar eventualidades, asegurando que el acreedor de la hipoteca no atraviese riesgos como el de la pérdida de la garantía.

c. Tal como lo menciona el art. 5.3. del Reglamento, si quien tasa la propiedad es un tasador debidamente registrado ante la Superintendencia, será suficiente una única tasación. Así también, el artículo 6.1. refiere la exigencia de poder tasar la propiedad, por lo menos una vez cada cinco años, ya que se requiere poder tener un control de las variaciones de su valor en el tiempo, ello servirá para establecer si es oportuna la constitución de provisiones por una eventual desvalorización del predio.

d. Este inciso se refiere que, si el Cliente al instante de morir solamente percibió el 30% de la totalidad del dinero acordado en el contrato, la entidad autorizada tiene la obligación de computar el interés del monto percibido, vale decir, del 30% del crédito, más no de la totalidad de la obligación.

e. Este inciso hace mención de que, al titular le es posible el poder pagar parcialmente o total toda su deuda, reduciendo la carga de la deuda a sus beneficiarios. Según Guerra (2019), la cuestión es la disposición que permite desequilibrar el contrato en cualquier momento, ya que el mercado está buscando una inversión financiera adecuada con sus obligaciones futuras y con poca probabilidad que se disuelva en cualquier momento.

f. La Ley exige que la propiedad afectada y brindada en garantía sea necesariamente destinada a vivienda o casa habitación del titular. Se entiende que este requerimiento obedece a que, dando ese uso al bien, el inmueble será conservado por el propietario de mejor manera que por una persona ajena al predio, de esta forma se podrá mantener su valor.

g. Este inciso busca que no haya otra garantía hipotecaria superior registrada anteriormente sobre el mismo predio brindado en garantía, ello para que la entidad financiera pueda cobrar la totalidad del crédito, sin inconvenientes, ya que, de no existir otra u otras hipotecas con prioridad de rango, facilitaría la ejecución.

h. Este inciso estipula la posibilidad de ejecutar el crédito de manera extrajudicial, limitándose a ejecutar el bien inmueble hipotecado, sin que se tenga que afectar otros bienes que integren la masa hereditaria.

i. Para este inciso, el artículo 11 del Reglamento, en numeral 11.1. menciona que: “los herederos y/o legatarios contarán con un plazo máximo de sesenta días calendario computados desde el día siguiente que son notificados para ejercer la opción de cancelar el crédito”. Si se decide por esta alternativa se procederá a levantar la garantía hipotecaria y a retener el bien objeto de la garantía.

j. Este inciso aclara que en caso los herederos no terminen de pagar, si el préstamo se concede dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha en que se le notifique el ejercicio de la opción, el banco sólo podrá ejecutar la hipoteca hasta el importe del préstamo concedido.

2.4. Beneficiarios de la hipoteca inversa

El artículo 4 de la Ley faculta al deudor hipotecario el poder nombrar un beneficiario o más de uno, para que tomen parte del crédito, una vez fallecido el titular del bien y todavía exista un saldo por pagar de la obligación contraída.

Se recalca que los beneficiarios no forman parte del vínculo jurídico derivado del contrato primigenio de constitución de la hipoteca inversa. Considerando discutible lo dispuesto en el artículo 4.2. del Reglamento, ya que esta disposición es contraproducente para el titular de la hipoteca inversa, puesto que no tiene la libertad de poder añadir o quitar a sus beneficiarios luego de la firma de su contrato.

Si bien es cierto el titular podría recurrir a la sede judicial para solicitar que se incorpore o se retire a beneficiarios, siendo un procedimiento engorroso, ya que conlleva y tarda mucho tiempo. Se considera que la legislación debió al menos posibilitar el nombrar a un nuevo beneficiario en caso este muere antes del titular.

2.5. Entidades autorizadas

La Ley en comentario sostiene en su artículo 5º que las entidades autorizadas para brindar éste tipo de hipotecas son aquellas que se posicionan de mejor manera frente a los consumidores, ya que tienen vasta experiencia en el otorgamiento de créditos hipotecarios y saben cómo llegar al público.

La norma dispone que las empresas autorizadas cuenten con capitales sociales considerables, para que puedan tener un soporte adecuado en el cumplimiento de sus obligaciones, y así evitar el no pago oportuno del crédito o renta en perjuicio del titular o titulares, y así asegurar que estos reciban de manera puntual el crédito pactado.

2.6. Vencimiento anticipado del contrato

El artículo 6 de la Ley afirma que, además del pago anticipado, otra de las causales que darían lugar a la extinción del contrato, se produce cuando el inmueble objeto de la garantía hipotecaria sea transferido antes de que el reembolso del crédito se convierta en exigible. En ese supuesto, la entidad financiera podrá disponer el vencimiento anticipado del contrato, a menos que se pacte la sustitución de la garantía.

El Reglamento en su artículo 9 agrega las siguientes causales de vencimiento anticipado del contrato, que son las siguientes:

- una es la interposición del embargo sobre el inmueble que es objeto de la hipoteca inversa.
- la otra causal es el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.1. del Reglamento, sobre las responsabilidades que tiene el cliente.

Es preciso destacar que el numeral 11.3. del artículo 11 del Reglamento establece que los plazos son parecidos al supuesto en el que se da el vencimiento del crédito a causa de la muerte del titular o del último designado como beneficiario.

2.7. Resolución de la hipoteca inversa

La resolución del convenio es un supuesto producido por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En el caso materia de comentario, el artículo séptimo de la Ley, protege al titular o titulares de un eventual incumplimiento de los pagos derivados del crédito pactado, por parte de la entidad autorizada. Facultándole al titular del inmueble recurrir a la extinción de la hipoteca inversa haciendo uso de la resolución contractual pudiendo exigir el cabal cumplimiento de la cláusula penal de ser el caso.

En esa misma línea, el artículo 10.1. del reglamento dispone que, si el titular se acoge a la causal de resolución automática del contrato de hipoteca inversa debe expresar su decisión haciéndola saber a la entidad acreedora. Mediante documento que también contenga el pedido del pago de la penalidad que se hubiese pactado y el adecuado cálculo de reembolso a efectuar, más los intereses generados a la fecha de incurrida la causal de incumplimiento.

La entidad autorizada está en la obligación de contestar a la comunicación dentro del plazo de cinco días útiles, ocurrido ello, el cliente o titular del bien debe proponer un cronograma de pagos teniendo en cuenta el monto calculado y, si no estuviese de acuerdo con dicho cálculo, puede contradecir el mismo.

2.8. Ejecución de la hipoteca inversa

Siguiendo la fórmula legislativa de la ley de la garantía mobiliaria, en el presente caso también se prevé la posibilidad de ejecutar la hipoteca inversa extrajudicialmente, siendo un medio de ejecución mucho más célere, dada la abrumante carga procesal con la que cuenta el poder judicial, ciertamente esta forma de ejecución favorece de sobremanera al acreedor hipotecario.

Por otro lado, la ejecución extrajudicial constituye una suerte de garantía a favor de la entidad financiera para propiciar la venta de este novedoso producto financiero, Roa & Herrera (2019), menciona que, en el ámbito normativo y jurisprudencial, se ha reconocido el derecho de los consumidores a que en toda operación de crédito puedan realizar el pago anticipado o prepago de

los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y la liquidación de comisiones y gastos.

El artículo 12 del reglamento prevé la adjudicación directa del bien por parte de la entidad acreedora, ofreciendo otra alternativa para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar el cobro del crédito, auto adjudicándose el bien.

Sin embargo, también el artículo 14 del reglamento, dispone la facultad de la entidad autorizada para recurrir a la ejecución judicial a través del remate judicial, previo vencimiento de los plazos a que se refiere dicho dispositivo.

De acuerdo a lo señalado por Avendaño, J. & Avendaño, F. (2019), deja en claro que en la ejecución material de este tipo de hipoteca esta significa un gasto económico y de tiempo excesivo derivado de cuestiones prácticas tediosas que hacen que esté lejos de ser un proceso breve. Esos problemas prácticos inciden negativamente en el acreedor hipotecario, el cual tendría que realizar más gastos, sea de tiempo o dinero, por lo cual la hipoteca como garantía pierde su interés como producto.

En artículo 15 del mismo reglamento, se ocupa del procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca inversa, señalando que procede la ejecución extrajudicial solo en caso de no haberse efectuado el pago del crédito, cumplido ese supuesto, se está habilitado para proceder con la ejecución extrajudicial, a través del ofrecimiento en venta del bien inmueble objeto de la garantía, en estricto cumplimiento de las reglas contenidas en el Código Civil, con relación a la ejecución de garantías reales.

Según Chipana (2018), "toda entidad va a preferir ejecutar de manera extrajudicial el bien. Nadie, en su sano juicio, optará por realizar la ejecución judicial por el tiempo y lo engorroso que resulta para cualquier persona encontrarse en un proceso judicial"(p. 5).

En ese sentido, podríamos afirmar que el reglamento protege a la entidad financiera, poniendo en un segundo plano al titular del inmueble, siendo la parte débil de esta relación, quedando pendiente legislar algunos supuestos que pongan que las entidades no cometan abusos al momento de la ejecución extrajudicial del bien.

2.9. Régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento

Es un acierto el contenido de la Ley N° 30741, al considerar en el artículo 9° la transparencia, suministro de información y asesoramiento al cliente, la que determina que:

La transparencia conlleva, cuando menos, la difusión de las características del producto, englobando los riesgos que el mismo implica; el suministro de información considera, como mínimo, la entrega de folletos, modelo de contrato y toda restante información que requiera el consumidor, abarcando la remisión de consultas que formule. (Congreso de la República, 2018).

Con ello se consigue proteger a los clientes brindando una información certera, transparente e idónea.

Se pretende asegurar que antes de constituir una hipoteca inversa, el interesado cuente con toda la información y se entere de las ventajas y desventajas o riesgos que pudiera existir, ello incluye los montos dinerarios correctos, tasas de interés. El exigir que el asesor especializado sea un tercero ajeno a la empresa financiera resulta beneficioso para el cliente, en cuanto a la transparencia de la información brindada.

3. CONCLUSIONES

La situación de los adultos mayores en Perú no es en lo absoluto sencilla. Es por ello que se tiene a la hipoteca inversa como una gran alternativa para ellos, donde la principal ventaja es que quienes solicitan este tipo de hipoteca, podrán seguir habitando sus viviendas habituales y a la par podrán sumar a sus pensiones ya sean públicas o privadas, la renta que percibirán por su patrimonio inmobiliario, lo que permitirá que puedan mantener o mejorar su nivel de vida.

Implantar la hipoteca inversa en nuestro país, es en definitiva una gran iniciativa que se espera ayude de sobremanera a la población adulto mayor. Por

otro lado, se considera también, que su normativa aún debe mejorar, para que este producto financiero pueda ser más funcional.

Del análisis de la Ley de La Hipoteca Inversa y su reglamento, se concluye que existen algunas falencias que deberían ser recogidas por el legislador, tales como: establecer una edad mínima o quizá máxima del titular o titulares del inmueble para obtener una hipoteca inversa. En cuanto a los beneficiarios que son designados al momento de celebrado el contrato, no existe la posibilidad de que el titular o cliente pueda añadir, suprimir o cambiar a sus beneficiarios con posterioridad. La normativa no prevé la posibilidad del pago del crédito de manera anticipada, ya sea de manera total o parcial.

Es un acierto poder contratar un seguro que posibilite al titular o titulares del bien, percibir una renta de por vida, una vez la entidad financiera haya cumplido con el desembolso íntegro del crédito acordado.

El espíritu de la Ley es asegurar la exigibilidad y consecuente ejecución de la hipoteca, obviamente favoreciendo de sobre manera a la entidad financiera o entidad autorizada, pues se exige que el bien inmueble debe estar asegurado contra todo tipo de daño, ayudando así su ejecución, incluso permitiendo una adjudicación directa de manera extrajudicial.

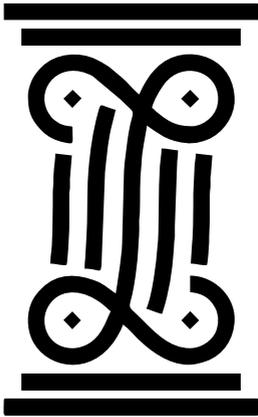
BIBLIOGRAFÍA

- Avendaño, J., & Avendaño, F. (2019). *Derechos Reales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bigio Chrem, J. (1991). Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código civil de 1984. *Derecho PUCP*, 45.
- Bravo de Mansilla, G. (1997). *Derecho o carga real: Naturaleza jurídica de la hipoteca (tesis doctoral)*. Sevilla.
- Chávez, M. (2019). *Las Hipotecas Especiales en el Ordenamiento Peruano [Tesis de titulación, Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú]*. Repositorio Institucional PUCP. Obtenido de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16225>

- Chipana, J. (2018). La nueva ley que regula la hipoteca inversa. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Obtenido de <https://laley.pe/art/5139/la-nueva-ley-que-regula-la-hipoteca-inversa>
- Código Civil Peruano [CCP]. Decreto Legislativo N° 295, 1984, 25 de julio (Perú)
- Corte Suprema de Justicia de La República. Pleno Casatorio Civil (2012), Casación N° 2402-2012, Juez Supremo Ponente Távara Córdova. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Sexto-Pleno-Casatorio-Civil-Casacion-2402-2012-Lambayeque-LP.pdf>
- Congreso de la República. (28 de Marzo de 2018). Ley N° 30741, Ley que Regula la Hipoteca Inversa. *Diario El Peruano*, págs. 4-5.
- Derruppe, J. (1952). *La natura juridique du droit du preneur á bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*. París.
- Enrique Varsi Rospigliosi & Marco Torres Maldonado. (2019). Propiedad y Derechos Reales Análisis Jurídico. En *Gaceta Civil & Procesal Civil* (págs. 159-174). Lima.
- García, S. (2016). *La Hipoteca Inversa [Tesis Doctoral, Universidad Jaume I]*. Repositorio Institucional UJI. Obtenido de <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10803/405652>
- Guerra, R. (Octubre de 2019). La hipoteca inversa ya tiene luz verde. *El Comercio*.
- Hurtado, M. (2014). En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca: Apuntes iniciales. En C. (. Montoya, *Las Garantías Reales Gaceta Civil & procesal civil* (págs. 51-70). Lima: El Búho.
- INEI, I. N. (2019). La Informalidad y la Fuerza de Trabajo. Reporte 2019-2020. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1764/cap04.pdf
- Montero, Z. (2014). *Estudio de la viabilidad para la implementación de la Hipoteca Inversa en Mar de Plata 2013/2014 [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Mar del Plata]*. Repositorio Institucional UNMDP. Obtenido de <http://nulan.mdp.edu.ar/2907/1/montero-2014.pdf>
- Muro, A. (1999). *Manual de derechos reales de garantía*. Lima: Zes.
- Musto, N. (2000). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Astrea.

- Roa, M., & Herrera, J. (2019). El derecho al pago anticipado de los consumidores y los créditos hipotecarios otorgados con subsidio del Estado. *Lus et Praxis*. Obtenido de https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/4501
- Rosales, S. (10 de enero de 2019). Solo 39 de cada 100 adultos mayores están afiliados a un sistema de pensiones. *Gestión*. Obtenido de <https://gestion.pe/economia/39-100-adultos-mayores-afiliados-sistema-pensiones-255239-noticia/>

Protección al Consumidor



LOAIZA
—
& ASOCIADOS



987 197 828
(084) 654770



Manuel Prado,
Jirón Pisac B-18

www.loaizafirma.com

El deber y derecho de información en las relaciones de consumo

Maduzza Herrera Vargas¹

RESUMEN

Para entender el deber y derecho de información en las relaciones de consumo debemos entender el origen de la protección al consumidor. A lo largo de la historia siempre existieron relaciones de consumo, inclusive desde los tiempos primitivos, pero con la revolución industrial se hizo más imprescindible la protección al consumidor, los productos se empezaron a fabricar en masa, por consiguiente, los desperfectos en los productos también aumentaron, y surge la necesidad de proteger a los consumidores frente a los abusos y omisiones de los proveedores. Un suceso importante también tuvo lugar en los años 60 en Estados Unidos con el presidente John Kennedy que propuso 4 derechos fundamentales de los consumidores, entre ellos el derecho a la información.

En el Perú, el momento más importante en la protección del consumidor surgió con la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en 1992, este hecho permitió un control más estricto en el estableciendo de deberes y derechos tanto de los consumidores y proveedores.

El deber de información recae en los proveedores, estos deben brindar a los consumidores la información necesaria para que estos tomen una decisión adecuada de consumo, y significara un derecho para el consumidor.

Dos conceptos que suelen confundirse son el deber de información y el deber de idoneidad. El deber de información sirve de referencia al deber de

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Correo: 182277@unsaac.edu.pe

idoneidad, porque al ser el deber de idoneidad la correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe, la forma de comprobar aquello que el consumidor esperaba, se demuestra a través de la información que le fue proporcionada.

ABSTRACT

To understand the duty and right to information in consumer relations we must understand the origin of consumer protection. Throughout history there have always been consumer relations, even since primitive times, but with the industrial revolution consumer protection became more essential, products began to be mass-produced, consequently, product defects also increased, and the need to protect consumers against abuses and omissions of suppliers arose. An important event also took place in the 1960s in the United States with President John Kennedy who proposed 4 fundamental consumer rights, including the right to information.

In Peru, the most important moment in consumer protection arose with the creation of the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property (Indecopi) in 1992, which allowed a stricter control in the establishment of duties and rights of both consumers and suppliers.

The duty of information falls on the suppliers, they must provide consumers with the necessary information for them to make an adequate decision of consumption, and it will mean a right for the consumer.

Two concepts that are often confused are the duty of information and the duty of suitability. The duty of information serves as a reference to the duty of suitability, because as the duty of suitability is the correspondence between what the consumer expects and what he actually receives, the way to verify what the consumer expected is demonstrated through the information provided to him.

Palabras clave: protección al consumidor. Asimetría informativa. Deber de información. Información relevante. Deber de idoneidad. Consumidor ordinario. Consumidor razonable.

1. ORIGEN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1.1. Surgimiento de la protección al consumidor

Las normas que protegen los derechos de los consumidores, tienen un especial tratamiento, porque es una de las ramas más antiguas del derecho; pero también es la rama más moderna porque, se ubica dentro del Derecho de la Competencia. Podemos mencionar a Ulpiano que menciona, el que “sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra” (Araujo Morales, 2022).

Con respecto a la edad media:

“en la obra *Suma Teológica* de Tomas Aquino, se discute sobre si una venta se hace ilícita porque presenta un defecto en la cosa vendida y acerca de si el vendedor está obligado a manifestar los vicios que tuviera la cosa vendida”. (Araujo Morales, 2022).

La revolución industrial sin duda crea un antes y un después en la protección al consumidor; puesto que la revolución industrial iniciada en el siglo XVIII en Inglaterra, la cual cambio la vida tradicional basada en la agricultura, ganadería y artesanía que tenían las personas; por una forma de producción moderna, con fabricación a gran escala por medio de máquinas; sin embargo, con el surgimiento de la revolución industrial surgen algunos problemas al presentarse casos de responsabilidad por productos que tenían algunos defectos, como es evidente nace la necesidad de proteger a los consumidores que adquieren productos, y de forma simultanea, surge el deber de los proveedores de ofrecer productos y servicios adecuados. Debemos precisar que este derecho de los consumidores y obligación para los proveedores, siempre existió desde tiempos primitivos, pero con la revolución industrial, al acelerarse la producción, aumentan los casos en donde es necesario proteger al consumidor.

1.2. Protección al consumidor en los años 50 y 60

La década de los 50 y 60 tiene una particular importancia, se masifica la producción y el consumo, de forma paralela a esto también cambia la forma de interacción de los proveedores y consumidores, debido a que los tratos ya no son de forma directa, sino que pasan a ser más estandarizados a través de medios electrónicos. Es dentro de este contexto que, en el año de 1962 John Kennedy, Presidente de los Estados Unidos da a conocer al congreso, diferentes percepciones que tenía respecto al rol que tienen los consumidores en el desarrollo económico de su país. Con este acto Kennedy le decía al mundo entero que para una adecuada protección de la ciudadanía no solo basta con proteger nuestros derechos políticos, sino que también es necesario una conveniente protección de los derechos económicos.

Es así que el expresidente estadounidense Kennedy propuso 4 derechos fundamentales de los consumidores que prevalecen hasta nuestros tiempo que son: primero el derecho a poder escoger, a ser escuchado, a la información, y finalmente, a la seguridad. Luego de más de dos décadas del mencionado acontecimiento que la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985 declaró el 15 de marzo como “El Día Mundial de los Derechos del Consumidor”, así mismo la asamblea estableció lineamientos para proteger a los consumidores en todo el planeta.

1.3. Historia de la protección del consumidor en el Perú

La protección al consumidor en el Perú surge de forma tardía a comparación de otros países de Latinoamérica, si tenemos que mencionar los orígenes legales, es imprescindible hablar del D.S. 036-83-JUS del año 1983, pero el momento cumbre de la protección al consumidor se dio con la promulgación en nuestro país de la Ley de Protección al Consumidor en los años 90.

Consideramos que un hecho trascendental fue el que tuvo lugar en noviembre de 1992 durante el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori como parte de las reformas económicas que se implementaron durante esos años; puesto que mediante el Decreto Ley N° 25868 se crea el INDECOPI.

Sin duda que con la creación de la mencionada institución, el derecho de los consumidores a causa del desarrollo económico, la apertura de los mercados y la globalización, ha pasado a ser tema de actualidad y se obliga al Estado el deber de implementar políticas en beneficio de los consumidores para que estos tomen una decisión adecuada al momento de contratar un servicio o adquirir un bien.

2. DEBER Y DERECHO DE INFORMACIÓN

2.1. El consumidor y la información

Con el avance de la tecnología y la globalización surgieron cambios en los productos y servicios; puesto que estos son más especializados, y quien tiene mayor acceso a la información sobre los productos o servicios es el proveedor, pues cada vez los consumidores conocen menos a cerca de lo que consumen. En muchos casos, la información que recibe el proveedor no es suficiente para un consumo eficiente, o puede darse el supuesto de que el proveedor brinda información de poca calidad.

Como dice Muñoz Cortina (2012): “Esto, ha generado que el Estado se abrogue la obligación de proteger al consumidor y le imponga al productor el deber de proporcionar cierto tipo de información para la protección de los derechos de los consumidores con el fin de preservar su libertad de decisión” (p. 5).

Como regla general, para que un consumidor pueda adquirir un producto o servicio con la suficiente libertad a fin de que se valore su voluntad primero se debe informar al consumidor sobre el producto o servicio, así superar la brecha de información entre el productor y el consumidor.

2.2. Introducción al derecho de información de los consumidores

Un componente primordial en materia de protección al consumidor es el deber de información que recae en los proveedores, decimos que es primordial porque este concepto influye directamente en el consumidor cuando este adquiere productos o servicios. La información dentro de las relaciones de consu-

mo es sumamente importante por eso, es necesario conocer los derechos de los consumidores; porque a causa de la asimetría informativa los proveedores tienen mayor acceso a la información respecto del producto o servicio, debido a esto los consumidores no reciben la información dentro de los parámetros y condiciones establecidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), que lo facultan para que pueda tomar una decisión adecuada de consumo.

2.3. Concepto del deber de información

El deber de Información a entender de Roger Merino Acuña es:

“la contraparte de uno de los pilares de la economía clásica: el derecho a elegir. En efecto al ser los contratantes libres e iguales para poder realizar la elección más adecuada del producto o servicio que deseen, solo necesitarían ser bien informados para tal fin, no siendo necesario otros controles” (Supo Calderon , Daniela; Bazan Vazquez, Victor Hugo, 2020).

Es decir, en base a la libertad de contratación podemos decidir celebrar un contrato, decidir con quién celebrarlo, así como la libertad de decidir sobre el contenido; de esa forma el consumidor puede elegir contratar un producto o servicio, pero para tomar una decisión adecuada necesita estar informado, y corresponde al proveedor facilitar toda la información, el consumidor ya contando con toda la información necesaria sobre del producto o servicio que se desea contratar, pueda tomar una decisión consciente, válida y conforme a sus intereses.

2.4. Nociones generales sobre el deber de información

En la vigente Constitución Política del Perú (en adelante CPP) dentro del sistema económico se tiene el capítulo I del título III referido al régimen económico y sobre la protección al consumidor, dentro del mencionado capítulo el artículo 65 que dispone lo siguiente:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Del artículo anteriormente citado podemos advertir que el derecho del consumidor genera una especial tutela jurídica conformada entre otros, por el derecho a la información de la persona dentro de las relaciones de consumo. Por consiguiente es deber del Estado proteger los intereses de los consumidores y usuarios, así como asegurar el derecho a la información. Por otro lado, corresponde a los proveedores dar información adecuada al consumidor, para que en base a esta información proporcionada, el consumidor tome una decisión conforme a sus intereses.

2.5. Fundamentos de por qué la información es un elemento indispensable para el consumidor

a. **Situaciones de peligro y desigualdad:** Existen diferentes peligros y desigualdades, debido al constante cambio de los mercados y la forma de interacción dentro de este. Puede darse el caso de celebrar contratos injustos que representen un peligro para el consumidor y, como es evidente, es necesario la protección al consumidor en esta situación.

b. **Asimetría informativa:** La asimetría informativa tiene lugar porque existe un desequilibrio respecto a la información que poseen los proveedores frente a los consumidores, por lo general quien tiene acceso a la información del producto o el servicio que presta es el proveedor; puesto que el conoce el proceso de fabricación, los materiales, los riesgos del servicio, las ventajas y demás, y esto ubica al proveedor en una posición privilegiada en la relación de consumo.

Respecto al tema Vega Meré refiere que:

“A pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa. El consumidor se encuentra en una situación desventajosa ya

que, generalmente, solo recoge la información que la empresa arroja. Por ello, existe asimetría informativa cuando los agentes económicos (consumidores y proveedores) disponen de fragmentos informativos, es decir, datos no completos y hasta distintos. Esta circunstancia, puede conducir a la parálisis de los cambios o a la actuación de cambios en circunstancias no óptimas para uno o más contratantes". (Como se citó en Muñoz Cortina, 2012, p. 7).

Nuestra realidad demuestra que la información no es suministrada de forma correcta a los consumidores, en muchos casos debido a que al proveedor no le beneficia brindar toda la información, porque esta pueda alterar la decisión de consumo que tiene que tomar el consumidor frente a la adquisición de productos o contratación de servicios; puede darse el supuesto de que para acelerar las relaciones de consumo se omitan ciertos datos. Esto evidentemente perjudica al consumidor que cree tener la información suficiente.

c. **Vulnerabilidad cognitiva:** Haciendo el análisis respectivo podemos referir que la vulnerabilidad cognitiva a la que están expuestos los consumidores, se presenta con mayor frecuencia en la adquisición de productos o servicios contratados vía electrónica; puesto que la tecnología cada vez se moderniza más y no todas las personas siguen el ritmo de los avances tecnológicos, entonces acceder a la información ofrecida en medios tecnológicos, no es fácil para todos los consumidores.

2.6. Derechos de los consumidores

El derecho de los consumidores al acceso a la información sobre los productos equivale al deber que tienen los proveedores de proveerla. Derecho que está reconocido en el CPDC en el artículo 1.1. liberal b) citado a continuación:

"Artículo 1.- Derechos de los consumidores. –

En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b) Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios" (Congreso de la Republica , 2010).

a. **Oportuna:** La información que brinde el proveedor al consumidor debe ser oportuna, es decir, que suceda o se realice en una circunstancia o momento adecuado para que produzca el efecto deseado. Es importante resaltar que la información oportuna tiene dos momentos, primero en la adquisición de los productos o servicios y segundo durante el periodo de uso del producto o servicio, momento en el que la información debe brindarse de manera continuada en referencia a aquellos productos que no se agotan con un solo uso.

b. **Suficiente:** Es decir si bien el proveedor está en la obligación de proporcionar toda la información necesaria a fin de que el consumidor pueda tomar una decisión adecuada de consumo es por ello que no se admiten omisiones; sin embargo, tampoco es conveniente un exceso de información, que lejos de ayudar al consumidor a tomar una decisión, terminen confundiéndolo más.

c. **Veraz:** La información proporcionada por el proveedor debe ser ajustado a la verdad o a la realidad, de tal forma que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo en base a hechos y circunstancias verdaderas y exactas.

d. **De fácil acceso:** La información debe estar al alcance del consumidor; por lo tanto, no debe ser difícil acceder a ella.

En suma, el derecho a la información de los consumidores significa el deber de información de los proveedores, se ha establecido como uno de los derechos más importantes en los que se basan las leyes de protección al consumidor. Además, representa el derecho que tienen todos los consumidores o usuarios de obtener la información necesaria sobre los productos o servicios que quieren contratar.

2.7. Información relevante

La información relevante está regulada en el artículo 2 del CPDC la cual indica la obligación del proveedor a proporcionar al consumidor la información completa, pertinente y necesaria a fin de que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo, además que la información relevante sirve para un adecuado uso tanto del producto o servicio que se contrata.

2.3. Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor. (Congreso de la Republica , 2010).

Debemos tener en cuenta que para analizar si se ha brindado o no información relevante se debe evaluar de forma específica cada caso, según lo mencionado líneas arriba el CPDC señala que el análisis debe realizarse en base a la información omitida, la información errada que desnaturaliza los términos en las que se realizó la oferta al consumidor. Por consiguiente, la información influye en el establecimiento de la relación de consumo, si esto no fuera así, no tendría la denominación de información relevante.

Lo anterior mencionado se entiende mejor con lo establecido en el artículo 3 del CPDC, donde se establece que:

“está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”. (Congreso de la Republica , 2010).

3. DEBER DE INFORMACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE IDONEIDAD

3.1. Deber de información y deber de idoneidad

Los 2 pilares sobre los que se sustenta el sistema de protección al consumidor son el deber de información y al deber de idoneidad, sin embargo, existe confusión al distinguirlos.

Con respecto a la idoneidad es entendida como aquella “correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto” (Flores Uribe, 2020) , entre otros factores; por lo tanto, si bien la información proporcionada por los proveedores forma parte del deber de idoneidad, no implica que hablemos de lo mismo.

Conforme al artículo 20 del CPDC, para hacer la distinción entre estos dos conceptos es necesario analizar las garantías legales:

- **Garantía legal:** “Cuando por mandato de la ley o normas vigentes no se autoriza la comercialización de un producto o la prestación de un servicio” (Jara Falla, 2020, p.54) si estos no cumplen con la garantía. Es decir, las partes no pueden por su libre albedrío pactar en contra de una garantía legal. Debemos resaltar que “una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita, tampoco por una garantía implícita” (Jara Falla, 2021, p.54).
- **Garantía explícita:** Esta garantía dentro de la relación de consumo se manifiesta cuando los términos y condiciones son ofrecidos de forma expresa al consumidor en el contrato, sino se establece en el contrato, la garantía se puede encontrar en el comprobante de pago, etiquetado del producto, publicidad o cualquier otro medio a través del cual se pueda demostrar los que se ofreció al consumidor, inclusive ahora con el avance de la tecnología, las garantías pueden ser probadas a través de páginas web, correos electrónicos, mensajes, etc. Como es lógico una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita,

porque las garantías explícitas son claras y detalladas y frente una garantía implícita que es imprecisa y hasta incierta, prevalece aquello que está claro y determinado.

- **Garantía implícita:** se presenta cuando “ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsible para los que han sido adquiridos” (Jara Falla, 2021, pp. 54-55) por los consumidores, además la garantía no está establecida en el etiquetado, publicidad u otros medios, sino que la garantía se entenderá entre muchos otros aspectos en los usos y costumbres del mercado.

Como se advierte, para analizar el cumplimiento del deber de idoneidad, se toma en cuenta la información que brindó el proveedor, como mencionamos líneas arriba, la información puede constituir una garantía explícita o legal. Por consiguiente se analiza si se brindó la información relevante para adoptar una decisión de consumo, si omitió esta o la información era falsa o errada, que servirá para corroborar si se cumplió con el deber de idoneidad.

El deber de información y deber de idoneidad al ser conceptos distintos, en la jurisprudencia establecida por el INDECOPI, es posible encontrar diversos casos en los que se sanciona a un mismo proveedor por infracción al deber de información e idoneidad.

3.2. Diferencias entre el deber de información y deber de idoneidad

Deber de información	Deber de idoneidad
En la CPP, y de forma más detallada en el CPDC en los artículos 2 y 3 se encuentra desarrollado el derecho de los consumidores a la información tanto de los bienes o servicios	El deber de información y deber de idoneidad se encuentran vinculados, pero eso no significa que hablemos de lo mismo, existe una relación de genero-especie.

Deber de información	Deber de idoneidad
<p>Es necesario aclarar que la información que brinde el proveedor, no se refiere a toda la información sobre el bien o servicio, sino que, la información relevante es que debe llegar al consumidor, de no existir este límite no se podría determinar la responsabilidad de los proveedores ante una denuncia por falta de deber de información.</p>	<p>Para analizar el deber de idoneidad se toma como punto de partida la información que el proveedor brindó, para corroborar la correspondencia entre lo que efectivamente se ofreció al consumidor y lo que este recibe. Y según el artículo 18 del Código “En función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio” (Congreso de la Republica , 2010).</p>
<p>Para determinar si la información es relevante o no, se toma como punto de medición si esta incide o no en la configuración de la relación de consumo y es que si esta no tiene incidencia, no se la considera relevante.</p>	<p>La idoneidad se evalúa según la naturaleza o función del producto en relación con la aptitud del mismo para satisfacer la necesidad para la cual ha sido comercializado.</p>

Fuente: Realización propia.

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR RAZONABLE

4.1. El deber de información y el consumidor ordinario

El CPDC tiene la finalidad de proteger al consumidor para que pueda acceder a productos y servicios idóneos, reduciendo la asimetría informativa, esta protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor. Dentro de este contexto existe el concepto de “consumidor razonable o diligente”, este tipo de consumidor entiende los deberes y obligaciones que se generan en la relación de consumo, porque este tipo consumidor busca información, analiza las características, ventajas, desventajas de un producto o una prestación de servicio.

Si hablamos del consumidor peruano, debemos tener en claro que una gran mayoría no son consumidores razonables, porque no les interesa informarse sobre las características, calidad, ventajas o desventajas de un producto o servicio, simplemente contratan porque necesitan cubrir una necesidad, entonces el consumidor que se debe proteger en el Perú es el consumidor promedio.

Cuando hacemos referencia a consumidor razonable, no se debe entender como un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso, porque no se requiere un consumidor que analice al detalle; contrario a esto se busca incentivar las conductas diligentes de los consumidores, es decir, se exige una diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona.

¿Se debe proteger al consumidor ordinario o al consumidor razonable? Este es un debate que sin duda ha generado diversas opiniones, y surge la duda de a qué tipo de consumidor se debe proteger, si a un consumidor ordinario o aun consumidor razonable. Un consumidor ordinario es aquel que no actúa con la diligencia regular, es decir, no adopta las precauciones adecuadas y con anticipación respecto de la decisión de consumo, puede ser porque la información no estuvo a su alcance o porque sencillamente aun teniendo la información no le interesa conocerla y decide contratar un servicio o adquirir un bien. Por otro lado, un consumidor razonable entiende todo lo que implica una relación de consumo, es consciente de las responsabilidades que le corresponden, puesto que se informa, analiza la calidad, cualidades y características de un producto o servicio, es decir conoce perfectamente lo que hace y las consecuencias que se generan.

Entonces, volviendo al tema en discusión ¿a qué tipo de consumidor se debe proteger? Consideramos que se si se da preferencia al consumidor ordinario, estaríamos protegiendo la irresponsabilidad de algunos consumidores que no actúan con la debida diligencia al momento de establecer una relación de consumo, y se renunciaría a la posibilidad de generar incentivos para que los consumidores actúen con mayor responsabilidad. Entonces, lo mejor es motivar a los consumidores a actuar con cuidado, diligencia y responsabilidad; es decir, sean consumidores razonables que se informen adecuadamente.

Es importante resaltar que con la idea de consumidor razonable no se busca que toda la responsabilidad recaiga sobre el consumidor; sino todo lo contrario, la intención de promover un consumidor razonable es que también los proveedores actúen en la misma proporción brindando toda la información necesaria al momento de establecer una relación de consumo.

En el Perú la mayoría de casos relacionados a la vulneración de derechos del consumidor están relacionados a la infracción del deber de información

por parte de los proveedores, problema que se podría disminuir si tenemos consumidores razonables que busquen informarse adecuadamente antes, e incluso, durante el momento de establecida la relación de consumo; es decir, hablamos de una información dinámica que es aún más relevante cuando se contratan con entidades financieras.

Por consiguiente, mientras la información para el proveedor implica un deber de brindarla, para el consumidor representa un derecho, si logramos entender esto evidentemente las relaciones de consumo se establecerán de forma eficaz y se reducirán los casos de infracción del deber de información.

En el Perú INDECOPI a través del Órgano Resolutivo de proceso Sumarísimo y la Comisión de Protección y Defensa del Consumidor, protege al consumidor frente a los abusos y omisiones que pudiera realizar el proveedor, como lo mencionamos, un consumidor razonable mejoraría de sobre manera las relaciones de consumo y por ende facilita el normal desarrollo del mercado. Si bien el consumidor razonable no es precisamente lo que tenemos en nuestro país, sin duda sirve de motivación para alcanzar una realidad deseada donde los proveedores cumplan con su deber de información y los usuarios puedan exigir su derecho a la información.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Morales, C. J. (2022). El surgimiento de la protección al consumidor. *Revista Juridica Cajamarca*, 3.
- Congreso de la Republica . (2010). *Codigo de Defensa y Proteccion del Consumidor* . Lima: Diario Oficial El Peruano .
- Flores Uribe, J. A. (15 de septiembre de 2020). Sobre el derecho a la información en las relaciones de consumo. *IUS 360*. Obtenido de <https://ius360.com/sobre-el-derecho-a-la-informacion-en-las-relaciones-de-consumo-benites-vargas-y-ugaz-abogados/>
- Jara Falla, C. S. (2021). *Vinculación del Deber de Idoneidad y el Deber de Información en las Relaciones de Consumo*[Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho]. Lima: UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS. Obtenido de <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/655059>

Muñoz Cortina, S. H. (2012). El derecho a la información en la esfera de protección al consumidor. *Dialogos de derecho y politica*, 1-20. <https://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Derecho-a-la-Informacion-Proteccion-del-consumidor.pdf>

Supo Calderon , Daniela; Bazan Vazquez, Victor Hugo. (2020). El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. *FORSETI*, 8(12), 69-94. Obtenido de <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1355/1471>

Límites del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales

Miguel Wesly Astete Reyes¹

RESUMEN:

En el presente artículo se mencionarán los procesos constitucionales y a qué obedece su clasificación, para luego realizar un desarrollo sobre los procesos constitucionales que garantizan la supremacía constitucional, seguidamente analizar si el Tribunal Constitucional cuenta con límites en su actuación y desempeño de sus funciones, y finalmente el proceder de dicho colegiado en el expediente N°00002-2020-CC/TC Caso de la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral.

Es importante verificar la delicada labor de este supremo tribunal, ante un peculiar caso vinculado a una decisión que procuraba la destitución del Jefe de Estado, por otro poder autónomo, ante un cuestionamiento sobre una institución poco desarrollada como es la incapacidad moral permanente. Analizaremos si se perdió una oportunidad histórica de fijar su contenido, o fue adecuado rechazar la demanda por sustracción de la materia, siendo innecesario realizar un control de fondo.

¹ Egresado de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, con estudios de maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Postgrado de la UNSAAC, con estudios de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla. Docente de la Academia de la Magistratura, con pasantías en Brasil, España y Costa Rica. Fiscal Adjunto Titular, Fiscal Provincial Penal, actualmente Juez de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco. Correo: weslycobain@hotmail.com

ABSTRACT

In this article, the constitutional processes will be mentioned since it obeys their classification, to then carry out a development on the constitutional processes that guarantee constitutional supremacy, then analyze if the Constitutional Court has limits in its action and performance of its functions, and finally the procedure of said collegiate in File No. 00002-2020-CC / TC Case of the vacancy of the President of the Republic due to permanent moral incapacity.

It is important to verify the delicate work of this supreme court, in the face of a peculiar case linked to a decision that sought the removal of the head of state, by another autonomous power, in the face of a questioning about an underdeveloped institution such as permanent moral incapacity. We will analyze whether a historical opportunity to fix its content was lost, or it was appropriate to reject the claim for theft of the matter, making it unnecessary to carry out a substantive control.

Palabras clave: Procesos constitucionales, proceso competencial, límites al Tribunal Constitucional, vacancia presidencial, sustracción de la materia.

1. PROCESOS CONSTITUCIONALES

El Tribunal Constitucional sigue sin ejercer el monopolio de la jurisdicción constitucional, como lo establece el artículo 201 de la Constitución Política del Estado y la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 1, debido a que los procesos constitucionales vinculados a la defensa de los derechos fundamentales y algunos orgánicos, son de conocimiento del Poder Judicial, en primera y segunda instancia.

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución; sin embargo, conforme lo cuestiona el maestro Eguiguren, no lo definen como su “supremo intérprete” de esta². No obstante, debe resaltarse la existencia de

2 EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. La Jurisdicción Constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador) La Constitución y su defensa. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición, Lima 2003. Pág. 144.

una norma casi subrepticia en la Primera de sus Disposiciones finales de su ley orgánica (Ley N° 28301), donde se señala que “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”. Criterio asumido recientemente en el tercer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional³.

De acuerdo al artículo II del Título Preliminar del reciente código adjetivo: “son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”. Ello permite que por su finalidad, los procesos constitucionales sean clasificados como: i) procesos constitucionales orgánicos: procesos de acción popular, inconstitucionalidad y competencial. ii) procesos constitucionales de la libertad, al garantizar la vigencia de los derechos constitucionales: *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Con los cuestionamientos a este último, al no ser reconocido en estricto como un proceso constitucional, sino como un proceso constitucionalizado⁴.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

Denominados procesos de defensa de la primacía de la Constitución, procesos que defienden la jerarquía normativa de todo el orden jurídico. Dentro de ellos:

3 Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307.

4 CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Pirhua, Repositorio institucional. Diciembre 2005, pág. 7. En: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2.1. El proceso de Inconstitucionalidad: que procede contra las normas que tengan rango de Ley

1. Leyes,
2. Decretos Legislativos,
3. Decretos de Urgencia,
4. Tratados,
5. Reglamentos del Congreso,
6. Normas regionales de carácter general,
7. Ordenanzas municipales.

Cuya finalidad es garantizar la primacía jurídica de la Constitución, contra toda norma que la contravenga, con el objeto de que sea dejada sin efecto y expulsada del ordenamiento jurídico, produciéndose un efecto análogo a la derogación, por lo que incluso la sentencia se publica en el Diario Oficial El Peruano, conforme el artículo 204 de la Constitución Política del Estado; labor donde los magistrados constitucionales aparecen como “legisladores negativos”⁵.

Las normas pueden ser controladas en su constitucionalidad, por la forma o por el fondo, es decir, si en su dación se quebrantó el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho, y cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo⁶; o si materialmente contraviene lo establecido en la norma fundamental o se utilizaron expresiones ideológicas disímiles a las de quienes intervinieron en el proceso de creación de la Constitución, lo que se denomina contradicciones ideológicas.

Siendo importante tomar en cuenta el principio de presunción de constitucionalidad de todas las normas producidas por los diversos organismos

5 GARCÍA TOMA, Víctor. El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). Pág. 176. En: Anuario de Derecho Penal 2005. Material parte de la Guía didáctica del Curso Casos emblemáticos de Derecho Procesal Constitucional, Programa de Capacitación para el Ascenso de la Academia de la Magistratura 2021.

6 Exp. 00020-2005-PI/TC acumulados, fundamento 22. Exp. 00008-2016-PI/TC y 00009-2015-AI/TC.

existentes en un ordenamiento jurídico; así como que, antes de declarar su inconstitucionalidad, deben realizarse todas las interpretaciones posibles para encontrar alguna que sea conforme a la Constitución y salvar la vigencia de la ley, claro está, subordinándola a los cánones de la Carta Magna; lo que se denomina principio de conservación de la ley.

2.2. El proceso de Acción Popular

Que se sigue contra los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general que puedan haber sido emitidas por el Poder Ejecutivo o las normas administrativas que puedan haber sido dictadas por instituciones públicas que infrinjan la Constitución o la ley. Siendo su finalidad impugnar la validez de las normas generales con jerarquía inferior a la ley, siendo su efecto análogo al de una derogación.

Precisando que si bien, tanto en la Constitución Política del Estado como en el Código Procesal Constitucional se dispone la procedencia de la acción popular contra los reglamentos que contravienen la ley; entonces ¿cómo se justificaría que la ilegalidad de un reglamento tiene relevancia constitucional? El profesor Castillo-Córdova acertadamente sostiene que debido a la jerarquía normativa contenida en el artículo 51 de la Constitución, la cuestión necesariamente adquiere relevancia constitucional⁷.

2.3. El Proceso Competencial

Que procede cuando alguno de los poderes del Estado o de las entidades públicas toma decisiones que no le corresponden o rehúye actuaciones que son propias de su competencia, interfiriendo en las atribuciones de otros órganos que las tienen asignadas por la Constitución o las Leyes Orgánicas. Proceso pre-

7 CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. Procesos Constitucionales y Principios Procesales. Pirhua, Repositorio institucional. Abril 2011, pág. 8. En: Material parte de la Guía didáctica del Curso Casos emblemáticos de Derecho Procesal Constitucional, Programa de Capacitación para el Ascenso de la Academia de la Magistratura 2021.

visto en el artículo 202 de la Constitución Política del Estado, desarrollado en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y luego en el artículo 108 y siguientes del Código Procesal Constitucional, donde se establece que el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos sobre las competencias o atribuciones que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

1. Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades;
2. A dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí;
3. A los poderes del Estado entre sí o con cualesquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Se precisa que la sentencia del Tribunal Constitucional determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Y cuando se hubiere promovido conflicto negativo de competencia, la sentencia además puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o ente estatal de que se trate, debe ejercerlas.

3. LÍMITES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conforme la línea jurisprudencial del mismo supremo colegiado, “no existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no pueda ser objeto de control constitucional”⁸, “el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos”⁹ o “interdicción de la arbitrariedad”¹⁰ Es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora. Por lo que, proponemos algunos límites a este órgano constitucionalmente autónomo.

8 Exp. 05854-2005-PA/TC fundamento 16.

9 Exp. 06167-2005-PHC/TC fundamento 20, 29 y 30.

10 Exp. 00090-2004-AA/TC fundamento 12.

3.1. Es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución

Es decir, no es un órgano constituyente, ilimitado y omnímodo, ni un órgano legislador, no crea normas constitucionales, interpreta que las normas del ordenamiento jurídico no contravengan la Constitución, por lo que se le denomina “legislador negativo”.

A través de principios interpretativos en materia constitucional, como el principio de eficacia integradora y principio de conservación de la ley, se exige salvar hasta donde sea razonable, la constitucionalidad de una ley cuestionada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado¹¹. Mediante sentencias interpretativas se puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado normas nuevas, distintas de las contenidas en la ley o en la norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Con sentencias manipulativas (normativas) se justifica la necesidad de evitar efectos mucho más perniciosos, como generar vacíos legales, al expulsar una norma del ordenamiento jurídico, hasta que el legislador emita una nueva norma.

De manera excepcional, con sentencias reductoras¹² se excluye solamente la norma o parte del texto legal contrario a la Constitución, con sentencias aditivas¹³ se incorporan términos al texto legal para que sea acorde a la Constitución, con lo que se cubre la omisión; y con sentencias sustitutivas¹⁴ se reemplaza o cambia la literalidad de la ley que resulta inconstitucional, de esa forma se reconstruye parte de la ley.

De igual forma, para salvaguardar el ordenamiento jurídico —en casos extraordinarios— se dispone inclusive la *vacatiosententiae*¹⁵ para postergar los efectos de la expulsión de la norma, exhortando al legislador reemplace la normativa observada dentro de un plazo razonable.

11 GARCÍA TOMA, Víctor. Op cit. Pág.197.

12 Exp. 00004-2004-CC/TC.

13 Ibidem.

14 Exp. 00009-2002-AI/TC.

15 Exp. 00010-2002-AI/TC fundamento 230, Exp. 00023-2003-AI/TC, Exp. 00004-2006-PI/TC, 00005-2007-AI/TC y 00016-2007-AI/TC.

Acciones que deben realizarse dentro de parámetros de razonabilidad para proteger la primacía de la Constitución y salvaguardar el ordenamiento jurídico.

3.2. No es un ente ejecutivo y no debe ordenar sobre gasto público

Debe respetar el principio de separación de poderes, y no ordenar (exhortar) la elaboración de planes nacionales en corto tiempo, que requieran el uso de recursos, sin estar previamente presupuestados.

Se cuestiona la declaratoria del estado de cosas inconstitucional respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, otorgando un plazo de 5 años (que vencerá en el año 2025) y de no adoptar las medidas suficientes, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa¹⁶. Disponer el aumento progresivo de la pensión mínima de regímenes pensionarios, en el plazo de 3 años¹⁷. Ordenar que el Ministerio de Educación elabore y publique el mapa etnolingüístico del Perú, en un plazo no mayor de 6 meses¹⁸; el diseño, propuesta y ejecución de un plan de acción en un plazo máximo de 4 años, que pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad de extrema pobreza del ámbito rural¹⁹. Disponer el pago de la sobretasa a trabajadores sindicalizados de SUNAT²⁰. Ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción para asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional, en un plazo máximo de un 1 año y 6 meses aproximadamente²¹.

Mandatos que constituyen el cumplimiento de políticas públicas, las cuales corresponden al Poder Ejecutivo y requieren de recursos previamente presupuestados, más aún, si se trata de derechos progresivos como los económicos, sociales y culturales.

16 Exp. 05436-2014-PHC/TC.

17 Exp. 00009-2015-PI/TC.

18 Exp. 00889-2017-AA/TC.

19 Exp. 00853-2015-PA/TC.

20 Exp. 04539-2012-PA/TC.

21 Exp. 04007-2015-HC/TC.

3.3. No debe resolver situaciones de la justicia ordinaria

El Tribunal Constitucional se trata de un órgano que, aunque no pertenece al Poder Judicial, tiene naturaleza jurisdiccional²². Sin embargo, su propósito es asegurar y garantizar el escalón más alto de la pirámide normativa a la Constitución y velar por la defensa de los derechos fundamentales; es decir, justicia constitucional.

Empero, lamentablemente han existido pronunciamientos cuestionables, por ejemplo: haber “excluido” a un imputado de un proceso penal por vulneración del plazo razonable²³, ordenar a una Sala Superior Penal que en el plazo de sesenta días naturales, emita y notifique la correspondiente sentencia que decida la situación jurídica del demandante, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido el proceso en relación al demandante²⁴. Disponer que una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República —aun cuando esta no originó el agravio— en el plazo de 120 días naturales, cumpla con resolver un Recurso de Nulidad²⁵. Haberse emitido pronunciamiento en un caso declarando que los hechos materia del proceso penal no constituyen crímenes de lesa humanidad²⁶, donde se cuestionó incluso un cambio de voto.

Por otro lado, ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura el nombramiento a Fiscales Supremos a dos postulantes^{27 28}, para luego declarar la nulidad de sus propias resoluciones.

Bajo el supuesto control de la motivación de decisiones judiciales —inclusive de la Corte Suprema de la República— ha valorado medios de prueba y declarado la nulidad de sentencias penales firmes en casos mediáticos²⁹, ordenando, se emita nueva resolución luego de varios años de proceso. Empe-

22 PEREZ TREMP, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985. pág. 13-14.

23 Exp. 03509-2009-PHC/TC. Caso Chacón Málaga.

24 Exp. 05350-2009-HC/TC. Caso Salazar Monroe.

25 Exp. 04144-2011-PHC/TC. Caso Camet Dickmann.

26 Exp. 01969-2011-HC/TC. Caso El Frontón.

27 Exp. 00791-2014-PA/TC. Caso Mateo Castañeda.

28 Exp. 00776-2014-PA/TC. Caso Hinostroza Pariachi.

29 Exp. 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Llamoja Hílares.

ro, permaneciendo el demandante privado de su libertad personal, basado en mandatos de detención atemporales³⁰.

4. EXPEDIENTE N° 00002-2020-CC/TC CASO DE LA VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR INCAPACIDAD MORAL

Proceso competencial donde por mayoría se declaró improcedente la demanda por sustracción de la materia, señalando que en casos anteriores se procedió de similar forma³¹.

Para lo cual, es necesario definir previamente la sustracción de la materia, como la institución que se produce con la desaparición de los supuestos fácticos o jurídicos que sustentan la acción, impidiendo al juez pronunciarse sobre el fondo de lo pedido. Es decir, cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda, el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener³².

Precisando que dicho fallo corresponde a la demanda presentada por el señor Presidente de la República ante el trámite de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral iniciada por el Congreso de la República, el mismo que conforme la Moción de Orden del día 12090, fue debatido y votado en el Pleno del Congreso el 18 de setiembre de 2020, y no prosperó al alcanzar únicamente 32 votos conformes, rechazándose así el pedido de vacancia. Por tanto, compartimos la decisión de la mayoría del colegiado, siendo innecesario emitir un pronunciamiento de fondo.

No se formuló demanda alguna sobre el pedido de vacancia de fecha 20 de octubre de 2020, que con Moción de Orden del Día 12684, fue votada el 9 de noviembre de 2020 y aprobada por 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones, a consecuencia de ello se declaró la vacancia presidencial y se produjo la sucesión presidencial.

30 Exp. 00485-2016-PHC/TC. Caso Abencia Meza Luna.

31 Exp. 00016-2005-AI/TC, 00020-1996-AI/TC y 00024-2006-PI/TC.

32 ARIANO DEHO, Eugenia. Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la vía administrativa. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 145.

Surge el cuestionamiento ciudadano de haber perdido la oportunidad histórica de fijar el contenido sobre la institución de la incapacidad moral, que se encuentra regulada de manera general e imprecisa en nuestra Constitución y puede ser mal utilizada para destituir al Jefe de Estado. Empero, habría sido un desacierto desarrollarla al haber existido sustracción de la materia, solo una nueva demanda contra la Moción de Orden del Día 12684, habría permitido pronunciarse sobre esta, conforme el fundamento de voto del magistrado Augusto Ferrero Costa.

No obstante, el magistrado Ernesto Blume Fortini, sí realiza un análisis de la incapacidad moral permanente, indicando que no es una novedad en nuestro constitucionalismo, fue recogida en las Constituciones de 1939, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y finalmente 1993; que siempre fue considerada como una facultad indiscutible del Congreso, especialmente reconocida como un instrumento de control político sobre la figura del Presidente de la República. Por lo que, no resulta de recibo que se pretenda tasar en un catálogo formal o matemáticamente exacto, los supuestos de una hipotética conducta reñida con la moral, pues resultaría contrario a las características y dinamismo esenciales en la vida, la realidad política o la coyuntura del tiempo y espacio social. La razón por la que exista como una causal abierta, no se atribuye a un deseo de permitir que el Congreso la aplique de manera indiscriminada o abusiva, sino a la necesaria compaginación de los que representa el control como instrumento de fortalecimiento constitucional.

A su vez, el magistrado José Luis Sardón De Taboada, cuestiona que la demanda procura que se “precise” la causal de vacancia del Presidente de la República por “permanente incapacidad moral”; sin embargo, ese pedido es sustancialmente igual al que resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 00006-2003-AI/TC. Lo cual no es del todo cierto, al haber cuestionado solamente el procedimiento de votación y la cantidad de votos necesarios para que proceda la vacancia presidencial, conforme el fundamento 26 de la referida sentencia.

En voto singular del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, se fundamenta que se debió emitir un pronunciamiento de fondo tomando en cuenta el rol de integración social de los jueces constitucionales, estimando la deman-

da y regulando sus eventuales efectos nulificantes. Concluye invocando al legislador realice alguna modificación en su regulación, sobre todo en lo referido a los plazos para la contestación de la demanda.

Llama la atención el voto singular de los magistrados Marianella Ledesma Narvárez y Carlos Ramos Núñez, quienes sostienen que la demanda debió declararse fundada, pues está acreditado el uso indebido de la vacancia presidencial por parte del Poder Legislativo, así como la afectación de competencias de la Presidencia de la República para dirigir la política general de gobierno. Realizando un desarrollo histórico de esta institución, y manifestando que no ha sido objeto de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional, analiza la naturaleza de la vacancia, y postula las garantías procedimentales para que la causal de permanente incapacidad moral sea utilizada en un sentido conforme a la Constitución, para luego realizar un control concreto al caso planteado y concluir que, el Congreso de la República hizo un ejercicio irregular de su competencia, que el pedido de vacancia estaba basado en hechos interpretables, sustentados únicamente en información periodística; por tanto, devino en un acto inconstitucional, al no tratarse de hechos claramente determinados, el Presidente de la República no podía ejercer una debida defensa a su favor a fin de demostrar que en su caso no se había configurado el supuesto de incapacidad moral. Y tomando en cuenta el principio de previsión de consecuencias, a fin de evitar mayores distorsiones, estiman que los efectos deben establecerse a futuro, no correspondiendo atender la solicitud que se garantice el ejercicio de competencias del Presidente de la República, debido a que en ningún caso puede afectarse el respectivo calendario electoral.

Lo sorprendente es que, en la parte resolutive, dentro del ítem denominado interpretaciones constitucionales, se incorporan requisitos más allá de lo solicitado y cuestionado, por ejemplo: que se requiera una votación igual o mayor a 4/5 del número de congresistas (104 votos), que haya segunda votación y que, no procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República. Puntos sobre los cuales no se ha motivado en la parte considerativa del referido voto singular.

Reiteramos compartir la decisión de la mayoría, al tratarse de una moción que no fue aprobada en el Congreso de la República, por no contar con los

votos suficientes. Resaltamos los argumentos del magistrado Ernesto Blume Fortini, en el entendido de que la vacancia presidencial constituye un instrumento de control político, no resulta oportuno y necesario que sea encasillada con requisitos o presupuestos no establecidos en la propia Constitución, más aún en una sociedad y realidad cambiante y dinámica.

Es arriesgado el desarrollo de los argumentos de los votos singulares, ingresando a un pronunciamiento de fondo, debido a que, de presentarse casos similares con la misma integración de miembros del Tribunal Constitucional, las partes podrían solicitar el apartamiento de algún magistrado al adelantar opinión y ya conocer su posición sobre el tema.

CONCLUSIONES

De lo expuesto, podemos señalar que los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos constitucionales. Lo cual permite clasificarlos en procesos constitucionales orgánicos y procesos constitucionales de la libertad.

El Tribunal Constitucional, como todo órgano del Estado, está limitado por la propia Constitución y por la razonabilidad de sus decisiones. No siendo un ente ejecutivo debe evitar ordenar sobre gasto público, y sobre el cumplimiento de políticas públicas. Así como, no debe interferir en la justicia ordinaria.

En el Expediente N°00002-2020-CC/TC, Caso de la vacancia del Presidente de la República por incapacidad moral permanente, se resolvió adecuadamente, de manera ponderada y firme, sin doblegarse ante las presiones de la ciudadanía y los medios. No correspondía realizar un control de fondo al haberse rechazado la demanda por sustracción de la materia.

BIBLIOGRAFÍA

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. La Jurisdicción Constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador) La Constitución y su defensa. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición, Lima 2003. Pág. 144.

- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Pirhua, Repositorio institucional. Diciembre 2005, pág. 7.
En:https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- GARCÍA TOMA, Víctor. El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). Pág. 176. En: Anuario de Derecho Penal 2005. Material parte de la Guía didáctica del Curso Casos emblemáticos de Derecho Procesal Constitucional, Programa de Capacitación para el Ascenso de la Academia de la Magistratura 2021.
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. Procesos Constitucionales y Principios Procesales. Pirhua, Repositorio institucional. Abril 2011, pág. 8.
En: Material parte de la Guía didáctica del Curso Casos emblemáticos de Derecho Procesal Constitucional, Programa de Capacitación para el Ascenso de la Academia de la Magistratura 2021.
- PEREZ TREMP, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985. pág. 13-14.
- ARIANO DEHO, Eugenia. Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la vía administrativa. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 145.

Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil derivada de las “conductas anticompetitivas” (ilícitos *antitrust*)

Saúl José Coca Guzmán¹

RESUMEN

El presente texto aborda breves reflexiones en torno a la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil al derecho de la libre competencia (ilícitos *antitrust*).

ABSTRACT

This text deals with brief reflections on how the rules of civil liability apply to antitrust law (antitrust law).

INTRODUCCIÓN

La vulneración de las normas de libre competencia —conocidas también como “normas *antitrust*”— afecta de manera directa al **interés público**. Esto se debe a que la violación de dichos preceptos, al desestabilizar la estructura

¹ Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudiante de Comunicación y Publicidad en la Universidad San Ignacio de Loyola. Asociado y encargado del área civil de Extraley Perú. Capacitador y asesor de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad San Antonio Abad del Cusco. Correos: scoca@pucp.pe, saul.coca@usil.pe, saul.coca@extraley.com.pe.

del mercado, repercute en el adecuado funcionamiento del mismo. Es en esta última instancia donde se perciben los efectos más notorios, específicamente en lo referente al desempeño de la actividad económica de los partícipes directos del entorno financiero —los operadores en sí— (Ortiz, 2008, parte I, p. 2).

Además de afectar el interés público, el incumplimiento de las normas de libre competencia —y en concreto la realización de acuerdos colusorios y/o abusivos— también puede ocasionar daños que lesionan **intereses y/o derechos privados**. En este sentido, dichas conductas pueden constituir el fundamento de una reclamación de responsabilidad civil y, por ende, la eventual condena al pago de la indemnización de los perjuicios (Ortiz, 2008a).

Sin la ejecución privada es imposible que tanto empresas como individuos recuperen las ganancias perdidas o se repongan de los daños sufridos como consecuencia de dichos ilícitos. Además, los montos involucrados quedan en manos de quienes llevan adelante tales conductas violatorias de las leyes *anti-trust* (Ortiz, 2008b).

En el Perú, las *conductas anticompetitivas* se encuentran reguladas en el decreto legislativo N° 1034 (en adelante DL 1034). Por su parte, los *actos de competencia desleal* se hallan regulados en el decreto legislativo N° 1044 (en adelante DL 1044).

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En el caso del Perú, la libre competencia se encuentra regulada y protegida de manera específica en el DL 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicho precepto entró en vigencia el 25 de julio de 2008. La norma, en sí, identifica principalmente dos (2) tipos de actos anticompetitivos en los que pueden incurrir los agentes económicos: (I) el abuso de posición de dominio, y (II) las prácticas colusorias. Estas conductas, a su vez, pueden ser horizontales o verticales (Gagliuffi, 2011, p. 141).

Los actos antes mencionados suponen restringir la independencia entre las partes. Con ello, se limitan las opciones abiertas a los consumidores y a otras personas que operan en el entorno económico común. Por ejemplo: un acuerdo entre todas las entidades bancarias para cobrar la misma tasa de inte-

rés en determinados créditos, además de pactar para dividirse territorialmente el mercado (Kemelmajer de Carlucci, 2006, p. 665).

Al ser ilícitos, los actos anticompetitivos generan una obligación resarcitoria para quien causa el daño. Ahora bien, dicho daño debe ser probado en juicio y, además, debe concurrir junto a los otros elementos de la responsabilidad civil. En el caso particular, deben presentarse también la antijuridicidad típica establecida en el DL 1034 (por colusión horizontal, colusión vertical o abuso de posición dominante), los criterios de imputación y el nexo causal.

1. ¿CUÁLES SON LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS?

1.1. Prácticas colusorias horizontales (o prácticas restrictivas absolutas)

Se trata de aquellos acuerdos expresos o tácitos realizados entre competidores reales o potenciales, cuyo objetivo es la monopolización de las cadenas productivas en un entorno determinado y así obtener un **poder de mercado sustancial**. Para tal fin restringen o eliminan la competencia por medio de medidas como:

- La fijación de precios;
- Límites a la producción;
- División de los mercados;
- Repartición de clientes;
- Y, por último, la manipulación de las licitaciones.

En la actualidad se considera a este tipo de prácticas como las más nocivas a nivel mundial.

1.2. Prácticas colusorias verticales (o prácticas restrictivas relativas)

Son todos aquellos acuerdos realizados entre los diversos agentes (fabricantes, comercializadores minoristas, comercializadores mayoristas) pertenecientes a

una misma cadena productiva en los que uno de los participantes, al ostentar una posición de ventaja, impone sus condiciones y restringe la libertad de actuación del resto. Esta conducta suele realizarse con el fin de protegerse de las dinámicas del mercado que le pueden resultar perjudiciales y otras veces para la mayor obtención de ganancias.

2. ¿QUÉ ES EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE?

Es aquella búsqueda de exclusión de los competidores existentes, impedimento de la entrada a los nuevos o afectación de derechos de los consumidores o proveedores. Esto se logra a través de:

- La imposición de precios o condiciones desleales;
- Límites a la producción;
- Puntos de venta o desarrollo técnico;
- La activación de boicots;
- Y, finalmente, la estipulación de contratos vinculantes.

Normalmente tener una cuota de mercado alta, digamos 70%, hará presumir *juris tantum* o será un indicador de que se está abusando de esa posición dominante *rectius* «poder técnico de mercado». En dicho caso, la autoridad administrativa competente (INDECOPI) es la encargada de sancionar tales conductas antijurídicas, con lo cual se evita la monopolización del mercado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL FOLLOW ON Y STAND ALONE EN LAS “CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS” (ILÍCITOS ANTITRUST)

El derecho peruano contemplaría las acciones “de seguimiento” o derivadas (*follow on actions*) en las que se interpone la acción civil con posterioridad y con fundamento en una resolución administrativa previa de la autoridad na-

cional de competencia (ANC)² o resolución del tribunal revisor. Las acciones independientes (*stand alone actions*) son aquellas que no son consecuencia de una constatación previa de infracción por parte de una autoridad de competencia (Brokelmann, 2013, p. 108).

“Por ello, se requiere un pronunciamiento previo, vía resolución de la Administración, sobre la antijuridicidad de la conducta que cause el daño resarcible, demostrada en sede administrativa conforme a las normas de libre competencia. Y una vez logrado esto (*if, and only if*; se diría en el mundo anglosajón) se podrá recurrir *ex post* al Poder Judicial a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados” (Santistevan, 2008, p. 103).

CONCLUSIONES

En el Perú las «conductas anticompetitivas» se encuentran reguladas en el decreto legislativo N° 1034 y consisten en las prácticas colusorias (verticales y horizontales) y en el abuso de posición dominante (arts.10, 11 y 12).

Las conductas anticompetitivas vulneran intereses de **orden público**, así como también de **orden privado**, lo que legitima a la víctima del daño a solicitar la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Para ello, se debe obtener primero una resolución administrativa favorable del INDECOPI antes de solicitar el resarcimiento de los daños en el Poder Judicial (*follow on actions*).

BIBLIOGRAFÍA

Brokelmann, Helmut

2013 *La Responsabilidad Civil por Infracción de las Normas de Defensa de la Competencia*. Competencia y Acciones de Indemnización: Actas sobre el Congreso Internacional sobre Derecho de Daños derivados de ilícitos Concurrenciales, Madrid: Marcial Pons, 101-121.

2 En nuestro derecho peruano esa autoridad es el INDECOPI.

Gagliuffi, Ivo

2011 *La evaluación de las Conductas Anticompetitivas bajo la regla perse o la regla de la razón*. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, n. 12, 139-162.

Kemelmajer de Carlucci, Aida

2006 *Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas*. Responsabilidad Civil. Derecho de Daños – Responsabilidad de los profesionales, Responsabilidad del estado y de las Personas Jurídicas, v. 5 de la Colección *Instituciones de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 659-708.

Ortiz, Ingrid

2008 *La Aplicación privada del Derecho Antitrust y la Indemnización de los Daños derivados de ilícitos contra la libre Competencia*. Revista e-Mercatoria, v. 7, n. 1, parte I, 1-50.

SANTISTEVAN, Jorge

2008 *Responsabilidad Extracontractual derivada de conductas anticompetitivas, tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la administración*. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, v. 4, n. 6. Lima: 2008, 89-148.

Nos complace presentar ante ustedes la primera edición de la revista académica *Alithis*, la cual fue desarrollada por los estudiantes miembros del círculo de estudios Clínica Jurídica Cusco - Unsaac en colaboración de reconocidos especialistas y estudiantes en materia constitucional, civil y comercial.

El vocablo griego *Alithis* hace alusión 'a lo verdadero, a lo real y fidedigno', es por la misma razón el porqué se tomó tal nombre, ya que la revista en todo su alcance tiene la finalidad de servir como cauce para ser lo más aproximado a la verdad en cuanto a la crítica del derecho, la aligeración del estudio y la opinión en esta materia.

El contenido de este trabajo aborda temas de relevancia en cuanto a las garantías y derechos, tal como el actuar de los órganos competentes. En tanto a su estructura, *Alithis* está compuesta por 6 artículos en las diversas ramas del derecho.

Así como dijo Friederick Douglas: «El conocimiento hace que un hombre sea incapaz de ser un esclavo» es por ello que toda persona estudiosa del derecho debe comprender el análisis y la aplicación de la ciencia jurídica en sus diversas especialidades.

Estamos muy agradecidos con cada uno de los que hicieron posible esta edición, así también, esperamos que sea de gran uso para potenciar el crecimiento profesional y personal del público en general.

