

IUS ET VERITAS



EDICIÓN SESENTA

61

DICIEMBRE DE 2020

IUS ET VERITAS





Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Diego Cabeza Urquiaga y Malú Cruzalegui Solari
Diagramación por Tarea Asociación Gráfica Educativa

La Revista se terminó de diagramar en diciembre de 2020 en los talleres de Tarea Gráfica Educativa.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. De esta manera, somos la primera Asociación de estudiantes de Derecho del Perú cuya revista está indexada.

Asimismo, contamos con la indexación oficial en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja. De esta manera, la calidad de la Revista IUS ET VERITAS queda acreditada por uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra, además, indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

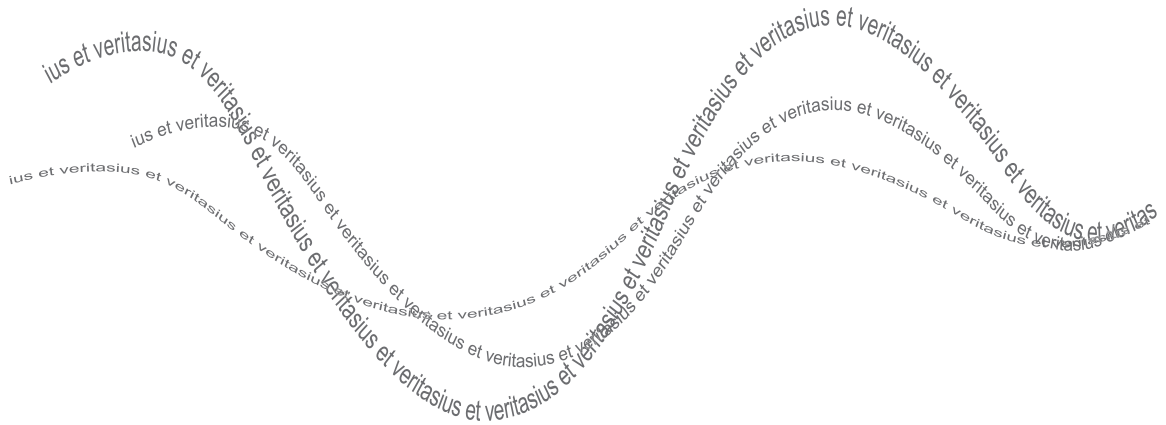
La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (DOAJ) Directory of Open Access Journals, el cual es un directorio en línea que indiza y provee de acceso a revistas arbitradas y de reconocida calidad académica con contenidos publicados en acceso abierto.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a a Información Científica para la Innovación del Concytec.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av.Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: <http://iusetveritas.com> / <http://ius360.com>

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden acercarse a nuestra oficina en el campus universitario o enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com. No existe ninguna restricción con relación a la extensión de los trabajos, ni a su diagramación. Sin embargo, se recomienda una extensión de 20 páginas en fuente Arial 11, a espacio simple. Agradecemos todo envío sin comprometernos a publicarlo.

La Asociación IUS ET VERITAS no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.



Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza

Equipo editorial

Editora General

Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto_romboli@yahoo.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@pucp.edu.pe
Francesco Luiso, Università di Pisa (Toscana, Italia)
luisof@iol.it
Marianella Ledesma, Tribunal Constitucional del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe

Comité Editorial

Beatriz Franciskovic, Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)
dfranciskovic@hotmail.com
Enrique Varsi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@er.com.pe
Lily Ku Yanasupo, Università degli Studi di Genova (Genova, Italia)
likuya@gmail.com
Eugenia Ariano Deho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
José Antonio Ñique De la Puente, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
jniqued@yahoo.es
Katherine Alvarado Tapia, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)
kathyalva0767@gmail.com

Equipo Editorial

Jessica Vásquez Grández, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
jvasquez@iusetveritas.com
Enzo Mina Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
emina@iusetveritas.com
Marcelo Manchego Tarazona, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mmanchego@iusetveritas.com
Gerardo Falcón Rodríguez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
gfalcon@iusetveritas.com
Ikaro Izarra Roca, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
iizarra@iusetveritas.com

Índice

Artículos

Sección Principal

Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria

Enforceability of the penal clause during a health crisis

Olga Alejandra Alcántara Francia

16

COVID-19 e industria aeronáutica. 10
situaciones probables de crisis

*COVID-19 and aeronautics industry. 10
Probable Critical Scenarios*

Griselda Delia Capaldo

30

Difícil para unos, utópico para otros: la deficiente regulación de las prácticas formativas y su impacto negativo en las personas con discapacidad

Challenging for some, utopian for others: the poor regulation of training practices and its negative impact on people with disabilities

Magda Cristina Verano Calero

Astrid Carolina Flores Huamani

Renato Antonio Constantino Caycho

52

La Discapacidad en emergencia: Una aproximación a las medidas adoptadas por el Estado peruano frente a la pandemia

Disability in emergency: An approach to the measures adopted by the Peruvian State in front of the pandemic

Mariela Noles Cotito

Ricardo Guerrero Custodio

68

La centralidad del derecho al cuidado en la crisis del COVID-19 en América Latina. Oportunidades en riesgo

The centrality of the Right to care in the COVID-19 crisis in Latin América. Opportunities at risk

Laura Cecilia Pautassi

78

Competencia y Mercado Mayorista de Electricidad: la función de monitoreo a cargo del coordinador eléctrico peruano (COES)

Competition and Wholesale Electricity Market: the monitoring task assigned to the Peruvian electricity coordinator (COES)

Erick Vargas Guevara

94

Análisis crítico del ajuste secundario: ¿Todo ajuste por precios de transferencia implica una disposición indirecta de renta como sostiene la SUNAT?

Critical análisis of secondary adjustment: Does all adjustment for transfer prices imply an indirect disposition of income as SUNAT says?

Renee Antonieta Villagra Cayamana

114

El rol de las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento sostenible de aguas subterráneas en Perú

The role of water user organization in the sustainable use of groundwater in Peru

Paul Villegas Vega

128

“¡No mueras, te amo tanto! Pero el cadáver ¡ay! Siguió muriendo”: Protecciones específicas, muerte, duelo y derechos humanos en el contexto pandémico

“Do not die, I love you so much! But he corpse, alas! Kept on dying”: Specific protections, death, bereavement and human rights in the pandemic context

Piero Vásquez Agüero

146

Modificaciones al Régimen de la Iniciativas Privadas en la Ley de Asociaciones Público-Privadas

Modifications to the Regime of Unsolicited Proposals in the Public Private Partnerships law

Milagros Maraví Sumar

160

Los nuevos conflictos jurídicos laborales a propósito de la COVID-19

The new legal conflicts involving labor aspects regarding the COVID-19

Jorge Toyama Miyagusuku

Sofia Yomond Santos

178

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017

El desempeño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los grupos en situación de vulnerabilidad: Análisis de la Opinión Consultiva 24/2017

The proceeding of the Inter-American Court of Human Rights regarding vulnerable groups: An analysis of Advisory Opinion 24/2017

Monia Clarissa Henning Leal

Sabrina Santos Lima

194

Una posición con base metaética respecto del aborto y del concepto de dignidad humana

A metaethically based position on abortion and the concept of human dignity

Rafael Horacio Molina Castillo

206

Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España

Legislative and application techniques in labour measures at COVID 19 in Spain

Jesús Cruz Villalón

228

Derecho y Planificación Urbana. Problemas actuales de la Planificación de Lima Metropolitana

Law and Urban Planning. Current problems in the planning of Metropolitan Lima

Iván Ortiz Sánchez

José Carlos Fernández Salas

Andrés Devoto Ykeho

246

La Antítesis del Sistema Acusatorio. Una propuesta sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa y Justificada hacia una justicia digital y acorde a los Derechos Humanos

264

The Antithesis of the Accusatory System. A proposal on the regulation of the Informal and Justified preventive prison towards a digital justice and according to the Human rights

Victor Manuel Solís Buitrón

276

El Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC): Análisis preliminar entorno a una posible prórroga

Fast-Track Insolvency Refinancing Procedure (PARC): Preliminary analysis regarding a possible extension

Sol Ivanna Aragón Samanez

Nicole Alexandra Sierra Roque

Milagros Alexandra Condezo Trinidad

286



Consejo Directivo:

Director Ejecutivo: Christian Marcos Diaz Dominguez
 Directora de Publicaciones: Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza
 Director de Investigación Académica: Daniel Alejandro Culca Maguiña
 Directora de IUS 360: Anjana Shanta Meza Lazo
 Directora de Imagen Institucional: Rossana Felicia Ramos Gatty
 Directora de Eventos: Marycarmen Irigoyen Yncio
 Directora de Desarrollo Social: Diana Stephanía Burgos Juárez
 Directora de Contabilidad: Lidia María Balarezo Contreras
 Director de Cursos: Christian Gabriel Hernández Lévano
 Director de Financiamiento: Marcelo Fernando Bertoli Miró Quesada
 Director de Podcast y Multimedia: Gino Leonardo Miguel Barco Hidalgo

Publicaciones:

Jessica Vásquez Grández
 Enzo Daniel Mina Vargas
 Gerardo Gabriel Falcón Rodríguez

IUS 360:

Eva Judith Valverde Berlanga
 Jazmin Guevara Abanto
 Mario Guillermo Reyes Tello
 Sebastián Leonardo Leyva Ávila
 Ligia Zamira Serrano Aróstegui
 Alexia Gabriela Taboada Pajuelo
 Yasser Abdel Vichir Alarcón
 Sayra Celeste Galvez Armas

Investigación Académica

Sol Ivanna Aragón Samanez
 Ruben Alonso Ledesma Henostroza
 Adriana Alzamora Anticona
 Gladys Zulema Rios Torre

Imagen Institucional:

Katia Alfaro Valer
 Andrea Gorbeña Peña
 Fiorella Ivette Cordero Gutierrez
 Nicole Deanne Mora Saire
 Nicole Alexandra Sierra Roque

Contabilidad:

Sergi Gonzalo Marcos Fernández Luna
 Fiorella Terrazas Herrera
 Christian Bryan Kcaleb Caichihua Bocanegra

Recursos Humanos

Juan Antonio Dávila Alarcón
 Enzo Renato Fabrizio Rodríguez Mendoza
 Arom Alejandro Herrera Zapata

Eventos

Alessandra Betsabeth Falen Valverde
 Arix Tatiana Canales Ludueña
 Valeria Madeleine Chávez Romero
 Diego Pozo Córdoba
 Angelo Giuseppe Posso Faje
 Milagros Alexandra Condezo Trinidad
 Gabriel Politis Vásquez

Desarrollo Social - SIEMBRA

Daniela Torres Molleda
 Leydi Gárate Mendoza
 Yhajaira Yesenia Miranda
 Ximenna Stella Lagos
 Andrea Baldwin Bado
 Julio Eduardo Aurelio Ramírez
 Gabriela Yarlequé Marcelo

Cursos:

María Isabel Pacheco Conopuma
 Marita del Pilar Alejos Mata
 Astrid Bárraga Ochoa
 Diana Vanessa Mori Tiznado
 Alessandra Yanasupo Cabanillas
 Jessica Valles Aguilar

Financiamiento:

Ivana María Elizabeth Bardales Mendoza
 Andrea Atoche Cabrera
 Heilyn Stephanni Verástegui Rodríguez

Podcast y Multimedia:

Karla Romero Alegre
 Gonzalo Freddy Rivera Maguiña

Editorial

*"Todo lo que se hace por amor,
se hace más allá del bien y del mal"*
Friedrich Nietzsche

Esta editorial es muy significativa, tanto a nivel institucional como a nivel personal. Por un lado, representa el fin de una etapa para nuestra Revista, y el inicio de un nuevo camino, ello con la finalidad de seguir innovando y brindándole a nuestras y nuestros lectores un producto de la mejor calidad. Por otro lado, significa el final de mi paso por la Facultad de Derecho y por IUS ET VERITAS, dando cierre a una de las etapas más felices de mi vida universitaria.

Es pues que uno no se da cuenta de la rapidez con que las cosas suceden, uno no aprecia cada momento vivido, sino que vive preocupado por lo que pasará, por lo que aún no sucede.

En el transcurso de estos dos años y medio, no contemplé la posibilidad de poder escribir la editorial de la Revista; tampoco imaginé conducir la Asociación en medio de una pandemia; no concebí posible llevar a cabo asambleas y consejos directivos de manera virtual; sin embargo, durante estos cinco ciclos, lo que sí fue constante es mi compromiso por la creación de un mejor espacio de trabajo y desarrollo para todas y todos los miembros de IUS.

Es así que, a puertas de salir de IUS ET VERITAS y en retrospectiva, puedo decir que, junto a los miembros de Asamblea, asumimos de manera cabal el compromiso de encausar el rumbo de la Asociación con el objetivo de alcanzar nuevas metas, profesionalizar nuestro trabajo, posicionarnos como la mejor Asociación de estudiantes de Derecho del país, pero, sobre todo, de generar espacios de reflexión a nivel interno.

Durante estos meses de gestión nos hemos consolidado como la Asociación con mayor alcance en redes sociales; hemos podido aplicar la perspectiva de enfoque de género en nuestras distintas actividades, siendo la paridad un eje central para la conducción de eventos, cursos, webinars y trabajo intra comisiones. Tanto el Consejo Directivo como miembros de la asamblea han recibido capacitaciones de profesionales en Psicología y Derecho, con el objetivo de erradicar todo tipo de conductas de hostigamiento, acoso sexual y discriminación.

IUS ET VERITAS, con el objetivo de fortalecer el trabajo articulado descentralizado, ha establecido vínculos y alianzas con otras organizaciones de Derecho del país; bajo esta línea, somos parte de la Primera Red Nacional de Asociaciones Jurídicas del Perú, hito en nuestros 30 años de historia. Al mismo tiempo, hemos dado el primer paso para la internacionalización de nuestra Asociación mediante convenios con organismos internacionales y asociaciones de Derecho de otros países. Finalmente, gracias a la virtualidad, hemos podido abrirnos paso a nuevos espacios, como los podcasts, siendo actualmente la marca PAUSA LEGAL, podcast oficial de IUS ET VERITAS, pionero en su rubro, como uno de los principales referentes respecto a contenido jurídico a nivel nacional.

A pesar del gran avance, aún quedan cosas por hacer, especialmente en aras de lograr un espacio realmente seguro para las y los miembros de la Asociación; no obstante, estoy convencido de que lo estamos consiguiendo. Es así que, asamblea tras asamblea, he podido ver en las y los nuevos IUSES ganas por seguir mejorando, por querer hacer las cosas bien y sobre todo comprometidos con la búsqueda de lo mejor para IUS ET VERITAS.

Me despido de IUS ET VERITAS con muchos sentimientos encontrados de por medio; es inevitable sentir melancolía por dejar un proyecto que, de manera rápida, uno adopta como propio, pero al mismo tiempo, me siento feliz de saber que las generaciones venideras encontrarán un espacio más inclusivo, donde podrán expresarse sin miedo al rechazo, donde la orientación sexual e identidad de género de las personas no sea un tabú; un lugar donde

puedan sentirse cómodas y cómodos; y, sobre todo, un espacio crítico, necesario para el crecimiento personal y académico de las y los miembros parte de este gran proyecto.

¡IUSES, en ustedes reposa el legado de este proyecto de 30 años de historia, ustedes son el presente y futuro de la Asociación!

Christian Marcos Díaz Domínguez

Director Ejecutivo

Presentación

*"Prefiero mirar a la excelencia, y no llegar,
que mirar a la mediocridad, y llegar"*
- Adaptación de Grover Rodríguez

No encuentro palabras para describir la carga de emociones que siento al ver que la Revista IUS ET VERITAS 61 se encuentra ya disponible y al alcance de todos y todas. No solo se trata del producto final, sino de todo el proceso que nos llevó hasta aquí, y con ello, todos los recuerdos que se guardan para el futuro. Cada número de esta gran revista tiene su propia historia, y cada director o directora cuenta la historia desde su propio punto de vista. Esta es la historia de la edición 61, y esta es mi perspectiva.

Estos seis meses han sido de gran crecimiento no solo para la Comisión de Publicaciones y la Revista IUS ET VERITAS, sino para toda la Asociación. Si tuviera que escoger una palabra para describir esta edición, esta sería "cambio", en toda la extensión del término. En primer lugar, la edición 61 es nuestro primer número de acceso abierto, exclusivamente virtual y gratuito. Nuestro repositorio se ha convertido en el nuevo lugar a donde nuestro público lector se dirigirá cada vez que necesite de algún artículo, sin costo alguno, y con todas las facilidades posibles. Este primer y gran cambio me obligó indudablemente a optimizar lo que ofrecíamos en nuestro repositorio; ahora la Revista IUS ET VERITAS no sería solo un producto, sino también un servicio, una experiencia.

Quien se encuentre leyendo estas líneas, puede entrar a nuestro repositorio y observar una serie de opciones y mejoras que ahora se encuentran habilitadas: nuestro repositorio se encuentra disponible en cuatro idiomas; trabajamos con un nuevo Comité Científico y Editorial (con un nuevo formato de presentación); cada artículo no solo se encuentra en PDF, como siempre había sido, sino también en formatos como EPUB y XML; cada artículo tiene un video de la o el autor, quien le da una vista general de la investigación; la Revista cuenta con redes sociales académicas; todas y todos los autores publican de forma obligatoria con sus códigos ORCID; y muchos cambios más.

Esta serie de cambios en nuestro repositorio fue un gran paso para darle la bienvenida a la virtualidad de la revista, y nos permitió poder ser actualmente parte del Catálogo de LATINDEX 2.0. No obstante, a este semestre se añadió un trabajo arduo, pero necesario: la regularización de las ediciones sin metadatos. Más de 30 ediciones con sus metadatos completas fueron logradas este ciclo, en donde tengo que agradecer infinitamente a la Comisión de Publicaciones, con quienes trabajamos de cerca en este proyecto, pero también a grandes miembros ordinarios y extraordinarios de nuestra Asociación. Gracias Christian Díaz, Leonardo Valdez, Phyerina Ramos, Felicia Ramos, Anjana Meza, Yasser Vichir e Ivana Bardales, sin ustedes, este proyecto no hubiese sido posible.

Por último, así como esta edición marca el inicio de la virtualidad de la Revista, también sella y concluye el final de la etapa de su multitematicidad. A partir de la edición 62, nuestra Revista se presentará como monotemática, decisión tomada en miras de mejorar aún más la calidad de esta, y con el voto de confianza de toda la Asamblea que ciclos atrás, probablemente, no hubiese aceptado. Todos estos grandes cambios y nuevas etapas no hubiesen sido posibles, sin duda alguna, si no tuviese un equipo tan comprometido y esforzado que ha estado trabajando constantemente para conseguir todo lo hoy alcanzado, equipo conformado por Jessica Vásquez, Gerardo Falcón, Enzo Mina, Ikaro Izarra y Marcelo Manchego, grandes personas a las que les estoy infinitamente agradecida. Asimismo, expreso mi gratitud a Marcelo Bertoli, Arom Herrera y Gonzalo Jáuregui, que también contribuyeron en este proceso. Por último, darle gracias a Dios, quien me ha acompañado en cada paso; y a mis padres, cuyos consejos han estado presentes en cada decisión.

La Revista IUS ET VERITAS 61 contiene excelentes artículos, cuyo proceso de selección ha estado basado en los más altos estándares de calidad. Este número está conformado por distintos autores nacionales e internacionales especializados en la rama de su investigación, cuyos temas a tratar han sido de Derecho Aeronáutico, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Social, Derecho Concursal, Derecho Urbanístico, Derecho Laboral, Derecho Tributario y Filosofía del Derecho, muchos de ellos colocando como eje central a la coyuntura actual de la pandemia y la COVID 19.

Asimismo, escriben en esta gran edición autores internacionales como Laura Pautassi, Griselda Capaldo, Jesús Cruz, Víctor Solís, Sabrina Lima y Monia Hennig, contando con artículos cuya gestión y publicación se encuentra enteramente en portugués e inglés. De igual manera, autores peruanos como Mariela Noles, Jorge Toyama, Renée Villagra, Milagros Maraví, Paul Villegas y muchos más, han contribuido con excelentes investigaciones que forman parte de este número. Finalmente, contamos con un Trabajo de Investigación realizado por Milagros Condezo, Sol Aragón y Alexandra Sierra, a quienes les extiendo mis más sinceras felicitaciones.

Concluyo haciendo hincapié en que estos cambios son tan solo el inicio para cosas mayores que sé que los futuros directores y directoras de la Comisión de Publicaciones alcanzarán. Estimada persona que lee estas líneas, tiene en sus manos una edición única, cuya historia ya conoce, y cuyos artículos está por descubrir. Espero que sea de su agrado la Revista, el contenido del Repositorio, y, en general, todo el servicio que IUS ET VERITAS hoy le ofrece.

Massiel Jhadira Rodríguez Mendoza

Directora de la Comisión de Publicaciones





Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria^(*)

Enforceability of the penal clause during a health crisis

Olga Alejandra Alcántara Francia^()**

Universidad de Lima (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo plantea una reflexión sobre el devenir de la cláusula penal, sus funciones, su utilidad y su vigencia. Con ayuda de los métodos descriptivo, hermenéutico-jurídico y comparado, realizamos una revisión de la normativa nacional y extranjera, acerca de la intangibilidad del contrato, la facultad moderadora de los jueces y la intervención legislativa en la reducción de la cláusula penal, como medida temporal como consecuencia de la crisis sanitaria.

Palabras Clave: Cláusula penal - Contrato de arrendamiento - Función punitiva - Pena cumulativa - Derecho Civil

Abstract: This article presents a reflection on the future of the penal clause, its functions, its usefulness and its validity. With the help of descriptive, hermeneutic-legal and comparative methods, we carry out a review of national and foreign regulations, about the intangibility of the contract, the moderating power of the judges and the legislative intervention in the reduction of the penal clause, as a measure temporary as a result of the health crisis.

Keywords: Contractual penalty - Lease - Punitive function - Cumulative penalty – Private Law

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 23 de agosto de 2020 y su publicación fue aprobada el 7 de octubre.

(**) Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Master en Derecho con especialidad en Derecho Europeo por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), Máster en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9159-1245>. Correo electrónico: oalcanta@ulima.edu.pe



1. Introducción

Se vive un periodo teñido por la pandemia causada por una enfermedad de contagio masivo que ha sumido a los gobiernos del mundo entero en una crisis sanitaria inimaginable. El impacto económico de esta crisis ha afectado, sobre todo, a aquellas sociedades con debilidades institucionales y fragmentadas a nivel social. La paralización de muchas empresas ha traído consigo el desempleo y, por consiguiente, la imposibilidad para muchas personas de seguir ejecutando sus obligaciones contractuales.

La cláusula penal recobra importancia en esta época debido, justamente, a las dificultades que los deudores enfrentan para cumplir con sus respectivas prestaciones, más aún, si éstas son respaldadas por penalidades. El debate relativo a la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal y su revisión judicial, no está agotado, así como tampoco la discusión sobre las funciones de la cláusula penal.

Los contratos de arrendamiento son por mucho los que se han visto más afectados en este contexto. Tanto los arrendatarios de casas-habitación como de establecimientos comerciales se han visto en serias dificultades para poder cumplir con sus obligaciones. Los arrendadores, por su parte, enfrentan también los estragos de las rentas impagas durante cuatro o cinco meses y de las penalidades exigibles pero imposibles de cumplir.

En esta coyuntura, la intervención judicial moderadora de la cláusula penal cobra relevancia, pues se presenta como un remedio ante la eventual desproporción o exceso que ésta pudiera presentar.

El presente trabajo constituye una reflexión acerca de la problemática vinculada a la exigencia de las penalidades en el marco de los contratos de arrendamiento, la solución ofrecida por la legislación civil nacional y extranjera, y, sobre la propuesta de modificación del artículo 1346 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Además de los métodos hermenéutico-jurídico y descriptivo, para el tratamiento de la bibliografía especializada se ha utilizado el método comparado.

El ensayo está formado por cuatro partes: las dos primeras, se ocupan de la revisión bibliográfica de los orígenes, modalidades y funciones de la cláusula penal; la tercera, se centra en la moderación de la cláusula penal y, la cuarta, se centra en el análisis de la inmutabilidad la cláusula penal.

2. Generalidades

El Derecho peruano, así como la mayoría de legislaciones civiles de la región, está fuertemente influenciado por el

derecho francés. El Derecho Civil peruano, como tantos otros, es heredero del *Code* Napoleónico de 1804, obra magistral que ha marcado la tradición civilista peruana desde la aparición de nuestro Código Civil de 1852.

El *Code* se ocupa de la cláusula penal en la *Section VI Des obligations avec clauses pénales, Chapitre IV Des diverses espèces d'obligations, Titre III Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Livre troisième – des différentes manières dont on acquiert la propriété*, específicamente en los artículos 1226 al 1233 antes de que entrara en vigor la Reforma al Libro de Obligaciones el 1 de Octubre de 2016. A partir de esa fecha, el artículo 1231-5⁽¹⁾ sintetiza en un solo texto las disposiciones citadas relativas a la cláusula penal.

La cláusula penal en el Derecho francés ha sido diseñada para servir de garantía de cumplimiento de una obligación principal (art. 1231-5, *Code*). Se trata, entonces, de un pacto de naturaleza accesorio, pactada generalmente en dinero, establecida para aquellos casos en los que el deudor no cumpla con sus obligaciones, o lo haga de manera parcial, tardía o defectuosa. Es posible acordarla también para indemnizar los perjuicios moratorios (Prado, 2019). Este pacto accesorio recibe también otros nombres, como multa convencional o pena convencional (Acedo Penco, 2011).

El Derecho español que también ha influenciado notablemente a nuestros legisladores no ha establecido una definición legal de cláusula penal, ya que el Código Civil no ofrece un concepto de cláusula penal en ninguno de los cuatro preceptos que le dedica (arts. 1152-1155 CC). Tampoco lo hace el Código de Comercio en el único artículo en que la regula (art. 56 Código de Comercio). Sin embargo, el concepto de cláusula penal ha sido formulado por la jurisprudencia y la doctrina. La sentencia clásica del Tribunal Supremo a la que todavía hoy remite la jurisprudencia es la STS, 1.^a de 8 de enero de 1945 (RJ 7), que definió la cláusula penal poniendo de relieve su doble función, liquidatoria y coercitiva (Marín, 2017).

(1) Artículo 790, Código Civil y Comercial de la Nación. "Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".



La doctrina española, por su parte, ha definido a la cláusula penal, como una obligación accesoria (Roca & Puig, 1948, p. 269) a cargo del deudor que, en caso de incumplimiento de la obligación principal (Albaladejo, 1997), deberá pagar al acreedor una prestación (generalmente) pecuniaria. Para otros autores, se trata de una sanción convencionalmente establecida para los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso (Díez-Picazo, 2008) (Cabanillas, 1991). Por su parte, el profesor Carrasco Perera describe a la cláusula penal como “una determinación accesoria de un negocio jurídico, en virtud de la cual la conducta del deudor contraria a la obligación ‘asegurada’ comporta que se cumpla una condición suspensiva que obliga al incumplidor (...) al pago de una deuda de dinero u otro sacrificio pre estipulados a favor del acreedor” (Carrasco, 2013). De forma mayoritaria, se decanta por considerar a la cláusula penal como una sanción contractual (Arana de la Fuente, 2009) (Blanco, 1996) impuesta por el perjuicio causado por el incumplimiento de la obligación.

En Latinoamérica, el Derecho argentino a través del Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, recoge en los artículos 790 a 804 las disposiciones normativas sobre cláusula penal y sus efectos. En opinión de Jalil (2016), el precepto que define a la cláusula penal (artículo 790)⁽²⁾ es más preciso y concreto que el anterior, poniendo en evidencia las finalidades resarcitoria y compulsiva de la cláusula penal. En cuanto a su objeto, la cláusula penal recaer en el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero (artículo 791). Es importante señalar, que la cláusula penal resulta exigible si el incumplimiento no se debe a una causa ajena o externa a la relación contractual, liberando al deudor, como la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el Derecho colombiano, el artículo 1592 del Código Civil, establece que la cláusula penal es aquella en la “que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. En un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se señala que “la cláusula facilita el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación garantizada” (...) “que implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, que en principio debe considerarse “equitativo” (...) “fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria

de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo” (Contreras, 2012).

En el Derecho peruano, de forma similar al Derecho español, no se cuenta con una definición legal de cláusula penal en el Código Civil. Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se señala que: “La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento”. En esta serie de artículos se recogen los diferentes tipos de cláusula penal: compensatoria, moratoria, divisible, indivisible y solidaria (sobre los que volveremos, más adelante) poniéndose énfasis en sus funciones y efectos.

Del lado de la doctrina peruana, los destacados civilistas, Osterling & Castillo, han definido a la cláusula penal como la “estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento (...) independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza” (Osterling & Castillo, 2008, p. 939). Para el profesor Cárdenas Quirós, se trata de un “(...) mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (...) se obliga a ejecutar (...) en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal” (Cárdenas, 1994, p. 349).

De las definiciones propuestas por la doctrina peruana se puede extraer lo siguiente:

- La cláusula penal es un instrumento jurídico con fines coercitivos.
- La cláusula penal involucra el establecimiento de una penalidad, pero también puede incluir disposiciones de otra naturaleza.

(2) Artículo 790, Código Civil y Comercial de la Nación. “Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”.



Esto nos lleva ocuparnos de las funciones de la cláusula penal identificadas por la doctrina peruana e internacional (independientemente, de la modalidad adoptada). Como bien, señala Marín (2017), la cláusula penal cumple una función genérica de *garantía*. No obstante, como bien señala el autor citado, esta función de garantía no es equiparable a la función desempeñada por otros institutos jurídicos como la fianza, el aval o incluso la solidaridad pasiva. La cláusula penal no es asimilable a las garantías personales, porque no asegura el cumplimiento del contrato, sino más bien, el resarcimiento de los daños que dicho incumplimiento puede ocasionar. Sin embargo, la incorporación de una cláusula penal puede promover el cumplimiento del deudor, pero no otorga al acreedor la seguridad acerca de la satisfacción de su interés. Esto último, justamente, constituye la causa de las garantías personales.

La cláusula penal cumple también una función *sustitutiva o liquidatoria*. La jurisprudencia española, interpretando el artículo 1152, primer párrafo del CC, señala que la función natural y esencial de la cláusula penal es la liquidación de los daños y perjuicios producidos o derivados del incumplimiento de la obligación principal (o de su cumplimiento defectuoso) (STS, 1.ª de 17 de noviembre de 2004; RJ 7239, MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel, FD 6.), sustituyendo a la indemnización sin necesidad de aportar prueba sobre los daños y perjuicios ocasionados (STS, 1.ª de 28 de septiembre de 2006; RJ 6390, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, FD 2.).

De lo afirmado por la doctrina jurisprudencial española y de lo previsto en el Código Civil español, la ejecución de la cláusula penal viene a sustituir la indemnización por daños y perjuicios, aún cuando éstos sean superiores o inferiores a los realmente sufridos o existentes, e incluso aún cuando el incumplimiento no haya ocasionado daño o perjuicio alguno. De ocurrir así, hay que entender que la aplicación de la cláusula penal excluye la exigencia del cumplimiento forzoso por parte del acreedor, salvo si el contrato incluye ambas posibilidades (artículo 1153, CC español)⁽³⁾.

La doctrina latinoamericana atribuye a la cláusula penal una *función indemnizatoria o resarcitoria*. Se ha señalado que esta figura jurídica (...) está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse

en el incumplimiento de la obligación” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 3); sin embargo, consideramos que la cláusula penal no tiene por finalidad el resarcimiento o indemnización de daños, pues procede su ejecución aún cuando el acreedor no hubiera, necesariamente, padecido daños por incumplimiento. Por ello nos parece más adecuado afirmar una función de sustitución (de la penalidad por la indemnización) o de una liquidación anticipada de daños (que podrían o no ocasionarse debido al incumplimiento).

El Código Civil peruano no se pronuncia expresamente acerca de la exclusión de la exigencia del cumplimiento forzoso de la obligación incumplida, en caso, el acreedor opte por el cobro de la penalidad. Sin embargo, hay que entender que es así, y que resulta de la propia naturaleza de la cláusula penal “el que ésta no pueda acumularse a la prestación *in natura*” (Osterling & Castillo, 2008). Salvo, como veremos más adelante, de lo previsto por el artículo 1342 CC.

Respecto de la *función coercitiva, punitiva o compulsiva*, se ha señalado que la “fuerza coercitiva” se expresa en la agravación del resarcimiento a fin de conminar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones (Marín, 2017). La función punitiva resulta de la naturaleza misma de la cláusula penal, pues, en tanto pena privada, la vocación sancionadora estaría ínsita. Para el autor citado, la “función coercitiva de la cláusula penal queda especialmente patente en la pena cumulativa, aquélla que permite al acreedor exigir conjuntamente el pago de la pena y el cumplimiento de la obligación principal (...)” (p. 86).

La jurisprudencia española reconoce a la cláusula penal, la función de coerción, sanción o punición⁽⁴⁾; no obstante, esta no

(3) Código civil español, artículo 1153: “Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”.

(4) La Sentencia del Tribunal Supremo 530/2016, de 13 de Septiembre, afirma que: “No cabe duda de que, como regla, y salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados”. Y también, la Sentencia del Tribunal Supremo 126/2017, de 24 de Febrero analiza la siguiente cláusula penal: “En la estipulación novena del contrato se pactó una expresa cláusula penal para el caso de incumplimiento contractual, consistente en el pago igual al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se produce el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual pactado”.



es una posición unánime. Así, encontramos que la doctrina y jurisprudencia belga han descartado se oponen a reconocer una función conminatoria a la cláusula penal. Biquet-Mathieu (2004), indica que a pesar de su denominación, la cláusula penal, no está orientada a castigar o punir en aquellos supuestos, en los que, su efecto disuasivo hubiera fracasado (Wéry, 2001, p. 249). La única función que las partes pueden asignarle es de naturaleza indemnizatoria, cayendo en la paradoja señalada por Moreau-Margreuve (2000, p. 249): “la clause pénale *ne peut pas être pénale*” (la cláusula penal no puede ser penal). La cláusula penal no se dirige a reparar un daño potencial. Esta es la solución adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Casación consagrada en el Código Civil belga a través de una Ley de 23 de Noviembre de 1998. La Exposición de Motivos de esta norma deja claramente establecida la función indemnizadora de la cláusula penal y el rechazo a su consideración como pena privada (y, en consecuencia, la admisión de una función punitiva) (Lano, pp. 14 - 15).

Sin embargo, un sector de la doctrina, considera que la cláusula penal sí cumple una función compulsiva. En nuestra región citamos a Borda, quien remarca la función de “(...) compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa (...)”; en el Derecho belga, otros estudiosos como Van Ommeslaghe (Van Ommeslaghe, 1986) o Moreau-Margreuve (Moreau-Margreuve, 2000), son favorables a la admisión de la función compulsivo-punitiva de la cláusula penal.

Afirmar que la cláusula penal cumple una función resarcitoria resulta contradictorio frente al hecho de que no siempre un incumplimiento genera daños al acreedor; y ello no impide al acreedor exigir el pago de la cláusula penal. O incluso siendo los daños ocasionados mínimos en comparación con la penalidad establecida, no inhibe el derecho del acreedor de cobrarla. Por ello, coincidimos con el profesor Soto (2016) cuando señala que la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria; sino más bien punitiva o sancionadora.

Otra de las funciones de la cláusula penal, propuesta por la doctrina, es la denominada *preventiva o disuasiva*. Al respecto, señala Soto (2016) que la incorporación de una cláusula penal en un contrato tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, evitando que cualquiera de las partes incurra en incumplimiento de una o más obligaciones. En otros términos, la cláusula penal tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones (Soto, 2016, p. 457).

3. Modalidades de cláusula penal

La doctrina ha identificado algunas modalidades de cláusula penal recurrentes en los contratos, éstas son:

- Cláusula penal sustitutiva o compensatoria
- Cláusula penal moratoria y cumulativa
- Cláusula penal penitencial

El artículo 1341, CC se refiere a la *cláusula penal compensatoria* señalando que “(...) tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...)”. En el Derecho español, se le conoce como “pena sustitutiva o liquidatoria”, porque se incluye en el contrato a fin de sustituir la indemnización resultante del incumplimiento. Esta figura presenta una ventaja para el acreedor pues no deberá probar los daños sufridos ni su cuantía, pues son reemplazados por el pago de la penalidad. A pesar del nombre de esta modalidad, consideramos que no debe equipararse la función compensatoria con la idea de indemnización o resarcimiento, pues en realidad, se trata de compensar el incumplimiento contra el pago de una penalidad. El Código Civil no alude a una indemnización de daños patrimoniales (y/o extrapatrimoniales). Sí hace referencia a una excepción: cuando se haya estipulado la indemnización del daño ulterior, el pago de la penalidad se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

En cuanto a la *cláusula penal moratoria y cumulativa*, el artículo 1342 CC, prevé la posibilidad de establecer una penalidad para “(...) el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado (...)”. Esta norma reconoce al acreedor, además, el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación. La pena cumulativa o cúmulo de penas, proviene del Derecho Civil francés (artículo 1229 del *Code*)⁽⁵⁾, el cual establece de forma excepcional la posibilidad de que, en caso de retardo de

(5) Artículo 1229, Código Civil francés: “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal. No puede demandarse al mismo tiempo lo principal y la pena, a menos que haya sido estipulada para el simple retardo”.



cumplimiento, el acreedor pueda exigir tanto el cumplimiento de la obligación principal como de la pena moratoria.

Cabe señalar, que la regla general prevista en el artículo 1228 del *Code*⁽⁶⁾, reconoce al acreedor el derecho de exigir al deudor moroso la penalidad establecida o el cumplimiento de la obligación principal. Esto significa que el cúmulo de penas estaría prohibido salvo el caso de retardo en el cumplimiento. Solamente bajo esta hipótesis, resulta viable exigir uno de los remedios contractuales (ejecución forzosa) y, a la vez, la pena moratoria (cuya finalidad es indemnizar por el retardo en el cumplimiento).

Se excluye la posibilidad de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación y la reparación por equivalente establecida en una cláusula penal de tipo compensatorio, pues esto implicaría un doble pago de la misma obligación. Sin embargo, esta prohibición no recae sobre la cláusula penal moratoria.

No obstante, lo indicado, hallamos en el Derecho Civil español un tipo de cláusula penal denominada “cumulativa”, la cual, dadas sus características no impide al acreedor exigir la ejecución *in natura*, al mismo tiempo, que el pago de la penalidad establecida, sin distinguir si la penalidad es compensatoria o moratoria.

La pena cumulativa del Derecho Civil español es entendida como aquella que se añade a la reparación ordinaria, hallando su fundamento legal en la última parte del artículo 1.152⁽⁷⁾ CC, que establece: (...) “si otra cosa no se hubiere pactado”.

Según el autor Acedo (2011), esta norma “implica la previsión por las partes que si incumple el deudor, el acreedor podrá exigir la pena pactada, además del cumplimiento forzoso, o por equivalente pecuniario” (p. 218). Para un sector de la doctrina (Espín, 1946) (Lobato de Blas, 1974), la pena cumulativa sería distinta de la pretensión simultánea de cumplimiento y la pena del artículo 1153 CC in fine (Marín, 2017). Para otros autores (Sanz, 1994) (De Castro, 2003), independientemente de la cuestión terminológica, los contratantes pueden acordar que la penalidad se añada a la reparación ordinaria, o incluso sumarse a la exigencia del cumplimiento *de la prestación debida* prevista en el artículo 1153⁽⁸⁾. En ambos supuestos la pena es cumulativa.

Esta situación permite que “la pena cumulativa puede sumarse a remedios monetarios sustancialmente idénticos:

por un lado, el cumplimiento por equivalente, incluyendo los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución de la prestación; y, por otro lado, la reparación ordinaria, la cual comprende la indemnización sustitutoria del cumplimiento” (Marín, 2017). Esto supone que el acreedor llegue a ver satisfecho su interés por duplicado. Piénsese en el caso que se hubiera pactado el pago de una penalidad, además del cumplimiento de la prestación o del cumplimiento por equivalente pecuniario (Luna, Piñeiro, Ramos & Rubí i Puig, 2002) o una indemnización. Claramente, se puede observar el carácter punitivo de la cláusula penal, dirigida a agravar la responsabilidad del deudor que no cumple.

Volviendo al Derecho peruano, la pena cumulativa está consagrada en el artículo 1342 CC; pero es admitida, únicamente, en dos supuestos:

- Cuando se estipula para el caso de mora.
- Cuando se establece en seguridad del cumplimiento de un pacto determinado.

En el primer caso, cuando se estipula para el caso de mora, cabe preguntarse si puede exigirse el cumplimiento de la penalidad previa constitución en mora del deudor o si ésta es automática por el solo efecto de la incorporación de la cláusula penal al contrato. Según Albaladejo (1997), en las obligaciones de dar o hacer, la pena no puede ser exigida hasta que el deudor incurra en mora, lo cual, no se produce automáticamente desde que el deudor deja de cumplir, sino cuando el acreedor requiere el cumplimiento interpellando al deudor. Esto no excluye la posibilidad de que las partes puedan acordar que “se incurra en la pena automáticamente sin necesidad de que sea exigido el cumplimiento” (Osterling & Castillo, 2014, p. 2732). Respecto de la cuestión de si se trata o no de un supuesto de mora automática, la respuesta la brinda el artículo

-
- (6) Artículo 1228, Código Civil francés: “El acreedor, en lugar de demandar la pena estipulada contra el deudor que está en mora, puede perseguir el cumplimiento de la obligación principal”.
- (7) Artículo 1152, Código Civil español. “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.
- (8) Artículo 1153, Código Civil español. “El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”.



1333 del Código Civil. En dicho artículo se establecen las hipótesis que dan lugar a la existencia de mora automática, y la estipulación de una cláusula penal moratoria no forma parte de dicho listado. No obstante, el inciso primero de la norma citada prevé su existencia por acuerdo de partes.

Un ejemplo que calza en este supuesto, es la penalidad impuesta por el arrendador por cada día de retraso en el pago de la renta mensual. Es usual hallar cláusulas penales que obligan al deudor al pago de US\$ 5 o US\$ 10 dólares por día transcurrido de demora en el pago de la renta. Cabe señalar, que el pago de la penalidad no exime al deudor del cumplimiento de la obligación esencial: pago de la renta mensual. No olvidemos que, la cláusula penal sirve para “acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal” (López, 1978, p. 69) (Cabanillas, 1991) (Lacruz, 2011).

El segundo supuesto contenido en el artículo 1342 CC (segundo párrafo), versa sobre la incorporación de una cláusula penal en seguridad del cumplimiento de un pacto determinado. Cabría preguntarse qué debemos entender por “pacto determinado”. Es decir, ¿se trata de una obligación específica distinta de la obligación principal sin dejar de ser esencial? o ¿puede recaer también sobre una obligación accesorio?

Por ejemplo, si nos situamos en el marco de un contrato de arrendamiento, la obligación principal del deudor (objeto del contrato) es el pago de la renta mensual, la cual, podría venir acompañada de una cláusula penal para el caso de mora. Sin embargo, cuando el CC se refiere a un “pacto determinado” en el contexto del artículo 1342, tendríamos que remitirnos a una obligación distinta de aquella constitutiva del objeto del contrato. Eso nos llevaría a pensar, por ejemplo, en la obligación del deudor de devolver el bien una vez vencido el contrato (si no hay renovación). El arrendador (de común acuerdo con el arrendatario) puede estipular una cláusula penal que obligue al deudor a pagar US\$ 10 dólares por cada día transcurrido hasta el momento de entrega efectiva del bien.

En ambos supuestos es posible acumular el pago de la penalidad establecida (generalmente, en importes dinerarios) y el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación “asegurada” por la cláusula. A diferencia de lo previsto por el legislador español, la pena “cumulativa” solamente puede ser de naturaleza moratoria y no compensatoria. El legislador peruano no contempla la posibilidad del “cúmulo” de derechos en el caso de la cláusula penal compensatoria, pues iría en contra de lo previsto por el artículo 1954 CC.⁽⁹⁾

Ahora bien, cabe precisar que la posibilidad de establecer una pena cumulativa, en Derecho español, procede siempre que las partes así lo hayan pactado. Pues si no se ha

acordado otorgar esa facultad al acreedor, este último no podrá exigir el cumplimiento de la obligación y, al mismo tiempo, el pago de la penalidad.

4. ¿Reducción o Moderación Judicial de la cláusula penal?

Como sabemos, el principio de justicia contractual se aplica, no solamente en el periodo de “construcción” del contrato a través de disposiciones garantes de la libertad y autonomía de las partes en la formación del consentimiento, sino también como una suerte de mecanismo de control durante la ejecución del contrato. De ahí que todas las normas que reconocen una serie de acciones al acreedor frente a situaciones de incumplimiento estén orientadas a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de ambas partes (Ternera, 2007). La intervención del juez en la moderación de la cláusula penal (ya sea para incrementarla o disminuirla) cumple también ese fin, pues busca garantizar lo estipulado en el contrato y convenido por ambas partes, y por otro lado, evitar el abuso del derecho por una de ellas, sobre todo, en contextos difíciles como podría ser una crisis económica. Así lo ha entendido un tribunal provincial español en 2011, al considerar la crisis económica (el desplome del mercado inmobiliario y las dificultades de financiación) como un caso de imposibilidad sobrevenida que justifica la moderación de la cláusula penal en vía judicial (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1: Ponente don Pedro Roque Villamor Montoro).

La facultad del juez de intervenir en los contratos moderando la cláusula penal está recogida en los más importantes códigos europeos. En este acápite realizaremos una revisión de los Códigos francés, español y alemán sobre el tema.

El *Code* francés, originalmente, no contenía ninguna disposición reservando al juez la facultad de moderar la cláusula penal. No obstante, en opinión de Pothier (2007), “la pena estipulada en caso de inexecución

(9) Artículo 1954, Código Civil peruano. “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.



de una obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva” (p. 200). Para el autor, “ (...) si la pena que suple los daños y perjuicios ordinarios es reducible, cuando es excesiva, con mayor razón las penas estipuladas en caso de defecto de pago de una suma de dinero, u otra cosa que se consume por el uso (...)” (Pothier, 2007, p. 202).

Es recién, a partir de 1975, que el Derecho Civil francés admite la intervención del juez gracias a la modificación interpuesta por la Ley 75-597⁽¹⁰⁾. Posteriormente, el originario artículo 1152 sufrió múltiples modificaciones hasta llegar a la Ordonnance 2016-131, del 10 de febrero de 2016, que incorpora el artículo 1231-5 con una nueva redacción, quedando los párrafos segundo y tercero, como siguen “(...) Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la penalidad convenida si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Cuando el acuerdo ha sido ejecutado en parte, la penalidad convenida puede ser disminuida por el juez incluso de oficio, en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor (...)”⁽¹¹⁾

El Código Civil español contempla también esta facultad interventora del juez. El artículo 1154, permite la modificación equitativa de la pena “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Esto implica que la facultad moderadora del juez está sujeta a los distintos grados de cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En otros términos, si la obligación no se cumple (o el incumplimiento es absoluto) entonces no procede la intervención del juez (STS 126/2017, de 24 de febrero)⁽¹²⁾.

La redacción del artículo 1154 CC⁽¹³⁾ español ha sido criticada, pues si bien resulta que, frente al cumplimiento parcial es posible modificar la pena, cuando está prevista para el caso de mora, “la pena, en principio se aplicaría tal y como la acordaron los contratantes” (Fuenteseca, 2011, p. 98). Esta facultad reconocida al juez para “modificar” la pena, ¿debe ser entendida como una rebaja o reducción de ésta? El uso de este término por el legislador español, ha sido criticado pues pareciera que el Código Civil español se “encontrara en una

fase previa en la que aún hay que ajustar la pena al cumplimiento” (Fuenteseca, 2011, p. 99); no queda claro, si ese ajuste es hacia la baja o el alza. No obstante, la doctrina ha entendido que, “en caso de cumplimiento parcial, procedería una rebaja de la pena. Y aunque la expresión modificar podría incluir asimismo un aumento de la pena, quizá habría que admitir dentro del término modificación, la rebaja de la pena” (Fuenteseca, 2011).

No obstante, como en estricto, el término “modificar” no significa “rebaja o reducción”, ha provocado algunas reacciones en la doctrina. Arana de la Fuente (2009), refiriéndose a la mora, señala: cuando el incumplimiento sancionado por la pena sea el retraso (...) si el deudor incurre en dicho retraso habrá que entender, a los efectos de la aplicación de la cláusula penal, que hay incumplimiento total, por lo que no cabe su modificación ex art. 1.154 CC. Esta regla es reiterada por la jurisprudencia (...) como eventual excepción se señalan las obligaciones de tracto sucesivo o de posible división que permitieran cumplimientos parciales aceptados por el acreedor, en las que la facultad moderadora de los tribunales podría operar (p. 1655).

En opinión de Albaladejo (1997), ni el grado de culpa del incumplidor ni la intensidad del perjuicio ocasionado deben ser tomados en cuenta para la moderación. No debe serlo la intensidad del perjuicio, porque la pena no depende del perjuicio (...) No debe ser tomado en cuenta tampoco el grado de culpa, ya que éste da lugar a responsabilidad mayor o menor, independientemente de que esté pactada una pena (p. 486).

(10) La Loi 75-597 de 9 de Julio de 1975 modificó los artículos 1142 a 1231, quedando el artículo 1152 completado con el párrafo siguiente: “Sin embargo, el juez puede moderar o aumentar la pena que hubiera sido convenida, si ella, manifiestamente, es excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria será reputada como no escrita” (Traducción libre).

(11) Traducción libre.

(12) La STS establece que “En la estipulación novena del contrato se pactó una expresa cláusula penal para el caso de incumplimiento contractual, consistente en el pago igual al producto de multiplicar la recaudación media mensual habida desde el momento en que entró en vigor el contrato hasta el momento en que se produce el incumplimiento del mismo, por el número de meses que queden pendientes hasta el vencimiento del plazo contractual pactado.” En relación con la doble función de la cláusula penal en un contrato, y en concreto sobre la redacción señalada, dice el Tribunal Supremo que: “(...) se aprecia que la sentencia recurrida da por cumplido el supuesto de hecho al que se anudaba la cláusula penal, por lo que ésta ya no podía moderarse al amparo del artículo 1154 Código Civil. Se preveía en el contrato la resolución anticipada de la relación contractual para la aplicación de la cláusula penal y así ha sucedido (...)”

(13) Artículo 1154, Código Civil español: “El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.



De otro lado, el BGB alemán presenta una redacción más clara, pues el parágrafo 343 contempla la rebaja o reducción de la pena: “(1) Si una pena ya eficaz es desproporcionadamente elevada, puede ser rebajada, a petición del deudor, mediante una sentencia. Al enjuiciar la proporcionalidad se considerará todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Tras la satisfacción de la pena queda excluida la rebaja. (2) Lo mismo rige, salvo en los casos de los parágrafos 339 y 342, cuando alguien promete una pena para el caso de que él haga o no haga algo”.

Del tenor de la norma surgen los requisitos a observar para que proceda la reducción judicial de la cláusula penal: Primero, la pena ha de ser exigible. Segundo, la pena ha de ser desproporcionadamente elevada o exorbitante. Tercero, es precisa la petición de rebaja formulada por el deudor. Cuarto, la decisión versará sobre una rebaja a un importe adecuado. Quinto, se establecen criterios para determinar el importe adecuado. Sexto, tras el pago de la pena queda excluida la rebaja (Fuenteseca, 2011, p. 100).

Destacamos, de los párrafos precedentes, la admisión de las facultades interventoras del juez para modificar o reducir la cláusula penal. En nuestro medio, el Código Civil peruano influenciado por los Códigos Civiles europeos prevé también la reducción judicial de la cláusula penal en el artículo 1346⁽¹⁴⁾. La aplicación de esta norma procede siempre que la pena sea exigible y que la reducción haya sido solicitada por el deudor. Tal como está previsto en el BGB, el deudor adquiere protagonismo, pues no se trata de una acción de oficio sino a pedido de parte.

De otro lado, la norma permite la intervención del juez para reducir la pena, en dos supuestos:

- sea manifiestamente excesiva.
- la obligación principal se hubiese cumplido en parte o de manera irregular.

En cuanto al primer supuesto, es decir, la existencia de una pena excesiva. Notamos la influencia del Derecho alemán, al sujetar la intervención judicial a los supuestos en que la pena se exorbitante o desmesurada. Eso significa que las penas con cuantías irrisorias no serían objeto de moderación judicial. Pero, sí cabría preguntarse cuándo se considera “manifiestamente excesiva” a una cláusula penal. La Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos, señala el siguiente contenido para el artículo 1150: “El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”.

Esta propuesta normativa introduce algunas novedades al Código Civil español: la modificación de la pena procede

siempre que ésta sea manifiestamente excesiva y notoriamente desproporcionada. No obstante, sigue utilizando el término “modificar” y no “reducir”. Y además, la referencia al “daño efectivamente sufrido” no aporta claridad al tenor legal, pues sabido es que para exigir el cumplimiento de la cláusula penal no se requiere la ocasión de un daño, sino básicamente la inejecución de la obligación asegurada por la cláusula.

El legislador peruano no se ha atrevido a incluir en el Código Civil ninguna disposición que determine cuándo una pena puede ser calificada como manifiestamente excesiva o exorbitante o desproporcionada. El antecedente más próximo lo encontramos en la propuesta original de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, cuyo artículo 1917 señalaba que “el valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal”. Como indica, Soto (2016), el “codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal (...)” (p. 469). Esta disposición no fue incorporada al Código Civil de 1984, por lo que, correspondería a los jueces evaluar el carácter excesivo, desproporcionado o exorbitante de la penalidad.

El segundo supuesto de reducción de la pena es cuando la obligación principal se haya cumplido en parte o de manera irregular. Cuando la norma refiere al cumplimiento en parte, debemos entender una alusión al cumplimiento parcial de la obligación. Sin embargo, la expresión “cumplimiento irregular” no resulta tan clara. No olvidemos que el artículo 1151 CC, se ocupa de las acciones del acreedor frente a situaciones de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; en ningún momento se alude al cumplimiento irregular. En un afán de simplificación del problema, debemos entender entonces, ¿que se trata de un cumplimiento defectuoso?. La doctrina peruana (Soto, 2016) (Osterling & Castillo, 2008) ha asimilado la expresión “irregular” a “defectuoso” aún

(14) Artículo 1346, Código Civil peruano. “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida”.



cuando, en sentido estricto, no significan lo mismo⁽¹⁵⁾.

Para Osterling & Castillo (2014), la modificación judicial se justifica en los casos de cumplimiento parcial o irregular (defectuoso), porque el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello. Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario, el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor (p. 2836).

No estaría justificada la intervención del juez si la obligación principal fuera totalmente inejecutada, y posterior, al incumplimiento, el deudor considera excesiva la cláusula penal. En opinión de los autores citados, esto podría constituir una “intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos” (Osterling & Castillo, 2014, p. 2387).

La intervención judicial para reducir la pena es una expresión del principio de la “mutabilidad de la pena” consagrado por la mayoría de los códigos civiles europeos (BGB, Código Suizo de las Obligaciones, Código Civil francés, español, belga, italiano, etc) y también por los Códigos Civiles latinoamericanos (piénsese, en los códigos civiles brasileño, mexicano, chileno, etc). El código civil peruano adopta el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal pues permite la intervención del juez para reducirla y no para aumentarla (Osterling & Castillo, 2014).

El profesor Soto (2016), es un implacable crítico de la postura adoptada por el Código Civil peruano, para quien, resulta ilógico que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados, máxime en caso de haber negociado y celebrado paritariamente el contrato” (p. 466).

En opinión del autor, la premisa subyacente para esta norma vendría a ser la consideración del deudor como la parte débil o frágil en la relación contractual, lo cual, en las épocas actuales, es más un mito que una realidad. Seguir tratando al deudor como la parte débil estatuye un régimen de desigualdad frente al acreedor, más aún cuando en la realidad negocial, en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. Esto llevaría a enfocar el problema desde

otra perspectiva. En el caso del deudor que cumple parcial o defectuosamente su obligación, sin consentimiento del acreedor, éste debiera poder manifestar su rechazo exigiendo el pago íntegro de la penalidad convenida. Estos argumentos vendrían a reforzar la opinión del autor citado, en pro del reconocimiento de las funciones preventiva y punitiva de la cláusula, como principales (Soto, 2016, pp. 474-476).

5. La “inmutabilidad” de la cláusula penal en tiempos de pandemia

En los acápites anteriores nos hemos ocupado del estudio de la cláusula penal: sus orígenes, su consagración legislativa en diferentes ordenamientos jurídicos, sus funciones, su tipología y la facultad del juez de reducirla en supuestos concretos. Nos corresponde ahora ubicar a la cláusula penal en el marco de contratos cuya ejecución se ha visto afectada por las consecuencias de la pandemia actual.

Centraremos nuestra atención en los contratos de arrendamiento, que, como sabemos, se caracterizan por ser de tracto sucesivo siendo la contraprestación el pago de una renta (generalmente, en dinero). Este contrato, es quizás, uno de los que más se ha visto afectados en esta época (sin mencionar a los contratos de construcción). El impacto económico de la crisis sanitaria ha afectado a casi el 30% de la población que habita en viviendas arrendadas (sean casas, departamentos u otros)⁽¹⁶⁾ en el departamento de Lima. Para nadie es un secreto que, como consecuencia de la paralización de actividades económicas, los arrendatarios: personas naturales y jurídicas, han dejado de cumplir con sus contraprestaciones. Esto ha provocado atrasos en el pago de las rentas de, por lo menos 4 o 5 meses; sin contar con las cláusulas penales exigibles y vigentes en los contratos. El panorama es desolador, muchos inquilinos de casas-habitación han sido expulsados y, por el lado de los

(15) Según la RAE, la palabra “irregular”, significa, “que está fuera de regla, contrario a una regla, que no observa el mismo comportamiento o no rinde del mismo modo (...)”. Y la palabra “defectuoso” significa “imperfecto, falto”.

(16) Según el reporte del INEI, en 2018, el 65,7% de los pobladores habitaban en viviendas propias, lo que significa, que alrededor, de un 30% ocupaban viviendas arrendadas.



establecimientos comerciales, se observa un cierre masivo de todo tipo de negocios; en síntesis, una severa recesión económica (CCL, 2020) (Gestión, 2020) (INEI, 2020).

Esta situación despertó el interés de gran parte de la doctrina peruana, pero se focalizaron en el análisis de los efectos derivados del incumplimiento total y los remedios aplicables por el deudor. En este sentido, se ha analizado la liberación de responsabilidad del deudor por fuerza mayor (Ronquillo, 2020) (Rioja, 2020) (Varsi, Torres, & Rosenvald, 2020), la posibilidad de aplicar la teoría de imprevisión y revisar el contrato por excesiva onerosidad de la prestación (Ninamancco, 2020) (Cieza, 2020) (Santos, 2020), la extinción del contrato aplicando la teoría de la frustración, etc.

Sin embargo, estas opiniones no han forjado un criterio unánime, pues el profesor Leysser León aporta argumentos contrarios. En relación a la postura de aquellos que ven la justificación del incumplimiento en la excesiva onerosidad de la prestación, el profesor León está en desacuerdo por considerar que el estado crisis sanitaria no ha alterado la relación inicial de valor entre prestación y contraprestación. “En los arrendamientos y pensiones no se ha alterado el valor, lo que han cambiado son las prestaciones mismas, que o no se ejecutan o no se pueden ejecutar regularmente” (León, 2020), debido a las decisiones gubernamentales y normas de urgencia que han tenido un fuerte impacto en las actividades económicas y el empleo. El mismo autor descarta también el argumento de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad por incumplimiento.

Al respecto, señala que el pago de la renta al tener por objeto una prestación dineraria, se constituye en las denominadas “obligaciones genéricas”, determinadas en su especie y cantidad. El género “dinero” no perece. Nadie puede invocar un caso fortuito o fuerza mayor como impedimento para honrar el pago de una deuda. No tener dinero o haberlo perdido por un robo o una mala inversión no son hechos que libren al deudor de sus obligaciones frente al acreedor” (León, 2020).

En Colombia, el problema de los arrendamientos, especialmente de los locales comerciales, reviste tal importancia que, en junio de 2020, el gobierno colombiano expidió el Decreto 797 facultando a los arrendatarios a ejercer un derecho de terminación unilateral y anticipada de ciertos contratos de arrendamiento. Dentro de los derechos reconocidos al arrendador se encuentra la negativa al ejercicio del derecho de resolución anticipada si el arrendatario no se encuentra al día con el pago de la renta, de los servicios públicos y demás gastos vinculados al inmueble. Asimismo, tiene derecho al cobro de un

tercio (1/3) de la penalidad establecida en el contrato, siendo que, de no haberse pactado una cláusula penal, tendrá derecho a recibir el equivalente a un (1) mes de renta.

Como vemos, en el Derecho colombiano el problema ha quedado zanjado, al menos para arrendamientos comerciales, por la propia norma. Resulta interesante cómo la intervención del Estado, justificada a través de una medida de emergencia, vulnera la autonomía de las partes, y la del contrato mismo, en un afán de proteger al deudor y salvaguardar la continuidad de los negocios. Se ha señalado que, “la norma busca un equilibrio de las cargas entre arrendador y arrendatario en la coyuntura actual. La idea es que las empresas puedan cubrir costos fijos, especialmente, los relacionados con la nómina de los trabajadores” (Mincomercio, 2020). El decreto colombiano se aplicaría principalmente a los locales comerciales que, debido a las medidas de aislamiento social, no puedan ejercer sus actividades económicas, como: gimnasios, discotecas, bares, piscinas, spa, saunas, cines, teatros, servicios religiosos, canchas deportivas, parques de atracciones, servicio alojamiento y restauración, etc.

Las micro, pequeñas y medianas empresas son las que se dedican, principalmente, a ese tipo de actividades, siendo que, el costo fijo de alquileres representa alrededor del 38% de los gastos mensuales (Mincomercio, 2020). De ahí, la importancia para el gobierno colombiano de emitir una norma de tal naturaleza.

En nuestro medio, no contamos con norma similar, por lo que, la solución a los eventuales problemas relacionados al arrendamiento recae, en primer lugar, en las partes, y de lo contrario, en los tribunales.

De las opiniones y estudios revisados, observamos que, la gran mayoría, se han centrado en el análisis del incumplimiento de la obligación principal, la protección al deudor, y las alternativas que podrían argüirse para liberar al deudor de responsabilidad por dicho incumplimiento⁽¹⁷⁾. No se ha opinado respecto

(17) Cabe señalar que los remedios contenidos en el Código Civil peruano (en los artículos 1150 y 1151) para los casos de incumplimiento absoluto y cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación, reconocen una serie de acciones en favor del acreedor a fin de satisfacer su interés, sin establecer diferencias entre casa-habitación o local comercial. Esta situación ha provocado que, hoy en día, muchos establecimientos comerciales mantengan sus puertas cerradas por impagos acumulados durante los meses de cese de actividades.



de la cláusula penal y su exigibilidad en el momento en que se produce el incumplimiento.

En el marco de un arrendamiento, sea de casa-habitación o de establecimiento comercial, de haberse pactado una cláusula penal compensatoria, el arrendatario incumplidor quedaría obligado al pago de la penalidad (artículo 1341, CC). Solamente, si dicha penalidad es manifiestamente excesiva, podrá el deudor, solicitar judicialmente la reducción. De lo contrario, no será posible. Ahora bien, respecto de la subsistencia de la cláusula penal compensatoria, quedará indefectiblemente atada a la “vida útil” de la obligación cuyo cumplimiento asegura. Es decir, si el deudor logra liberarse del cumplimiento de la obligación principal, en aplicación del adagio: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, quedará librado de la penalidad también.

Si la cláusula penal fuera de naturaleza moratoria, y el deudor cumple de manera parcial o defectuosa, la obligación principal, es decir el pago de la renta; entonces, el acreedor puede exigir el cumplimiento íntegro de dicha obligación, así como el pago de la penalidad. En esta situación, sí sería conveniente que el deudor solicitara la reducción judicial, pues la pena no cumple un fin sustitutorio sino más bien, cumulativo. En otros términos, el cumplimiento de la obligación principal de forma parcial o defectuosa, no inhibe el derecho del acreedor de exigir el pago de la penalidad. Nos preguntamos entonces, ¿qué pasaría si el deudor logra liberarse de la obligación principal, se libera también del cumplimiento de la penalidad?

El maestro León Barandiarán (citado por Osterling & Castillo, 2014) señalaba que “la pena es expresiva de los daños y perjuicios por incumplimiento, y no puede haber lugar a éstos cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, pues en tal hipótesis se resuelve la obligación principal (...) el principio mismo que informa la recíproca relación entre la pena y la obligación principal está constituido porque la extinción de la última acarrea la de la primera (...)” (Osterling & Castillo, 2014, p. 2785).

Esto significa, entonces, que si el deudor logra demostrar que su incumplimiento no le es imputable (por ausencia de dolo o culpa), pudiendo liberarse de la obligación principal y de la cláusula penal, si el evento que desencadenó el incumplimiento responde a las características del caso fortuito o de fuerza mayor.

Para finalizar este acápite, consideramos necesario mencionar la propuesta de mejora del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, publicada en marzo de 2019. Según la propuesta, el artículo 1346 quedaría redactado de la siguiente manera: “El juez podrá, inclusive de oficio, previo contradictorio entre las partes, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Es nulo todo pacto en contrario, así como la renuncia anticipada a solicitar la reducción de la cláusula penal”.

En la exposición de motivos de esta norma, se justifica la modificación del vigente artículo 1346 en el reconocimiento del carácter punitivo de la cláusula penal. La intervención judicial de oficio constituye una novedad, pues de acuerdo a la norma vigente, dicha actuación debe ser solicitada por el deudor.

6. Conclusión

La cláusula penal es un mecanismo legal que cumple diferentes funciones en razón de la tipología adoptada por los contratantes. Si es del tipo compensatorio, entonces la función será sustitutoria de los daños y perjuicios; pero, si es moratoria, entonces, ésta será más bien sancionadora. La posibilidad de acumular la penalidad convenida más el cumplimiento de la obligación principal caracteriza a este tipo de cláusula. El debate en torno a su inmutabilidad o mutabilidad relativa parece haberse decantado por esto último; pues la mayoría de legislaciones admite la posibilidad de su revisión por parte del juez. Sobre este tema, la legislación española, específicamente, el Código Civil, utiliza términos imprecisos que han generado en la doctrina interpretaciones diversas respecto de la intervención judicial y su facultad de moderación de la pena. La “modificación equitativa de la pena” por parte del juez, ha sido interpretada como “reducción”, aunque estricto, ése no sea el significado. No ocurre lo mismo con el BGB; el legislador alemán sí ha sido mucho más preciso al delimitar los supuestos de intervención del juez: reduce la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o de manera irregular.

La expresión “manifiestamente excesiva”, utilizada también por nuestro código civil, plantea la cuestión relativa la forma de apreciar la desproporción de la cláusula penal. En ese sentido, según la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos, lo excesivo de la cláusula se mediría en función al daño efectivamente sufrido. Esta expresión es poco clara, habida cuenta, que la cláusula penal, como hemos señalado no cumple solamente una función sustitutoria de daños.



En nuestro medio, es el juez quien aprecia según su saber y entendimiento, y determina si la cláusula es desproporcionada o manifiestamente excesiva. Ahora bien, también es posible solicitar la intervención del juez cuando la obligación principal ha sido cumplida parcial o defectuosamente.

La vigencia de la cláusula penal, en estos tiempos difíciles, se vuelve manifiesta cuando en los contratos de arrendamiento sancionan la mora en el cumplimiento del pago de la renta. En este supuesto, el acreedor puede exigir ambas cosas: el cumplimiento y la pena. El deudor no tiene muchas posibilidades de cumplir, habida cuenta, del impacto económico de las medidas adoptadas para contener la pandemia. En este contexto, el legislador colombiano en un afán de preservar a las micro, pequeñas y medianas empresas, arrendatarias de locales comerciales, y ayudar en el pago de sus trabajadores ha intervenido normando la reducción de las cláusulas penales vigentes. Si bien es una medida temporal, no deja de ser una irrupción y afectación al principio de libertad de contratación y de la autonomía de las partes.

El legislador peruano no se ha emitido ninguna norma de urgencia, en ese sentido; son pues, las normas del Código Civil las llamadas a resolver estos problemas. En vista del carácter accesorio de la cláusula penal, la única manera para el deudor, de liberarse de su cumplimiento es demostrar que la inejecución de sus obligaciones se debió a un caso fortuito o fuerza mayor.

Referencias bibliográficas

- Acedo, J. (2011). *Teoría General de las Obligaciones* (2ª. ed.). Dykinson.
- Albaladejo, M. (1997). *Derecho Civil* (10.ª ed., vol. 1, T. II.). Bosch.
- Arana de la Fuente, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. *Anuario de Derecho Civil*, 62(4).
- Biquet-Mathieu, C. (2004). *Les peines privées - Rapport de droit belge*. Journées québécoises de l'Association Henri-Capitant.
- Blanco, J. (1996). *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación principal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*. Dykinson.
- Cabanillas, A. (1991). Comentarios a los artículos 1152-1155 CC. En C. Paz-Ares (ed.), *Comentario del Código Civil* (T. II). Ministerio de Justicia.
- Cárdenas, C. (1994). *Estudios de Derecho Privado I*. Ediciones Jurídicas.
- Carrasco, A. (2013). Artículo 1152. En R. Bercovitz, *Comentarios al Código Civil* (T. IV). Tirant lo Blanch.
- CCL. (2020). La Cámara. *Revista de la Cámara de Comercio de Lima*. https://lacamara.pe/wp-content/uploads/2020/03/LA_CAMARA-922_OK.pdf
- Cieza, J. (2020). El Covid-19, el desequilibrio contractual y la excesiva onerosidad de la prestación. *Gaceta Civil y Procesal Civil*.
- Contreras, J. (2012). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*.
- De Castro, G. (2003). La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje. En J. de la Cuesta & C. Vattier (eds.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos* (vol. II). Dykinson.
- Díez-Picazo L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (6.ª ed., T. II.). Civitas.
- Espín, D. (1946). La cláusula penal en las obligaciones contractuales. *Revista de Derecho Privado*, 145-169.
- Fuenteseca, C. (2011). Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán. *Foro, Nueva Epoca*.
- Gestión. (2020, 22 de junio). Más de la mitad de inquilinos en Lima rebajó el alquiler que paga. Gestión.
- INEI. (2020). *En Abril de 2020 la actividad económica disminuyó en 65.41%*. Instituto Nacional de Estadística e Informática. <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-abril-de-2020-la-actividad-comercial-disminuyo-6541-12269/>
- Jalil, E. (2016). Comentarios a los artículos 790 a 803. En M. Herrera, G. Caramelo & S. Picasso (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (2ª ed., vol. 3). Infojus.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1981). *La cláusula penal*. Depalma.
- Lacruz, J. (2011). *Elementos de Derecho Civil* (5.ª ed., vol. 1, T. II). Dykinson.
- Lano, P. (s.f.). Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 1373/4, Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique.
- León, L. (2020, 27 de abril). Covid-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil: Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. *La Ley*. <https://laley.pe/art/9619/covid-19-crisis-sanitaria-y-retos-del-derecho-civil-entre-la-fuerza-vinculante-y-la-adecuacion-de-los-pactos-contractuales>
- Lobato de Blas, J. (1974). *La cláusula penal en Derecho español*. EUNSA.
- López, J. (1978). *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Editorial Jurídica de Chile.
- Luna, A., Piñeiro, J., Ramos, S., & Rubí i Puig, A. (2002). Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español. *Indret*.



Marín, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Mincomercio. (2020). Abecé. Decreto 797 de 4 de junio de 2020. *Mincit*. http://colombiasigueadelante.mincit.gov.co/colombia_sigue_adelante/media/archivos/pdf/JUN-5-JF-ABC-DECRETO-ARRENDAMIENTOS-1_1.pdf

Moreau-Margreve, I. (2000). Variations sur un thème récurrent: la clause pénale. En P. Van Ommeslaghe (ed.), *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*. Bruylant.

Ninamanco, F. (2020). El Covid-19 y los contratos de arrendamiento. *La Ley*: <https://laley.pe/art/9406/el-covid-19-y-los-contratos-de-arrendamiento>

Osterling, F., & Castillo, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra.

Osterling, F., & Castillo, M. (2014). *Tratado de Derecho de las Obligaciones* (2.ª ed., vol. 6). Thomson Reuters.

Pothier, R. (2007). *Tratado de las Obligaciones* (2ª ed.). (G. Torres, trad.). Heliasta.

Prado, A. (2019). Algunos aspectos de la Cláusula Penal en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho (Coquimbo)*.

Rioja, A. (2020). La inexecución del contrato de arrendamiento en tiempos de Covid-19.

La Ley. <https://laley.pe/art/9567/la-inejecucion-del-contrato-de-arrendamiento-en-tiempos-del-covid-19>

Roca, R. & Puig, J. (1948). *La cláusula penal en las obligaciones contractuales* (Tomo I.). Estudios de Derecho Privado.

Ronquillo, J. (2020, 21 de mayo). El impacto de la crisis sanitaria del Covid-19 en los contratos de arrendamiento. *LP Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/crisis-sanitaria-covid-19-contratos-arrendamiento/>

Santos, P. (2020, 30 de abril). Covid-19 en el Perú y sus implicancias en distintos contratos civiles desde un enfoque de empresa. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/covid-19-implicancias-contratos-civiles-empresa/>

Sanz, A. (1994). *La cláusula penal en el Código Civil*. Bosch.

Soto, C. (2016). Cláusula penal: función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas. En C. Soto (ed.), *Incumplimiento Contractual*. Jurivec-Flores Nano & Soto.

Tenera, F. (2007). El concepto de justicia contractual. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1(2), 287-301.

Van Ommeslaghe, P. (1986). Les obligations - Examen de jurisprudence (1974-1982). *R.C.J.B.*, (112), 1974-1982.

Varsi, E., Torres, M., & Rosenvald, N. (2020). La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual. *Acta bioethica*, 26(1), 29-36. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2020000100029>

Wéry, P. (2001). *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*. La Charte.



COVID-19 e industria aeronáutica. 10 situaciones probables de crisis^(*)

COVID-19 and aeronautics industry. 10 Probable Critical Scenarios

Griselda Delia Capaldo^()**

Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

Resumen: La Real Academia Española define a la crisis, en su primera acepción, como un cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados. La pandemia generada por la propagación del virus SARS-CoV-2, que causa COVID-19, ha impactado sobre múltiples escenarios en múltiples escalas. La industria aeronáutica, que por definición engloba no solo al transporte aéreo sino también a todas las infraestructuras, servicios y procesos asociados al mismo, incluido el de construcción y mantenimiento de aeronaves, ha sido una de las actividades afectadas. El presente trabajo apunta a describir al menos diez de esas situaciones de crisis, en sus distintas escalas (global, regional y local). El lapso temporal abarcado por este artículo se extiende hasta julio de 2020. Por su naturaleza, se trata de una investigación exploratoria y descriptiva. Atendiendo a esas escalas, este artículo focaliza su atención en el análisis de las medidas tomadas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y por la *International Air Transport Association* (IATA) a nivel global, por la Unión Europea (UE) y por la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAAC) a nivel regional y, a nivel local, por un grupo seleccionado de Estados.

Palabras clave: Transporte aéreo - COVID-19 - Industria aerocomercial - IATA - OACI - Crisis del sector aéreo

Abstract: The Spanish Royal Academy of Language defines “crisis”, in its first sense, as a profound change with important consequences in a process or situation, or in the way in which they are assessed. The pandemic engendered by the spread of the SARS-CoV-2 virus, which causes COVID-19, has impacted on multiple scenarios at multiple scales. The aeronautical industry, which by definition encompasses not only air transport but also all the facilities, services and processes associated with it, including the construction and maintenance of aircraft, has been one of the activities affected by the global pandemic. The present work aims to describe at least ten of those critical situations, at their different scales (global, regional and local). The length of time covered by the present work extends to July 2020. Paying attention on its nature, this is an exploratory and descriptive research. Taking these scales into account, this article focuses on the analysis of the measures taken by the International Civil Aviation Organization (ICAO) and by the International Air Transport Association (IATA) at a global level, by the European Union (EU) and by the Latin American Civil Aviation Commission (CLAAC) at the regional level and, at the local level, by a selected group of States.

Keywords: Air transport - Covid-19 - Commercial air activities - IATA - OACI - Crisis in aviation

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 4 de junio de 2020 y su publicación fue aprobada el 19 de setiembre de 2020.

(**) Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, donde desempeña la cátedra de “Derecho de la Navegación y Derecho Aéreo”. Es investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas - CONICET, Argentina. Es miembro Post-doctoral de la Alexander von Humboldt Stiftung, Universität zu Köln, Germany (2001-2002) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3702-4594>. Correo electrónico: gcapaldo@derecho.uba.ar



1. Introducción

El vocablo 'crisis' proviene del griego κρίση (krísis), es decir, 'decisión', y éste del verbo κρίνειν (krínein), esto es, decidir, separar, juzgar. La crisis, como posible 'separación' o 'rotura', es un punto crucial y decisivo. Etimológicamente, 'crisis' es el juicio formado sobre una cosa después de examinarla cuidadosamente. De ahí proviene el término 'crítica', que supone el estudio de algo para luego emitir un juicio. Toda crisis nos obliga a pensar. El vocablo también designa el momento en que se produce un cambio muy marcado en algo, o en una situación, o en un proceso. Desde este sentido etimológico y lingüístico será abordado el presente trabajo, y no en el sentido de "situación mala o difícil", como lo define la Real Academia en su tercera acepción.

Peter Frankopan, historiador inglés especializado en historia de las pandemias, sostiene que el efecto más notable de las conquistas mongoles sobre la transformación de Europa no fue resultado del comercio, la guerra, la cultura o la moneda, sino de la epidemia de peste negra (Frankopan, 2016, p.178)⁽¹⁾.

Los itinerarios comerciales que unían a Europa con el resto del mundo conocido hacia el año 1346, también se convirtieron en rutas para la transmisión de la peste negra. Y ahora, la propagación del virus SARS-CoV-2, que causa COVID-19, llegó al mundo occidental a través de los itinerarios comerciales de la aviación (Christidis et Christodoulou, 2020, pp. 1-2).

Por nuestra parte, creemos que el coronavirus ha colocado a la humanidad en una aporía, pues desafía las mentes de científicos, políticos, estrategas e infectólogos. Aún no sabemos cómo saldremos de ella ni cuál será el mapa de las nuevas relaciones internacionales de poder que se irá dibujando con el correr de los meses.

La industria aeronáutica, que por definición engloba no solo al transporte aéreo sino también a todos los servicios asociados a él (como los de tránsito aéreo, rampa, comunicaciones, suministro de energía y de combustible, toda la gestión aeroportuaria, etc.) e incluso a la construcción de aeronaves y los talleres de mantenimiento, no ha escapado a los efectos del COVID-19, como demostraremos en las páginas siguientes.

Ese impacto adverso se hace notar en la suspensión de los vuelos, principalmente de transporte aéreo de pasajeros, debido al cierre de fronteras impuesto tempranamente por muchos Estados; en la dificultad para repatriar a los nacionales

o residentes que quedaron varados en el extranjero; en la inexecución de cientos de miles de contratos de transporte aéreo cuyos tickets fueron adquiridos y pagados por los pasajeros, y la incertidumbre que genera el derecho a realizar el vuelo en el futuro o al menos a recuperar todo o parte de lo abonado; en el *grounding* o puesta en tierra de miles de aeronaves (específicamente, del 80% de la flota mundial de aviones) que dejaron de operar por causa del cierre de fronteras; en el costo semanal que ese *grounding* le genera a las aerolíneas y el gasto que tendrán que asumir cuando se las vuelva a poner en funcionamiento; en la consecuente paralización de actividades aeroportuarias, que afecta principalmente a los aeropuertos dados en concesión; en la revisión de las sanciones a las aerolíneas por la no utilización de los *slots*; en la desprogramación de los pedidos de construcción de aeronaves y el consiguiente cierre de plantas de ensamblado o al menos el cese temporal de sus actividades; en los planes estatales de rescate económico de las aerolíneas que vieron interrumpido de buenas a primeras el flujo de dinero en efectivo o electrónico; en la creciente situación de falencia o quiebra de la industria debido a la falta de liquidez.

También se observa su impacto en la interrupción de los contratos de leasing de aeronaves y su relación con el incumplimiento de los derechos de garantía sobre esas aeronaves; en el cese de los seguros y las cauciones; en la revalorización del rol a desempeñar por los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS, según sus siglas en inglés); en las prórrogas automáticas de las licencias al personal aeronavegante; etc. (Gómez, 2020, pp. 7-8).

Adicionalmente, la drástica reducción de vuelos internacionales obligará a la Organización de Aviación Civil Internacional - OACI a replantear el sistema CORSIA de

(1) Peter Frankopan (2016) textualmente expresa lo siguiente:

The most important effect that the Mongol conquests had on the transformation of Europe, however, did not come from trade or warfare, culture or currency. It was not just ferocious warriors, goods, precious metals, ideas and fashions that flowed through the arteries connecting the world. In fact, something else entirely that entered the bloodstream had an even more radical impact: disease. An outbreak of plague surged through Asia, Europe and Africa threatening to annihilate millions. The Mongols had not destroyed the world, but it seemed quite possible that the Black Death would (p. 178).



compensación y reducción de emisiones de carbono por parte del transporte aéreo internacional⁽²⁾.

En suma, el coronavirus ha hecho desembocar a la humanidad y a los Estados en una crisis que afecta a múltiples escenarios en múltiples escalas.

2. La acción de ciertos organismos internacionales ante el COVID-19

Ante todo, debemos recordar que el artículo 14 del Convenio de Chicago de 1944 sobre Aviación Civil Internacional⁽³⁾, establece que cada Estado contratante se compromete a adoptar medidas efectivas para impedir la propagación de enfermedades contagiosas por medio de la navegación aérea. El citado artículo debe ser interpretado e implementado según las normas y métodos recomendados en el Anexo 9 del Convenio de Chicago, sobre "Facilitación".

A su vez, dentro del marco del artículo 5 del Convenio de Chicago, la OACI emitió la Comunicación EC 6/3 – 20/55, con fecha 15 de abril, instando a los Estados miembros a tomar varias medidas ante las restricciones crecientes del tránsito aéreo que estaban imponiendo muchos países para contener la propagación del COVID-19. La OACI consideró que los "vuelos de repatriación" debían ser incluidos dentro de esas medidas como "vuelos humanitarios"⁽⁴⁾, con el fin de garantizar que se concedan con rapidez las autorizaciones necesarias para la entrada, salida y tránsito de las aeronaves que los lleven a cabo. El mismo organismo internacional recomendó realizarlos al amparo del artículo 5 del Convenio de Chicago, relativo a la prerrogativa de las aeronaves extranjeras que realicen vuelos comerciales *no regulares*, de transportar a pasajeros hacia y desde su territorio con sujeción a las condiciones impuestas por los Estados.

Enfocándonos exclusivamente en la industria aeronáutica, las respuestas a cada uno de los escenarios y escalas atravesados por esta pandemia, pueden agruparse en tres momentos: (i) mitigación de la crisis, (ii) salida de la crisis y (iii) recuperación del sector.

Respecto de las medidas tomadas para mitigar la crisis y para salir de ella, consideramos que, en general, las agencias internacionales especializadas en gestionar

políticas de prevención e intervención en la salud a nivel mundial, y en la aviación civil, así como los organismos enfocados en la integración económica regional, tales como la Organización Mundial de la Salud - OMS, la Organización de Aviación Civil Internacional - OACI, la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil - CLAAC, y la Unión Europea - UE, respectivamente, han reaccionado tardíamente, o al menos más tarde que los Estados, quienes dieron el primer paso apresurándose a cerrar a largo plazo sus fronteras políticas a todo medio de circulación transfronterizo de personas. Por ejemplo, la OACI recién en mayo del 2020, es decir, a cuatro meses de iniciada la propagación internacional del virus, publicó el nuevo Manual para las Administraciones de Aviación Civil sobre la "Gestión de riesgos de seguridad operacional de la aviación relacionados con la COVID-19" (Doc 10144). El mismo organismo, si bien el 15 de abril emitió un Comunicado a todos los Estados en relación con las medidas a tomar para los vuelos de repatriación de los nacionales o residentes de cada país que quedaron varados en otro Estado por causa de la pandemia y el cierre intempestivo de fronteras, se demoró más de un mes para dar a conocer los procedimientos eficaces para la tramitación de esos "vuelos de repatriación" establecidos como vuelos especiales (véase Nota de estudio RV2/DGAC - NE/12, del 21 de mayo de 2020). Y recién el 26 de mayo hizo un llamado conjunto con la Organización Marítima Internacional - OMI y la Organización Internacional del Trabajo - OIT interpelando a los gobiernos del mundo para que designen como "trabajadores clave" a las personas del sector aeronáutico (y marítimo) que realizan tareas esenciales.

La CLAAC (Oficina regional de la OACI para América Latina)⁽⁵⁾ se demoró tres meses

(2) Respecto a este asunto, es menester recordar que a la aviación no se le aplica el sistema de convenios internacionales sobre cambio climático, por ende, la COP26 no tiene competencia para tratar el tema, sino que esa responsabilidad recae sobre la OACI (Capaldo, 2020).

(3) Al 10 de julio de 2020, el Convenio de Chicago sobre "Aviación civil internacional" cuenta con 193 Estados parte. Sin lugar a dudas, es uno de los tratados internacionales más exitoso desde el punto de vista del número de membresías que ha cosechado. El convenio consta de 19 Anexos.

(4) La OACI definió a los vuelos humanitarios como aquellos que tienen como finalidad atender a los connacionales de los Estados durante situaciones de emergencia producto de catástrofes climáticas u otras situaciones adversas.

(5) Son 22 los Estados miembro de la CLAAC: Argentina, Aruba, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.



en realizar, el viernes 24 de abril de 2020, la primera Reunión Sincrónica Virtual de Directores de Aviación Civil de la Región SAM (RV/DGAC), precedida por tres Podcasts con Líderes sudamericanos, que contó con la participación de trece Estados de la Región SAM, seis organizaciones internacionales y un fabricante de aeronaves. Y aguardó hasta junio de 2020 para dar a conocer el “Marco estratégico de la Región SAM”⁽⁶⁾ en respuesta al COVID-19”, en el que, con gran sentido práctico, se individualizan cuatro fases: (i) la de reacción inmediata de todo el sistema de aviación ante el cierre de fronteras y de las operaciones aéreas (es decir, una etapa que ya llevaba instalada unos cuatro meses); (ii) la de reinicio de operaciones, que supone el cumplimiento estricto de las recomendaciones dadas a los futuros pasajeros por las autoridades de salud, con el doble fin de generar su confianza y de gestionar de manera efectiva los riesgos de transmisión; (iii) la fase de recuperación, hasta que se retomen los niveles previos a la crisis sanitaria; y (iv) la fase de resiliencia de la industria aeronáutica.

En cuanto a Europa, recién en la tercera semana de mayo, la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA, por sus siglas en inglés) y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC, también por su sigla en inglés) adoptaron el Protocolo de Seguridad Sanitaria de la Aviación COVID-19 para el reinicio seguro del transporte aéreo y la actividad aeroportuaria en Europa, con el fin de impulsar su recuperación económica en ese continente.

La excepción fue la Organización Mundial de Turismo - OMT, que a mediados de marzo de 2020 creó un Comité Mundial de Coordinación para evaluar y proponer recomendaciones a medida que vaya evolucionando la situación generada por la pandemia del COVID-19. En fecha cercana a la anterior, lanzó una guía mundial para la recuperación del sector económico más afectado por el avance del coronavirus (el documento se titula: Directrices globales para reabrir el turismo).

También fue temporánea la medida dada a conocer por la OACI la última semana de abril de 2020. Esta agencia de las Naciones Unidas (NU) procedió a crear una Fuerza de Trabajo COVID-19 para la Recuperación de la Aviación, con el objetivo de “identificar y recomendar prioridades estratégicas y políticas para Estados y operadores de la industria”. El grupo de tareas dio a luz una guía con recomendaciones para el despegue de la industria aérea el 8 de junio de 2020 (el documento se titula: Take-off: Guidance for Air Travel through the COVID-19 Public Health Crisis). Los diez principios que sostienen esa guía son: 1. Adoptar medidas armonizadas pero flexibles para proteger a las personas; 2. Trabajar como un solo equipo de aviación y mostrar solidaridad; 3. Garantizar la conectividad aérea esencial; 4. Gestionar activamente los riesgos relacionados con la seguridad y la salud; 5. Hacer que

las medidas de salud pública de la aviación funcionen junto con los sistemas de seguridad de la aviación; 6. Fortalecer la confianza del público; 7. Distinguir reinicio de recuperación; 8. Apoyar estrategias de ayuda financiera para ayudar a la industria de la aviación; 9. Garantizar la sostenibilidad; 10. Hacer un catálogo de “lecciones aprendidas” para mejorar la resiliencia. En suma, se trata de un marco integral de medidas temporales basadas en el riesgo para las operaciones seguras de transporte aéreo durante la crisis del COVID-19.

3. 10 situaciones probables de crisis del sector aerocomercial

La incidencia negativa de esta pandemia sobre la industria aerocomercial a escala global, regional y local, ha dado paso a uno de los capítulos más dilemáticos del derecho aeronáutico contemporáneo. Es la primera vez, en la historia de la aviación, que una industria dedicada fundamentalmente a traspasar fronteras miles de veces al día con sus aeronaves, quede paralizada en sus tres niveles: global, regional y doméstico.

En los acápites subsiguientes desarrollaremos cuál sería ese impacto respecto de 10 escenarios probables de crisis que ya afectaron o que pronto afectarán a la aeronavegación y todos los servicios, actividades y procesos asociados a ella.

3.1. Retorno al sistema de subsidios estatales a la aviación

Es probable que el COVID-19 impulse un retorno al sistema de subsidios del Estado durante el corto y el mediano plazo para el sostenimiento de la aviación, como lo fue desde los inicios de esta actividad y hasta la década del 70, en la cual la *Aviation Deregulation Act* de 1978, del gobierno de Jimmy Carter, abrió paso a un proceso de desfinanciación estatal del sector aerocomercial que llegó hasta nuestros días.

Por considerarla una industria clave para el desarrollo geoestratégico y geopolítico de

(6) SAM: acrónimo del inglés South American.



un país, con fuerte incidencia en las relaciones internacionales, así como en la soberanía, la defensa y el status nacional (Kobierecki, 2020, pp. 2-3), todos los Estados del mundo apoyaban y controlaban al transporte aéreo mediante subsidios y privilegios (De la Colina, 1948, p. 9) que descansaban sobre un sistema tarifario rígido aplicado a los billetes de pasaje aéreo, en un sistema de concesiones de rutas aéreas cuyo diseño de red era decidido por las autoridades aeronáuticas y no por las necesidades del mercado, y en precios predeterminados por cada Estado con el fin de evitar una competencia antieconómica y ruinosa entre las empresas. Por aquél entonces, una abrumadora mayoría de compañías aéreas eran propiedad del Estado, que actuaba de *iure gestionis*, es decir, como un empresario privado. Pero el capital social estaba fuertemente impregnado por los aportes del Estado. En aquella época, el concepto de aerolínea de bandera reflejaba cabalmente el status de la misma, en el sentido de que ostentaba la bandera de un país porque su propiedad pertenecía al mismo.

La *Aviation Deregulation Act* abandonó el sistema de subsidios y privilegios, así como el de las tarifas planas, para abrir a las compañías aéreas a la libre competencia del mercado y a la competencia tarifaria. Esa ley estadounidense, de alcance doméstico, tuvo inmediatas consecuencias transfronterizas, porque las aerolíneas norteamericanas representaban por entonces cerca del 50% del tráfico aéreo mundial, con llegada a las principales ciudades del planeta. Paulatinamente, pero sin pausa, desaparecieron los subsidios a la navegación aérea y a las aerolíneas en todas partes del mundo. Muchas cayeron en quiebra (como las pioneras Eastern Airlines, nacida en 1926, y Pan American, fundada en 1930). Otras, para sobrevivir, iniciaron un proceso de fusiones empresariales. Desde entonces, el concepto de aerolínea de bandera en sentido estricto pasó a ser apenas un seudónimo.

El aumento de la competencia comercial entre las aerolíneas, el abandono de las tarifas fijadas por el Estado como precio de los tickets aéreos y la apertura de las concesiones para la explotación de las rutas aéreas propuestas por las compañías aéreas (y no las predeterminadas por el gobierno), tuvieron dos efectos positivos: uno de ellos, para el bolsillo de la población, pues la aviación dejó de ser un medio de transporte para una clase social privilegiada y pasó a ser un medio masivo de movilidad de miles de millones de pasajeros que vuelan al año por tarifas muy accesibles. El otro fue de naturaleza logística pues, para aumentar su eficiencia, las compañías aéreas adoptaron el sistema *Hub-and-Spoke*⁽⁷⁾, utilizando algunos aeropuertos importantes como puntos centrales de conexión. Esta estrategia maximizó el uso de las aeronaves, aumentó la carga de pasajeros y mantuvo más aviones en vuelo durante más horas. Como efectos logísticos colaterales negativos,

aumentó la congestión del tráfico aéreo y del aeropuerto, y eliminó muchos vuelos sin escalas que eran indispensables. Y si una aerolínea dominaba un centro o *hub*, la falta de competencia a menudo conducía a tarifas más altas.

Es probable, entonces, que por causa del COVID-19 volvamos al período pre-Carter pues, sin un flujo sostenido de subsidios estatales al menos durante un corto y mediano plazo, las empresas de aviación difícilmente sobrevivirán. Esos subsidios podrán ser efectivos, o encubiertos. Veamos algunos de los casos que ya están siendo ejecutados.

Como ejemplo de subsidio encubierto tenemos la iniciativa del gobierno brasileño de emplear unos \$R 300 millones (unos US\$ 51.595.380, según la cotización del real al 11 de junio de 2020) para la compra anticipada de pasajes aéreos a ser utilizados durante el segundo semestre de este año para viajes oficiales de funcionarios públicos. Para llegar a esa cifra, el gobierno tomó en cuenta que, en 2019, el gasto gubernamental en boletos totalizó \$R 768,4 millones, considerando rutas nacionales e internacionales.

Otras estrategias para aliviar la situación financiera de las empresas, podrían ser los préstamos “blandos” a tasa de interés cero o muy baja, o bien la capitalización empresarial mediante la compra de acciones por el Estado, o una baja sustancial de la presión impositiva, o una prórroga de los vencimientos fiscales. En rigor, todas ellas son formas de subsidio encubierto.

Hacia el mes de abril, Portugal no descartaba la completa nacionalización de TAP Air (cuyo mayor accionista ya era el Estado) por considerarla una empresa estratégica. Dos meses después, anunciaba un aumento de su participación en el capital del 50% al 72,5%, con una inversión de € 55 millones. En la misma dirección, el gobierno británico analiza nacionalizar British Airways. Otras empresas que también vivirían una semi nacionalización serían EasyJet y Virgin Atlantic.

(7) *Hub-and-Spoke* denota un método para organizar el tráfico aéreo intercontinental, en el que un aeropuerto principal se utiliza como alimentador para los aeropuertos locales, que pasan a ser satélites de aquél (a veces abreviado como “*hub*”).



A fines de abril de 2020, el Grupo Air France-KLM y Air France recibieron financiamiento por € 7 000 millones para enfrentar la crisis. En este caso no fueron subsidios estatales, sino dos préstamos a tasas muy convenientes (uno con respaldo del Estado francés y otro de sus accionistas directos). El primero, es un subsidio encubierto; el segundo, no. Tampoco lo es el préstamo de US\$ 100 millones dado por PLM Premier a Aeroméxico a fines del pasado mes de junio. PLM es el operador de su club de lealtad (Club Premier). Como contrapartida, la aerolínea acordó con la operadora PLM una extensión de 30 años en el contrato para ampliar y robustecer el programa de fidelización del cliente.

A fines de mayo, el Fondo de Estabilización Económica (FSM) de la República Federal de Alemania aprobó un paquete de medidas en favor de Deutsche Lufthansa AG, que comprende préstamos y un aumento de la participación accionaria del Estado alemán en la empresa de aviación, el cual es del 4% para el corriente año 2020 y aumentaría paulatinamente al 9,5%, hasta llegar al 25% entre los años 2026 y 2027. Los aportes de capitalización del FSM serán de € 5 700 millones. En cuanto a los préstamos, se trata de una línea de crédito a tres años por € 3 000 millones aportada por el Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) y bancos privados. Este es un caso mixto, de subsidio encubierto y de aportes privados a tasas de interés de mercado. Lo interesante de este caso son los derechos que el gobierno alemán se reserva para sí en razón del rescate financiero dado a la empresa. Por un lado, estipuló la exención de futuros pagos de dividendos y limitaciones en la remuneración de los cargos gerenciales. Por el otro, se reservó para sí el derecho a cubrir dos puestos en el Consejo de Supervisión, uno de los cuales será miembro del Comité de Auditoría (ALN News, 2020b). Estas prerrogativas que el gobierno se reserva, confirman que los aportes de capitalización son, en realidad, un subsidio encubierto, respecto del cual el Estado se interesa en tener cierto control y seguimiento de cómo la empresa aérea invertirá y administrará el dinero que proviene de los fondos públicos.

Como agudamente señaló Alexandre de Juniac, Director General y CEO de IATA:

Más de la mitad de la ayuda proporcionada por los gobiernos crea nuevas responsabilidades. Menos del 10% se sumará al capital de la aerolínea. Esto cambia completamente la imagen financiera de la industria. Pagar la deuda con los gobiernos y los prestamistas privados significará que la crisis durará mucho más que el tiempo que tarda en recuperarse la demanda de pasajeros (IATA, 2020, p. 9)

3.2. Aumento de quiebras empresariales y de fusiones. Probable inicio de megafusiones

Desde que comenzó el confinamiento global, el número de vuelos diarios cayó alrededor del 90% en algunas regiones y al momento de escribir estas líneas, casi todo el tráfico de

pasajeros está suspendido. Según la IATA, en abril el descenso de vuelos trepó al 95% en comparación con el mismo mes de 2019. Como dato ilustrativo de la crisis del sector tenemos a España, que registró un descenso del 99,4% si se compara el mes de abril del 2020 con el de 2019, mientras que la carga solo descendió un 59,7%.

El Consejo Internacional de Aeropuertos alertó sobre la casi desaparición del tráfico en América Latina (ACI-LAC), cuyos aeropuertos y aerolíneas emplean a unas 430 000 personas. Si se excluye a Brasil, México y Chile, que son los únicos países con alguna actividad de vuelos domésticos, la caída en la región latinoamericana fue del 97%. Según estimaciones del ACI, durante el primer trimestre de 2020 los aeropuertos de la región perdieron 40 millones de pasajeros y dejaron de ingresar más de US\$ 700 millones.

La consultora ICF (*Inner City Fund*) predijo que América Latina tardará seis años en recuperarse, mientras que las regiones de Estados Unidos, Canadá y Asia-Pacífico no tomarán más de cuatro. Europa necesitaría de cinco años y medio.

Como veremos unos párrafos más abajo, desde la irrupción del COVID-19, se ha desplomado el valor de las acciones de los fabricantes de aeronaves, de las aerolíneas, de las compañías de *handling* y de los consorcios aeroportuarios.

Cerca del 80% de la flota mundial, estimada en aproximadamente 28 mil aviones, ha quedado en tierra. A mediados de abril, sólo había 7 600 aeronaves activas. No está de más recordar que las aerolíneas, durante los cuatro primeros meses del cierre del espacio aéreo de los Estados, han gastado US\$ 60 000 en mantenimiento por cada uno de sus aviones en tierra (ALN News, 2020c). Semanalmente se añaden otros costos, como verificación de la presión de las ruedas de los aviones. Y cada 15 días se suman gastos por:

- Inspección del tanque de combustible y realización de pruebas para asegurar que el combustible esté libre de bacterias/microorganismos.
- Movimiento de la aeronave en tierra para cambiar el punto de apoyo de las ruedas.



La IATA ha calculado que la industria aeronáutica tendrá un *cash burn* de US\$ 60 billones de dólares para el segundo trimestre del año (IATA, 2020, p.16), mientras que se espera que las aerolíneas pierdan US\$ 84.3 billones durante todo el 2020 (IATA, 2020, p. 8).

Para tener una idea aproximada de lo que ello implica, si se consulta la página Web del FMI, se constata que el 80% de los países del planeta tiene un PBI menor a los US\$ 10.

Las mayores pérdidas se registrarían en la región Asia-Pacífico (US\$ 29 billones), seguida por Norteamérica (US\$ 23.1 billones), Europa (US\$ 21.5 billones), cercano y medio oriente (US\$ 4.8 billones), Latinoamérica (US\$ 4 billones) y África (US\$ 2 billones).

En el mismo análisis, la IATA reveló que la deuda global de las aerolíneas podría aumentar en casi US\$ 120 billones para alcanzar los US\$ 550 billones para fin de año, o el 92% de los ingresos pronosticados de la industria para 2021 (IATA, 2020, p. 15). Unos US\$ 67 billones de la nueva deuda se componen de préstamos gubernamentales (US\$ 50 billones), impuestos diferidos (US\$ 5 billones) y garantías de préstamos (US\$ 12 billones). A su vez, unos US\$ 52 billones provienen de fuentes privadas que incluyen préstamos comerciales (US\$ 23 billones), deuda del mercado de capitales (US\$ 18 billones), deuda de nuevos arrendamientos operativos de aeronaves (US\$ 5 billones) y acceso a líneas de crédito existentes (US\$ 6 billones) (IATA, 2020, p. 9).

En promedio, cada día de este año se agregarán US\$ 230 millones a las pérdidas de las compañías de aviación. El cálculo se hace sobre la base de una estimación del número total de pasajeros que serían transportados en el 2020 (unos 2.200 millones, esto es menos de la mitad de todos los trasladados en 2019). En tal caso, las aerolíneas perderán US\$ 37.54 por pasajero. El único alivio vendrá por el lado del costo del combustible, siempre que el precio del barril de crudo permanezca tan bajo como hasta ahora.

En total, los gobiernos se han comprometido a aportar US\$ 123 billones en ayuda financiera a las aerolíneas. De esta suma, será necesario reembolsar US\$ 67 billones. El saldo se compone principalmente de subsidios salariales otorgados por el Estado bajo la modalidad "Expediente de Regulación de Empleo Temporal - ERTE" (US\$ 34.8 billones), financiamiento de capital (US\$ 11.5 billones) y desgravaciones/subsidios fiscales (us 9.7 billones).

A continuación, veremos algunos casos concretos de desplome de la economía de las aerolíneas en el mundo. TAME de Ecuador (Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos) anunció en mayo que entraría en liquidación. En abril, Norwegian canceló el pedido de 97 aeronaves encargadas a Boeing y se presentó a concurso en sus cuatro filiales de Suecia y Dinamarca, países en donde, a diferencia de Noruega,

no existe un sistema eficiente de suspensión de contratos (o ERTE) en virtud del cual el gobierno corre con todos los costes salariales durante todo el período de suspensión. El holding Avianca inició una reestructuración, tras acogerse al Capítulo 11 de la ley de bancarrota de Estados Unidos, mientras que Avianca Perú decidió abandonar el país luego de 21 años de presencia ininterrumpida.

International Airlines Group (IAG), que agrupa a las compañías aéreas British Airways, Iberia, Vueling, Aer Lingus y Level, inició un proceso de reestructuración. En la Argentina, Aerolíneas y Austral iniciaron un proceso de fusión.

En simultáneo, Iberia anunció que aún planea adquirir Air Europa, su principal competidora, y que el acuerdo con la aerolínea de Globalia incluye una cláusula "de ajuste de precio".

Hoy hay más solicitudes de reembolso que ventas de billetes de pasaje aéreo y eso está poniendo en una situación sumamente complicada a las líneas aéreas, que se están quedando sin dinero.

A este panorama debiéramos sumarle el aumento de la tasa de desempleo. La industria de la aviación genera 65.5 millones de empleos en todo el mundo, de los cuales, según estimaciones de la IATA, se perderán 25 millones en el 2020. Estos cálculos se han hecho sobre la base de una disminución del 38% de los ingresos por cada kilómetro de pasajero transportado (*revenue passenger kilometers*, o RPK, en la jerga aerocomercial). De aquel total de empleos perdidos, unos 2.9 millones serán latinos. Según sus cálculos, el principal afectado será la región Asia-Pacífico con 11.2 millones de puestos de trabajo perdidos, seguido por Europa con 5.6 millones menos. América Latina ocupa el tercer lugar. En cuarto y quinto lugar están América del Norte y África, cada uno de ellos con 2 millones de empleos menos, y finalmente sigue Medio Oriente con 0.9 millones de puestos de trabajo perdidos (Pierce, 2020, p. 10). Creemos que estas tasas de desempleo dibujarán un nuevo mapa en las relaciones de poder internacionales.

A decir de Thomas Piketty (2020), economista francés, la historia demuestra



que cuando la deuda excede un cierto nivel no puedes construir un futuro sustentable.

Brand Finance calculó que, como resultado de la crisis del COVID-19, las 50 líneas aéreas más valiosas a nivel internacional podrían perder hasta el 20% de su valor de marca, lo que representa unos 20.000 millones de euros (equivalentes a US\$ 21.780 billones, según la cotización euro/dólar al día de publicación de la noticia, el 8 de abril de 2020). Sólo 20 de las 50 principales aerolíneas⁽⁸⁾ tienen suficiente liquidez para sobrevivir otros 60 días y entre ellas están listadas 6 de las 10 marcas más valiosas del mundo, mientras que hay otras 30 líneas aéreas que podrían sobrevivir más de 60 días merced a diversos factores, tales como contar con un sólido respaldo de dinero en efectivo, ser propiedad del Estado, o tener acceso a los mercados públicos o privados para afianzar su balance. Entre estas empresas se encuentran Emirates, Southwest Airlines, Air Canada y British Airways. (Brand Finance, 2020, p. 2).

En su análisis, esta consultora independiente de valoración de marca, se formuló una pregunta inquietante ¿Es este un panorama de supervivencia o el principio del fin de las aerolíneas? Si se toma en cuenta que los rankings que prepara Brand Finance cumplen con las normas ISO 10668 e ISO 20671 de valoración y evaluación de marcas, respectivamente, su conclusión fue que el escrutinio de la fortaleza financiera, la fortaleza de la marca y el valor de la marca revelaban que 20 de las 50 principales marcas del sector aerocomercial son vulnerables en estos momentos.

Thomas Piketty, al referirse al contexto social generado por el coronavirus, afirma que esta pandemia no ha hecho más que dejar expuesta la “violencia de la desigualdad”. Es una metáfora interesante que *mutatis mutandi* también podría aplicarse al contexto aerocomercial. Decíamos que sin un flujo sostenido de subsidios estatales las empresas de aviación no sobrevivirán. Desde nuestro punto de vista, habrá una secuela de pedidos de quiebra, lo que conducirá al fortalecimiento de unas pocas aerolíneas del mundo que podrán adquirir el fondo de comercio de sus competidoras más débiles a precios de subasta pública

(o con cláusula de “ajuste de precio”).

Este proceso irá acompañado por otro, que creemos también será irreversible, de alianzas regionales fuertes y de megafusiones, de suerte tal que el transporte aéreo internacional podría quedar en manos de 8 ó 10 ultramegacarriers.

Un incipiente ejemplo de esta predicción es la intención declarada de Qatar Airways de tomar participación o acciones en LATAM, en Cathay Pacific, en el grupo IAG, en China Southern y en RwandAir (ALNews, 2020, pp. 1-2).

Si esta predicción se hace realidad, irá acompañada por una suerte de pugna intercontinental y dibujará un nuevo mapa en las relaciones de poder internacionales, ya que el poder de lobby y negociación que tendrán esos ultramegacarriers al momento de acordar los derechos bilaterales de tráfico aéreo será formidable, frente al que pueda tener ese 80% de países cuyo PIB no supera los US\$ 10 billones anuales. Quizá, también, suponga exhumar un viejo tratado de 1944 que jamás entró en vigor: el convenio multilateral de concesión recíproca de libertades comerciales entre todos los países⁽⁹⁾.

3.3. Caída del factor de ocupación de cada aeronave que asegura la rentabilidad de las aerolíneas. Su incidencia en el precio de los tickets aéreos

En términos prospectivos, pueden darse a futuro varios escenarios: posibles, probables, lógicos, deseables, temidos, catastróficos. De ellos, nos interesan dos, el futuro probable o futable y el futuro posible o futurible,

(8) Según Brand Finance, el ranking de las 10 principales líneas aéreas del mundo está encabezado por Delta, seguido por American Airlines, United, Emirates, Southwest, Air China, China Southern Airlines, Air Canada, British Airways y China Eastern. En los cinco puestos siguientes le siguen Lufthansa, Japan Airlines, ANA, Qatar Airways y Quantas.

(9) A través del Tratado de 1944, sobre “Transporte aéreo internacional”, los Estados se concedían recíprocamente las dos libertades de tránsito (vuelo inocente y escala técnica) y las tres primeras libertades comerciales (de desembarcar pasajeros, piezas postales y carga en otro Estado; de embarcar pasajeros, piezas postales y carga en otro Estado; y de hacer escala intermedia en un Estado distinto del de partida y del de destino, embarcando y/o desembarcando en ella pasajeros, piezas postales y carga). Suponía, tal como se entiende en política aérea, la aceptación de una política de cielos abiertos, conforme a la cual las aerolíneas tienen plena libertad para volar a cuantos Estados y destinos deseen. Esta iniciativa no prosperó. Desde entonces, las libertades del aire se negocian de Estado a Estado, a través de convenios bilaterales de tráfico aéreo. Si la predicción hecha en el párrafo anotado se torna real, los Estados en los que los ultramegacarriers tengan su domicilio legal, o la sede principal de sus negocios, podrían impulsar una política de cielos abiertos. Bajo esa perspectiva, el Tratado de 1944 que nunca entró en vigor, podría ser exhumado.



porque ellos representan el punto intermedio entre el futuro catastrófico -en el presente qué puedo imaginar que provoque que todo salga mal, es decir, es un escenario de lo indeseable que se ubica en el extremo de lo temible- y el futuro utópico -qué puedo imaginar que provoque que todo salga bien, es decir, es un escenario extremo de lo deseable (Miklos & Arroyo, 2008, p. 8,11,22).

La metodología prospectiva supone la aplicación de tres etapas: conocer, diseñar y construir. La primera implica la recolección de información diversa y dispersa proveniente de distintas fuentes con el fin de identificar los futuros posibles. La segunda, se propone elaborar modelos de la realidad sobre la base de los cuales habrán de tomarse decisiones orientadas a escenarios futuribles. La última evalúa el grado de pertinencia del futuro posible y, en función de ello, se transita un proceso que involucre a los actores sociales para respetar ciertos compromisos establecidos. Tal como lo explican Miklos y Arroyo: "En esta etapa se buscan acuerdos que se refleja en alianzas, complementariedades y prioridades compartidas. Involucra un modelo de negociación que administre el conflicto" (2008, p. 13).

Ese primer derrumbe de la demanda generado por la inevitable caída en la venta de pasajes aéreos entre marzo y junio de 2020, condujo a una merma de ingresos por avión en vuelo de tal magnitud que ya dejaron de ser rentables.

La rentabilidad anual de las aerolíneas oscila entre el 3% y el 5%. Considérese que el margen de ganancia promedio por pasajero es apenas de unos € 7,34 y, según la IATA (2020), el margen de beneficio neto de las compañías de transporte aéreo en 2019 fue tan solo de 3,1%. Para que un vuelo sea rentable, la aeronave debe tener un factor de ocupación que oscila entre el 77% y el 79% (IATA Press Release, 2020). Es decir, 79 asientos vendidos por cada 100⁽¹⁰⁾. Algunos países, como Argentina, por ejemplo, requieren un factor de ocupación de entre el 83 y el 85%.

Dado que es improbable alcanzar esa cota en lo que resta del 2020 e incluso en 2021, los vuelos irán a pérdida. Para evitarlo, el precio de los billetes de pasaje debiera tener un aumento, que las aerolíneas calculan que oscilaría entre un 43% y un 50% más caro que el actual. A decir de Muñoz Fernández (2017, p. 12), este sería el "precio objetivo o suficiente", que consiste en añadir al "precio técnico" (que surge de la suma de los costes directos más los estructurales o fijos en función de un volumen supuesto de actividad) un margen de beneficio mínimo que la empresa desea obtener en función del volumen de actividad supuesto para el 2020 y para el 2021. Aquel incremento del 43 al 50% en el precio (IATA Press

Release, 2020), tendrá como consecuencia un derrumbe de la demanda, que se añadiría al que actualmente está padeciendo el sector. Desde esta perspectiva, quizá por un par de años la situación post pandemia se asemeje a la de los inicios de la aviación, cuando sólo volaban los miembros de las clases sociales privilegiadas.

Ambos escenarios (derrumbe de la demanda y regreso al pasado lejano que parecía superado), son futuros posibles para la aviación en el próximo bienio si el aumento del precio de billetes de pasaje aéreo se presenta como condición determinada.

A su vez, si a esos dos escenarios se le suma la prolongación del bloqueo de fronteras y las cuarentenas obligatorias en el país de destino para los pasajeros que viajen al exterior, estaremos frente a un futuro catastrófico para la aviación.

Creemos, sin embargo, que a breve y mediano plazo (lo que resta de 2020 y todo el 2021) las aerolíneas y los Estados desplegarán un conjunto de estrategias simultáneas para recuperar, en un porcentaje aceptable, la demanda perdida por causa del COVID 19. Como sostén de esta conjetura, partimos de la base de que es poco razonable que una aerolínea aplique un incremento de precios tan alto con el fin de obtener un beneficio aceptable (el promedio anual al que ya nos referimos) si ninguna persona estuviera dispuesta a pagarlo (Muñoz Fernández, 2016, p. 9) salvo, claro está, aquella minoría social privilegiada.

Tomamos en cuenta también la incertidumbre de que, al momento de escribir estas líneas, no se conoce la función aproximada de la demanda de pasajes aéreos para lo que resta del año ni para el 2021, por lo que en esta instancia es difícil determinar qué precio atraerá al máximo número de interesados en volar.

Para despejar estos escenarios de incertidumbre, Rao y Kartono (2009, pp. 13-15) proponen una lista de 19 estrategias

(10) En la publicación IATA Magazine (2020) se añade otro dato relevante: Los viajes de corta distancia generalmente necesitan un factor de ocupación de alrededor del 80% para cubrir los gastos. Si eso es literalmente imposible de lograr, las consecuencias son enormes (p. 18).



determinantes de fijación de precios, inspirada en investigaciones previas realizadas entre 1995 y 1999 por otros autores, que se basaron en extensas evidencias empíricas obtenidas a lo largo de varios años. Tomamos en cuenta la lista de Rao y Kartono porque en ella se incluye tempranamente (2009) a los precios de Internet (Internet pricing) como uno de los métodos de fijación de precios.

Creemos que, para esta etapa pandémica de fortísima caída del factor de ocupación de cada aeronave, las estrategias determinantes que serán empleadas en mayor medida por las compañías aéreas para fijar los precios de los billetes de pasaje serán las siguientes, las cuales tal vez se empleen en el orden sucesivo que damos en este párrafo:

- precios de penetración (se establece un precio inicial bajo para acelerar la inserción del producto en el mercado aéreo);
- curva de experiencia (se establece un precio inicial bajo con el fin de generar un aumento en el volumen de ventas y, en esa medida, ir reduciendo costos sobre la base de la experiencia adquirida);
- precio de equilibrio (se establece el precio del producto en un punto que permita recuperar los costos de prestación del servicio).

Para los pasajeros de alto poder adquisitivo, los “precios premium” siguen siendo una opción válida para las líneas áreas árabes, por ejemplo (consiste en ofrecer una versión del producto a un precio mayor que el resto, pero con mejores prestaciones).

Para las *low cost*, quizá la estrategia inicial pase por el método denominado “proveedor de precios bajos” que consiste en esforzarse por ofertar el más bajo del mercado. Probablemente lo combinen con el “precio del producto complementario”, por el cual el ticket aéreo se ofrece a un precio bajo, pero acompañado por artículos complementarios, como accesorios, suministros y servicios, que tendrían un precio más alto.

En cualquier momento, cualquier aerolínea podrá recurrir a cualquiera de estos otros tres métodos: “descuentos periódicos o aleatorios”, esto es, rebajas periódicas o al azar del precio del producto; “precios de internet”, es decir, ofrecer el mismo producto a un precio más bajo en internet que en otros puntos de venta físicos y, finalmente, el sistema de “precios dinámicos” por medio de los cuales la empresa asume una estrategia proactiva tratando de controlar las condiciones del mercado,

en lugar de tener una conducta reactiva respondiendo a los cambios que puedan ocurrir en el mismo. Este último método es al que, históricamente, más recurren las aerolíneas, pues no solo segmentan el precio en función del consumidor, sino que añaden otras variables como la anticipación en la compra y/o el día de adquisición del ticket, si son o no son reembolsables, si pueden cambiarse o no, el tiempo que se pasa en destino, si el vuelo es directo o con escalas (Muñoz Fernández, 2016, p. 14, 20)

Sabido es también que los precios de los vuelos, si bien son dinámicos, están determinados por algoritmos que, aprovechando la potencia del *machine learning* y el Big Data, comprenden y anticipan la demanda de los usuarios mediante un proceso conocido como “gestión de rendimiento”. Gracias al Big Data, las aerolíneas tienen almacenadas décadas de datos sensibles sobre los hábitos de los pasajeros y sus costumbres de pago, lo que les permite predecir los vaivenes de demanda y así ajustar rápidamente los precios de los tickets⁽¹¹⁾.

Creemos que la demanda futura de billetes de pasaje aéreo se generará en el mercado turístico, pero disminuirá notablemente respecto del sector corporativo (o viajes de negocios, que suelen ser breves, pero con buena disposición a pagar precios más altos), ya que este rubro habrá quedado fuerte e irreversiblemente, creemos, acostumbrado por las video conferencias, los webinar, clases de capacitación virtual, entrevistas remotas, demostraciones de productos y reuniones en línea, ninguna de las cuales exige un desplazamiento espacial.

En suma, ante el hecho objetivo de caída estrepitosa del factor de ocupación de las aeronaves y el derrumbe de la demanda, y ante la certeza empírica de que pocos viajeros estarán dispuestos a pagar precios un 50% más caros que los de comienzos de año, en

(11) Esto da a lugar a que algunos consumidores sospechen prácticas desleales o tengan reservas a la hora de adquirir un ticket. Concretamente, hace ocho años Orbitz Worldwide Inc comprobó que había un reconocido buscador de hoteles por Internet que ofrecía habitaciones más caras a los usuarios de Mac que a los de Windows, porque los primeros solían estar dispuestos a pagar hasta un 30% más por noche. Una vez detectado el IP de la PC (y su marca), el buscador cambiaba el orden de los resultados para que aparecieran primero habitaciones más lujosas.



el segundo semestre del 2020 las aerolíneas se verán forzadas a vender los billetes de pasaje a precios de penetración, combinando esta estrategia con descuentos periódicos o aleatorios y con las ventajas de precios de Internet y de los precios dinámicos. Esta táctica de penetración significa que los vuelos irán a déficit. Muy pocas empresas aerocomerciales del mundo están en condición de perder dinero por cada aeronave en vuelo. Sólo el auxilio de los Estados, bajo la forma de subsidios francos o encubiertos, y la ayuda del sector privado, les permitiría transitar esta emergencia sin sumergir a la empresa en la iliquidez.

3.4. Incógnita sobre los programas de millaje y de fidelización del cliente

Un efecto colateral de la caída en la venta de pasajes aéreos podría ser el fin de los programas de millaje. Como dato objetivo de la relevancia de este tema, considérese que solo One World, SkyTeam y Star Alliance representan colectivamente más del 50% del tráfico aéreo mundial. Cada una consta de 13, 19 y 26 aerolíneas asociadas, respectivamente, que en conjunto llegan a más de 1 300 destinos.

Hace dieciocho años (en mayo de 2002), el semanario británico *The Economist* anunciaba que las millas para canje eran, de alguna manera, la segunda moneda mundial después del dólar americano (2002, p. 1). Por entonces, esa revista había calculado que el stock mundial de millas acumuladas ascendía a unos 8.500 millones, lo que representaba unos 170.000 millones de dólares. Esto era, por entonces, más que el total de los billetes de euros en circulación.

Con el único afán de ilustrar al lector sobre este acto jurídico complejo, se dice que el millaje es un derecho en expectativa con el que cuenta el pasajero que adhirió a un Reglamento Promocional, también denominado contrato de millaje o de incentivo al pasajero frecuente, para utilizar las millas que ha ido acumulando en distintos viajes y que son intercambiables entre todas las aerolíneas que integran la respectiva alianza estratégica (Gómez, 2014, p. 2; 2020, p.3). Natiello (2011, p. 7) lo define en estos términos:

Convenio por el cual una empresa de transporte aéreo, se compromete con un pasajero frecuente a acreditarle en una cuenta especialmente configurada, una cierta cantidad de puntos, avíos o millas, por cada contrato de transporte aéreo suscrito y volado por éste, y a admitir dichas millas como medio de pago de un futuro contrato de transporte aéreo para volar en rutas de la misma empresa o de otras líneas aéreas asociadas a la primera, una vez alcanzada la cantidad previamente establecida.

La jurisprudencia argentina lo consideró un “contrato innominado de generación y empleo de millas” (D’Annunzio, Juan C. contra United Air Lines Inc. sobre Ordinario, 16 de mayo de 2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala E).

Este es un tema que, por cierto, concierne al transporte aéreo y por ende al derecho aeronáutico, y no al derecho civil, como agudamente sostuvo la Corte Suprema de EE.UU en el caso *Northwest, Inc. v. Ginsberg*, 572 U.S. 273 (2014), al confirmar que la membresía en el programa estaba indisolublemente unida a los beneficios de ese programa, incluyendo la recepción de créditos de millas que pueden ser canjeados por billetes, y las actualizaciones, lo que afecta la cantidad que el demandante paga por el transporte aéreo y los servicios que se prestan durante el transporte aéreo.

De más está decir que este tópico se entronca con el anterior, pues es probable que para la reactivación de la demanda las compañías aéreas mantengan sus programas de millaje tal como estaba diseñado antes del COVID-19, al menos durante los seis a nueve primeros meses luego de la reanudación de los vuelos, tanto domésticos como internacionales. Incluso es probable que durante ese primer tramo temporal añadan algunos beneficios para atraer demanda.

Pero creemos que, pasado ese período, los programas de millaje serán sometidos a cirugía menor, mediana, o mayor, según sea el balance financiero de la empresa. Estimamos que sólo 30 de las 50 aerolíneas más valiosas podrán mantenerlo sin revisión de sus cláusulas. Las otras 20, creemos, lo mantendrán, pero con modificaciones que implicarán para los pasajeros la pérdida de algunos de sus derechos en expectativa (recordar las predicciones de Brand Finance respecto de estas empresas líderes)⁽¹²⁾. El resto, es altamente probable que los reduzcan a una mínima expresión e incluso que los eliminen.

(12) Como dato útil de comparación, recordamos que IATA representa a 290 empresas aéreas, procedentes de 120 países, que controlan el 82 por ciento del tráfico mundial. A su vez, Airline Ratings califica la seguridad operacional de más de 435 aerolíneas en todo el mundo.



Ejemplo de los programas sometidos a cambios de mediano calibre es el anunciado en febrero pasado por LATAM, conforme al cual a partir de julio comenzará a cobrar un cargo extra por los tickets de premio emitidos con las millas LATAM Pass, cuando esos canjes no sean realizados con una antelación específica⁽¹³⁾.

La cara opuesta de lo descrito en este acápite es la iniciativa de tres aerolíneas que, ante la falta de liquidez actual, han acudido a los clubes de millaje para financiar sus cuentas en rojo. Ya nos referimos al caso de Aeroméxico y el préstamo que le otorgó el club de millaje Premier. El segundo caso es el de Gol Linhas Aéreas Inteligentes, que a comienzos de julio afirmó que recurrirá a su programa de lealtad para obtener un avance en efectivo de 1 200 millones de reales (US\$ 225,81 millones). Se dijo que el acuerdo funcionará mediante las ventas anticipadas de boletos para los pasajeros de Smiles Fidelidade. El tercer caso es el de United, que intentará obtener préstamos por US\$ 5.000 millones a través de su programa de lealtad de viajero frecuente Mileage Plus.

Si tomamos en cuenta aquel estudio hecho por *The Economist*, sobre la base de los pasajeros transportados en 2001 (que, según las estadísticas que lleva el Banco Mundial, ese año fue de 1.655 millones) y, por ende, del millaje acumulado en 2001 (que fue de 8.500 millones de millas), y lo proyectamos a 2019, con casi 4.400 millones de personas trasladadas por vía aérea, se deduce que el stock de millas acumuladas por los pasajeros para canjearlas por billetes en los años venideros (es decir, sin pagar el precio de ticket), supera con creces a aquellos 8.500 millones. Sobre la base de esta sencilla inferencia, desde nuestra perspectiva, la combinación entre tomar deuda a través de los clubes de lealtad más el stock de millas acumuladas por los pasajeros de esas tres aerolíneas para viajar sin pagar el costo del billete aéreo, podría ser un peligroso detonante para las finanzas de esas empresas.

3.5. Aumento de la capacidad de bodega ofrecida para carga aérea

Durante esta pandemia quedó demostrado que la carga aérea estuvo en primera línea en la lucha contra el COVID 19, transportando equipos y medicamentos vitales para los centros de salud ubicados en los más diversos y remotos países. Los gobiernos entendieron las ventajas estratégicas del transporte aéreo y, en general, cooperaron para facilitar esos vuelos especiales, reduciendo costos, modificando las regulaciones de la tripulación de carga y concediendo los

permisos de vuelo pertinentes. Creemos que esta experiencia debe ser considerada como una oportunidad que las aerolíneas tienen para abrirse a nuevos mercados.

Se espera que en 2020 los factores de carga promedien el 62,7%, esto es, unos 20 puntos porcentuales por debajo del máximo histórico del 82,5% alcanzado en 2019 (IATA News, 2020, p. 2). En parte, ello se debería a que entre el 40% y el 45% de la capacidad de carga quedó eliminada porque alrededor del 90% de los aviones de pasajeros están forzosamente en tierra. Aun así, los resultados no son desalentadores porque, si los cotejamos con los guarismos de 2019, se espera que las toneladas totales de carga transportadas en 2020 disminuyan sólo en 10.3 millones (IATA Magazine, 2020, p. 8). A su vez, los expertos dicen que, si bien es esperable que los volúmenes caigan, no creen que el impacto sea tan grande como en la crisis financiera de 2008-09.

La solución vendría de la mano de utilizar aviones de pasajeros para vuelos exclusivamente de carga. Es decir, sacar de la parálisis a esas aeronaves y aprovecharlas como cargueros.

Este cambio de destino no está exento de problemas, pero ninguno de ellos es insoluble. Por ejemplo, si bien los aviones de pasajeros no están certificados para transportar carga en la cabina de viaje ni en los asientos, nada obsta a que las autoridades de aviación civil lo aprueben bajo la adopción de ciertos requisitos de seguridad operacional. Por el contrario, si las aerolíneas deciden quitar los asientos por completo, la aprobación gubernamental hará foco en la seguridad del vuelo, dado que se pueden llevar a bordo entre 1 000 y 1 500 cajas adicionales. En este caso, la decisión de la autoridad aeronáutica debe estar precedida por la intervención del constructor de la aeronave aprobando su reconfiguración, ya que ello puede cambiar el centro de gravedad del avión. A su vez,

(13) En la página Web de LATAM se advierte lo siguiente: A partir del 1 de julio de 2020, para emisiones con menos de 90 días de anticipación al viaje para vuelos nacionales y 120 días para vuelos internacionales, se cobrará un Cargo por emisión de canje* por segmento y pasajero.

Más abajo, en un desplegable, se informa, entre otros precios, que el cargo para vuelos internacionales ida y vuelta será de US\$ 42 (cuando el pasaje sea emitido con menos de 120 días de anticipación a la fecha del vuelo). Disponible en (acceso: 01 julio 2020): https://www.latam.com/es_py/latam-pass/como-canjear-puntos/canje-vuelos-latam/



como esos bultos debieran ingresar por la puerta de pasajeros, su embarque y desembarque requerirá una logística hecha a medida. Valga el ejemplo dado por Air Canada, que en seis días desarrolló, produjo, implementó, hizo certificar y aprobar la reconfiguración de la cabina de pasajeros de tres Boeing 777-300 para transportar más carga y para hacer más eficiente el traslado de mercancías e insumos médicos.

Con muy buen sentido de la urgencia, el 4 de mayo de 2020, la IATA adoptó una guía para el transporte de carga y piezas postales en aeronaves configuradas para el transporte de pasajeros, que supone un proceso previo de evaluación del riesgo (IATA, 2020a, pp. 5-15).

Por otra parte, se estima que el valor del flete aumente un 30% durante este año (IATA News, 2020, p. 2), debido a la falta de disponibilidad de espacio para carga en la bodega de los escasísimos aviones de pasajeros que están operando (pues es sabido que las mercaderías se transportan en vuelos combi-pasajeros/carga- dado el bajo número de cargueros puros). Esto haría que los ingresos por carga alcancen los \$ 110.8 mil millones en 2020 (frente a \$ 102.4 mil millones en 2019) y contribuyan en un 26% a los ingresos de la industria. Es un aumento del 12% respecto de 2019 (IATA News, 2020, p. 3). Se presume que ese incremento se mantendrá en 2021 con un 25% más de demanda que la que se ha previsto para el 2020 (IATA Magazine, 2020, p. 15).

Por todo lo expuesto, deducimos que, para contrabalancear la caída de ingresos por el desplome en la venta de billetes de pasajes, es previsible que las empresas aumenten considerablemente su oferta de bodega para transporte de carga, que no conlleva los mismos riesgos de contagio que la movilización masiva de personas de un país a otro. Creemos que ese aumento de disponibilidad de bodega podría contribuir al descenso del valor de flete, haciéndolo más competitivo, lo que descartaría el pronóstico de la IATA comentado en las dos primeras líneas del párrafo anterior.

Esto supondrá una reconversión del sector aerocomercial, la readaptación de las aeronaves y un rediseño de las cadenas logísticas que, inexorablemente, debe ir acompañado por un desarrollo previo en los aeropuertos para paliar la insuficiente oferta de infraestructura o servicios para la carga que se observa en la mayoría de ellos a escala mundial (almacenamiento refrigerado, aduana, control sanitario, etc.).

En resumen, consideramos que el panorama carguero se vería favorecido por cuatro circunstancias: (i) una buena parte de los aviones de pasajeros que forzosamente están en tierra (*grounding*) podría utilizarse para el transporte de mercancías; (ii) la baja en el precio del jet fuel. En 2019 el combustible para aviones promedió los US\$ 77 por barril, mientras que el promedio para 2020 es de US\$ 36.8 por barril. Desde esta perspectiva, se estima que el combustible represente apenas el 15% de los costos totales, frente al 23,7% en 2019 (IATA

Magazine, 2020, p. 8); (iii) es el medio de transporte más eficaz y veloz para garantizar que las cadenas de suministro mundiales se mantengan para los materiales más urgentes, incluidos los alimentos; (iv) en razón de las políticas de cuarentena y de distanciamiento social implementadas por los Estados, es previsible el marcado aumento de los productos comprados en línea por clientes que residen en cualquier punto del planeta y que, en muchos casos, llegarán a sus destinatarios a través de vuelos cargueros.

En comparación con la evaporación de la demanda de compra de tickets aéreos, creemos que la carga presenta un futuro más alentador.

3.6. Redefinición de la logística

La función logística es una parte de la gestión de la cadena de suministro (*supply chain management*) que planifica, implementa y controla la gestión eficiente y efectiva del flujo directo e inverso y el almacenamiento de bienes, servicios e información relacionada entre el punto de origen y el de consumo en función de los requisitos del cliente (Servera Francés, 2010, p. 227). La logística, entonces, es un concepto estratégico y a la vez sistémico (Pinheiro de Lima et al., 2017, p. 270) dentro de la cual está inserto el transporte. No ha de olvidarse que, si bien el medio aéreo apenas representa un 3% del transporte mundial de cargas, el 60% del valor agregado del comercio internacional sale por avión (Müller et al., 2020, p. 30). Una logística eficiente ayudaría a agregar aún más valor.

La interrupción casi total de los vuelos de pasajeros, en cuyos aviones, como se dijo, también se transporta carga, sumada al escaso número de vuelos cargueros puros, quebraron las cadenas de pre-producción, producción y post-producción en las que el transporte aéreo jugaba un rol decisivo.

“Mantener abiertas las líneas de suministro también respalda los empleos en las economías locales; por ejemplo, productores de productos perecederos en África y América Latina”, dijo Glyn Hughes, Jefe Global de Carga Aérea de IATA.

Habrà que restablecer la cadena de suministro a través de una redefinición de la



logística del transporte de carga aérea y de las inversiones necesarias en obras de infraestructura aeroportuaria, como ya hemos señalado.

Parte de esa redefinición de la logística del transporte aéreo y su enlace con el resto de la gestión de la cadena de suministro incluye la readaptación de ciertas normas jurídicas, la pronta certificación de las aeronaves de pasajeros reconfiguradas a carga, completar la despapelización del comercio internacional con una mayor penetración del e-freight y de la e-Air Way Bill, activar las autorizaciones gubernamentales para realizar vuelos no regulares (cuya conceptualización en español no es exactamente la misma que la expresión inglesa de vuelos charter), o lo que es lo mismo, una vigorización de los contratos de fletamento total y parcial de aeronaves, sea por tiempo o por viaje. A esto debe sumársele la construcción gradual de redes de vuelo que satisfagan la demanda de la carga (como el transporte de flores y frutas frescas), que por cierto difiere de la red de vuelos regulares de pasajeros (IATA Magazine, 2020, p. 29).

Esos nuevos corredores aéreos demandarán una logística que aún está por diseñarse, tanto desde la gestión sistémica como desde el marco legal regulatorio. Respecto de este último, tienen que tener mejor calidad legislativa las normas que regulan el transporte intermodal, las relativas a la simplificación de los trámites que autorizan los vuelos no regulares, las vinculadas a la certificación de las tripulaciones de carga y a las largas cuarentenas impuestas por algunos países sobre ellas, lo que claramente no permitiría que la carga opere de manera eficiente a la vez que supondría una enorme presión para las tripulaciones.

Un escollo logístico urgente por resolver es la reapertura de los aeropuertos, tanto los principales como los de alternativa (hasta ahora cerrados por causa de la casi inexistencia de vuelos internacionales y domésticos). Esto debe ir unido a una flexibilización en el uso de los slots por parte de las aerolíneas cargueras, que operarán, como presumimos, bajo distintas formas de fletamento o vuelos no regulares.

Los aeropuertos son los que más deudas pendientes tienen con la gestión logística. Tienen que ampliar los espacios para almacenamiento de la carga, contar con instalaciones para recibir carga congelada, mejorar el enlace intermodal, eliminar los desajustes espaciales en la cadena puerta-a-puerta, ampliar las inversiones en gestión del tráfico aéreo (ATM), volcándose preferentemente hacia la navegación PBN (Performance-Based Navigation); contar con tijeras para colocar los pallets con carga en la bodega del avión, aumentar el número de puestos de control aduanero, fitosanitario y zoonosanitario, así como mejorar la coordinación entre los fiscalizadores e inspectores. Todos estos aspectos forman parte de un eslabón crítico de la cadena logística vinculada al transporte aéreo, esto es, la manipulación de la carga. La IATA elaboró, en 2016, una matriz para el

manejo de carga general, animales vivos, carga perecedera, medicamentos sensibles a la temperatura, mercancías peligrosas, dispositivos de carga unitaria, seguridad, intercambio electrónico de datos (mensajería EDI), correo y aduanas (IATA, 2016) que en estos tiempos adquiere crucial importancia.

Debe pensarse en contar con nuevos *hubs* para carga, que no necesariamente habrán de ser los mismos *hubs* que para el transporte de pasajeros. Una estrategia logística para consolidar esos *hubs* serían las alianzas de líneas aéreas destinadas al transporte de carga. Al día de hoy, sólo hay una, Sky Team Cargo, creada en el año 2000 a partir de la iniciativa de cuatro líneas que formaban parte de la alianza Sky Team para pasajeros (Aeroméxico Cargo, Air France Cargo, Delta Air Logistics y Korean Air Cargo). En el año 2013 se sumó Aerolíneas Argentinas Cargo.

En América Latina queda mucho por hacer. Esta demostrado en los informes sobre “Índice de desempeño logístico” preparado por el Banco Mundial. En el último ranking global 2018-2019, que se presenta bienalmente, la lista está encabezada por Alemania, seguida por Suecia, Bélgica, Austria y Japón. Los países latinoamericanos mejor rankeados dentro los 100 primeros (de un total de 160) son: Chile (34), Panamá (38), México (51), Brasil (56), Colombia (58), Argentina (61), Ecuador (62), Costa Rica (73), Paraguay (74), Perú (83), Uruguay (85), República Dominicana (87) y Honduras (93).

Las principales debilidades logísticas latinoamericanas en materia de transporte aéreo de carga son la falta de inversiones en innovación; la poca eficacia de las normas ambientales; las aerolíneas de bandera nacional tienen economías débiles para hacer esas inversiones; es percibido por los operadores locales como: (i) no competitivo en materia de precio del flete; (ii) falta de relación con los clientes finales, tales como el cargador y el consignatario; (iii) no hay “agentes aeronáuticos” que cumplan el mismo rol que los “agentes marítimos” asumen en ese otro medio de transporte. En cuanto a los factores que amenazan un buen desempeño logístico en la región tenemos las escasas ayudas a la navegación en el espacio aéreo



(ATM - Air Traffic Management); la aparición de nuevos competidores como Amazon; y las restricciones para vuelos nocturnos.

En suma, si bien es difícil evaluar exactamente cómo se desarrollará la demanda para este sector, no hay duda de que la demanda reprimida equilibrará esta caída, al menos inicialmente (IATA Magazine, 2020, p. 29). Queda en manos de los operadores aéreos y aeroportuarios, así como de las políticas gubernamentales, transformar un escenario adverso en una oportunidad para crecer y posicionarse.

3.7. Desarrollo del eje aeronáutico-sanitario y fortalecimiento de un área de cuasi vacancia disciplinar

Se vislumbra el fortalecimiento del estrecho trabajo interdisciplinario entre el sector aerocomercial y el sanitario, con la implementación de estándares de bioseguridad y la homogeneización de las regulaciones sanitarias para que sean efectivas a nivel mundial.

Un comienzo de ese abordaje transversal se dio en 2006 con la creación del CAPSCA (Collaborative Arrangement for the Prevention and Management of Public Health Events in Civil Aviation). Es un programa voluntario de colaboración intersectorial entre múltiples organizaciones, administrado por la OACI y la OMS. Intervienen la IATA, IFALPA (International Federation of Air Line Pilots' Associations), la OMT-WTO, la OCHA (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs), la FAO (Food and Agricultural Organization), el WFP (World Food Programme), la OIM-IOM (International Organization for Migration), el IBAC (International Business Aviation Council), el ACI (Airports Council International), la MedAir (an International SOS Company), el ICCAIA (International Coordinating Council of Aerospace Industries Associations), la ITF (International Transport Worker's Federation), la GHAO (Global Humanitarian Aviation Organization), el DFWO (Dutty Free World Council), la FSF (Flight Safety Foundation), la OIE (World Organization for Animal Health), la IAEA (International Atomic Energy Agency), el CDC (Center for Diseases Control and Prevention), y el UNDP (United Nations Development Programme).

Sus objetivos más relevantes son: (i) mejorar la planificación de la preparación y la respuesta a eventos de salud pública que afectan al sector de la aviación; (ii) garantizar un transporte aéreo seguro y económicamente viable (Convenio de Chicago); (iii) asistir a los Estados con la implementación del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la OMS; (iv) capacitar y evaluar a los Estados en la implementación de planes nacionales de preparación para una pandemia de aviación; y (v) facilitar la

colaboración y cooperación multisectorial público-privada. Vistos los objetivos de este acuerdo cooperativo, la Resolución A40-14 de la OACI (04-10-2019) instó a los Estados a hacerse miembros de CAPSCA para mitigar la propagación de enfermedades mediante la desinsectación de aeronaves y medidas de control de vectores, entre otros medios, y subrayó la importancia del CAPSCA para ponerlos en práctica.

Por fuera del CAPSCA, pero dentro del marco de la OACI, el grupo de expertos sobre gestión de la seguridad operacional (SMP por su sigla en inglés) redactó el documento 10144⁽¹⁴⁾, al que nos referimos al comienzo de este trabajo. Considerando la década y media de vida del CAPSCA y el contenido de la temprana Resolución A40-14, reiteramos que no es comprensible que la OACI haya esperado hasta mayo de 2020 para adoptar y publicar ese manual sobre la gestión de riesgos de seguridad operacional de la aviación relacionados con el COVID-19.

A la luz de los escenarios descriptos en los párrafos anteriores, resulta evidente para quien esto escribe que la OACI está nuevamente en mora en la elaboración de recomendaciones a sus 193 Estados miembros. Nos referimos al Manual de Medicina Aeronáutica (Doc. 8984), cuya tercera y última edición data de 2012, sin que la OACI haya publicado una actualización que se adapte a los tiempos pandémicos que vive la humanidad. Si bien el Manual está dirigido a quienes operan las aeronaves, su aggiornamento es decisivo para que las actividades sean más seguras, que las personas sepan comunicarse, vincularse, trabajar en equipo, liderar, gerenciar estrés, fatiga y carga de trabajo, mantener adecuada conciencia situacional, gestionar errores y amenazas y tomar decisiones adecuadas al riesgo sanitario que cubre al planeta.

Traspassando las fronteras del escenario aeronáutico, la homogeneización de las regulaciones sanitarias también es clave para la recuperación del turismo mundial. La asimetría entre los resguardos exigidos

(14) Manual de la OACI para las Administraciones de Aviación Civil sobre la gestión de riesgos de seguridad operacional de la aviación relacionados con la COVID-19.



por las autoridades sanitarias de cada Estado es uno de los problemas a resolver, porque las medidas asimétricas contra el COVID-19 revierten los efectos que generará la apertura gradual de las fronteras.

La OTM, por ejemplo, reportó al 20 de abril, que el 100% de los destinos del mundo había introducido restricciones sanitarias a los viajes y, con ello, al desplazamiento de los turistas, que en mayo se había reducido en un 98% en comparación con el mismo mes de 2019 (OMT, 2020, p. 7). Estos guarismos muestran que para el corriente año habría entre 850 y 1.100 millones de turistas internacionales menos. Esa retracción del flujo turístico produciría una pérdida de entre 910 000 y 1,2 billones de dólares estadounidenses en ingresos de exportación del turismo y el colapso o amenaza a unos 120 millones de empleos directos.

El rubro turístico es más eficiente a la hora de tomar decisiones. Lo prueba el primer sello mundial de seguridad e higiene lanzado a fines de mayo por el Consejo Mundial de Viajes y Turismo (WTTC, por sus siglas en inglés), con el respaldo de la OMS y la OMT. Es una estampilla que certifica que esa empresa o gobierno implementó las medidas de seguridad e higiene indispensables para recibir a los turistas. El impacto positivo de este sello sobre la aviación es indiscutible; de ahí que se lo articule con el documento "Takeoff: Guidance for Air Travel through the COVID-19 Public Health Crisis" adoptado hacia esa misma fecha por la OACI.

Como epílogo, consideramos que si se supera el letargo que ostenta el trabajo interdisciplinario, su revigorización irá acompañada de un predecible fortalecimiento de la medicina aeronáutica (un área de vacancia disciplinar en las carreras de grado y de posgrado en medicina).

3.8. Fuerte caída de la compra de aeronaves: impacto entre los constructores de aeronaves y de avio partes

Los analistas más escépticos evalúan que el tráfico aéreo de pasajeros demorará entre tres y cinco años para mostrar los niveles de 2019. Por efecto transitorio, la recuperación de la actividad aeroindustrial asociada al transporte sufrirá un efecto recesivo durante el mismo lapso.

Veamos algunos ejemplos ilustrativos. El consorcio europeo Airbus decidió reducir en un tercio la producción de aviones para lo que resta del año y, en julio del 2020, desde Brasil la firma Embraer comunicó que había reducido la entrega de aeronaves en un 67%. Hacia fines de julio, Aernnova, una empresa española especializada en el diseño y fabricación de aeroestructuras, anunciaba la reducción de su planta de empleados en un 20% (con más de 900 despidos). La decisión se tomó luego de que el 40% de su cartera de clientes retirase los pedidos que habían presentado. Para la misma época, ITP Aero, una compañía española dedicada a la construcción de motores y componentes aeronáuticos,

anunció la reducción global de su plantilla en un 15%, debido a la fuerte caída de trabajo en los principales programas de aviación comercial en los que participa. Rolls Royce, el gigante británico, explicó que este año sólo entregará 250 motores de los 450 previstos inicialmente. Ante sus finanzas en caída libre, Boeing decidió ajustar aún más las tasas de fabricación de aviones comerciales y reducir los niveles de empleo.

Este panorama tendrá un triple derrame negativo. Por un lado, el escenario anterior supone un shock para la industria de la construcción de aeronaves y un impacto adverso sobre el empleo. A la previsible retracción de la demanda de construcción de aviones, se sumará la del mercado de motores de aviación y el de fabricación de avio partes. El *grounding* de aeronaves, la desprogramación por parte de las aerolíneas de cientos de aviones de sus flotas y el retiro de centenas de pedidos de construcción de aeronaves repercutirá, también, en la fabricación de repuestos.

Por otro lado, ese retroceso generará una merma en la celebración de contratos de leasing, principalmente en el ramo del leasing financiero (quizá no tanto en la modalidad de leasing operativo).

El tercer derrame negativo se cernirá sobre la innovación tecnológica y el desarrollo de nuevos prototipos de aeronaves, de motores y de aviónica. Al no haber ingresos por la compra de aeronaves, y al tener las plantas de producción operando a un 50%, o quizá menos, no habrá flujo de liquidez o activos líquidos (*Cash Flow*) para invertir en investigación y desarrollo.

3.9. Probable nacimiento de una línea de subsidios a los aeropuertos dados en concesión privada ¿Financiación al uso de slots? ¿Desprivatización de los aeropuertos? ¿Nuevas formas de explotación aeroportuaria PPP?

Los aeropuertos son un factor clave para el transporte aéreo, pues brindan la infraestructura necesaria para el despegue, aterrizaje, tránsito, guarda y servicio de las aeronaves. Dada la suspensión de casi todos los vuelos comerciales, el sector aeroportuario también sufre una crisis sin



precedentes, pues está privado de recibir a su principal cliente: las aeronaves.

Basta un puñado de casos para ejemplificar la dimensión de su crisis. A mediados de abril, el gobierno canadiense pronosticó que la recuperación del sector aeroportuario en ese país demandará unos 2 a 3 años. A fines de junio, Air Canada anunció la suspensión indefinida de 30 rutas domésticas, con el consiguiente cierre de ocho estaciones en aeropuertos regionales y el retiro permanente de 79 aeronaves de su flota. Hacia fines de mayo, era un hecho que los tres aeropuertos de Nueva York (JFK, La Guardia-Nueva York, y Newark-Nueva Jersey) habían perdido el 97 % del tráfico. Luego de 10 años de bonanza económica tuvieron que pedir un rescate de US\$ 3.000 millones al gobierno nacional.

Nos preguntamos si este pedido no es la antesala de una línea de subsidios estatales a los operadores privados de aeropuertos entregados por el Estado en concesión, para paliar los efectos de esta crisis económica, tal como ya se hace con las aerolíneas. Para unos pocos Estados, otra estrategia posible sería revisar los pliegos de licitación pública de los aeropuertos y los contratos de concesión a la luz de la teoría de la imprevisión, a fin de que el gobierno retome la operación de los aeropuertos privatizados. Entendemos por imprevisión la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que resulta afectada. En tal supuesto, ésta tiene derecho a plantear judicial o extrajudicialmente, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación (Barocelli, 2015, p. 1; Jimenez, 2009, p. 42). Otros Estados podrían optar por aplicar la regla PPP, es decir, participación público-privada, permitiendo el ingreso de capitales privados en los aeropuertos gestionados en un ciento por ciento por el Estado (nacional, provincial, o municipal). Sería un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos.

El poder de mercado de los aeropuertos a nivel mundial radica en el otorgamiento de los derechos de aterrizaje (*slots*, o espacios horarios para despegues y aterrizajes). Se rigen

por la regla 80-20, conforme a la cual los *slots* asignados en aeropuertos congestionados deben ser utilizados en al menos un 80%; de lo contrario las compañías aéreas se exponen a perder el derecho histórico sobre los mismos en la siguiente temporada. Sea por falta de capacidad operativa o por estrategia comercial, en ocasiones el uso arbitrario de los aeropuertos sobre los *slots*, llega incluso a restringir los derechos de tráfico asignados por los gobiernos⁽¹⁵⁾. Analizado desde el punto de vista del derecho constitucional, esa práctica aeroportuaria conculca el derecho de propiedad pues, según consideran los especialistas en derecho administrativo, toda concesión (tales como los derechos de tráfico que los Estados conceden a las aerolíneas) se integra al derecho de propiedad del concesionario.

Varios países han adoptado medidas para flexibilizar las sanciones y multas que aplican los concesionarios a las compañías aéreas por falta de uso de los *slots*. Promediando el mes de marzo, la Comisión Europea expresó su voluntad de apoyar al mercado aerocomercial, permitiendo que las aerolíneas mantengan sus franjas horarias (*slots*) en los aeropuertos, aunque no operen vuelos debido al COVID-19. Lo mismo hizo EE.UU., en donde la Federal Aviation Administration tomó la decisión de suspender temporalmente las reglas de uso mínimo de *slots* en los aeropuertos de ese país. Esta política en favor de las aerolíneas, las enfrenta con los operadores aeroportuarios. O lo que es lo mismo, enfrenta a la IATA con la ACI (Airports Council International). De ahí que, a fines de junio, la ACI manifestara su preocupación a los gobiernos de que “la suspensión de las reglas de *slots* pueda ser usada como un mecanismo para aislar los *slots* de las

(15) Como afirma Aldo González, “Según demuestra la experiencia internacional, los *slots* son insumos críticos para operar en los aeropuertos con mayor nivel de tráfico. La escasez de estos insumos, se puede constituir en una seria barrera a la entrada para nuevas aerolíneas” (2013, p. 2). Los Estados, mediante tratados específicos, se conceden bilateralmente derechos de tráfico aéreo internacional. En esos convenios se designan qué aerolíneas de cada Estado ejecutarán esos derechos de tráfico, con qué frecuencia semanal y desde y hacia qué puntos (aeropuertos) operarán, entre otros ítems. Sobre esa base, cada Estado luego otorgará las concesiones respectivas para que las aerolíneas nacionales y extranjeras exploten las rutas y las frecuencias comerciales concedidas. Si el aeropuerto hace un uso arbitrario de los *slots*, ofreciendo los peores horarios a ciertas compañías y los mejores a otras (por ejemplo, sobre la base de lo que cada una está dispuesta a pagar por la franja horaria pico), es muy probable que las empresas que usan los peores horarios tengan una demanda menor de pasajes aéreos porque los horarios de los vuelos no resultan atractivos a los pasajeros. Si esa merma está por debajo del factor de ocupación óptimo, la aerolínea no podrá resistir mucho tiempo si opera por debajo del nivel de rentabilidad. Por lo tanto, aunque por un tratado internacional tenga los derechos de tráfico acordados, quizá se vea impelida a dejar de volar esa ruta. Este es un ejemplo entre varios otros.



realidades del mercado durante el periodo de recuperación". Son los gobiernos quienes deberán encontrar un punto de equilibrio.

3.10. Reformulación del programa CORSIA

Por ser la única fuente antrópica que descarga CO₂ en la alta atmósfera, desde 2016 la OACI viene adoptando medidas para que sus 193 países miembro implementen un Esquema Internacional de Compensación y Reducción del Carbono (CORSIA).

Las "Medidas Basadas en el Mercado" (MBM) son parte de una canasta de estrategias orientadas al crecimiento neutro de CO₂ en la aviación internacional. El promedio de emisiones de CO₂ de la aviación internacional entre 2019-2020 es la línea base de crecimiento neutro, con la que se habrán de comparar las emisiones en años futuros. Ergo, desde 2021, las emisiones de CO₂ que superen el promedio de 2019-2020, serán las que deben ser compensadas cada año.

Dado que la caída estrepitosa de vuelos durante el 2020 redujo a cifras insignificantes las emisiones de CO₂ producidas por la aviación, la OACI debería reemplazar la línea base 2019-2020 por otra posterior. De lo contrario, esa línea base quedará tan baja que todas las aerolíneas del mundo se verán obligadas a comprar bonos de carbono a partir del 2021, lo que supone una nueva carga económica para ellas (o bien, para el pasajero, a quien se le podría trasladar el costo de esos bonos).

Sin embargo, la decisión adoptada por la OACI a fines de junio fue utilizar, como base, sólo el año 2019 para el Esquema Internacional de Compensación y Reducción del Carbono. La medida cuenta con el apoyo de la IATA, a nivel internacional, y de la Unión Europea y de la CLAAC, a nivel regional.

No estamos de acuerdo, porque si los expertos pronostican una lenta recuperación del sector aerocomercial, al que llevará unos 4 a 6 años alcanzar los niveles de 2019, carece de sentido práctico tomarlo como año testigo para el cálculo de las emisiones de CO₂, pues durante un quinquenio habrá una reducción automática de las emisiones debido a la merma del número de vuelos. Es decir, tomar el año 2019 como línea base, durante el cual, respecto de 2018, hubo un incremento del 4,2% en el tráfico de pasajeros a nivel mundial, (Actualidad Aeroespacial, 2020, p. 1), supondrá fijar un nivel tan alto de emisiones que el programa CORSIA quedaría suspendido de hecho hasta que el tráfico aerocomercial internacional supere la cota de 2019 ¿Cuándo ocurrirá eso? Pues a ciencia cierta, no se sabe.

En suma, lo que postulamos es que la OACI reemplace la línea base por un bienio posterior al del 2019-2020, con el fin de evitar el escenario que describimos al final del párrafo anterior. De ningún modo esta sustitución supondría abandonar los objetivos de desarrollo sostenible ni los del milenio. Sería, antes bien, un acto de equidad ambiental.

4. Conclusiones

La industria aerocomercial juega un rol clave en la economía global, a la que aporta 65.5 millones de puestos de trabajo, genera US\$ 2.7 billones en actividades económicas y el transporte aéreo representa alrededor del 35% del valor del comercio mundial (Amankwah-Amoah, 2020, p. 2).

Por causa de la pandemia asociada al coronavirus, 2020 será recordado como el año en el que la humanidad vivió una cotidianeidad distópica, que afecta a múltiples escenarios en múltiples escalas. La aviación no escapó a esa distopía. Por el contrario, podría decirse que ha quedado muy afectada, por cuanto su recuperación a los niveles que presentaba en 2019, demandará entre 4 y 6 años.

A lo largo de este artículo hemos presentado 10 situaciones probables de crisis que afronta la actividad aerocomercial, a escala global, regional y nacional, con consecuencias a corto, mediano y a largo plazo.

Para superar esas situaciones críticas, la regla de la "participación público-privada" (PPP) sería una fórmula viable de alivio económico en el corto y mediano plazo. Del sector público se requiere la implementación de un sistema de subsidios, sean francos o encubiertos, que apuntalen la iliquidez que afrontan las empresas del rubro. Del sector privado se requieren aportes dinerarios que alivien el esfuerzo que están realizando los Estados.

Vislumbramos, no obstante, que en el corto y mediano plazo ambas acciones no impedirán la bancarrota de un gran número de aerolíneas. La circunstancia será aprovechada por las 50 empresas más sólidas del mundo para adquirirlas a precio de subasta pública. Por esa razón creemos que se avecinan tiempos de fusiones empresarias, de fusiones regionales y de megafusiones que desembocarán en la consolidación de 8 ó 10 ultramegacarriers, cuyo poder de lobby y negociación al momento de acordar los derechos bilaterales de tráfico aéreo será formidable. Ello se deberá a que, si bien estos ultramegacarriers serán entes



transnacionales, cada uno de ellos tendrá la sede principal de sus negocios en un país determinado, el cual, a la hora de negociar bilateralmente con otros Estados los derechos de tráfico aéreo (sobre todo las libertades comerciales), tendrán todo el poder de negociación conferido por el ultramarino.

La estrepitosa caída en el factor de ocupación de las aeronaves destinadas al transporte de pasajeros incidirá en la formación del precio del billete de pasaje, al menos durante el mediano plazo, así como también en los programas de fidelización de los clientes. Dada la capacidad ociosa de las flotas aéreas, el panorama se presenta propicio para un repunte notable del transporte de carga, que no conlleva los mismos riesgos de contagio que la movilización masiva de personas de un país a otro. Este cambio de trebejos en el tablero de ajedrez mundial, esta reconversión a mediano y a largo plazo del sector aerocomercial, exigirá una redefinición del esquema logístico actual, al que deberán adaptarse los operadores aeroportuarios con las inversiones necesarias para aceitar su enlace con el resto de la gestión de la cadena de suministro.

La eliminación de rutas aéreas domésticas y regionales, el *grounding* del 80% de la flota mundial, el cierre de fronteras por los Estados, empujó a una reducción de vuelos diarios sin precedentes en la historia de la aviación. Su secuela directa, entre varias otras, fue la paralización de la actividad aeroportuaria. Es otro sector que requerirá del auxilio económico de actores públicos y privados. En algunos casos, ese auxilio supondrá la recuperación por parte del Estado del aeropuerto dado en concesión privada. En otros, supondrá el aporte de sumas de dinero estatal bajo la forma de subsidios, o bien, mediante la compra de acciones de la empresa concesionaria del aeropuerto.

Si bien consideramos que el trabajo interdisciplinario entre algunas agencias clave de Naciones Unidas, como la OACI y la OMS, ha mostrado cierto letargo para afrontar la crisis, creemos que su revigorización irá acompañada de un predecible fortalecimiento de la medicina aeronáutica sistémica, que hasta ahora se ha presentado en el mundo como un área de vacancia disciplinar en las carreras de grado y de posgrado en medicina.

En cuanto al compromiso ambiental del programa CORSIA, juzgamos que la decisión de la OACI es insuficiente y, por ende, debiera revisar su última iniciativa que tomar a las emisiones de CO₂ del 2019 como línea base de crecimiento neutro para el cálculo del Esquema Internacional de Compensación y Reducción del Carbono, reemplazándola por un bienio posterior al del 2019-2020. Estamos en desacuerdo porque ya en el próximo quinquenio habrá una reducción automática de las emisiones debido a la merma del número de vuelos anuales. Eso supondrá fijar un nivel tan alto de emisiones que el programa CORSIA quedaría suspendido de hecho hasta que el tráfico aerocomercial internacional supere la cota de

2019. En otras palabras, tomar al año 2019 como línea base de crecimiento neutro del CO₂ carece de sentido práctico en el corto y mediano plazo.

En suma, postulamos que a circunstancias extraordinarias se le deben aplicar soluciones extraordinarias. Por ahora, lo urgente es gestionar esta crisis del sector aerocomercial. La etapa siguiente será la de mitigación de los múltiples impactos adversos que el COVID-19 hizo recaer sobre ella. Luego vendrá la etapa de búsqueda e implementación de estímulos de la industria para reconstruir la demanda y reparar los balances deficitarios.

Referencias bibliográficas

Actualidad Aeroespacial (2020, 12 julio). *El tráfico de pasajeros crece un 4,2% a nivel mundial en 2019*. <https://actualidadaeroespacial.com/el-trafico-de-pasajeros-crece-un-42-a-nivel-mundial-en-2019/>

ALN News (2020a). *Qatar Airways reafirma su participación en LATAM y otras líneas aéreas*. https://aerolatinnews.com/destacado/qatar-airways-reafirma-su-participacion-en-latam-y-otras-lineas-aereas/?utm_source=ALN+News+Newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ALN+News+Newsletter

ALN News (2020b). *Alemania, al rescate de Lufthansa con 9.000 millones de euros*. <https://Aerolatinnews.Com/Destacado/Alemania-Al-Rescate-De-Lufthansa-Con-9-000-Millones-De-Euros/>

ALN News (2020c). *Aerolíneas gastan US\$ 60,000 en mantenimiento de cada uno de sus aviones en tierra, según Sky*. <https://Aerolatinnews.Com/Destacado/Aerolineas-Gastan-Us-60000-En-Mantenimiento-De-Cada-Uno-De-Sus-Aviones-En-Tierra-Segun-Sky/>

Amankwah-Amoah, J. (2020). Stepping up and stepping out of COVID-19: New challenges for environmental sustainability policies in the global airline industry. *Journal of Cleaner Production*, 271, 1-8. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959652620330456?via%3Dihub>

Banco Mundial (2001). *Transporte aéreo. Pasajeros transportados*. <https://datos.bancomundial.org/indicador/IS.AIR.PSGR>

Barocelli, S. (2015). *La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial*. DPI Cuántico. Derecho para innovar. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1452.pdf>



Brand Finance (2020). *Iberia y Vueling podrían tener el antídoto para superar la crisis del COVID-19*. <https://brandfinance.com/news/iberia-y-vueling-podran-tener-el-antidoto-para-superar-la-crisis-del-covid-19/>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E (2011, 16 de mayo). D'Annunzio, Juan C. contra United Air Lines Inc.

Capaldo, G. (2020). *Transporte aéreo y COVID-19* [Entrevista]. Entrevista realizada por el Prof. Santiago Ripoll Carulla, de la Universidad Pompeu Fabra.

Christidis, P. y Christodoulou, A. (2020). The Predictive Capacity of Air Travel Patterns during the Global Spread of the COVID-19 Pandemic: Risk, Uncertainty and Randomness. *International Journal of Environmental Research and Public Health*; 17(10), 3356. <https://doi.org/10.3390/ijerph17103356>

Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAAC) (2020a). *Marco estratégico de la región SAM en respuesta a COVID 29*. <https://www.icao.int/SAM/eDocumentsstore/Marco%20estrategico%20SAM%20ES%20Completo.pdf>

Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAAC) (2020b). *Decisión del Consejo de la OACI sobre las características de diseño del CORSIA y la pandemia COVID-19 (Nota de estudio presentada por el Punto Focal Guatemala e IATA)* (CLAC/GEPEJTA/45V-NE/03). <http://clacsec.lima.icao.int/reuniones/2020/GEPEJTA-45V/NEs/NE03.pdf>

Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAAC) (2020c). *Línea de tiempo en la implementación del CORSIA (Nota de estudio presentada por el Punto Focal Guatemala e IATA)* (CLAC/GEPEJTA/45V-NE/04). <http://clacsec.lima.icao.int/reuniones/2020/GEPEJTA-45V/NEs/NE04.pdf>

De la Colina, B. (1948). *Política aeronáutica comercial argentina*. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba.

EASA – ECDC (2020). *COVID-19 Aviation Health Safety Protocol*. <https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/covid-19-aviation-health-safety-protocol>

Frankopan, P. (2016). *The Silk Roads. A New History of the World*. Bloomsbury Publishing.

Gómez, H. (2020). *Reflexiones iniciales sobre la industria aerocomercial ante la crisis del Covid 19 & los derechos del pasajero*. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial. <https://derechoaeroespacial.org/cont/documentos/publicaciones/covidaeroesp2.pdf>

Gómez, H. (2014). *La responsabilidad del transportador en el contrato de transporte aéreo por millas*. C.E.D.A.E. <https://cedaonline.com.ar/2014/02/12/la-responsabilidad-del-transportador-en-el-contrato-de-transporte-aereo-por-millas/>

González, A. (2013). *Estudio sobre el transporte aéreo de pasajeros en Latino América*. Departamento de Economía, Universidad de Chile.

IATA (2020a) *Guidance for the transport of cargo and mail on aircraft configured for the carriage of passengers*. <https://www.iata.org/contentassets/094560b4bd9844fda520e9058a0f2e/guidance-safe-transportation-cargo-passenger-cabin.pdf>

IATA (2020b) *La industria de aerolíneas mejora en 2020 tras un año difícil* [Comunicado 60].

<https://www.iata.org/contentassets/36695cd211574052b382004411b56de/2019-12-11-01-sp.pdf>

IATA (2016) *Facility Capability Matrix. Transparency to improve Cargo Handling*.

IATA Magazine (2020). Airlines. *IATA Magazine*, 2.

IATA News (2020) *Industry Losses to Top \$84 Billion in 2020*. <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-06-09-01/>

IATA Press Release (2020) *IATA Calls for Passenger Face Covering and Crew Masks*. <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-05-05-01/>

Jimenez, W. (2009) La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio? *Misión jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, 2(2), 17-49.

Kobierecki M. (2020). Aviation diplomacy: a conceptual framework for analyzing the relationship between aviation and international relations. *Place Branding and Public Diplomacy*, 1–11. Advance online publication. <https://doi.org/10.1057/s41254-020-00172-5>

Miklos, T &. Arroyo, M. (2008). *Prospectiva y escenarios para el cambio social*. FCPS-UNAM.

Müller, A. et al (2020) *El transporte argentino. Actores en debate*. Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Ciencia y Técnica.

Muñoz, J. (2017). *Estudio de la fijación de precios en el mercado aéreo europeo*. Universidad Politécnica de Cartagena.

Natiello, O. (2011). Contrato de incentivo al pasajero frecuente. *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, 15.

Organización de Aviación Civil Internacional (2020a). *Doc 10144 - Manual de la OACI para las Administraciones de Aviación Civil sobre gestión de riesgos de seguridad operacional de la aviación relacionados con la COVID-19*. https://www.icao.int/safety/SafetyManagement/Doc10144/10144_cons_es.PDF

Organización de Aviación Civil Internacional (2020b). *Guidance for Air Travel through the COVID-19 Public Health Crisis*. <https://www.icao.int/covid/Pages/default.aspx>

Organización de Aviación Civil Internacional (2020c). *Procedimiento para los vuelos de repatriación durante la pandemia por COVID-19* (Nota de estudio RV2/DGAC - NE/12). Disponible en (acceso: 30 mayo 2020): https://www.icao.int/SAM/Documents/2020-VM4-COVID19/RV2%20DGAC_NE12%20VuelosRepatriacionVEN.rppdf

Organización de Aviación Civil Internacional (2020d). *La OACI, la OIT y la OMI hacen un*



llamamiento conjunto a los gobiernos del mundo para que se designen como “trabajadores clave” a las personas del sector aeronáutico y marítimo que realizan tareas esenciales. OACI. <https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ES/ICAO-ILO-and-IMO-issue-joint-call-to-world-governments-on-need-for-key-worker-designations-for-essential-air-and-sea-.aspx>

Organización de Aviación Civil Internacional (2012). *Doc 8984, AN/895 - Manual de medicina aeronáutica civil*. https://www.icao.int/publications/Documents/8984_cons_es.pdf

Organización de Aviación Civil Internacional (1944). Doc 7300/9. *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*. https://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf

Organización Mundial del Trabajo (OMT) (2020e). *Barómetro OMT del turismo mundial, mayo 2020 – Con especial enfoque en el impacto de la COVID-19 (resumen)*. <https://www.e-unwto.org/doi/epdf/10.18111/9789284421831>

Piketty, T. (2020). *Coronavirus. Thomas Piketty: “Esta crisis económica global torna aún más relevante un plan de alivio de la deuda”* [Entrevista].

<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/thomas-piketty-esta-crisis-economica-global-torna-aun-mas-relevante-un-plan-de-alivio-de-la-deuda-nid2363524>

Pinheiro de Lima, O., Breval, S., Rodríguez, C., Follmann, N. (2017). Una nueva definición de la logística interna y forma de evaluar la misma. *Ingeniare. Revista chilena de ingeniería*, 25(2), 264-276.

Rao, V. y Kartono, B. (2009). Pricing objectives and strategies: A cross-country survey. En V. Rao (ed.), *Handbook of pricing research in marketing* (pp. 9-36). Edward Elgar Publishing. <https://pdfs.semanticscholar.org/0177/a995d23d3ba6c3d331e1929446b4060acffd.pdf>

Servera-Francés, D. (2010). Concepto y evolución de la función logística”. *INNOVAR. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, 20(38), 217-234.

Supreme Court (2014, 2 de abril). Northwest, Inc., et al. v. Ginsberg, 572 U.S. 273 (2014).

The Economist (2002) *Airline miles. Frequent-flyer economics*. <https://www.economist.com/leaders/2002/05/02/frequent-flyer-economics>

World Bank (2020) *LPI - The Logistics Performance Index. Global Rankings 2018. 2019*. <https://lpi.worldbank.org/international/global/2018.%202019>

WTTC (2020) *Global Safety Stamp to Recognize Safe Travels Protocols*. <https://wttc.org/COVID-19/Safe-Travels-Global-Protocols-Stamp> 





Difícil para unos, utópico para otros: la deficiente regulación de las prácticas formativas y su impacto negativo en las personas con discapacidad^(*)()(***)(****)**

Challenging for some, utopian for others: the poor regulation of training practices and its negative impact on people with disabilities

Magda Cristina Verano Calero^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Astrid Carolina Flores Huamani^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Renato Antonio Constantino Caycho^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La educación superior ha experimentado importantes cambios en los últimos años. Sin embargo, la deficiente regulación de las prácticas formativas se ha mantenido. El propósito de este artículo es analizar la regulación de las prácticas formativas, y su

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 20 de agosto de 2020 y su publicación fue aprobada el 19 de octubre de 2020.

(**) Los autores agradecen a Saulo Galicia, María Alejandra Espino y Erick Beyá, quienes formularon comentarios y observaciones críticas a versiones anteriores de este trabajo

(***) El presente artículo se sustenta, por un lado, en la investigación "La formación práctica de las personas con discapacidad de la Facultad de Derecho PUCP" realizado por Cristina Verano y Antuanet Jiménez, con asesoría de Renato Constantino. El proyecto ganó el VII Concurso de Investigación Jurídica de Responsabilidad Social. Por otro lado, en la investigación "Trabas en el camino: la lucha de estudiantes con discapacidad por titularse" realizado por Cristina Verano, Astrid Flores, Antuanet Jiménez y Gabriela Poma, con asesoría de Renato Constantino. El proyecto ganó el 1er Fondo Concursable de Iniciativas de Investigación con enfoque de Responsabilidad Social Universitaria. Se hace extensivos los agradecimientos a la Facultad de Derecho de la PUCP y a la OARS por el financiamiento a la última investigación mencionada.

Las dos investigaciones antes mencionadas han cumplido con los protocolos del Comité de Ética de Investigación con Seres Humanos y Animales (CEISHA). Asimismo, todos los entrevistados dieron su consentimiento para realizar el presente artículo.

(****) Los autores creen en la igualdad de género y en la importancia que se refleje en el lenguaje. No obstante, para evitar la duplicidad de grafías y facilitar la lectura para las personas con discapacidad que usan lectores de pantalla, se ha optado por usar el plural con "o" para incorporar a hombres y mujeres.

(*****) Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP-GRIDIS. Interés en temas de género y derechos de las personas con discapacidad. ORCID: 0000-0003-4683-9525. Correo electrónico: c.verano@pucp.pe

(*****) Alumna del 11vo ciclo de pregrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante en la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA Derecho PUCP. Miembro de la Clínica Jurídica de Derechos de las personas con discapacidad-PUCP. Interés en temas de derechos humanos, derechos de las personas con discapacidad y temas de derecho laboral. ORCID: 0000-0001-8397-7703. Correo electrónico: astrid.floresh@pucp.edu.pe

(*****) Docente del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y magíster en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Cuenta con un LLM (Master of Laws) en International Legal Studies del Washington College of Law de American University. Investigador del Grupo Interdisciplinario en Discapacidad de la PUCP-GRIDIS. ORCID: 0000-0002-5721-1541. Correo electrónico: renato.constantino@pucp.pe



falta de reconocimiento como trabajo bajo el marco jurídico vigente, situación que afecta desproporcionadamente a los estudiantes con discapacidad. Por último, se desarrolla un breve recuento de los principales hallazgos en entrevistas a estudiantes con discapacidad de la carrera de Derecho sobre esta materia.

Palabras Clave: Modalidades formativas - Discapacidad - Educación superior -Prácticas preprofesionales - Prácticas profesionales

Abstract: In recent years higher education has undergone major changes. However, the poor regulation of training practices has remained. The purpose of this article is to analyze the regulation of training practices, and their lack of recognition as work under the current legal framework, a situation that disproportionately affects students with disabilities. Finally, a brief account is given of the main findings of interviews with law students with disabilities in this field.

Key Words: Training modalities - Disability - Higher education - Pre-professional practices - Professional practices

1. Introducción

La educación superior ha experimentado importantes cambios en los últimos años en Perú. En gran medida, muchos de ellos responden a la promulgación de la Nueva Ley Universitaria que regula el marco normativo para la creación, aprobación o denegación del licenciamiento, el correcto funcionamiento, y la supervisión y promoción de la calidad de los servicios educativos de las universidades a cargo de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (en adelante SUNEDU) (Ley 30220, 2014, artículo 1). Producto de esta regulación, hasta la fecha, las universidades vienen atravesando un proceso de licenciamiento para brindar servicios educativos superiores de calidad.

Hasta agosto de 2020, 92 universidades- de las 141 existentes en Perú -cuentan con licenciamiento institucional y se ha denegado el licenciamiento a 47 universidades (Sunedu, 2020). De las universidades con licenciamiento, la región que presenta el mayor número de universidades licenciadas es Lima con un número ascendente a 37. Lo anterior, refleja la centralización de la educación que se ha mantenido presente en los últimos años. Esta realidad afecta a todas las personas que reciben servicios educativos universitarios; sin embargo, para las personas con discapacidad las barreras se agudizan.

De acuerdo con el Perfil Sociodemográfico del Perú, “la población con discapacidad está conformada por 3,051,612 y representa el 10.4% del total de la población del país” (INEI, 2018, p. 177). En materia de educación, “el 13.9% (376,891) de personas con discapacidad de 15 y más años

de edad no tiene nivel alguno de educación” (INEI, 2018, p. 193). Además, de acuerdo con el Ministerio de Educación, al 2017, 66 universidades de 117 encuestadas, tienen estudiantes con discapacidad; de las cuales, solo el 19% cuenta con procedimientos para la adaptación curricular, metodológica, de materiales y de evaluación para estudiantes con discapacidad (MINEDU, 2017). En esa misma línea, CONADIS reportó al 2018 que solo cuatro universidades son accesibles en cuanto a sus bibliotecas, auditorios, paraninfos, comedores, baños, ascensores, aulas, estacionamientos y espacios de circulación (CONADIS, 2018). Esta situación se debe a que las personas con discapacidad históricamente han sido excluidas del sistema educativo. Lo cual genera desigualdad no sólo en el derecho a la educación, sino también en otros derechos cuya condición para su ejercicio es la educación. Tal es el caso del derecho al trabajo, que se ve impedido considerablemente por la falta de educación de las personas con discapacidad.

En este contexto, el presente artículo busca presentar la realidad de las personas con discapacidad en la educación superior universitaria, específicamente en el acceso y ejercicio de las prácticas preprofesionales y profesionales. Para ello, abordaremos, primero, el marco normativo de las prácticas en el Perú con el objeto de identificar la naturaleza jurídica de las prácticas y los derechos de los practicantes. En el segundo segmento analizaremos las entrevistas trabajadas en un proyecto anterior que permiten conocer las percepciones de las personas con discapacidad sobre esta materia. Por último, sobre esa base, daremos un enfoque de discapacidad a la normativa de las prácticas. Así, identificaremos que las barreras legales que enfrentan las personas con discapacidad en el acceso y ejercicio a sus prácticas se deben en buena cuenta a la falta de reconocimiento de la modalidad formativa como relación laboral, aun cuando cumple con los elementos para serlo.

2. Marco normativo de las prácticas en Perú

Las personas con discapacidad enfrentan



una serie de barreras para su inclusión educativa y laboral en Perú. En tal sentido, los efectos de la desprotección normativa general, impactan de manera más gravosa en esta población⁽¹⁾. Así, la flexibilización de los derechos laborales a partir de la Constitución de 1993 tiene un efecto claro en las protecciones que pueden tener. La Constitución de 1993 eliminó varias de las protecciones establecidas en la Constitución de 1979, tales como: “La estabilidad laboral, la regulación del trabajo nocturno en condiciones peligrosas y la consagración de los derechos a compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, bonificaciones y participación en la gestión y propiedad de la empresa” (Vidal, 2009, p. 174).

Dentro de esas desprotecciones, se crearon figuras jurídicas que, cumpliendo con los requisitos para constituir relaciones laborales, quedaron fuera de las protecciones: las prácticas preprofesionales y profesionales.

2.1. Naturaleza jurídica de las prácticas

Paralelamente a la educación universitaria y/o posterior a ella, se encuentran las prácticas preprofesionales y profesionales. Siendo estas una de las modalidades formativas, reconocidas por la normativa nacional, que armoniza tanto el aprendizaje teórico como el aprendizaje práctico del estudiante de educación superior mediante el desempeño de actividades de formación profesional.

De esta manera, el objetivo de las prácticas es el aprendizaje, y no la prestación laboral. “De ahí que, nuestra legislación niegue, en todos los supuestos, la presencia del vínculo laboral en las modalidades formativas” (Arce, 2007, p. 171). Como consecuencia de ello se generan las siguientes implicancias: (i) reducción de derechos, (ii) falta de representatividad sindical, (iii) detrimento en las condiciones laborales, (iv) eliminación de estabilidad laboral, (v) eliminación de CTS, (vi) eliminación de utilidades, (vii) eliminación de asignación familiar, (viii) eliminación de indemnización por despido, entre otras. Bajo este enfoque, el ordenamiento jurídico solo se ha dirigido a crear relación precaria.

Por ello, diversos autores han señalado que esta calificación jurídica no es adecuada, pues en ciertos casos la real naturaleza de las prácticas es laboral⁽²⁾. Ello es así cuando

el practicante empieza a generar ganancias al centro de prácticas sin necesidad de un tutor que lo oriente a cumplir el plan de aprendizaje. Piénsese en un practicante que llega a un centro de prácticas con experiencia y al cabo de 6 meses maneja muy bien todas sus funciones. Esta es una situación común en las prácticas, puesto que “asumir que el único objetivo de un convenio de formación laboral es la capacitación, implica asumir que el empresario solo tiene un fin formativo; lo cual es falso” (Arce, 2007, pp. 171-172). Por ejemplo, en los artículos 1, 10 y el Título III de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se evidencia que la capacitación y la formación laboral son concebidas como un mecanismo de mejora para la productividad del trabajador (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997, artículo 1 y 10). Entonces, ¿qué tanta diferencia existe entre la capacitación del practicante con el del trabajador? Realmente, no hay grandes diferencias.

Bajo un marco de reflexión, el estudiante o egresado libremente pone en práctica, a través de su fuerza de trabajo productivo, los conocimientos adquiridos en su Centro de Formación Profesional. Sin embargo, llega un punto en que es innegable reconocer que los practicantes producen ganancias a su Centro de Prácticas a partir de las actividades que realizan: elaboración de gestiones administrativas, informes en general, seguimiento de procedimientos administrativos o judiciales, efectuar registro de facturas de los proveedores, etc.

Siendo ello así, la norma no refleja la realidad de las prácticas, pues se concentra en el trabajo efectivo y la producción de patrimonio antes que la formación del practicante. En esa línea, “si bien las modalidades formativas que generen utilidad empresarial no pueden dar

(1) Al respecto, por ejemplo, dado que, en el Perú, el acceso a la seguridad social está vinculado con tener un empleo, la flexibilización de las normas laborales impacta particularmente en las personas con discapacidad pues, usualmente, pueden requerir mayores atenciones de salud.

(2) Véase:
Arce, E. (2007). Naturaleza Jurídica de las modalidades formativas laborales en la empresa. *Foro Jurídico*, núm. 7, pág. 172.
Fernández, C. (2015). La delgada línea entre lo laboral y lo formativo: las prácticas preprofesionales y profesionales. *Actualidad Empresarial*, núm. 336, p. 4.
Alonso, M., & Casas, M. (2008). Derecho del Trabajo, p. 694.
Toyama, J. (2008). Modalidades formativas: capacitación y prácticas. *Gaceta Jurídica*, p. 97.
Boza, G. (1992). Convenios de formación laboral juvenil y de prácticas: ¿capacitación para el empleo o precarización del mismo?



lugar a contratos de trabajo típicos, sí podría aceptarse que generen contratos de trabajo especiales” (Arce, 2007, p. 172).

Para determinar que las prácticas cumplen con una naturaleza laboral es necesario examinar el cumplimiento de sus tres elementos: prestación personal, subordinación y remuneración. Por prestación personal se entiende que «la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, es la específica de un trabajador determinado» (Neves, 2012, p. 24). En otras palabras, el trabajador, siendo una persona natural, a través de una relación personalísima presta su fuerza de trabajo. Pues bien, en el ejercicio de las prácticas, se cumple con este elemento, ya que el trabajador sería el practicante que cursa sus ciclos de la carrera profesional o ya los ha finalizado y cuenta con el grado académico de bachiller. Siendo el mismo practicante quien ofrece la fuerza de trabajo y quien los presta. En palabras sencillas, el practicante contratado es el mismo que realiza las funciones encomendadas.

Por otro lado, el segundo elemento, la subordinación, se refiere al “vínculo jurídico entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla” (Neves, 2012, p. 25). Es decir, por un lado, existirá sujeción, y, por otro, dirección. Este elemento también se cumple en el ejercicio de las prácticas, pues debido a la posición en la que se encuentra un practicante en la entidad privada o entidad estatal, siempre cuenta con una persona que lo dirige y coloca en un estado de sujeción. Siendo el empleador el que tenga la facultad organizativa, fiscalizadora y de sanción. En tanto, el practicante no cuenta con personas a su cargo, ya que se encuentra en un rango inferior en la jerarquía de organización de la entidad. Vale aclarar que la subordinación no es equivalente a maltratos, humillaciones o algún acto que vulnere los derechos de los practicantes. En nuestra opinión, el carácter formativo y de capacitación no anula el elemento de subordinación. Al respecto, la propia legislación en materia de prácticas establece características de la subordinación a la relación.

Finalmente, el tercer elemento es la remuneración. Tal aspecto del trabajo se presenta en los trabajos productivos por cuenta ajena, “donde el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce a cambio del pago de una retribución” (Neves, 2012, p. 28). Esta característica también se presenta en el caso de las prácticas, ya que mensualmente los practicantes, en la misma fecha en que se paga a los demás trabajadores, reciben una subvención que no puede ser menor a la remuneración mínima vital. La excepción a

esta regla se da cuando el practicante cumple una jornada inferior a la de seis horas diarias o a la de treinta horas semanales. En estos casos el pago es proporcional.

En ese sentido, las prácticas califican como una relación laboral, pero el marco normativo ha decidido excluirlas de esa calificación con evidentes efectos negativos en los derechos de los practicantes. Sin embargo, la noción de que las prácticas son trabajo ha sido respaldada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo⁽³⁾ al analizar si los practicantes tienen derecho a organizarse colectivamente (Constantino & Galicia, 2015, p. 272). A ello se añade que a los practicantes se les reconoce similares derechos que a los trabajadores, los cuales, curiosamente, deben ser interpretados de conformidad con los Convenios de la OIT (Ley 28518, 2005, Disposición complementaria primera).

2.2. Los derechos de los practicantes

Aun cuando las prácticas, en los hechos, son una relación laboral, no son asumidas bajo esta categoría por el ordenamiento jurídico peruano⁽⁴⁾. “Esta desprotección provoca que los practicantes no puedan acceder a beneficios sociales legales propios de una relación laboral, como la compensación por tiempo de servicios, la participación de utilidades, entre otros” (Toyama, 2008, p. 104). De igual manera, los practicantes no gozan de estabilidad laboral, es decir, de protección contra la extinción unilateral del convenio de prácticas.

Además, se incumple con el derecho a la igualdad ante la ley, el cual consiste en que la ley debe operar para todos por igual cuando las personas se encuentren en la misma situación descrita por la norma. Así, los practicantes no pueden exigir el cumplimiento del derecho de igualdad ante la ley para alegar el otorgamiento de un beneficio o condición de trabajo percibido por

——— *Asesoría Laboral*, p. 13 y p. 14.

(3) Véase Organización Internacional del Trabajo. (1996). Informe provisional – Informe núm. 304, Junio 1996. Caso núm. 1796 (Perú). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903259

(4) En la antigua Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo 728 en 1991, tampoco se reconoció las prácticas como



los trabajadores, pues no existe reconocimiento normativo de estos derechos para ellos.

De hecho, la legislación vigente no provee una regulación efectiva sobre la formación y capacitación del practicante: no existe fiscalización en el cumplimiento del plan de aprendizaje del practicante, no existen lineamientos para determinar el contenido de la capacitación (lo que genera la flexibilidad de este contenido) y no existen sanciones para los casos de deficiente formación profesional. Incluso, algunas entidades públicas se niegan a presentar al centro de formación profesional un plan de aprendizaje, ya que la legislación no los obliga. En otros casos, es materialmente imposible que el centro de formación profesional realice supervisión a todos los practicantes.

Bajo este contexto, las personas con discapacidad se ven expuestas a una situación de mayor vulnerabilidad. Pues no sólo deben enfrentar las barreras arquitectónicas, legales, sociales, etc. impuestas, sino también su falta de inclusión en las prácticas formativas. Para poder verificar esto adecuadamente, se hará un rápido recuento histórico de las prácticas para luego revisar el marco normativo actual referente a las prácticas.

En un primer momento, las prácticas en el sector público y privado se encontraban reguladas por la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728, 1991). En un segundo momento, las prácticas fueron reguladas sólo bajo la aplicación de la Ley de Formación y Promoción Laboral. Luego, fueron reguladas con la Ley sobre modalidades formativas laborales (Ley 28518, 2005) y su reglamento (Decreto Supremo 007-2005-TR, 2005). Aun publicado el Decreto Legislativo que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público (Decreto Legislativo 1401, 2018) se inaplicaba por la falta de su reglamento. En un cuarto momento, con la promulgación del reglamento del Decreto Legislativo 1401 (Decreto Supremo 083-2019-PCM, 2019) la Ley 28518 paso a regir únicamente en las prácticas del ámbito privado.

Se hace la acotación que el régimen del Programa Servicio Civil de Graduandos SECIGRA DERECHO (en adelante SECIGRA) se rigen por sus leyes especiales. Como veremos a continuación, son múltiples las diferencias entre las prácticas preprofesionales y profesionales, sea que se realice en el sector público o privado:

Para el análisis de los derechos, se tomarán como referencia los elementos resaltados en la tabla: ámbito de aplicación, perfil del practicante, duración del convenio, monto de la subvención, descanso subvencionado, jornada semanal, subvención adicional, seguro de salud y descuentos y aportes.

Con respecto al ámbito de aplicación, en el sector público, las prácticas se realizan en Entidades Públicas. Por el

contrario, en el sector privado, las prácticas se realizan en empresas del régimen privado y en empresas públicas del Estado (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 2; Ley 28518, 2005, artículo III). Por ejemplo, Banco de la Nación, Petroperú, Sima Perú, entre otras.

Por otro lado, para los estudiantes de la Facultad de Derecho de las universidades peruanas, también existe la opción de realizar prácticas preprofesionales en el ámbito público mediante SECIGRA. Dicha modalidad se encuentra regulada bajo el Decreto Ley 26113 y el Decreto Supremo 009-2014-JUS. Asimismo, está a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien, en coordinación con las universidades, se encarga que los estudiantes realicen una experiencia formativa de un año en diversas entidades públicas, también conocidas como Unidades Receptoras. El proceso de preinscripción e inscripción lo realiza la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA entre los meses de noviembre y diciembre. Así, mediante acto público, el estudiante con mejor rendimiento académico tiene la posibilidad de elegir entre todas las vacantes que dan las entidades públicas. Sucesivamente, cada estudiante elegirá una entidad hasta que se acaben todas las vacantes.

Para los profesionales de la Ciencias de la Salud, titulados o colegiados, se presenta el SERUMS como requisito indispensable para poder trabajar en el sector público. Este programa se encuentra regulado por la Ley 23330 y el Decreto Supremo 005-97-SA. Se lleva a cabo en puestos, centros de salud, hospitales de apoyo e instituciones no públicas, los cuales se encuentran ubicados en zonas rurales y urbanas de menor desarrollo en Perú. Asimismo, en el caso de profesionales de medicina humana existe el SINAREME. Este programa se encuentra regulado por la Ley 30453 y el Decreto Supremo 007-2017-SA. Básicamente, este programa se realiza en las instituciones prestadoras de servicios de salud acreditadas por CONAREME.

Con respecto al perfil del practicante, el acceso a las prácticas preprofesionales en el sector privado es para el general de los estudiantes (Ley 28518, 2005, artículo 12). En cambio, en el sector público solo acceden



Primer momento (1991-1996)	Segundo momento (1997-2005)	Tercer momento (2005/2018-actualmente)	Cuarto momento (2019-actualmente)
Las prácticas del sector público y privado se regulaban por el Capítulo II y III del Título I denominado "De la Capacitación para el trabajo", de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728, 1991).	Las prácticas del sector público y privado pasan a regir por la Ley de Formación y Promoción Laboral. Mediante la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 855 se divide la Ley de Fomento del Empleo en 2 normas: (i) Ley de Formación y Promoción Laboral y (ii) Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Legislativo 855, 1996).	A partir de 2005, las prácticas del sector público y privado se regulan por la Ley sobre modalidades formativas laborales y su reglamento. Luego de 13 años, en 2018, se publica la norma que regula las prácticas en el sector público (más no su reglamento).	Se publica el Reglamento del Decreto Legislativo 1401. Las prácticas empiezan a regularse normativamente por el sector al que pertenezcan: público o privado.

Elaboración propia.

Tabla 1: Diferencias entre el régimen de prácticas preprofesionales del sector público y privado

PRÁCTICAS PREPROFESIONALES		
	Sector Público	Sector Privado
Ámbito de aplicación	Prácticas realizadas en toda entidad pública, con excepción de las empresas públicas del Estado, SECIGRA y SERUMS (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 2).	Prácticas realizadas en empresas del régimen privado y en empresas públicas del Estado (Ley 28518, 2005, artículo III).
Sujetos que suscriben el convenio	Es tripartito. Suscriben el Centro de Prácticas, el estudiante y el Centro de Formación Profesional (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 6).	Es tripartito. Suscriben el Centro de Prácticas, el estudiante y el Centro de Formación Profesional (Ley 28518, 2005, artículo 12).
Perfil del practicante	Estudiantes de los últimos años de la carrera, excepto plan de estudios contemple lo contrario (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 5).	Estudiantes de primeros o últimos años de la carrera (Ley 28518, 2005, artículo 12).
Duración del convenio	Máximo dos años, excepto que el plan de estudios contemple lo contrario (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 7).	No hay límite (Ley 28518, 2005, artículo 12).
Monto de la subvención	No menor a una Remuneración Mínima Vital, excepto en los casos que la jornada sea inferior (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 16).	No menor a una Remuneración Mínima Vital, excepto en los casos que la jornada sea inferior (Ley 28518, 2005, artículo 45).
Descanso subvencionado	Descanso semanal y feriados no laborales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.4). Quince días cuando la práctica dure más de doce meses. Si la duración es menor a doce meses se debe otorgar una subvención proporcional (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.5).	Descanso semanal y feriados no laborales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 42.4). Quince días cuando la práctica dure más de doce meses (Ley 28518, 2005, artículo 42.5).
Jornada semanal	Máximo seis horas diarias o treinta horas semanales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 8).	Máximo seis horas diarias o treinta horas semanales (Ley 28518, 2005, artículo 44.1.b).
Subvención adicional	No se otorga (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.6).	Media subvención cada seis meses continuos (Ley 28518, 2005, artículo 42.6).
Seguro de salud	EsSalud o seguro privado sin un monto de cobertura para enfermedad o accidente (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.7).	EsSalud o seguro privado con un monto de cobertura para enfermedad o accidente (Ley 28518, 2005, artículo 42.8).
Descuentos y aportes	La subvención está sujeta a las retenciones que ordene el Poder Judicial. Si el practicante es afiliado de EsSalud la subvención se encuentra afecta a los aportes de esta. No implica que un descuenten a la subvención. Si el practicante se afilia voluntariamente a un fondo de pensión la subvención se encuentra sujeta a los aportes del fondo (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 17).	La subvención aplica como gasto deducible para el Impuesto a la Renta. Si el practicante es afiliado de EsSalud la subvención se encuentra afecta a los aportes de esta. Si el practicante se afilia voluntariamente a un fondo de pensión la subvención se encuentra sujeta a los aportes del fondo (Ley 28518, 2005, artículo 47).

Elaboración propia.



Tabla 2: Diferencias entre el régimen de prácticas profesionales en el sector público y privado

PRÁCTICAS PROFESIONALES		
	Sector Público	Sector Privado
Ámbito de aplicación	Prácticas realizadas en toda entidad pública, con excepción de las empresas públicas del Estado, SECIGRA y SERUMS (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 2).	Prácticas realizadas en empresas del régimen privado y en empresas públicas del Estado (Ley 28518, 2005, artículo III).
Sujetos que suscriben el convenio	Es bipartito. Suscribe el Centro de Prácticas y el estudiante (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 11).	Es bipartito. Suscribe el Centro de Prácticas y el estudiante (Ley 28518, 2005, artículo 13).
Perfil del practicante	Egresado universitario (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 10)	Egresado universitario (Ley 28518, 2005, artículo 13).
Duración del convenio	Máximo doce meses desde el cambio de la condición de estudiante a egresado (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 12)	Máximo doce meses, salvo la normativa interna del centro de estudios indique lo contrario (Ley 28518, 2005, artículo 13).
Monto de la subvención	No menor a una Remuneración Mínima Vital, excepto en los casos que la jornada sea inferior (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 16).	No menor a una Remuneración Mínima Vital, excepto en los casos que la jornada sea inferior (Ley 28518, 2005, artículo 45).
Descanso subvencionado	Descanso semanal y feriados no laborales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.4). Quince días cuando la práctica dure más de doce meses. Si la duración es menor a doce meses, se debe otorgar una subvención proporcional (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.5).	Descanso semanal y feriados no laborales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 42.4). Quince días cuando la práctica dure más de doce meses (Ley 28518, 2005, artículo 42.5).
Jornada semanal	Máximo ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 13).	Máximo ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (Ley 28518, 2005, artículo 44.2).
Subvención adicional	Media subvención cada seis meses continuos (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.6).	Media subvención cada seis meses continuos (Ley 28518, 2005, artículo 42.6).
Seguro de salud	EsSalud o seguro privado sin un monto de cobertura para enfermedad o accidente (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15.7).	EsSalud o seguro privado con un monto de cobertura para enfermedad o accidente (Ley 28518, 2005, artículo 42.8).
Descuentos y aportes	La subvención está sujeta a las retenciones que ordene el Poder Judicial. Si el practicante es afiliado de EsSalud la subvención se encuentra afecta a los aportes de esta. No implica que un descuenten a la subvención. Si el practicante se afilia voluntariamente a un fondo de pensión la subvención se encuentra sujeta a los aportes del fondo (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 17).	La subvención aplica como gasto deducible para el Impuesto a la Renta. Si el practicante es afiliado de EsSalud la subvención se encuentra afecta a los aportes de esta. Si el practicante se afilia voluntariamente a un fondo de pensión la subvención se encuentra sujeta a los aportes del fondo (Ley 28518, 2005, artículo 47).

Elaboración propia.

los estudiantes de los últimos años de la carrera, excepto plan de estudios del Centro de Formación contemple lo contrario (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 5). Caso similar es en SECIGRA, ya que está dirigido para estudiantes que cursen el último año de estudios. Por otro lado, en las prácticas profesionales, tanto en el sector privado como público, acceden los egresados antes de la obtención del título profesional.

En lo referente al monto de la subvención, tanto en las prácticas preprofesionales y profesionales, esta no puede ser menor a una Remuneración Mínima Vital cuando el practicante

preprofesional cumpla 30 horas semanales o el practicante profesional cumpla 48 horas semanales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 7; Ley 28518, 2005, artículo 45). Puede darse el caso que el practicante cumpla una jornada inferior. En estos casos el pago debe ser proporcional. Sin embargo, consideramos antiético que un empleador pacte 28 horas de prácticas y pague proporcionalmente bajo este número de horas. Ello en la medida que lo más probable es que esas 2 horas al final



sean ejecutadas por el practicante y no se les pague por ello. Caso contrario es cuando el empleador acuerda una subvención superior. Por ejemplo, algunos estudios de abogados pactan con el practicante una jornada de 25 horas, pero les pagan por encima de la Remuneración Mínima Vital. Se sigue la misma línea en SECIGRA solo que se le denomina estipendio y este no puede ser superior o inferior a una Remuneración Mínima Vital.

Si bien la remuneración mínima ha ido aumentando en beneficio de los practicantes, debe tomarse en cuenta que en el caso de las personas con discapacidad este monto resulta insuficiente por los gastos en que incurrir. Por ejemplo, movilidad segura, citas médicas, hojas braille, etc.

En lo referente al descanso subvencionado, en el ámbito público y privado, cuando el practicante preprofesional o profesional cumplan más de doce meses se hace acreedor de 15 días de descanso debidamente subvencionado (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15; Ley 28518, 2005, artículo 42). El pago de este periodo de descanso debe ser realizado antes del mismo. Cabe señalar que los periodos intermitentes se acumulan a favor del practicante. Asimismo, el derecho subsiste en caso: (i) el convenio o prórroga de este finalice después de haber cumplido 12 meses y (ii) no se haya disfrutado del descanso. Así, el empleador tiene la obligación de pagar los 15 días al practicante.

Aparte de lo ya mencionado, en el ámbito público se da un beneficio extra al practicante: cuando la duración es menor de 12 meses igual se da una subvención económica proporcional, la cual debe ser otorgado al mes siguiente. Es decir, el practicante del ámbito público siempre será beneficiado en lo referente al descanso subvencionado.

En el caso de los secigristas, estos gozan de dos semanas de receso en el mes de julio; sin embargo, dicho periodo de tiempo puede ser intercambiado por el secigrista únicamente para rendir exámenes, parciales y finales, previa aceptación por parte de la Unidad Receptora.

Sobre el máximo de la jornada laboral, el número máximo de horas para las prácticas preprofesionales, tanto para el ámbito público y privado, y SECIGRA es de 6 horas diarias o 30 horas semanales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 8; Ley 28518, 2005, artículo 44). En el caso de prácticas profesionales, sea en el ámbito público o privado, el número máximo es de 8 horas diarias o 48 horas semanales (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 13; Ley 28518, 2005, artículo 44). Cabe mencionar que el Decreto Supremo 003-2008-TR dicta medidas sobre jornadas máximas de modalidades formativas en la carrera de Derecho y de internado en Ciencias de la Salud. Lo anterior, crea un trato desigual a las demás

profesiones. Así, solo los practicantes de Derecho y de internado en Ciencias de la Salud son favorecidos por la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad y una sanción pecuniaria (Decreto Supremo 003-2008-TR, 2008, artículo 2 y artículo 3).

Sobre la subvención adicional, tanto en las prácticas preprofesionales como profesionales, sea del ámbito privado o público, se reconoce la mitad de una subvención al cumplir seis meses de prácticas. Cabe señalar que los periodos intermitentes se acumulan a favor del practicante (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15; Ley 28518, 2005, artículo 42).

Sobre el seguro de salud, en el ámbito privado «se cubre los riesgos de enfermedad y accidente a través de EsSalud o de un seguro privado con una cobertura de catorce subvenciones mensuales en caso de enfermedad y treinta por accidente» (Ley 28518, 2005, artículo 42). En cambio, en el ámbito público, no se establece a cuánto equivaldrá la cobertura de salud y accidente (Decreto Legislativo 1401, 2018, artículo 15).

Es importante resaltar que el seguro médico para las personas con discapacidad es una medida de suma relevancia. Así, las personas con discapacidad determinan su decisión entre unas prácticas en el sector privado o público por esta materia, ya que en el sector público EsSalud no tiene un límite de cobertura.

Bajo este contexto normativo, como se ha señalado, la falta de derechos genera una situación de mayor indefensión hacia los practicantes con discapacidad, como se puede observar en la siguiente tabla 3.

3. Percepciones en discapacidad sobre las prácticas de derecho

A fin de visibilizar la percepción de los estudiantes con discapacidad en el acceso y ejercicio de las prácticas formativas, a continuación, desarrollaremos un breve recuento de los principales hallazgos del

relación laboral.

- (5) Proyecto ejecutado por Cristina Verano, Astrid Flores, Antuanet Jiménez y Gabriela Poma, durante el periodo de mayo del 2018 a junio del 2019, y con financiamiento de la Oficina de Responsabilidad Social Universitaria de la Facultad de Derecho de la PUCP.



Tabla 3: Diferencias entre un practicante con discapacidad y un practicante sin discapacidad

PRÁCTICAS PROFESIONALES Y PREPROFESIONALES		
	Practicante con discapacidad	Practicante sin discapacidad
Ámbito de aplicación (público o privado)	Elegiría teniendo en cuenta qué ámbito ofrece mayores facilidades, flexibilidad, implementación de ajustes razonables, etc. Deja en segundo plano sus áreas de interés.	Elegiría de forma libre y sin mayores preocupaciones, priorizando sus áreas de interés.
Perfil del practicante	Alta probabilidad que realice SECIGRA o prácticas profesionales para cumplir el requisito para la obtención del título profesional.	Alta probabilidad que realice prácticas preprofesionales y cumpla sin problema el requisito para la obtención del título profesional.
Monto de la subvención	La RMV le resulta insuficiente por los costos de los ajustes razonables que tiene que asumir para ejercer las prácticas en igualdad de condiciones.	No realiza gastos para implementar ajustes razonables. Tendrá mayor liquidez.
Jornada semanal	Mayor dificultad de compatibilizar horas de estudio con las horas de prácticas.	Menor dificultad de compatibilizar horas de estudio con las horas de prácticas.
Seguro de salud	Alta importancia en la elección del seguro de salud. Preferirá el seguro de EsSalud, ya que su cobertura es mayor.	Baja importancia en la elección del seguro de salud.

Elaboración propia.

proyecto “Trabas en el camino: la lucha de estudiantes con discapacidad por titularse”⁽⁵⁾, investigación de tipo cuantitativa y cualitativa ejecutada entre el 2018 y 2019 a estudiantes de la carrera de Derecho. El método de recolección de datos fue mediante entrevistas presenciales y virtuales a seis estudiantes con discapacidad⁽⁶⁾: cuatro estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP y dos estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (en adelante, UNMSM). Se eligió a estas dos universidades debido a que: a) son las Facultades de Derecho privada y pública más antiguas del país, respectivamente; b) había certeza plena de la existencia de estudiantes con discapacidad; y c) se contaba con informantes (formales e informales) que permitían la identificación de todos los estudiantes con discapacidad y no solamente una muestra. Se entrevistó a esta cantidad tan reducida de personas pues el número de estudiantes con discapacidad de la Facultad de Derecho de cada universidad es bajo⁽⁷⁾. A pesar de que se intentó convocar a la totalidad de estudiantes con discapacidad, solo en el caso de la PUCP se pudo conseguir este objetivo; en el caso de la UNMSM, tres personas desistieron de participar

en la investigación.

En la investigación se buscó identificar si los estudiantes con discapacidad contaban o no con una protección adecuada de derechos en el ámbito de modalidades formativas⁽⁸⁾. A pesar de que la experiencia de las prácticas preprofesionales y profesionales para estudiantes con discapacidad varía de acuerdo a la etapa del proceso en la que se encuentren, los resultados de las entrevistas nos permitieron comprobar que, efectivamente, los estudiantes con discapacidad no cuentan con dicha protección. Esta situación se explica con el hecho de que los estudiantes con discapacidad enfrentan múltiples barreras en el acceso, ejercicio y obtención de resultados de sus prácticas preprofesionales y profesionales, que les impiden obtener el grado de titulado en

La investigación cumplió con los protocolos del Comité de Ética de Investigación con Seres Humanos y Animales (CEISHA).

(6) Todos los entrevistados dieron su consentimiento para realizar el presente artículo.

(7) En el caso de la Facultad de Derecho de la PUCP, la cifra total de estudiantes con discapacidad vigentes al momento de la investigación fue proporcionada por la Secretaría Académica de la Facultad para efectos de la investigación. Distinto fue el caso de la Oficina de Prácticas de la Facultad de Derecho de la UNMSM, que manifestó no contar con esa información.

(8) Las preguntas de la investigación fueron: “¿fue difícil para los estudiantes con discapacidad encontrar prácticas preprofesionales o profesionales?, ¿los estudiantes con discapacidad recibieron comentarios negativos o prejuiciosos solo por tener discapacidad?, ¿los estudiantes con discapacidad tuvieron o no medidas de apoyo para realizar sus prácticas?, ¿alguna autoridad de la universidad se acercó al centro de prácticas para corroborar el trato que recibía el/la estudiante con discapacidad?, ¿las organizaciones no gubernamentales manejan la problemática de los estudiantes con discapacidad en la búsqueda, ejercicio de prácticas y la inserción



igualdad de condiciones.

3.1. Sobre las barreras en el acceso a las prácticas

Todos los estudiantes entrevistados⁽⁹⁾ consideraron que existen dificultades para acceder a prácticas preprofesionales. Sin embargo, la explicación de las causas varió de acuerdo a sus propias experiencias. Así, la mitad de las personas entrevistadas⁽¹⁰⁾ consideró que existen dos motivos fundamentales que dificultan el acceso a las prácticas: las aptitudes académicas y la falta de experiencia previa. En ese sentido, consideraron que la barrera es la exigencia de ciertos requisitos en los centros de prácticas, tales como: cursar un año o ciclo determinado en la universidad, o, contar con estudios de inglés. De acuerdo con los entrevistados, estos aspectos son complicados de alcanzar por las personas con discapacidad⁽¹¹⁾. En primer lugar, el cumplimiento de los créditos por ciclo, en el caso de las personas con discapacidad, es más lento debido a las adaptaciones que los estudiantes requieren en la malla curricular y el aprendizaje. En segundo lugar, los estudios de inglés requieren siempre un costo adicional que, para las personas con discapacidad, no es prioritario en todos los casos. Esto se debe a que, debido a los altos gastos en servicios de salud y rehabilitación, las personas con discapacidad son las que tienen más probabilidades de experimentar situaciones socioeconómicas adversas.

Otras razones mencionadas por las personas entrevistadas⁽¹²⁾ tienen relación con aspectos económicos, falta de vacantes y contactos. De igual manera, manifestaron que las principales barreras para estudiantes con discapacidad estaban basadas en el temor a no encontrar prácticas en el área de interés en Derecho y que no sean aceptados por la implementación de los ajustes razonables⁽¹³⁾. Resulta comprensible en un contexto en el que la legislación vigente no protege a los estudiantes con discapacidad de sus empleadores.

Por último, es importante resaltar que los estudiantes con discapacidad encuentran las barreras desde el momento en que acuden a una entrevista de postulación. Por ejemplo, una estudiante con discapacidad visual⁽¹⁴⁾ nos comentó que identificó un problema en relación a la expresión corporal, ya que para una persona sin discapacidad es fácil saber (por la mirada) cuando está dando una entrevista buena o no, y modular en consecuencia su comportamiento; en el caso de las personas con discapacidad visual, esto no ocurre así.

3.2. Sobre las barreras en el ejercicio de las prácticas

Existen dos grandes preocupaciones para los estudiantes

con discapacidad al momento de realizar sus prácticas que configuran barreras: la falta de espacios accesibles, la falta de implementación de ajustes razonables por parte del empleador y la falta de comprensión por parte de sus jefes sobre cuestiones académicas. Sobre el primero, todas las personas entrevistadas⁽¹⁵⁾ manifestaron que su principal preocupación es que el ambiente de las prácticas no sean lugares accesibles. Por ejemplo, un entrevistado con discapacidad física⁽¹⁶⁾ manifestó que antes de iniciar sus prácticas, tenía temor que su espacio de trabajo no sea adecuado para las labores que desempeñaría. No obstante, indicó que luego de su ingreso se instaló una rampa en la puerta y se acondicionó el baño a sus necesidades. A pesar de lo anterior, el entrevistado refirió que a la hora del refrigerio tenía que ser cargado por sus compañeros, pues el comedor se encontraba en el primer piso y el centro de prácticas no contaba con ascensor.

Los inconvenientes que atravesó el estudiante entrevistado responden a la desprotección del marco jurídico en el ejercicio de las prácticas de los estudiantes con discapacidad. Asimismo, al no existir una obligación legal de implementar ajustes razonables en los centros de prácticas, el empleador tiene el camino abierto para decidir si lo hace o no. Esto impide que la aplicación de los ajustes razonables sea vista como el ejercicio de un derecho, y la denegación de ella, como un acto discriminatorio, tal como lo señala la Ley General de la Persona con Discapacidad referente al derecho al trabajo. Además, el empleador, al no estar capacitado en el abordaje de la discapacidad, no siempre va a tomar las medidas más adecuadas para garantizar la accesibilidad del espacio, como ocurrió en el caso al optar por cargar todos los días al practicante con discapacidad. Incluso, estas medidas pueden ocasionar vulneraciones de derechos, como el de la

laboral posterior?"

(9) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM, PCD 3-PUCP, PCD 4-PUCP, PCD 5-PUCP y PCD 6-PUCP.

(10) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM y PCD 3-PUCP.

(11) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM y PCD 3-PUCP.

(12) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM y PCD 4-PUCP.

(13) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM y PCD 4-PUCP.

(14) Entrevista a PCD 3-PUCP.

(15) Entrevistas a PCD 1-UNMSM, PCD 2-UNMSM, PCD 3-PUCP, PCD 4-PUCP, PCD 5-PUCP y PCD 6-PUCP.



autonomía.

Además, algunos estudiantes con discapacidad⁽¹⁷⁾ concuerdan que les genera un alto costo movilizarse hacia su centro de prácticas. Esto en la medida que el transporte público no es accesible. En esa línea, dos estudiantes con discapacidad⁽¹⁸⁾ refieren que compatibilizar las horas de prácticas con las horas de estudio llega a generarles muchos dilemas. Sumado a esto, existen diversas críticas sobre la falta de comprensión por parte de los empleadores sobre temas académicos como el horario. Algunos empleadores no respetan el horario de clases de los estudiantes, lo que genera no solo que falten a la universidad, sino que las horas en los centros de formación se extiendan más de las treinta (30) horas semanales. Al respecto, según la información recogida en 2019 por la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú⁽¹⁹⁾, el Estado prioriza el cumplimiento de las 30 horas de prácticas dentro de sus instituciones mientras que las empresas o entidades privadas no, ya que: (i) existe un amplio consenso entre los practicantes de las entidades públicas (74.2%) que sus centros de prácticas respetan el horario de 30 horas semanales; (ii) en los estudios de abogados, el 32% de estudiantes entrevistados señaló que practica de 31 a 40 horas semanales; y (iii) en las entidades privadas el 26.2% de estudiantes señaló que practica de 31 a 40 horas semanales (OPPS, 2019).

Es innegable que existe un contexto de alta competitividad que lleva a que los estudiantes toleren, minimicen o avalen esta práctica. Los estudiantes saben que existe una idea de estándar de abogado exitoso, que busca ser el mejor, que prioriza siempre su trabajo, que se sobre-esfuerza, que no descansa hasta conseguir sus objetivos. Estos estereotipos, muy presentes en el círculo de abogados y estudiantes de Derecho, solo generan que los estudiantes no midan las consecuencias en su salud por el exceso de trabajo. Así, luego de terminar su carrera universitaria y ejercer su profesión conforme al estándar establecido, son propensos a formar la lista de abogados víctimas de la depresión, ansiedad, alcoholismo y abuso de drogas, suicidio, y otras afectaciones a su salud física y emocional. Este estándar normalizado de éxito puede afectar mucho más a los practicantes con discapacidad por el contexto de discriminación estructural.

3.3. Sobre la inserción laboral posterior al ejercicio de las prácticas

Uno de los problemas vinculados a la realización de prácticas

es el acceso al empleo luego de terminirlas. Sobre este tema, algunos estudiantes con discapacidad⁽²⁰⁾ manifestaron que un problema es no encontrar puestos laborales en el área de interés que tienen en el Derecho, optando por puestos en entidades en el Estado que no necesariamente se ajustan a sus preferencias o especialización.

Sumado a ello, debe considerarse que la realización de las prácticas es un requisito previo para obtener el título profesional, en ese sentido, las personas con discapacidad que no puedan cumplir con la realización de prácticas preprofesionales o profesionales, no podrán insertarse laboralmente en centros que soliciten como requisito mínimo la obtención del título.

4. Marco normativo de las prácticas en Perú con enfoque de discapacidad

Si bien la Ley General de la Persona con Discapacidad no hace diferencia respecto al tipo de vínculo laboral que se requiere para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos, sí establece ciertos derechos que se restringen al ámbito laboral, tales como: la cuota de empleo; la bonificación de 15% en concurso público; y la implementación de los ajustes razonables (Ley 29973, 2012, artículo 3). Además de ello, los empleadores reciben un crédito por la realización de ajustes razonables dependiendo del número de trabajadores con discapacidad beneficiados.

Bajo estos parámetros, los practicantes con discapacidad se han visto impedidos de acceder a ciertos derechos. Sin embargo, el marco normativo ofrece algunas protecciones específicas. Algunas provienen de una interpretación extensiva, que cabe en el marco de los derechos humanos; en otros casos, por disposiciones reglamentarias que han incluido una perspectiva de

(16) Entrevista a PCD 1-UNMSM.

(17) Entrevista a PCD 2-UNMSM, PCD 3-PUCP, PCD 4-PUCP, PCD 5-PUCP y PCD 6-PUCP.

(18) Entrevista a PCD 1-UNMSM y PCD 2-UNMSM.

(19) La encuesta tuvo una muestra de 195 practicantes de la Facultad de Derecho, siendo 65 hombres y 130 mujeres. La muestra se divide en tres grupos: 122 practicantes en Estudios de Abogados, 31 practicantes en Entidades Públicas y 42 practicantes en Entidades Privadas. Por ello, la presente información no es representativa del Perú.

(20) Entrevistas a PCD 1-UNMSM y PCD 2-UNMSM.



discapacidad.

4.1. Nuevos derechos en el acceso de las prácticas: cuota, ajustes en los procedimientos de selección y bonificación en los procesos públicos

La Ley sobre Modalidades Formativas Laborales establece que “la participación de las personas en las diversas modalidades formativas debe darse en condiciones de *igualdad y sin discriminación* alguna” (Ley 28518, 2005, artículo 1.2). Consideramos que si bien es importante que el principio de igualdad y no discriminación sea transversal en la legislación y se manifieste de forma expresa en la legislación relativa a las modalidades formativas, esta no enfatiza las situaciones de discriminación en perjuicio de las personas con discapacidad. Lo cual es de suma importancia toda vez que este colectivo conforma un grupo históricamente invisibilizado que requiere de medidas afirmativas para su inclusión en la sociedad. Además, llama la atención que este artículo solo se encuentre en la norma relativa a las prácticas en el ámbito privado, y no en el ámbito público.

En esa línea, los practicantes con discapacidad no cuentan para la cuota de empleo en ninguno de los ámbitos pues no se les considera trabajadores. Por ello, es importante incorporar una medida intermedia que incentive a estos centros de prácticas a contar con practicantes con discapacidad sin perjudicar a los trabajadores. Piénsese, por ejemplo, en una empresa que quiera llenar toda su cuota de empleo con practicantes dejando de lado a los trabajadores, siendo estos últimos los que acarrearán mayores costos por el reconocimiento pleno de sus derechos laborales. Ante ese panorama, proponemos que se establezca un tope máximo a la cuota de empleo: que del 5% y del 3% de la totalidad del personal, destinado a contratar trabajadores con discapacidad, se reserve un 1% para prácticas de personas con discapacidad. Sin duda, nuestra postura principal es que se reconozca la relación laboral de las prácticas para que gocen de los mismos derechos que los trabajadores. No obstante, en el camino para alcanzar dicho propósito es importante que se den medidas a favor de los practicantes.

Consideramos que las entidades públicas y los empleadores privados que convengan con estudiantes y egresados con discapacidad, deben ser consideradas como entidades que cumplen con la cuota laboral, según su ámbito, que conlleva a la deducción tributaria de la entidad establecida en el artículo 47 de la Ley General de la Persona con Discapacidad. De esa manera, abrimos la posibilidad de que las entidades públicas y las entidades privadas gocen de un beneficio en materia laboral, y aseguren la inclusión de los estudiantes con discapacidad en el espacio de las prácticas.

Sin perjuicio de ello, reconocemos que el problema de la falta de inclusión de los estudiantes con discapacidad no será solucionado únicamente con los incentivos de cuota o los incentivos tributarios, ya que dicho problema responde

también a los altos niveles de exclusión en el sistema educativo escolar y superior. Incluso en el caso de familias que puedan pagar los altos costos de un centro educativo privado, enfrentan discursos y prácticas discriminatorias encubiertas en estos colegios que terminan en su no aceptación en la institución (Galicia, Bregaglio & Constantino, 2015).

Las medidas antes descritas son necesarias para promover la inclusión de los estudiantes y egresados con discapacidad en las prácticas. Ello es importante no solo porque le permite a este colectivo acceder a un derecho que antes no encontraba protegido, sino que permitirá que estudiantes, o egresados, puedan cumplir -en un plazo más reducido de tiempo- con el requisito para titularse, e insertarse posteriormente en el mercado laboral.

Al respecto, es importante destacar que, según la Encuesta Nacional a Egresados Universitarios y Universidades del año 2014, solo el 43,9% de egresados universitarios cuenta con título profesional para desempeñarse como profesional ante cualquier entidad (INEI, 2015, p. 97). Precisamente esto ocurre porque los egresados consideran que los requisitos para obtener la titulación son muy complicados. Esta realidad muestra lo complejo que pueden ser los requisitos exigidos para la titulación, lo cual promueve que muchos estudiantes desistan en la búsqueda del título universitario.

Por otro lado, otra necesidad para una inclusión verdadera tiene que ver con la realización de ajustes razonables en la etapa de selección. Los ajustes razonables, según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “son modificaciones y adaptaciones necesarias requeridas en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, artículo 2). La normativa interna ha señalado el derecho a los ajustes razonables de los postulantes. En



el ámbito privado rige los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado (Resolución Ministerial 171-2019-TR, 2019).

En el ámbito público rige de forma general el artículo 52 del Reglamento de la Ley 29973. Asimismo, los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el proceso de selección que realicen las entidades del sector público (Resolución de Presidencia Ejecutiva 140-2019-SERVIR-PE, 2019). Además de los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el Sector Público (Decreto Supremo 001-2020-TR, 2020). A pesar de esta amplitud de normas en materia laboral, no se ha desarrollado un marco jurídico similar para los practicantes en esta materia. Cabe resaltar que los ajustes razonables tienen un respaldo en el mandato de no discriminación, y podrían estar orientados a buscar un real y efectivo ejercicio de las prácticas formativas de los estudiantes y egresados con discapacidad.

Finalmente, en el ámbito de la selección, debe pensarse también en la bonificación en los concursos públicos. El Reglamento que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público señala que “el acceso a prácticas preprofesionales y profesionales en entidades del sector público se realiza obligatoriamente mediante concurso público” (Decreto Supremo 083-2019-PCM, 2019, artículo 18). Si bien este artículo no hace explícito el derecho a la bonificación de las personas con discapacidad en los concursos públicos de méritos, ello está reconocido en el artículo 48 de la Ley General de la Persona con Discapacidad.

Es importante señalar que la norma no restringe su ámbito de aplicación a un tipo de relación laboral. Por el contrario, establece que la bonificación y los ajustes en los procedimientos de selección y evaluación se aplican a los concursos independientemente del régimen laboral. En esa misma línea se ha pronunciado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Informe Técnico 113-2018-MTPE/2/15.1 (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2018).

La Ley General de la Persona con Discapacidad establece ciertos requisitos para la obtención de la bonificación en los concursos convocados en el sector público: «(i) que el concurso sea convocado por una entidad pública; (ii) que cumpla con los requisitos para el cargo; y (iii) que la persona con discapacidad haya alcanzado un puntaje aprobatorio» (Ley 29973, 2012, artículo 48). En tanto, se cumplirían con las exigencias del caso si: (i) fuesen convocatorias públicas a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, (ii) se exige a las entidades que

determinen los requisitos académicos (referidos al nivel, ciclo de estudios u otros) y (iii) no se establezca algún requisito que configure discriminación directa o indirecta.

Si bien esta interpretación que realizamos es positiva para los derechos de las personas con discapacidad debió hacerse explícito el derecho de este colectivo de acceder a la bonificación y los ajustes en los procedimientos de selección y evaluación. Ello en razón de que las autoridades que garanticen este derecho no tengan dudas de que estas medidas son aplicables en los casos de prácticas preprofesionales y profesionales.

4.2. Ajustes razonables en la ejecución de las prácticas

Con el objeto de un real y efectivo ejercicio en las prácticas por parte de los estudiantes y egresados con discapacidad proponemos que se extiendan los ajustes razonables a este colectivo. Los ajustes razonables tienen un respaldo en el mandato de no discriminación y el principio de igualdad en cuanto se da un trato diferente a las personas con discapacidad en razón de sus diferencias. Nótese que aplicar el principio de igualdad de manera formal implicaría un acto de discriminación dada las condiciones reales de la sociedad y las barreras en general. Bajo estos parámetros, la implementación de ajustes razonables no sería una forma de discriminación hacia los estudiantes y egresados sin discapacidad.

En líneas generales, los objetivos de los ajustes razonables aplicado en las prácticas serían dos. En primer lugar, que el empleador realice adaptaciones en el Centro de Prácticas satisfaciendo las necesidades de cada practicante con discapacidad. En segundo lugar, que el empleador facilite la participación activa de los practicantes con discapacidad en un mismo grado que los demás practicantes y trabajadores.

No obstante, podría el empleador alegar carga indebida o desproporcionada. Ante ello, se debe proceder a realizar un análisis sobre la razonabilidad de los ajustes razonables. Primero, identificar el costo específico del ajuste razonable. Es decir, si va ser un costo



fácil de calcular o, por el contrario, un costo indeterminado por las modificaciones en la rutina de las prácticas, sea de horario o de actividades específicas. Segundo, identificar el costo de las repercusiones en el entorno laboral si se decide aplicar el ajuste. Tercero, poner en una balanza el costo específico, el costo de las repercusiones y los beneficios presentes y futuros que se crearían a favor del Centro de Prácticas. Entonces, el empleador podrá argumentar una carga indebida solo cuando el practicante con discapacidad no genere beneficios ni tampoco un beneficio social que supere los costos (Constantino & Galicia, 2015, p. 275).

Dicho lo anterior, evidentemente, los ajustes razonables no pueden quedarse únicamente en el ámbito del proceso de selección, sino que deben expandirse a toda la ejecución de la modalidad formativa. Como se ha señalado, la Ley General de la Persona con Discapacidad no establece diferencias por forma contractual. Por ello, debería entenderse que sí corresponde aplicarse a las prácticas preprofesionales y profesionales.

De manera más precisa, en el sector privado, la Resolución Ministerial 171-2019-TR incluye a las prácticas preprofesionales y profesionales en el diseño de ajustes razonables. Sin embargo, no podemos decir lo mismo del sector público, ya que en la Resolución de Presidencia Ejecutiva 140-2019-SERVIR-PE y en el Reglamento de la Ley del Servicio Civil de Graduandos SECIGRA Derecho no se incluyó dicho diseño.

En esa línea, la normativa del SECIGRA por un corto tiempo reconoció los ajustes razonables a los secigristas con discapacidad en la quinta disposición complementaria final del derogado Reglamento de la Ley del Servicio Civil de Graduando, Decreto Supremo 001-2018-JUS. Sin embargo, mediante el Decreto Supremo 001-2020-TR se dispuso derogar el Decreto Supremo 001-2018-JUS y retornar la vigencia al Decreto Supremo 009-2014-JUS, el cual no tiene enfoque de discapacidad. Cabe mencionar que las personas con discapacidad que practican en el sector público y privado se encuentran en igual desprotección.

Como una forma de facilitar la inclusión de practicantes con discapacidad, se podría habilitar la modalidad de teletrabajo o práctica remota, adaptado a practicantes con discapacidad. Sin embargo, esta no es una medida que se haya incluido en la regulación de las modalidades formativas. Por ello, consideramos necesario que se incluya la modalidad de teletrabajo o práctica remota en las prácticas preprofesionales y profesionales. Ello resolvería las barreras de accesibilidad arquitectónica que son causa de la denegación de prácticas para estudiantes y egresados con discapacidad en muchos casos y fomentaría la inclusión de las personas con discapacidad en la formación práctica. Si bien, cabrían dentro de la implementación de los ajustes razonables consideramos que debe hacerse expresa su intención por parte de ellos para

promover su uso y publicitar esta medida como otra alternativa válida en favor de los practicantes con discapacidad. Así, la regulación de las teleprácticas o práctica remota tendrían que estar acompañada por el seguimiento y la supervisión del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fin de no desvirtuar esta modalidad y garantizar su carácter formativo.

De esta manera, se observa la existencia de un vacío legal para los estudiantes con discapacidad, quienes no podrán obtener el título hasta no superar la barrera social en el acceso y ejercicio de las prácticas. En la medida en que no existe una norma específica que regule la situación de los practicantes con discapacidad, este colectivo se encuentra en una situación de alta vulnerabilidad respecto del acceso y ejercicio de prácticas preprofesionales y profesionales.

5. Conclusiones

Las prácticas preprofesionales y profesionales constituyen una parte esencial en la formación académica de los estudiantes. Sin embargo, los estudiantes con discapacidad se enfrentan a diversas barreras. Principalmente las de accesibilidad (en la estructura arquitectónica, en el espacio específico donde llevan a cabo sus prácticas, entre otras) e implementación de ajustes razonables durante la búsqueda, la postulación y ejercicio de las prácticas. En ese sentido, las dos grandes preocupaciones de los estudiantes con discapacidad al momento de realizar sus prácticas son la falta de ajustes razonables por parte de los empleadores y la falta de comprensión por parte de sus jefes o jefas sobre cuestiones académicas. Por ello, el principal problema futuro de los estudiantes que realizaron prácticas es el acceso a puestos laborales en el área de interés que tienen en el Derecho; caso contrario los estudiantes que no realizaron prácticas es no poder insertarse laboralmente en centros que soliciten como requisito mínimo la obtención del título.

Por otro lado, la regulación actual en materia de prácticas preprofesionales y profesionales no plantea un reconocimiento de estas como trabajo. Por el contrario, hace



una tajante desvinculación a nivel normativo. Ello genera una desprotección general que afecta de manera especial a los practicantes con discapacidad respecto de la búsqueda, el acceso y ejercicio de las prácticas, aun siendo una población en situación de alta vulnerabilidad. Por tanto, las medidas que podrían cambiar el vacío normativo actual corresponden a: hacer explícito que los centros de prácticas estén obligados a implementar y cubrir económicamente los ajustes razonables a los practicantes con discapacidad. Siendo indispensable lo anterior para alcanzar la igualdad de condiciones. Asimismo, implementar una cuota de práctica que se conecte con la cuota laboral en beneficio de las entidades que lo apliquen; entre otras. El fin último es poder conseguir la real y efectiva igualdad de las personas con discapacidad en estos espacios. Para ello, se requiere la intervención del Estado, la sociedad civil y, principalmente, la participación de los actores directos involucrados: las personas con discapacidad.

Referencias bibliográficas

Arce, E. (2007). Naturaleza Jurídica de las modalidades formativas laborales en la empresa. *Foro Jurídico* (7), 170-178. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18470/18710>

Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS). (2018). *Resultados de fiscalizaciones a universidades públicas y privadas en Lima Metropolitana*. <https://www.conadisperu.gob.pe/notas-informativas/63994>

Constantino, R. A. & Galicia, S. (2015). La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas. En P. Urteaga & A. Verona (eds.), *Anuario de Investigación del CICAJ 2012-2014, Las instituciones jurídicas en debate* (pp. 261-288). CICAJ. http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/1014/Art_ConstantinoCaychoRA_AjustesRazonablesLaboral_2015.pdf?sequence=2

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Decreto Ley 26113 (1992). Aprueban normas relativas al Servicio Civil de Graduandos SECIGRA Derecho. Diario Oficial El Peruano (30 de diciembre).

Decreto Legislativo 1401 (2018). Decreto Legislativo que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público. Diario Oficial El Peruano (11 de septiembre).

Decreto Supremo 003-97-TR (1997). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Diario Oficial El Peruano (21 de marzo).

Decreto Supremo 007-2005-TR (2005). Reglamento de la Ley 28518 "Ley sobre Modalidades Formativas Laborales", Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo. Diario Oficial El Peruano (19 de septiembre).

Decreto Supremo 003-2008-TR (2008). Dictan medidas sobre jornadas máximas de modalidades formativas reguladas por la Ley 28518 solo de las prácticas preprofesionales de Derecho y de internado en Ciencias

de la Salud. Diario Oficial El Peruano (20 de mayo).

Decreto Supremo 002-2014 (2014). Reglamento de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Diario Oficial El Peruano (7 de abril).

Decreto Supremo 009-2014-JUS (2014). Reglamento de la Ley del Servicio Civil de Graduandos. Diario Oficial El Peruano (31 de octubre).

Decreto Supremo 001-2018-JUS (2018). Reglamento del Decreto Ley 26113, modificado por la Ley 27687 – Ley del Servicio Civil de Graduando, SECIGRA Derecho. Diario Oficial El Peruano (27 de enero).

Decreto Supremo 083-2019-PCM (2019). Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1401, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen Especial que regula las modalidades formativas de servicios en el Sector Público. Diario Oficial El Peruano (24 de abril).

Decreto Supremo 001-2020-TR (2020). Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el Sector Público. Diario Oficial El Peruano (3 de enero).

Decreto Supremo 001-2020-JUS (2020). Decreto Supremo que deroga el Decreto Supremo 001-2018-JUS, que aprueba el Reglamento del Decreto Ley 26113, modificado por la Ley 27687 - Ley del Servicio Civil de Graduandos SECIGRA Derecho. Diario Oficial El Peruano (9 de enero).

Galicia, S., Bregaglio, R. & Constantino, R. (2015). Un inocente editorial. Respuesta al Editorial de El Comercio del 28 de diciembre sobre el efecto negativo de las cuotas de empleo para las personas con discapacidad. *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2015/12/28/una-inocente-editorial-respuesta-a-la-editorial-de-el-comercio-del-28-de-diciembre-sobre-el-efecto-negativo-de-las-cuotas-de-empleo-para-las-personas-con-discapacidad/>

Informe provisional - Informe núm.304 (1996). Caso núm. 1796 (Perú) Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903259

Informe Técnico N°113-2018-MTPE/2/15.1 (2018). Respuesta a la solicitud de opinión técnica de la Clínica Jurídica en Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú (5 de noviembre).

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2015). *Encuesta Nacional a Egresados Universitarios y Universidades, 2014. Principales resultados*. INEI. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/



Lib1298/Libro.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Censos Nacionales 2017: XII de Población y VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. INEI. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf

Ley 28518 (2005). Ley sobre Modalidades Formativas Laborales (24 de mayo).

Ley 29973 (2012). Ley General de la Personas con Discapacidad. Diario Oficial El Peruano (13 de diciembre).

Ley 30220 (2014). Ley Universitaria. Diario Oficial El Peruano (9 de julio).

Ministerio de Educación. (2017). *Atención de personas con discapacidad en la educación superior universitaria en el año 2017*. MINEDU. http://www.minedu.gob.pe/reforma-universitaria/pdf/infografia_discapacidad.pdf

Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/1134/introduccionalderechotrabajo Peru>.

pdf?sequence=1&isAllowed=y

Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA Derecho (2019). Resultados Ranking 2019 [infografía]. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/oficina-practicas/wp-content/uploads/2020/08/Resultados-Rnaking-2019-2.pdf>

Resolución de Presidencia Ejecutiva N°140-2019-SERVIR-PE (2019). Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el proceso de selección que realicen las entidades del sector público. Diario Oficial El Peruano (18 de octubre).

Resolución Ministerial N°171-2019-TR (2019). Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el proceso de selección y en el lugar de trabajo, y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector privado. Diario Oficial El Peruano (3 de julio).

Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. (2020). *Estadísticas, Estado de Licenciamiento de las Universidades*. <https://www.sunedu.gob.pe/avances-licenciamiento/>

Toyama, J. (2008). La relación laboral: constitución y desarrollo. En *Derecho Individual del Trabajo*. (p. 92-127). *Gaceta Jurídica*. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/inspectores/concurso/2013/lectura4_inspectores_efp.pdf

Vidal, M. (2009). Los derechos laborales en las constituciones peruanas. *Revista Foro Jurídico* (9), p 167-176. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/qqqqq/forojuridico/article/view/18528/18768> 



La Discapacidad en emergencia: Una aproximación a las medidas adoptadas por el Estado peruano frente a la pandemia^(*)(**)

Disability in emergency: An approach to the measures adopted by the Peruvian State in front of the pandemic

Mariela Noles Cotito^(*)**

Universidad del Pacífico (Lima, Perú)

Ricardo Guerrero Custodio^(**)**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: A medida que la infección del SARS-CoV-2 se expandía hasta convertirse en una pandemia mundial, se popularizó la calificación de este virus como “el gran igualador”, debido a su posibilidad irrestricta de transmisión. Sin embargo, esta noción fue rápidamente abandonada. Si bien el virus puede afectar a cualquier persona, aquellas en situación de vulnerabilidad están particularmente indefensas. Por un lado, debido a todas las formas en que las desigualdades sociales y económicas preexistentes en nuestra sociedad agravan los efectos devastadores de esta pandemia, y por el otro, debido al estado de vulnerabilización a que nuestro propio ordenamiento jurídico les ha expuesto. De estos, un grupo importante son las personas en situación de discapacidad. Ese grupo que bordea el 10% de la población no han sido beneficiarias de políticas diferenciadas suficientemente efectivas como para asegurar su plena inclusión y disfrute de derechos; situación que además se ha visto agravada a raíz de la última emergencia sanitaria. En este artículo exploramos las características socio-políticas de las personas en situación de discapacidad física severa en el país y cómo algunas de las normas dictadas en el contexto de la pandemia han sobrevulnerabilizado su situación. Así también, nos permitimos repensar la nueva normalidad post-pandemia desde la perspectiva de la discapacidad.

Palabras clave: Contexto socio-político - Coronavirus - Discapacidad física severa - Discapacidad

Abstract: As SARS-CoV-2 expanded throughout the world and became a pandemic, the idea of said virus as a “great equalizer” became popular due to its seemingly unrestricted transmission potential. However, this notion was promptly abandoned when it became clear that, despite everyone being at risk of contracting the virus, those most vulnerable are particularly defenseless and disproportionately impacted by it. On the one hand, the effects of the pandemic are exacerbated by the preexisting social and economic

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 31 de agosto de 2020 y su publicación fue aprobada el 21 de septiembre de 2020.

(**) Los autores agradecen enormemente los aportes y colaboración de Daniel Enrique Lara Rojas.

(***) Bachiller por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho, Estudios Latinoamericanos, y en Ciencia Política con mención en Estudios de la Diáspora Africana. Docente del Departamento de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad del Pacífico. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1682-1028>. Correo electrónico: mi.nolesc@up.edu.pe

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9687-2097>. Correo electrónico: guerrerocustodio.ricardo@gmail.com



inequalities found in our society; conversely, the country's own legal framework has rendered them unprotected. Among these, people with disabilities are a significant group. Representing almost 10% of the total population, they haven't been subject of sufficiently effective and differentiated public policies to ensure their full inclusion and enjoyment of rights; situation that has gotten worst in the current health crisis. In this article we will explore the sociopolitical traits of citizens with severe physical disabilities in the country and how certain regulations issued by the government in the context of the pandemic have placed them in an increased vulnerable situation. Likewise, we will reimagine the new post-pandemic normality from the perspective of disability.

Key words: Socio-political context - Coronavirus - Severe physical disability - Disability

1. Introducción

¿Qué implica afirmar que el Perú es un país de todas las sangres, o que ésta es una nación donde todos somos mestizos? Implica que la versión de nación sobre la cual se construyó esta república ha calado en nosotros profundamente. Implica la adopción generalizada de los valores sociales primordiales al momento de la Declaración de nuestra independencia. Así, a casi 200 años de esta: hay vidas que importan menos, no todas las ciudadanías son plenas, y hay personas que quedaron fuera del proyecto de construcción de la nación. En suma, el Estado y la sociedad pueden interpretar políticamente las diferencias (naturales, biológicas, condicionales) de las personas para generar (por acción u omisión) desigualdades sociales.

Una breve revisión histórica al proyecto de construcción de nuestra nación debería regresarnos a la llegada de los españoles al Perú. Luego del establecimiento de la República de Indios y República de Españoles como un primer esfuerzo europeo de distinguir a categorías de personas en base a sus características físicas y fenotípicas. La importación de personas negras esclavizadas luego para el trabajo agrícola en los grandes latifundios del país, y su reemplazo posterior por personas chinas, modificó y resignificó las diferencias entre los diversos grupos humanos que hacen e hicieron parte del tejido de nuestro país y su sistema de castas. A la Declaración de Independencia, en 1821, la explotación indígena todavía era una constante, así como la explotación y abuso en contra de ciudadanos chinos. Por otro lado, la esclavitud no se aboliría

formalmente hasta más allá de 30 años más tarde, en 1854.

Esto es la república moderna se construye sobre las espaldas de las mujeres y los hombres esclavizados y explotados que, además, hacen parte de un sistema de separación de castas estricto y donde las vidas de unos son más valoradas que las de otros. Este proceso es fundacional a nuestro propio sistema de organización social y estableció una manera de relacionarnos unos con otros; maneras que se han ido reproduciendo desde la colonia y de generación en generación hasta la actualidad.

Pensemos en el ciudadano peruano que nos propuso esa nueva y naciente república en 1821: el ciudadano peruano. El proyecto político emancipador puso por delante a un ciudadano mestizo y "de todas las sangres". Esto último parte de una sociedad donde "quien no tiene de inga, tiene de mandinga", pero ¿qué más era este sujeto representante de la nueva nación? Es un varón, propietario, de habla hispana, instruido, vecino de la Ciudad de los Reyes, pero además, neurotípico y físicamente "capaz".

¿Quiénes quedan por fuera? Todos los demás. Las mujeres, los niños, las personas indígenas, las personas afrodescendientes, las personas asiático-peruanas, las personas en situación de discapacidad⁽¹⁾ todas las personas que no hacen parte del imaginario de sujeto parte de esta nueva república americana moderna.

En el caso de las personas en situación de discapacidad, su exclusión puede reflejarse a lo largo de un proceso evolutivo, en el cual, incluso, han sido calificadas de diferentes maneras en base a diversos paradigmas, entre los cuales podemos advertir el tradicional, el rehabilitador y el de derechos humanos.

En el Perú de hoy, se sigue el paradigma social de discapacidad (paradigma de derechos humanos)⁽²⁾, en el cual se reconoce

- (1) La Convención Internacional por los Derechos de las Personas en situación de discapacidad de Naciones Unidas dispuso que el término adecuado para referirnos a las personas que tienen una o más discapacidades es "personas con discapacidad" o "personas en situación de discapacidad", toda vez que la misma no es un atributo propio del ser humano, sino que se produce en la interacción con su entorno. En ese sentido, para los efectos del texto, los autores hemos considerado utilizar el término "personas en situación de discapacidad".
- (2) En atención a este paradigma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de que las personas en situación de discapacidad sean involucradas en los procesos relativos a sus derechos.



que la discapacidad se genera por las barreras que se encuentran en el entorno y no en la persona, siendo estas barreras las que, al impedir la interacción de una persona, generarán un escenario incapacitante. En ese sentido, son las barreras de la sociedad las que incapacitan a las personas. Así, por ejemplo, una sociedad donde no hay rampas, ascensores, ni plataformas de elevación, o donde los baños no cuentan con las medidas de espacio suficiente como para el ingreso de las sillas, o donde los interruptores están diseñados a la altura de un ciudadano físicamente “capaz,” es una sociedad poco amigable para una persona en silla de ruedas. En estricto, un entorno que le incapacita por cuanto no le brinda herramientas para que pueda desarrollarse de manera libre, autónoma y sin barreras.

De acuerdo al censo nacional de 2017, las personas en situación de discapacidad alcanzan la cifra de 3 millones 209 mil 261 personas, representando el 10.3% de la población. De estas, las personas en situación de discapacidad física alcanza la cifra de 485 mil 211 personas, ubicándose como el segundo tipo de discapacidad que se presenta con mayor frecuencia, luego de la discapacidad visual.

El Perú no es un país donde todos somos iguales. No todas las personas estamos en la capacidad de ejercer nuestros derechos de manera plena y sin discriminación. Todas las personas somos diferentes y diversas. Lamentablemente, en muchos casos, el Estado ha interpretado o utilizado estas diferencias para justificar la reducción o vulneración de la humanidad de las personas “diferentes” y crear escenarios de desigualdad de derechos. De ahí que este trabajo sea tan importante. En este texto hacemos una revisión de la situación de las personas en situación de discapacidad física severa y un análisis sobre algunas de las medidas gubernamentales principales en el marco de la emergencia sanitaria y cómo han impactado en ellas. En un siguiente momento entonces, nos permitimos prescribir cómo debería repensarse la nueva normalidad para que esta incluya realmente a las personas en situación de discapacidad física.

2. El COVID 19 en el Perú y las personas en situación de discapacidad

El COVID-19 (*coronavirus disease 2019*) es una enfermedad producida por una infección del tracto respiratorio causada por el nuevo coronavirus denominado SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2), el cual se reconoció por

primera vez en diciembre de 2019 (Ministerio de Salud del Gobierno de Chile, 2020). Esta enfermedad se transmite por contacto con una persona infectada, a través del hablar, toser y estornudar, o por tocar una superficie u objeto que tenga el virus y posteriormente manipular la boca, la nariz o los ojos⁽³⁾. Esta enfermedad que viene afectando a más de 23 millones de personas, desde fines de 2019, cuenta al final del mes de agosto de 2020, con una cifra global de decesos sobrepasa las 800,000 mil personas.

En nuestro país el primer caso se dio a conocer el día 06 de marzo. Consecuentemente, el día 11 de marzo se declaró un Estado de Emergencia Sanitaria que incluiría una medida de aislamiento social obligatorio (cuarentena) que iniciaría el día 16 del mismo mes. En este contexto, se buscó limitar la movilidad irrestricta de la población (a excepción de los trabajadores esenciales) con el objetivo de frenar la propagación y transmisión del virus.

A la fecha, se han reportado en el país, un total de 647,166 personas diagnosticadas con la COVID-19, y de estas, han fallecido 28,788⁽⁴⁾. No obstante, al día de hoy no se cuenta con una estadística que refleje cuántas personas en situación de discapacidad han sido afectadas, pese a formar parte de un grupo vulnerable de la población.

La crisis mundial de la COVID-19 ha conllevado a una mayor profundización de las desigualdades preexistentes, poniendo en evidencia que aun falta un largo camino por recorrer en cuanto a la inclusión de las personas en situación de discapacidad.

En efecto, el 15 % de la población mundial experimenta algún tipo de discapacidad. Localmente, de acuerdo al censo de 2017 (INEI, 2018), en el Perú las personas en situación de discapacidad alcanzan los 3 millones 209 mil 261 personas. A pesar de dichas cifras, de las 647,166 personas diagnosticadas con la COVID-19, el Estado

(3) Véase en Martínez J., Torres M., Orozco E. (2020). *Características, medidas de política pública y riesgos de la pandemia del Covid-19*. Instituto Belisario Domínguez.

(4) Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú (2020). Estado situacional Covid-19 Perú. Actualizado al 24 de agosto de 2020.



no ha sido diligente en recoger cuántas de estas tienen algún tipo de discapacidad. Concurrentemente, escasea la evidencia para verificar la atención a los factores agravantes que están afectando a las personas en situación de discapacidad en el contexto de esta pandemia, tales como la propensión a situaciones de violencia (psicológica, física o económica), las limitaciones en el acceso al empleo, la inaccesibilidad en la infraestructura de espacios públicos, la inaccesibilidad en la información, la falta de protocolos inclusivos para la atención de servicios, entre otros.

3. Los modelos de la discapacidad

A lo largo de la historia, hasta aproximadamente mediados del siglo XX, hemos pasado por diversos modelos, el tradicional (moral o religioso), el médico (rehabilitador o individual) y, luego de la Segunda Guerra Mundial, el social.

El modelo tradicional es el más antiguo. Este prescribía que la discapacidad era causada a manera de castigo divino a los padres de la persona en situación de discapacidad⁽⁵⁾. Este modelo opresivo llevó a que muchas familias que tuvieran un integrante con algún tipo de discapacidad lo ocultaran de todos los ámbitos posibles de interacción social, por vergüenza a la habladería social. Concurrentemente, las personas en situación de discapacidad eran vistas como biológica y psicológicamente inferiores respecto de aquellas que personas sin discapacidad.

Desde la perspectiva del modelo médico, rehabilitador o individual, mantenida hasta finales del siglo XX, la discapacidad se relaciona con tener un cuerpo defectuoso. Esto es, la discapacidad se atribuye al individuo desde una perspectiva negativa. La discapacidad se sufre en función a los impedimentos físicos, sensoriales o intelectuales de la persona. En concreto, esta paradigma se basa en un diagnóstico clínico y una categorización⁽⁶⁾ que sitúa a los médicos y profesionales de la salud como quienes pueden y deben *curar* aquellos defectos o enfermedades que tienen las personas en situación de discapacidad. Basado en el paternalismo y “benevolencia” del Estado hacia las personas en situación de discapacidad, este paradigma llevó por largo tiempo a la clasificación de la discapacidad como una enfermedad, con la consecuente tendencia política seguida por las normas de la materia y las políticas públicas sobre salud y beneficios sociales. El gran problema que presenta este modelo es que se centra en el impacto desfavorable de la discapacidad física o mental en la persona afectada por esta, pero se omite un análisis del entorno

donde se desarrolla la persona en situación de discapacidad, y como este contribuye a la limitación de su desarrollo integral, y/o en otras áreas de su vida, mas allá de la discapacidad misma.

Es recién durante la década de los años 70 y luego del surgimiento de movimientos por los derechos de las personas en situación de discapacidad, tanto en Europa como en Norteamérica, que emerge el modelo social. En este, el foco se concentra en las barreras que la sociedad coloca frente a las personas con alguna discapacidad y como estas se han normalizado y normativizado por el Estado, generando escenarios profundos de desigualdad política, social, cultural y económica, entre otros. Este modelo plantea la distinción entre la noción de discapacidad y el impedimento físico o psicológico de la persona. En este contexto, el impedimento será una ocurrencia individual; parte del ámbito privado de la persona. La discapacidad, por otro lado, es un escenario estructural, político y público, en función a las barreras que la sociedad presenta, normaliza y que limitan a las personas en situación de discapacidad en su vida diaria en todos los ámbitos públicos privados. En efecto, este modelo debe sus orígenes a la organización de personas en situación de discapacidad luchando por sus derechos laborales, sin discriminación.

Como señalan Palacios y Romanach (2006), el enfoque social de discapacidad inició centrándose en el Movimiento de Vida Independiente, en el entendido de que las personas en situación de discapacidad son quienes mejor conocen sus necesidades y, por ende, quienes deben tomar la iniciativa para hallar la mejor solución a las formas de exclusión a que sus sociedades y Estados les han expuesto.

Mientras que en Europa la discapacidad era vista como una barrera social, en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, se trataba

(5) Véase en Goodley, D. (2017). Futures four approaches and three key themes of critical disability studies. En N. Aguilera (Ed). *Disability studies and interdisciplinary introduction*. (pp. 192-214). SAGE

(6) Véase en Oliver, M. (1990). The Ideological Construction of Disability. En *The Politics of Disablement* (pp. 43-54). Macmillan Education LTD.



de una minoría social, devaluada, estigmatizada y a la que no se tomaba en cuenta, negándoseles derechos civiles, acceso igualitario y tutela jurídica efectiva. En ambos casos podemos advertir que la responsabilidad se encuentra en la sociedad, sea por generar barreras que impiden la integración e inclusión en todas las esferas de vida de la persona en situación de discapacidad, o bien por conferirle la categoría de minoría. En ambos casos se persigue un cambio en el sistema político, económico y social que permita ver la discapacidad bajo una perspectiva positiva, que promueva la accesibilidad de lugares y servicios.

4. Estándar normativo de la discapacidad en el Perú

La construcción social y de ciudadanía en nuestro país y el mundo ha estado influida a lo largo de la historia por estas perspectivas. Efectivamente, en la década de los 80, la Organización Mundial de la Salud (1983) aprueba una herramienta de clasificación de la discapacidad, la *Clasificación Internacional de deficiencia, discapacidad y minusvalía*. Bajo este instrumento, la “deficiencia” se define como “toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica,” mientras que la “discapacidad” es “toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen *considerado normal* para el ser humano”. Finalmente, la “minusvalía” es “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol que es *normal* en su caso (en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales)”. Claramente, este instrumento refleja la marcada influencia del modelo médico o rehabilitador, ligando la discapacidad a una enfermedad.

Ante ello, a inicios del siglo XXI se creó la Clasificación Internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud (CIF)⁽⁷⁾. Esta clasificación sustituye las nociones de minusvalía, deficiencia y discapacidad por las de déficit y limitaciones en la actividad; mismas que se clasificarán según el grado que presenten. Este instrumento establece que la restricción en la participación se va a determinar al comparar la participación de una persona en situación de discapacidad en relación a la participación esperada por una persona sin discapacidad en una sociedad determinada. Asimismo, define a las barreras como aquellos factores que condicionan el funcionamiento

de la persona en situación de discapacidad y generan precisamente el escenario donde sus capacidades están limitadas. En estricto, generando su discapacidad. De ahí que podamos afirmar que son las barreras del entorno las que incapacitan a una persona.

Esta última clasificación es la recogida por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad⁽⁸⁾ (en adelante La Convención). La Convención reconoce a la discapacidad como una construcción social producida por la interacción del impedimento físico de la persona y las barreras sociales de su entorno. En ese sentido, encontramos que rescata el modelo social desde el cual deberá partir todo análisis jurídico, político y social posterior en torno a la discapacidad. Así, el enfoque de derechos humanos de la discapacidad persigue promover, proteger y garantizar el disfrute pleno e igualitario de los derechos humanos de todas las personas en situación de discapacidad, así como su acceso igualitario a todos los servicios sociales de sus Estados, así como el ejercicio y goce de sus derechos mas básicos.

Es en el marco de La Convención diversos Estados han ido adecuando su normativa, políticas y acciones sociales para reflejar los nuevos modelos de la discapacidad. Así, en nuestro país se derogó todo instrumento normativo que reflejase el modelo médico, para instituir instrumentos basados en el modelo social. En este contexto, es que desde el año 2012, contamos con la Ley 29973, Ley General de la Persona en situación de discapacidad; además reglamentada mediante Decreto Supremo 002-2014-MIMP.

Anteriormente, encontramos los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú⁽⁹⁾ que establecen que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así

(7) Organización Mundial de la Salud (OMS) (2001) *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

(8) Organización de Naciones Unidas (ONU) (2006) *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. ONU

(9) Constitución Política de Perú 1993.

Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.



como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Por otro lado, el artículo 44 de la Constitución prevé que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrio de la Nación.

Este marco se ve aterrizado en los artículos II, VI y XII del Título Preliminar de la Ley 28642, Ley General de Salud, los cuales establecen que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud de la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad, de modo que es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. En tal sentido, el Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo al principio de equidad, siendo posible establecer limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como al ejercicio del derecho de reunión en resguardo de la salud pública.

Ante el escenario antes descrito, y de conformidad a lo establecido en el precitado marco normativo, el Gobierno ha tomado medidas orientadas a la prevención y atención de casos, a fin de controlar la propagación del virus.

5. Medidas gubernamentales en el marco de la emergencia sanitaria y su impacto en las personas en situación de discapacidad

Luego de que la Organización Mundial de la Salud calificara el brote de la COVID-19 como una pandemia, por su rápida extensión mundial, el Estado peruano declaró el Estado de Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario⁽¹⁰⁾. Posteriormente, se dictaron medidas adicionales para la prevención y control de la propagación de la COVID-19.

5.1 Medidas de prevención de transmisión del virus y aislamiento social

En efecto, mediante una serie de Decretos Supremos⁽¹¹⁾, se declaró el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el

aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, disponiéndose asimismo una serie de medidas para el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, y para reforzar el Sistema de Salud en todo el territorio nacional. Esto con el objetivo de proteger eficientemente la vida y la salud de la población, reduciendo la posibilidad del incremento del número de afectados por COVID-19.

Las medidas básicas impuestas primariamente, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, incluían el lavarse las manos frecuentemente, adoptar medidas de higiene respiratoria (cubrirse la boca y nariz al toser y lavarse las manos), mantener un distanciamiento social prudente, evitar tocarse los ojos, la nariz y la boca.

Es importante considerar, sin embargo, que la implementación de estas medidas, en el caso de las personas en situación de discapacidad, puede presentar algunos obstáculos. Por un lado, en atención a la falta de acceso a servicios de agua, salubridad y saneamiento. Por otro lado, por los impedimentos propios que tenga la persona en situación de discapacidad física severa que requiera la asistencia de un tercero; por ejemplo, las dificultades físicas que pueda tener una persona para frotarse bien las manos, ponerse una mascarilla, desplazarse en forma autónoma, o de tocar el entorno, sea para obtener información o para apoyarse físicamente.

5.2 Medidas de recuperación económica

Estas medidas, sin embargo, no son las únicas que omitieron la consideración de las personas en situación de discapacidad en sus objetivos. A fin de que la población en situación de vulnerabilidad, y situación de pobreza y pobreza extrema no se vea afectada por estas medidas, se aprobaron

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

(10) Decreto Supremo 008-2020-SA. El plazo de 90 días sería extendido luego por los Decretos Supremos 020-2020-SA y 027-2020-SA, hasta el 8 de diciembre de 2020.

(11) Decreto Supremo 044-2020-PCM, ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083-2020-PCM, 094-2020-PCM, 116-2020-PCM, 129-2020-PCM, 135-2020-PCM, 139-2020-PCM y 146-2020-PCM.



normas y medidas de apoyo económico a las microempresas y empresas medianas. Entre estas, el Bono 760 para hogares pobres y muy pobres, el Bono rural para agricultores y agricultoras, y el Bono Universal de 760 soles. El acceso a estos bonos se estableció a través de padrones formulados y aprobados por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, tomando en consideración la clasificación socioeconómica (CSE) dispuesta por el Sistema de Focalización de Hogares. Estos padrones, sin embargo, no consideraron a un gran número de personas en situación de discapacidad en el país. Mientras que en otros casos, no se contemplaron supuestos en los cuales los beneficiarios con discapacidad física se ven impedidos de realizar el cobro de estos apoyos económicos.

A lo largo de los meses de cuarentena se han presentado diversos casos en los cuales las entidades bancarias han exigido la presencia física de la persona en situación de discapacidad para realizar el cobro de la pensión asignada por el Estado; situación que puede ser particularmente difícil para las personas en situación de discapacidad severa⁽¹²⁾. Un caso a anotar, por ejemplo, es el del señor William Uwaki Sandoval, en Tarapoto. Al ser una persona en situación de discapacidad física congénita y con una fractura de columna posterior, éste tuvo que ser trasladado hasta la sede bancaria más cercana por el Escuadrón de Emergencia 105 de la Policía Nacional del Perú⁽¹³⁾.

5.3 Medidas de protección y promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad en el contexto de la pandemia

Otra medida que implementó el gobierno fue aprobar el Decreto Legislativo 1468, mediante el cual se establecieron Disposiciones de Prevención y Protección para las Personas en situación de discapacidad ante el Estado de Emergencia, las mismas que deben ser implementadas y cumplidas por todas las entidades públicas consideras en el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽¹⁴⁾. Este instrumento tiene como finalidad garantizar los derechos de las personas en situación de discapacidad a la salud,

seguridad, no discriminación, libre desarrollo y bienestar, información, integridad, autonomía, educación, trabajo, participación, entre otros, asegurando su debida atención a través de los diferentes niveles de gobierno. En ese sentido, se ha dispuesto el acceso prioritario de las personas en situación de discapacidad a recursos brindados por el Estado o suministros humanitarios, a fin de cubrir sus necesidades básicas.

La realidad, sin embargo, nos ha mostrado que, además del Decreto Legislativo y diversos instrumentos de carácter normativo, se requiere la coordinación con diferentes sectores (gobiernos locales, regionales, e instituciones como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [RENIEC], el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad [CONADIS], entre otros) que permitan identificar adecuadamente a las personas beneficiarias, así como establecer mecanismos que permitan la atención oportuna de quienes tengan problemas para hacer efectivo el cobro de la subvención debido a algún tipo de discapacidad.

Un aliado en garantizar que las medidas antes descritas se cumplan es la Defensoría del Pueblo⁽¹⁵⁾, la cual a través del Programa de Defensa y Promoción de las personas en situación de discapacidad, ha elaborado Informes Especiales⁽¹⁶⁾ mediante los cuales ha recomendado al Estado tomar acciones concretas en relación a los derechos de salud, trabajo, educación y protección social de la población en situación de discapacidad.

En efecto, la Defensoría del Pueblo ha insistido en la existencia de barreras para

(12) Algunos casos a anotar son los de Fernando Estrella Vilcape y Ancajima Urbina. El primero se suscitó en abril. Véase en <https://www.youtube.com/watch?v=p153CRKyrJk>. El siguiente ocurrió con la señora Urbina, quién pese a contar con un certificado de discapacidad severa, no pudo realizar el cobro del beneficio social asignado al no poder movilizarse a la agencia bancaria. En este caso, se acercó un familiar en su representación, obteniendo la negativa de parte de la entidad bancaria, debido a que el cobro se entiende como estrictamente personal. Los funcionarios de este banco también señalaron que la solución debía brindarla el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

(13) En el presente caso, la unidad policial trasladó al señor Uwaki, llevándolo al frontis de la entidad bancaria para cobrar su bono solidario. Los funcionarios del Banco salieron a verificar que se trataba de la persona que figura como beneficiaria del bono del Estado, y solo tras esta verificación se le hizo el abono.

(14) Aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS.

(15) El artículo 86 de la Ley 29973, Ley General de la Persona en situación de discapacidad, designa a la Defensoría del Pueblo como Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad.

(16) Informes Especiales 004-2020-DP, N° 005-2020-DP y N° 006-2020-DP



acceder a una educación de calidad que afectan de manera desproporcionada a estudiantes en situación de discapacidad. Así, ha exhortado al Ministerio de Educación a garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de educación inclusiva en todos sus niveles y modalidades, en instituciones públicas y privadas para ellos. En igual sentido, ha señalado la necesidad de que la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria emita las disposiciones normativas pertinentes para verificar la existencia de calidad educativa en caso de implementar la modalidad académica no presencial.

Un punto a considerar en este aspecto está relacionado con el deber de garantizar la accesibilidad a favor de los estudiantes con discapacidad. En ese sentido, impartir la educación no presencial durante la pandemia resulta una medida que puede ser eficiente para contrarrestar la falta de accesibilidad en la infraestructura física que se venía produciendo en diferentes centros educativos, en los diferentes niveles educativos. No obstante, debe contemplarse también las condiciones de accesibilidad tecnológica, que permita a este sector de la población contar con las herramientas informáticas y tecnológicas necesarias para el desarrollo de sus clases (tablets, computadoras, acceso a redes, telefonía y obras de infraestructura tecnológica) a lo largo del país.

Otro de los aspectos evaluados es el transporte de personas en situación de discapacidad física. Esta situación que debería resultar tan cotidiana presenta un problema debido a que los vehículos de transporte público accesibles para personas en situación de discapacidad son escasos. Esto, en el marco de las restricciones vinculadas a la libertad de tránsito, impuestas por el Decreto Supremo 046-2020, debe llevar a que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones considere exoneraciones en las restricciones para la circulación en transporte privado para personas en situación de discapacidad.

Por otra parte, y en concordancia con lo establecido en el Decreto Legislativo 1468 antes señalado, en cuanto al ejercicio del derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad, se debe priorizar y promover el trabajo remoto, autorizado mediante Decreto de Urgencia 026-2020. En este aspecto cabe señalar que el Ministerio de Trabajo, a través del Decreto Supremo 010-2020-TR⁽¹⁷⁾, aprobó disposiciones para el sector privado sobre el trabajo remoto. Igualmente, a través de la Resolución Ministerial 072-2020-TR, aprobó la “Guía para la aplicación del trabajo remoto”; sin embargo, el referido Ministerio no contempló las necesidades particulares de los trabajadores con discapacidad.

Al respecto, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ha emitido diversas recomendaciones a fin

de garantizar el respeto de los derechos fundamentales e inalienables de todas las personas en el contexto de la crisis, y atender en particular a subgrupos de la población que pueden estar en especial situación de desventaja, como mujeres, niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Esto incluye asegurar la accesibilidad a toda la información relacionada con la crisis, garantizar la accesibilidad física en las instalaciones donde se lleven a cabo las pruebas de diagnóstico y tratamiento por COVID-19, reforzar las prestaciones de protección social no contributivas para las personas en situación de discapacidad y sus familias, contar con espacios de participación y consulta con las organizaciones de personas en situación de discapacidad, así como asegurar la continuidad del trabajo, educación y prestación de servicios de rehabilitación a través del uso de tecnologías de la información y comunicaciones (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020).

Demás está decir que todos los dispositivos legales aprobados en el marco de la pandemia ocasionada a raíz del COVID-19 deben contemplar la perspectiva de la discapacidad, y regirse bajo la definición de discapacidad que plantean La Convención y la Ley 29973, Ley General de la Persona en Situación de Discapacidad. En este escenario, sin embargo, el Estado peruano debería apuntar no solo a utilizar las definiciones correctas sino los enfoques metodológicos adecuados que permitan la inclusión real, y sin discriminación, de todas las personas en nuestra sociedad. Incluyendo esto a las personas en situación de discapacidad.

6. Comentarios finales y algunas pautas para repensar la “nueva normalidad”

Sin duda, esta crisis mundial ha puesto en evidencia que la inclusión de las personas en situación de discapacidad requiere aun

(17) Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID 19, publicado el 24 de marzo de 2020.



un camino largo de voluntad, decisión y técnica política. Como sabemos, la mayoría de las personas en situación de discapacidad no tiene un riesgo mayor de contraer el virus o enfermarse gravemente de COVID-19 *per se*; sin embargo, su situación sí puede significar un riesgo cuando existen afecciones subyacentes⁽¹⁸⁾. Asimismo, hay que tener presentes las barreras existentes para quienes requieren de asistencia o apoyos, y de quienes las encuentran barreras en el acceso a servicios e información de salud, directrices y protocolos médicos, en el desplazamiento para sus actividades, entre otros.

Repensar el futuro del país en un contexto post-pandemia, con una mirada desde las personas en situación de discapacidad implica prestar atención en, por lo menos, tres áreas prioritarias de la vida de las personas. En el ámbito de la educación, implica tomar en consideración las dificultades para acceder al uso de las tecnologías de la información y comunicación, y aplicar las medidas que correspondan para asegurar que se realicen las adaptaciones y ajustes correspondientes para todas las personas en situación de discapacidad. Esto es, resulta necesario evaluar la realidad de la educación no solo en Lima Metropolitana, sino hacer en contraste con la realidad regional y local, tanto en la educación pública como privada, que contemple los diferentes procesos educativos de los estudiantes con discapacidad, garantizando que la educación se brinde en igualdad de condiciones.

Respecto de los servicios de salud, es fundamental que las políticas, planes y protocolos sanitarios permitan a los profesionales de salud la atención de calidad a personas en situación de discapacidad. Esto requiere, cuando se piensa en la discapacidad auditiva, la presencia de intérpretes de señas en los centros de salud. De la misma manera, derogar las disposiciones que signifiquen un impedimento en el acceso al tratamiento médico por razón de discapacidad, evaluando incluso los protocolos existentes para la asignación de recursos (respiradores, cama hospitalaria en la unidad de cuidados intensivos, entre otros), en caso de que se presente un caso de una persona en situación de discapacidad que sea paciente COVID. Siendo igual de importante, el análisis del impacto posterior de la COVID-19 en la salud de personas en situación de discapacidad.

En cuanto al transporte de personas en situación de discapacidad física, resulta necesario se contemple que el transporte público accesible es escaso; situación que además de afectar el derecho a la libertad de tránsito de las personas en situación de discapacidad física, les expondría a mayores escenarios de contagio.

Finalmente, debemos incidir en la necesidad de un trabajo conjunto (multiactor y multinivel) entre la entidades de la Administración Pública, para que aquellas personas con una discapacidad severa puedan realizar el cobro de los *beneficios sociales* asignados a ellos sin que las entidades bancarias exijan su presencia física, necesariamente, flexibilizando, además, la exigencia formal de la presentación del certificado de discapacidad, debido a que no todas las personas en situación de discapacidad se encuentran registradas en CONADIS. Situación que podría resolverse con el trabajo coordinado de las Oficinas Municipales de Atención a las Personas en Situación de Discapacidad y con las Oficinas Regionales de Atención a las Personas en situación de discapacidad. Asimismo, y en atención a que muchas personas con discapacidad física requieren una asistencia personal, se debe contemplar la posibilidad de que sean estas personas quienes realicen sus trámites, sin que esto signifique la pérdida de su capacidad jurídica.

Corresponde a las autoridades el disponer e implementar medidas garantistas y protectoras de las personas en situación de discapacidad, articulando esfuerzos con las organizaciones que las representan y sus diferentes redes de apoyo. La recuperación de nuestra sociedad no solo debe enfocarse desde un aspecto de reactivación económica. Si bien esta última es importante, se deben buscar soluciones igualitarias, inclusivas y sostenibles, que permitan eliminar las múltiples desigualdades que aun permean todos los ámbitos de la vida de las y los peruanos, en igualdad.

Referencias bibliográficas

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2020). *Personas en situación de discapacidad ante la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe: situación y orientaciones*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45491/1/S2000300_es.pdf

(18) Enfermedades subyacentes como enfermedades pulmonares crónicas, afecciones cardíacas graves o un sistema inmunitario debilitado.



Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020). Decreto Supremo 010-2020-TR. Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto revisto en el Decreto de Urgencia 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID-19. Diario Oficial El Peruano.

Goodley, D. (2017). Futures four approaches and three key themes of critical disability studies. En N. Aguilera (Ed). *Disability studies and interdisciplinary introduction* (pp. 192-214). SAGE.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2018). *Censos nacionales 2017: XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas*. INEI.

Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú (2020). *Estado situacional Covid-19 Perú*. Actualizado al 24 de agosto de 2020. https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp

Martínez J., Torres M., Orozco E. (2020). *Características, medidas de política pública y riesgos de la pandemia del Covid-19*. Instituto Belisario Domínguez. <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4816/Covid19%20%28doc%20de%20trabajo%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ministerio de Salud del Gobierno de Chile. (2020). *Protocolo de manejo de contactos de casos de Covid-19*. <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/03/PROTOCOLO-DE-MANEJO-DE-CONTACTOS-DE-CASOS-COVID-19-FASE-4.pdf>

Oliver, M. (1990). The Ideological Construction of Disability. *The Politics of Disablement*, (pp. 43-54). Macmillan Education LTD.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. ONU.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (1983). *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías*. Instituto Nacional de Servicios Sociales.

Palacios A. & Romañach J. (2006). *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas.



La centralidad del derecho al cuidado en la crisis del COVID-19 en América Latina. Oportunidades en riesgo(*)

The centrality of the Right to care in the Covid-19 crisis in Latin América. Opportunities at risk

Laura Cecilia Pautassi()**

Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

Resumen: La pandemia del Covid-19 produjo un cambio de escenario en materia de derechos humanos que resulta imprescindible atender en toda su dimensión. En América Latina, la pandemia irrumpe en un momento en que los Estados ya estaban con una limitada capacidad de respuesta desde las políticas públicas. Las medidas adoptadas establecieron restricciones de circulación y dejaron al descubierto la injusta configuración del cuidado al interior de los hogares y a nivel social. Por cuidado, se entiende a todas aquellas actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad.

En el presente artículo se analiza el alcance del reconocimiento del cuidado como trabajo, pero particularmente como derecho humano, (el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado), a partir del relevamiento de estudios teóricos y empíricos desarrollados en América Latina. El objetivo es presentar el marco conceptual y evidencia empírica preexistente a la crisis del Covid-19 respecto al cuidado, para identificar la falta de su distribución social y la manera en que se concentra en las mujeres en desmedro de su autonomía. La hipótesis que guía el análisis es que hasta que no se adopten políticas universales, transversales, con presupuestos regulares y en base a un enfoque de género y de derechos, no se alcanzarán respuestas eficientes a la pandemia. El argumento que introduce el artículo, situado en un recorrido por algunos de los países de América Latina y de las recomendaciones de los órganos de protección de derechos humanos, es que, a pesar de la alusión a la universalidad, las políticas terminan focalizando por condición de vulnerabilidad sin promover acciones integrales, absolutamente necesarias durante la crisis, pero para diseñar la salida a la misma.

Palabras claves: Derecho al Cuidado - Covid-19 - América Latina - Enfoque de Derechos Humanos - Políticas Públicas

Abstract: The COVID-19 pandemic has brought about a change of scenery in the field of human rights that must be addressed in all its dimensions. In Latin America the pandemic erupted in a moment when States were already challenged in their regulations and response capacity to COVID-19. The recent measures adopted to prevent the pandemic first and foremost prescribe the restriction of movement and mandatory preventive social isolation. This brings to light the configuration of care within households and the unfair social organization around it. Care is usually understood as any activity that is essential in satisfying the basic needs for human existence and reproduction, providing the physical and symbolic elements that allow humans to live in society.

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 20 de agosto de 2020 y su publicación fue aprobada el 25 de septiembre de 2020.

(**) Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Social. Profesora Adjunta regular, Facultad de Derecho (UBA) Directora Grupo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas (www.dspp.com.ar) y del Programa Género y Derecho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7393-9006>. Correo electrónico: laurapautassi@derecho.uba.ar



This paper analyzes the scope of the recognition of care as work but particularly as a human right, (the right to care, to be cared for and to self-care), based on the survey of theoretical and empirical studies developed in Latin America. The objective is to present the conceptual framework and empirical evidence pre-existing to the Covid 19 crisis regarding care, to identify the lack of its social distribution and the way in which it focuses on women to the detriment of their autonomy. The hypothesis guiding the analysis is that until universal, cross-cutting policies are adopted, with regular budgets and based on a gender and rights approach, efficient responses to the pandemic will not be achieved. The argument that the article introduces (set in a tour of some of the Latin American countries and the recommendations of the human rights protection bodies) is that despite the allusion to universality, the policies end up targeting due to vulnerability without promoting comprehensive actions, absolutely necessary during the crisis, but to design the way out.

Keywords: Care rights - Covid-19 - Latin America - Human Rights approach - Public policies

1. Introducción: la irrupción del Covid-19

Hace meses que no podemos hablar, pensar, sentir, estudiar o trabajar sin que el (o la) Covid-19 aparezca en sus múltiples manifestaciones. Nos atraviesa, nos paraliza, afecta el aire y los pulmones, pero también a la economía, la política, a la justicia y pone en evidencia una multiplicidad de situaciones de riesgo y de alto dramatismo. Los planes y proyecciones para esta segunda década del siglo en curso, quedaron atravesados por una de las crisis más severas de las que hemos conocido. Sin embargo, la pandemia desnudó una serie de situaciones preexistentes que interpelan respecto de las desigualdades estructurales y de la degradación de las condiciones de vida de millones de personas. Entre otras particularidades, la pandemia se ha caracterizado por la asombrosa y rápida propagación, junto con las graves consecuencias que acarrea, no sólo respecto a las vidas que ha cobrado sino precisamente por el desconcierto que produce y porque irrumpe en medio de otras crisis generalizadas.

En América Latina, la pandemia se presenta en un momento en que los Estados ya se encontraban con una limitada capacidad de respuesta económica, con crisis institucionales,

políticas y sociales recurrentes y con una interpelación respecto de los límites de las políticas públicas para afrontar estas situaciones. La evidencia empírica disponible para la región muestra que durante el período 2010-2019 la tasa de crecimiento del PIB en América Latina disminuyó del 6% al 0,2%; sin embargo, el período de menor crecimiento desde la década de 1950 ocurrió entre 2014-2019 (0,4%), y para el 2020 se espera una contracción de la actividad económica en 5,3%. Las estimaciones respecto a los indicadores socioeconómicos advierten que la tasa de pobreza se incrementará en 4,4 puntos porcentuales y la pobreza extrema 2,6 puntos porcentuales con respecto a 2019, lo que implicaría alcanzar al 34,7% y 13% respectivamente, con impactos también respecto del aumento de la desigualdad (CEPAL-OIT, 2020, p. 5). Una variedad de factores como el endeudamiento externo, la pobreza, desempleo e informalidad laboral, la baja y deteriorada cobertura en salud y educación, las movilidades humanas y las múltiples manifestaciones de violencias, particularmente la violencia de género, han agudizado las desigualdades, especialmente la injusta división sexual del trabajo y del cuidado.

Este agravamiento de las situaciones ya señaladas, integraban la agenda de derechos humanos previa y quedaron reflejadas en la reacción inmediata de los sistemas de protección internacional y regional, que incluyen numerosas declaraciones, estándares y recomendaciones por parte de los comités de los Pactos y Tratados Internacionales, de los expertos independientes y de órganos de fiscalización y control, entre otros⁽¹⁾. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de sus comunicados y advertencias a los Estados sobre las medidas a adoptar respetuosas de derechos humanos, conformó la SACROI-COVID 19 (Sala de

(1) Solo a modo de ejemplo, se destacan las recomendaciones del experto independiente para la deuda externa con enfoque de género y reconocimiento especial de la economía del cuidado, <https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25732&LangID=s>; el Comité de Expertas de Violencia de la Convención de Belém do Pará y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM-OEA) han desarrollado numerosos estudios y comunicados recomendando a los Estados las respuestas a las violencias, <http://www.oas.org/es/cim/COVID-19.asp>. Por parte del Comité CEDAW (https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HRBodies/CEDAW/Statements/CEDAW_statement_COVID-19_final.doc&action=default&DefaultItemOpen=1) y así en cada Comité, experto/a o relator/a especial de Naciones Unidas.



coordinación y respuesta oportuna e integrada ante la crisis del COVID-19) con el objetivo de agilizar las respuestas y monitoreo de acciones de protección de derechos humanos, identificar situaciones de emergencia y promover medidas cautelares y soluciones urgentes.

En ese contexto, los derechos, sean civiles y políticos (DCP) o económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) evidencian su universalidad, integralidad e interdependencia, precisamente debido a las situaciones de riesgo que la pandemia masivamente expone. El debate sobre restricciones constitucionales y libertades individuales se da en el mismo momento que los sectores bajo informalidad laboral no pueden acceder a un ingreso monetario, donde los poderes públicos tienen que readecuar su estrategia para garantizar el funcionamiento mínimo en torno a garantías de derechos, en medio del abuso de las fuerzas policiales y de seguridad⁽²⁾.

Por su parte, la salud se encuentra en profundo riesgo, el acceso al agua, la vivienda y la infraestructura básica están altamente comprometidas en todas las metrópolis latinoamericanas, a lo que se suma que instituciones centrales como las escuelas y servicios públicos dejaron de funcionar y la violencia doméstica creció exponencialmente, sin que sea posible dar respuestas de manera simultánea y en las particularidades de cada caso. La pandemia no solo afecta a las personas más vulnerables, sino que atraviesa a toda la sociedad y paradójicamente a toda la humanidad.

A su vez, las recomendaciones y el accionar público se concentra en los cuidados. La centralidad del cuidado y de los cuidados (remunerados y no remunerados) se puso en evidencia prácticamente desde el mismo momento de declaración de la crisis sanitaria. De manera asombrosa, una actividad absolutamente indispensable para garantizar la sostenibilidad de la vida, históricamente invisibilizada y desvalorizada, emerge como la principal herramienta global para prevenir y transitar la pandemia. Todas las medidas adoptadas para la prevención, que establecen centralmente la restricción de circulación, aislamiento social obligatorio, cuarentena o medidas similares como el toque de queda, sacan a la luz la relevancia de la configuración de los cuidados al interior de los hogares. Sin embargo, el hecho de adoptar a los cuidados como elementos centrales para transitar la pandemia, no significa que se haya comprendido su centralidad y mucho menos que se haya indagado su configuración al interior de los hogares. Al igual que el esperado descubrimiento de la vacuna, las situaciones de cuidado esperan que alguien las resuelva, sin que se piense en cómo las resolvemos colectivamente.

Tampoco ha corrido mejor suerte el cuidado remunerado y todas las actividades vinculadas a los cuidados institucionalizados, en especial del sector salud y los

denominados servicios esenciales en los diferentes países de la región. En el caso de quienes trabajan en la salud, transitan un derrotero de ser el recurso humano central de la crisis, destacando el carácter esencial y heroico de las trabajadoras y trabajadores, con aplausos y manifestaciones masivas de aprobación casi en paralelo con el repudio por los riesgos que pueden significar como agentes portadores de la “salud” y del “virus” al mismo tiempo, y con consiguiente ajuste y reducción salarial. Así la profundidad de la crisis no resiste la advertencia de Fraser (2016, p. 112) respecto a que “ninguna sociedad que sistemáticamente debilite su reproducción social logra perdurar mucho”, identificando una nueva forma de capitalismo que socava las formas de reproducción social y afecta la sostenibilidad de la sociedad en su conjunto.

Estas situaciones ponen de manifiesto que la naturalización del cuidado como una responsabilidad femenina genera impactos negativos para la sociedad en general y para las mujeres en particular. Así las mujeres son quienes se encuentran más expuestas a la enfermedad por dedicarse al cuidado de la salud –70% de los trabajos en salud a nivel mundial están a cargo de mujeres (Organización Internacional del Trabajo, 2019)– y durante el aislamiento obligatorio se encuentran sobrecargadas por nuevas demandas de cuidados de sus familiares. A ellos se adiciona, que en muchos casos han sufrido un recorte salarial o en otros directamente la cuarentena les ha significado la pérdida de trabajos remunerados, como en el caso del servicio doméstico o en cuidados interpersonales. Y a ellos se suma la presencia de múltiples violencias, en particular la violencia doméstica que ocurre al interior de las familias.

De esta forma, la pandemia nos confronta con las múltiples situaciones de desigualdad preexistentes que afectan el ejercicio de derechos humanos, en éste el continente más desigual de la tierra. En este artículo, analizo la consideración del cuidado como derecho humano, que incluye el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado (Pautassi, 2007),

(2) Al respecto, ver los trabajos contenidos en Bohoslavsky (2020).



a partir del relevamiento de estudios teóricos y empíricos desarrollados en América Latina. El objetivo es presentar el marco conceptual y evidencia empírica preexistente a la crisis del Covid-19 respecto al cuidado, para identificar la falta de su distribución social y la manera en que se concentra en las mujeres en desmedro de su autonomía. La hipótesis que guía el análisis es que hasta tanto no se adopten políticas universales, transversales, con presupuestos regulares y en base a un enfoque de género y de derechos, no se alcanzarán respuestas eficientes a la pandemia. El argumento que introduce el artículo, situado en un recorrido por algunos de los países de América Latina y de las recomendaciones de los órganos de protección de derechos humanos, es que pesar de la alusión a la universalidad, las políticas terminan focalizando por condición de vulnerabilidad sin promover acciones integrales, absolutamente necesarias durante la crisis pero para diseñar la salida a la misma.

Debido a la simultaneidad de la pandemia, y las consiguientes dificultades para la recolección de evidencia empírica, el análisis se realiza en base a fuentes secundarias y las respuestas de los sistemas de protección internacional para América Latina. En las conclusiones, y siempre desde un abordaje de derechos humanos, presento algunas alertas y escenarios posibles de la retórica de la “nueva normalidad” que llevan a cuestionar el efectivo alcance de las soluciones coyunturales sobre el marco de desigualdades estructurales, enfatizando la necesaria consideración del enfoque de género y de derechos humanos.

2. El cuidado es un derecho humano

El cuidado y los cuidados incluyen innumerables actividades que comprenden la alimentación, la salud, la salud mental, educación, vivienda, como también el desarrollo de habilidades cognitivas, físicas o emocionales (England *et al.*, 2002). Es el trabajo invisible y cotidiano de cuidado el que permite la sostenibilidad de la vida, en una doble dimensión: (i) física, porque permite las actividades concretas vinculadas con la atención del cuerpo de las personas y sus necesidades de alimentación, salud, higiene personal, descanso; y (ii) simbólica, porque el cuidado involucra un componente afectivo y emocional, que hacen al bienestar de las personas. Si bien todas las personas necesitan de cuidados a lo largo de la vida, aquellas que son dependientes ya sea por encontrarse en los extremos de la vida (niñez, personas mayores) o por otras razones (por situaciones derivadas de enfermedades o personas con discapacidad que requieren apoyos especiales para el ejercicio de su autonomía) requieren de una mayor cantidad de cuidados o de cuidados especiales. Es decir, la característica principal es que “atraviesa” todos los órdenes de la vida y se inscribe en la construcción de nuestra subjetividad: está presente y se requiere a lo largo de nuestras vidas, en un

tránsito permanente como demandantes a proveedores de cuidado en edades centrales y otra vez a demandantes, y así durante todo el ciclo vital requerimos de cuidados, prestados por otros u otras, en algunos casos de modo permanente (personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración) o autoprovisos, pero siempre presentes (Pautassi, 2019).

El cuidado, además de ser un trabajo intenso que debe ser valorado, es un derecho humano: “el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado” (Pautassi, 2007) que se encuentra incorporado en Pactos y Tratados internacionales e integra el *corpus* de derechos humanos. En tanto derecho, impone obligaciones que deben ser cumplidas en el marco de la definición de políticas universales, transversales, con presupuestos regulares y en base a un enfoque de género, en interdependencia con el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y civiles y políticos (DCP).

Cabe aclarar que el campo del Derecho no ha sido ajeno al cuidado, aunque originariamente se concentraba en la legislación dirigida a las familias en el marco del Derecho Civil con regulaciones que contemplaban los intereses del individuo sobre el de los familiares (Marco Navarro, 2009) y al individualizar se nubla la identificación de las responsabilidades de cuidado asignadas a las mujeres y que se distribuyen de manera inequitativa al interior del hogar. De manera relativamente reciente la transformación hacia el derecho de las familias ha permitido la incorporación del enfoque de género y de diversidades sexuales, pero en general circunscripto al ámbito privado sin incorporar su dimensión social.

El otro campo de regulación histórico es el derecho al trabajo, a partir de medidas de conciliación trabajo-familia con importantes sesgos de género, ya que en general regulan ciertos mecanismos como las licencias, infraestructura y transferencias monetarias organizadas a partir de los sistemas de seguridad social (asignaciones familiares). Los sesgos se manifiestan en las escasas disposiciones que incorporan a los varones, como también la normativa garantiza las condiciones para que las trabajadoras



asalariadas formales puedan desempeñar sus tareas, perpetrando la naturalización del cuidado en las mujeres. Valga como ejemplo, que las licencias por nacimiento de hija o hijo para los varones cuando están reconocidas oscilan entre 2 a 5 días en muchos de los países de América Latina (Pautassi *et al.*, 2004). Por otra parte, la consideración de la mujer asociada siempre en función de una posición –madre, trabajadora, esposa, pobre– marca las formas de organización y de desarrollo de los sistemas de políticas sociales regionales.

Sin embargo, ni las regulaciones laborales ni la doctrina jurídica ha reconocido derechos propios de las mujeres a cargo del cuidado, ya que persiste su acceso al sistema en función de derechos derivados –por el trabajo o por el vínculo legal con un trabajador– sin un reconocimiento íntegro de su condición de persona (Marco Navarro & Pautassi, 2020). De allí la relevancia de la conceptualización del cuidado como derecho humano de cada persona, con total independencia de cualquier condición o posición que ocupe, y que no se concentre solo en las mujeres.

Este reconocimiento que incorpora estándares de universalidad marca el inicio de una transformación, ya que el cuidado y las obligaciones que genera para el Estado van a desplazarse del ámbito de las medidas de conciliación trabajo-familia presentes en el mundo del empleo hacia las políticas públicas.

En este marco, y de la conjunción de los trabajos teóricos y empíricos junto con el diálogo entre la academia feminista, los gobiernos y los organismos especializados de Naciones Unidas en América Latina se fue construyendo una agenda de cuidado “autóctona u originaria” que impulsó la promoción del reconocimiento del cuidado como derecho humano. Si bien no se encontraba formalizado ni denominado como derecho al cuidado, sí estaba incorporado en su alcance en los principales Pactos y Tratados Internacionales suscritos por los países de la región, como también en el corpus interpretativo de derechos humanos.

El hecho de haber cristalizado, a partir del enfoque de derechos humanos, que el cuidado es un derecho humano posibilitó, en primer lugar, centrarlo en la persona, desvinculada de otras condiciones de acceso, como en el caso del trabajo asalariado formal. En segundo lugar, al ser un derecho humano y activar una serie de obligaciones para el Estado y para terceros responsables promovió un cambio de escenario en términos de las políticas sociales, al incorporar estándares de derechos humanos y poner un cuño en la rutinización de los programas focalizados como única herramienta de intervención pública.

En tercer lugar, y en base al enfoque de derechos humanos, rápidamente fue apropiado por sus titulares pero también por las organizaciones de la sociedad civil para impulsar una agenda integral que se fue discutiendo en las sucesivas Conferencias Regionales de la Mujer de América Latina y el Caribe⁽³⁾, que nuclean a los gobiernos, los mecanismos para el adelanto de la mujer (MAM), las organizaciones de mujeres y de la sociedad civil junto con los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fue precisamente allí, en la Conferencia de Quito de 2007 que se comenzó por reconocer que existe un “derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado” (Pautassi, 2007) pasando a reafirmar no sólo su relevancia, sino las obligaciones positivas y negativas que implica y que exhorta en su cumplimiento a los Estados.

Las Conferencias subsiguientes celebradas en Brasilia (2010), República Dominicana (2013) y Uruguay (2016) reafirmaron en los consensos que el cuidado es un derecho y ampliaron las bases para el diseño de sistemas de provisión de cuidado basado en derechos. El Consenso de Brasilia reconoce: “Que el acceso a la justicia es fundamental para garantizar el carácter indivisible e integral de los derechos humanos, incluido el derecho al cuidado. Señalando que el derecho al cuidado es universal y requiere medidas sólidas para lograr su efectiva materialización y la corresponsabilidad por parte de toda la sociedad, el Estado y el sector privado”. En la Estrategia de Montevideo (2016) se identifica a la división sexual del trabajo y la injusta organización social del cuidado como uno de los nudos estructurales a modificar de manera explícita para alcanzar sociedades más justas y sostenibles y “cerrar la brecha entre la igualdad de jure y de facto mediante el fortalecimiento de las políticas públicas para garantizar la autonomía y el ejercicio pleno de los derechos humanos

(3) América Latina y el Caribe es la única región del mundo que se reúne sistemáticamente desde 40 años para debatir temas de género, promover consensos y acompañar la toma de decisiones para la promoción y ejercicio de la autonomía de las mujeres en el marco de la Conferencia de la Mujer. La Secretaría Técnica de la Conferencia la ejerce la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, véase en <https://www.cepal.org/es/areas-de-trabajo/asuntos-de-genero>



de todas las mujeres y niñas, superando discriminaciones, prejuicios y resistencias” (CEPAL, 2016).

A estos acuerdos, se suma la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores, sancionada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 2015, que define la obligación de los Estados de implementar medidas tendientes al desarrollo de un sistema integral de cuidado para este grupo etáreo, estableciendo en el artículo 12 que las personas adultas tienen “derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía”, convirtiéndose en el primer instrumento de derechos humanos que introduce como denominación el derecho al cuidado.

Finalmente, la OIT (2019) ha establecido que el trabajo de cuidados es una prioridad como consecuencia de la adopción del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 5, reconociendo y valorando el trabajo de cuidados no remunerado, proponiendo como vías de satisfacción la prestación de servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social.

En suma, el cuidado es un derecho humano que ha sido reconocido tanto respecto de su impacto narrativo y político, pero se presenta debilitado en el momento de efectivizarlo en diseños institucionales que contribuyan a garantizarlo.

A su vez, en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia y de Ecuador se ha reconocido constitucionalmente, en 2008 y 2009 respectivamente. La ciudad de México lo incluyó en su reforma constitucional en 2017 como derecho. En agosto de 2020, la Corte Constitucional de Ecuador reconoció el cuidado como derecho y amplía las lógicas de reconocimiento entre lo formal y lo informal⁽⁴⁾.

Por otro parte, a nivel de diseño institucional existen experiencias altamente exitosas como el Sistema Nacional de Cuidados de Uruguay, que se crea en 2010 (Batthyany, 2015) o el Sistema Nacional del Cuido de Costa Rica (Guzmán León, 2014) que se asientan en el reconocimiento del cuidado como derecho, e instalando una agenda institucional sumamente necesaria y como tercer componente en los sistemas de seguridad social. Paradojalmente en el caso de Uruguay, tras el cambio de gestión presidencial, se ha comenzado a cuestionar su relevancia, señalando que se trata de un modelo para países ricos, y en medio de la pandemia se ha comenzado con una quita presupuestaria y de prioridades. En el caso de Argentina, en diciembre de 2019 se creó el Ministerio de las Mujeres,

Géneros y Diversidades, creando una Mesa interinstitucional de cuidados y que reconoce que el cuidado es una “necesidad, un trabajo y un derecho” (MMG y D, 2020).

Si bien este cambio de su invisibilización al reconocimiento del cuidado como trabajo, luego como derecho humano, es un paso trascendental, aún resulta necesario avanzar en su efectivización y en garantías protectorias al respecto. Las razones que lo evidencian refieren al hecho que los varones no asumen plenamente sus responsabilidades respecto a sus hijas e hijos o a sus progenitores, las empresas y los empleadores en general no cumplen con sus obligaciones en relación con proveer de tiempo, dinero e infraestructura para asumir los cuidados y el Estado no universaliza las prestaciones. De esta forma, el cuidado se traslada como trabajo y como responsabilidad en las mujeres y eventualmente a nivel comunitario donde también es asumido por mujeres. A su vez, la evidencia empírica disponible en América Latina muestra, que la forma de resolver los cuidados depende de la disponibilidad de ingresos: aquellos hogares de mayor capacidad económica disponen de soluciones remuneradas, mientras que los sectores en condiciones de vulnerabilidad se encuentran limitados en su capacidad de dar respuestas y se concentran en el trabajo de las mujeres.

2.1. La crisis preexistente

Las medidas adoptadas durante la pandemia del Covid-19 han colocado a los cuidados como centro de una estrategia comunicativa masiva en medio de la crisis sanitaria donde el concepto de cuidado aparece de manera recurrente, tanto en la interacción cotidiana de las personas como en las acciones estratégicas oficiales. El carácter polisémico del cuidado, de los cuidados nunca antes se hizo tan claro, en la medida que cada estrategia refiere a múltiples actividades prescritas por autoridades sanitarias, máximos responsables gubernamentales y sociales, líderes religiosos y la población en general. Todas y todos hablamos de cuidados

(4) Caso 3-19-JP y acumulados. Revisión de garantías (JP) Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, Corte Constitucional del Ecuador. Quito, Ecuador 5 de agosto de 2020. Véase en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentencia%20CC%203-19-JP%20y%20acumulados.pdf>



y a cada una y cada uno nos piden que nos cuidemos, pero ¿qué significa? ¿qué diferencia hay entre la prescripción de lavarse las manos a la conformación de una forma de organización societal del cuidado, por cierto injusta, hasta invocar el derecho al cuidado? Y por último, ¿cómo se acciona en una crisis de semejante dimensión con respuestas universales e integrales?

Estos interrogantes, lejos de ser novedosos, han motivado una importante tradición de trabajos teóricos y empíricos, con abordajes interdisciplinarios que se han desarrollado centralmente desde la teoría feminista contemporánea y los estudios de género⁽⁵⁾. Sin pretender desplegar aquí esta importantísima producción conceptual, tanto a nivel internacional como regional. Los estudios disponibles dan cuenta de qué manera a lo largo de la historia la carga de trabajo que implica la reproducción de la vida cotidiana ha sido delegada en las mujeres, desarrollando las autoras anglosajonas el concepto de *care* (Tronto, 2006; Fraser, 2016; Folbre, 2001), complementados por desarrollos iberoamericanos que han consolidado marcos interpretativos comunes (Borderías & Carrasco, 1994; Torns, 2007) junto con el análisis del impacto económico del cuidado, gracias al sustantivo aporte de las economistas feministas (Picchio, 1991; Rodríguez Enríquez, 2012), llevaron a la redefinición del trabajo y de las relaciones que lo atraviesan. Adicionalmente, los estudios empíricos que permitieron cuantificar y calificar estas relaciones de discriminación y subordinación de las mujeres, que fueron introduciendo cambios de agenda pública relevantes, como la necesidad de medir el uso del tiempo y diseñar herramientas estadísticas adecuadas (Aguirre *et al*, 2005; Durán, 2012), la inclusión en las cuentas nacionales (Durán & Diez, 2013).

Uno de los aportes sustantivos al respecto, es haber cuantificado el valor económico del trabajo de cuidados no remunerado que realizan las mujeres. De esta forma, un estudio reciente señala que el trabajo que realizan las mujeres de 15 o más años alcanza (a nivel mundial) al menos a 10,8 billones de dólares anuales, cifra que triplica el tamaño de la industria mundial de la tecnología y que está subvaluada puesto que los datos disponibles se basan en el salario mínimo y no en el salario justo (Oxfam, 2020). Estos cálculos, que a su vez se han realizado en distintos países de América Latina (Chile, México y Uruguay entre otros), muestran resultados similares comparando el aporte con sectores económicos prevalecientes en ellos.

Los estudios también han determinado la vinculación entre cuidados y migraciones en las configuraciones de las cadenas globales de cuidados (Pérez Orozco, 2007), la promoción de políticas públicas (Rico & Robles, 2016;

Rodríguez & Pautassi, 2014), reformas en los marcos regulatorios del servicio doméstico remunerado (Gherardi & Durán, 2013) y la evidencia del ámbito comunitario dando respuestas a distintas demandas de cuidado (Pautassi & Zibecchi, 2010) sumado al trabajo no remunerado en salud que se desarrolla en los hogares (Balardini *et al.*, 2020). Aristas que integran el “diamante del cuidado y del bienestar” (Razavi, 1997) para referir a los cuatro actores fundamentales en la organización social del cuidado: el Estado (en tanto regulador de las relaciones sociales y proveedor de servicios); el mercado (de empleo y también como proveedor de servicios privados de cuidado tales como servicios de salud, transporte, cuidadoras y cuidadores privados); las familias (donde recae actualmente la mayor carga de las responsabilidades de cuidado, con las diferencias de género señaladas); y la comunidad (incluyendo actores como los sindicatos, cooperativas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones barriales).

Las cuatro aristas del diamante a su vez requieren que se garantice tiempo para cuidar, dinero e infraestructura y servicios para asumirlo (Ellingstaeter, 1999), promoviendo de esta manera un efecto “desfamiliarizador” adoptado por los distintos tipos de regímenes de bienestar (Esping Andersen, 2000).

Cabe destacar que los estudios también han identificado, de manera temprana, el concepto de crisis vinculado al cuidado y la consideración del riesgo asociado al mismo. En el caso de la bibliografía anglosajona, reconoce la crisis (*care crunch*) asociada a la transición demográfica acelerada, aumento de la esperanza de vida, lo cual implica un constante incremento en la necesidad de cuidado prolongado en salud, así como una baja en la disponibilidad de cuidadores/as no remunerados por su ingreso al mercado de trabajo, y sin personas disponibles en los hogares para asumirlo (Lundsgaard, 2005, p. 32). Esta crisis se asocia centralmente a los cuidados de personas mayores, en especial en términos de trabajo no remunerado en

(5) En ONU-Mujeres (2018) se sintetizan los debates iberoamericanos en torno al cuidado, y en Pautassi y Zibecchi (2013) se concentra una mirada regional.



salud, diferenciando cuidados a personas con diversos grados de dependencia o enfermedades en el campo de la salud mental.

En paralelo identifican las transformaciones en las familias, las que decrecen en tamaño o se fragmentan, sumada la reestructuración o precarización del empleo, el crecimiento de trabajos de tiempo parcial cuya remuneración no es suficiente para costear los gastos del hogar, incluido el cuidado, y cuya consecuencia es que se dificulte sostener a sus miembros durante sus trayectorias personales y laborales. A ello se agrega una mayor expectativa por parte de los Estados respecto a que las familias o de la comunidad van a asumir los cuidados (Hancock, 2002, p. 125). Así se conforma una suerte de “círculo de delegación” en donde todo empieza y termina en las mujeres, sin ninguna preocupación por parte de los varones respecto a esta sobrecarga.

En términos de Fraser, se están “exprimiendo” una serie de capacidades sociales claves como la disponibilidad para tener y criar niños y niñas, cuidar amigos o familiares, sostener hogares, comunidades y conformar redes, donde los problemas en el cuidado no son accidentales, sino que tienen raíces sistémicas profundas en la estructura de nuestro actual orden social (2016, p. 99). Agrega la autora que el capitalismo financiero no sólo ha disminuido la provisión pública de cuidados necesaria para la reproducción social y ha reclutado a las mujeres en el mundo asalariado, sino que además ha reducido los salarios reales, elevando por ende la cantidad de horas de trabajo remunerado de las personas en el hogar que se necesitan para mantenerlo, dando lugar a una crisis en la provisión de cuidado al interior de los hogares (Fraser, 2016, p. 114).

En el caso de América Latina, la denominada “crisis de los cuidados” (CEPAL, 2013; Rico, 2011) ha sido situada en el contexto de cambios demográficos acelerados en los países, especialmente caracterizados por el envejecimiento progresivo de las sociedades y las transformaciones producidas en los mercados de trabajo, donde la participación de las mujeres se acrecienta, atravesada por situaciones de desigualdad y discriminaciones múltiples, y donde las transformaciones en la organización familiar y social de los cuidados no se han producido, manteniéndose los varones la margen de sus responsabilidades de cuidado al tiempo que aumenta la población demandante (Rico, 2011). La ausencia de división sexual del trabajo y de los cuidados va a impactar en las trayectorias laborales y políticas de las mujeres (Rulli, 2020) como también en las responsabilidades urbanas en torno al cuidado, evidenciando las vinculaciones entre

transporte, servicios públicos y cuidados (Rico & Segovia, 2017) incluyendo también los marcos financieros internacionales y el endeudamiento externo (Bohoslavsky, 2018)⁽⁶⁾.

2.2. La prevención es una política pública

Las respuestas institucionales a la situación antes descrita no asumen la crisis de los cuidados y tampoco se han responsabilizado por ella. En general, en América Latina no se han definido políticas públicas integrales, como tampoco se han producido cambios relevantes en la organización familiar del cuidado, donde los varones siguen sin realizar el trabajo de cuidados de manera activa. El hecho de que los varones han aumentado su dedicación a sus hijas e hijos y realizan tareas que antes no realizaban, no significa que hayan asumido la totalidad de sus responsabilidades. Inclusive, durante la pandemia, lo que se evidencia es, que aun visibilizando la enorme carga de trabajo que hay en los hogares, no se ha avanzado sustantivamente en su distribución.

Este avance en el reconocimiento y en las políticas públicas para su implementación posiciona sin lugar a dudas de manera diferenciada la solución durante la crisis del Covid-19. Resulta interesante señalar que, al inicio de la pandemia, entre los países que encontraron las reacciones más rápidas e integrales y con mejores soluciones para enfrentar el virus fueron aquellos cuyas gobernantes son mujeres⁽⁷⁾.

Por otra parte, si la recomendación que se ha lanzado es *#quedateencasa*, se trata de analizar las condiciones en que *#mequedoencasa*. Ni el cuidado para otras y otros como el autocuidado no se ejercen de manera independiente a las garantías respecto del derecho a cuidar y a ser cuidado(s) ni respecto de los demás derechos.

Tal como la Plataforma y Programa de acción de la Conferencia de Derechos Humanos de Viena (1993) en su artículo 5 establece: “Todos los derechos humanos

(6) Bohoslavsky y Rulli (2020) agregan que la androginia dominante en los organismos internacionales de asistencia crediticia es severa e identifican como una de las políticas de género más patriarcal que han impulsado es el desaliento a que los Estados inviertan fuertemente y de manera sustentable en la economía de cuidados.

(7) Se trata de países como Alemania, Dinamarca, Islandia o Nueva Zelanda entre otros. <https://news.un.org/es/story/2020/05/1474002>



son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales". Así el derecho al cuidado integra el conjunto de derechos que deben ser garantizados, pero también deben ser efectivizados y la pandemia es un momento donde la emergencia no es argumento válido para no garantizarlo.

En efecto, la crisis sanitaria disparada por la pandemia del COVID-19 se solapó a la crisis del cuidado preexistente con un dato aún más alarmante, ya que todo se concentra en el hogar debido a las medidas de aislamiento dispuestas, pero con un refuerzo de concentración de su resolución en las mujeres y sin un desarrollo de mecanismos institucionales para afrontarlo, acentuando las debilitadas capacidades de las mujeres para asumir tamaña crisis.

Tal como había advertido Tronto (2020) "el riesgo aparecería distinto en una sociedad que estuviera organizada en torno a la referencia al cuidado". Y desarrolla la autora el concepto de sociedad del cuidado en contraposición a la sociedad del riesgo, la cual requiere para su conformación alcanzar un equilibrio entre necesidades y los derechos como parte sustantiva de la discusión política.

En efecto, el escenario regional presenta una oportunidad, debido a su relevancia en la prevención del contagio, para avanzar en firme en la efectivización del derecho al cuidado, que incluyen de manera indisoluble políticas públicas. Ese puente entre derechos y políticas públicas, que el enfoque de derechos ha construido, es la herramienta fundamental para promover una adopción de medidas estables, intersectoriales, pero de corte institucional, donde anclar las prestaciones y acciones estatales. Tal como ha mostrado la experiencia, las crisis se resuelven mejor en el marco de las garantías de derechos humanos, siendo las políticas sociales las principales medidas de prevención. En lo que sigue, se analizará, algunas de las estrategias del cuidado durante la emergencia del Covid-19.

3. Cuidados y emergencia: la universalidad como respuesta

El desafío actual que la pandemia movilizó, al universalizar la estrategia de los cuidados, es precisamente la incorporación

y fundamentación en el derecho al cuidado ya que a pesar de su reconocimiento aún no se considera como tal y muchos de los organismos de derechos humanos tampoco lo incorporan. En el caso de la pandemia del Covid-19, las Directrices de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (2020) establecen estándares precisos y mandatos concretos a los Estados respecto al tratamiento de la pandemia y consiguientes medidas a adoptar desde un enfoque de derechos. Encabezan las recomendaciones un señalamiento de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que manifiesta: "(...) nuestros esfuerzos para combatir el virus no darán resultados a menos que apliquemos un enfoque holístico, lo que significa que debemos proteger cuidadosamente a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, tanto en términos médicos como económicos"⁽⁸⁾.

La particularidad de las directrices es que establecen, al modo usual del sistema de protección universal, las prioridades de acciones respecto a los grupos vulnerables, con la novedad que en primer lugar se encuentran los "héroes y heroínas de la salud". Al respecto se destaca que las trabajadoras y trabajadores de la salud, con una sobrerrepresentación de mujeres a nivel mundial de un 70% en este sector esencial, deben recibir una remuneración adecuada y se deben contemplar las responsabilidades de cuidado propias que enfrentan en sus hogares, las que sobrecargan aún más su trabajo. Así las Directrices enfatizan que ésta situación debería ser el punto de máxima preocupación para los Estados. Si bien el reconocimiento de un sector estratégico y esencial durante la crisis es fundamental, particularmente porque se destaca la composición feminizada sectorial y las consiguientes responsabilidades asociadas al cuidado, instando a los Estados a transformar el reconocimiento en mejores remuneraciones y condiciones laborales; sin embargo, luego las directrices de Naciones Unidas no profundizan respecto de la

(8) Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH, 2020).



necesidad de garantizar el derecho al cuidado de manera integral.

Continúan las directrices con las definiciones habituales de los grupos en condiciones de vulnerabilidad, estableciendo como mandato el abordaje desde un enfoque de género, recomendando la adopción de medidas específicas para reducir el impacto de la crisis sobre las mujeres, debido al trabajo de cuidado y porque asumen la mayor cantidad de tareas domésticas, con afectación sobre la salud y el empleo, debido a los mayores niveles de informalidad laboral y exposición al contagio y al despido, la falta de espacios institucionales de cuidados. Agrega la especial mirada que se debe tener sobre el impacto diferencial del Covid-19 en las personas en condiciones de pobreza, en particular respecto de las mujeres y niñas, niños y adolescentes quienes resultan los más afectados, a lo cual se debe agregar el aumento de las situaciones de violencia. Pero, nuevamente las Directrices no avanzan sustantivamente en la responsabilidad de los varones y de toda la sociedad sobre el cuidado y los cuidados. Se alude de manera global a que “entre todos nos cuidamos” pero sin destacar las responsabilidades concretas de los varones, que a lo largo de la historia han delegado las suyas en las mujeres. La oportunidad de esta crisis tan profunda habilita precisamente la posibilidad de avanzar en marcos más equitativos.

Valga como ejemplo, la situación de las cuidadoras domiciliarias de personas mayores que si bien desarrollan tareas consideradas como esenciales, no gozan de protección laboral, acceso a la salud y tampoco se las considera como heroínas. Como ejemplo, en Bolivia el caso 0 de contagio fue una cuidadora migrante de una persona mayor en Italia, que fallece como consecuencia del Covid-19 y la trabajadora regresa a su país y junto con ella ingresa el virus y la cadena de contagios⁽⁹⁾. Es “el caso” paradigmático de las cadenas globales de cuidados, pero que no se conoce como tal, dada la precariedad de este tipo de tareas y con todo el estigma correspondiente⁽¹⁰⁾.

En el caso del recurso humano afectado a la salud, se estima que hay más de 3.000 trabajadores y trabajadoras de la salud han perdido la vida en el marco de la pandemia (Amnistía Internacional, 2000). Pero, además de ello, las condiciones en las que desempeñan sus actividades son de alta preocupación, que incluyen situaciones de inseguridad, despidos, violencias de todo tipo, sumado a represalias de las autoridades nacionales sanitarias y empleadores diversos. Entre las recomendaciones del informe señala que

los Estados deberán reconocer al Covid-19 como enfermedad profesional con las consiguientes compensaciones monetarias, de atención médica y “otros cuidados necesarios” (Amnistía Internacional, 2020).

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó la Resolución 1/2020, que señala de manera enfática que “si bien existen impactos sobre todos los derechos humanos frente a los diversos contextos ocasionados por la pandemia, especialmente en relación al derecho a la vida, la salud e integridad personal, se ven seriamente afectados el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación, al agua y a la vivienda, entre otros DESCAs” (CIDH, 2020, p. 5) y luego enfatiza centralmente los deberes de protección respecto al derecho a la salud. Al momento de recomendar acciones vinculadas al cuidado, si bien explícitamente advierte que en general los cuidados recaen centralmente sobre las mujeres a expensas de su desarrollo personal y laboral, agrega la Comisión que los cuidados durante la pandemia son mayores y más exigentes, y se cuenta con un escaso grado de institucionalización y falta de reconocimiento social o económico. Pero en el momento de las recomendaciones se concentra en los grupos históricamente excluidos.

En términos de recomendaciones de acciones y políticas, la CIDH (2020) insta a que, en el momento de adoptar cualquier medida durante la pandemia, las mismas deben incluir un enfoque interseccional, de género, cultural y de derechos humanos, garantizando un tratamiento especial y con mayor urgencia respecto a los grupos vulnerables o históricamente excluidos. En especial, la recomendación se concentra respecto de “personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en

(9) La prensa boliviana recoge dos casos 0 paralelos, una mujer migrante de Santa Cruz de la Sierra, que era cuidadora, y otra mujer en Oruro que arriban ambas en el mismo vuelo de Italia. Véase en <https://www.atb.com.bo/sociedad/una-mujer-de-60-a%C3%B1os-que-lleg%C3%B3-de-italia-es-el-primer-caso-de-coronavirus-en-santa-cruz>. En el primer caso, felizmente se recupera tras un largo período de internación, véase en <https://www.opinion.com.bo/articulo/pais/paciente-cero-sale-airosa-55-dias-convierte-simbolo-esperanza/20200506022254766062.html>.

(10) Flavia Marco Navarro, Plataforma de Corresponsabilidad Social y Pública del Cuidado, Bolivia; comunicación personal agosto 2020.



situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas”.

Si bien *a priori* el acuerdo es inmediato sobre esta recomendación protectoria y la necesaria prioridad, al igual que en el campo del cuidado y de los estudios de género existe una importantísima producción académica sobre grupos desaventajados. Al respecto, debido a que los ideales de derechos igualitarios han sido sistemáticamente apropiados y solo ejercidos para determinados sectores de poder que han utilizado este principio igualitario para su propio beneficio, diversas corrientes defienden abandonar de la idea de “derechos iguales para todos” ya que en los hechos no funcionan como tales en el momento de hacerlos efectivos, para pasar al otorgamiento de “derechos especiales” para ciertos grupos, que se encuentran bajo subordinación perpetua, los que intencionadamente o no reciben tratamiento arbitrario (Fiss, 1999; Gargarella, 1999). Las medidas de acción afirmativa y las cuotas son medidas similares que han sido centrales para garantizar el acceso de mujeres en el mundo del trabajo remunerado y en puestos de participación política. Es decir, la utilidad de estos argumentos y acciones es indiscutible para garantizar la efectivización de derechos.

Sin embargo, hay ciertas particularidades que la consideración de las mujeres como grupo escapa a la verificación empírica. En primer lugar, por ser más de la mitad de la población y porque precisamente la heterogeneidad caracteriza a su situación, debido a la forma que adquiere la estructura patriarcal en nuestras sociedades, opera a que el atravesamiento de las vulnerabilidades impacte sobre todas ellas, independientemente de la posición social, económica o nivel educativo alcanzado. Y si bien han manifestaciones diferenciales, la violencia doméstica es un indicador contrafáctico que atraviesa a todas las mujeres, inclusive las de las clases sociales más acomodadas (Gherardi, 2016).

Es decir, busco destacar que si no se considera la integralidad protectoria del cuidado se está desaprovechando una oportunidad para implementarlo en su carácter de derecho humano y cuando se recomiendan medidas nuevamente se concentra en los “grupos” y dentro de ellas en las mujeres⁽¹¹⁾. Es decir, si bien en los hechos son las mujeres quienes asumen el cuidado, no se repara que la crisis es el momento para avanzar en su distribución, interpelando las responsabilidades de los

varones y de la sociedad en su conjunto. Los varones tienen la misma responsabilidad de cuidado solo que no la han asumido y por sí solos, salvo excepciones, no están dispuestos a hacerlo.

Si bien es cierto que, durante la crisis, la urgencia de las reacciones de los mecanismos protectorios de derechos humanos antecede las reflexiones conceptuales innovadoras, el enfoque de derechos humanos debe concentrarse en estándares universales y concretos de intervención. Es decir, no es la vulnerabilidad de la crisis lo que debe activar las respuestas, sino el solo hecho de ser persona. Por otra parte, se repara a su vez muy poco en quienes deben recibir cuidados y respecto al autocuidado las referencias son aún más escasas como derecho. Sin embargo, existe un traslado de responsabilidades a que cada individuo se cuide, y mucho, a sí mismo. Pero quien va a proveer las precondiciones para que esa persona se cuide son las mujeres en los hogares. La pregunta es ¿hasta cuándo van a poder sostener las mujeres tanta sobrecarga de trabajo y responsabilidades? Pero aún más grave, ¿a nadie le parece mal? ¿cómo se evalúa de cara al principio de igualdad?

Valga como ejemplo que durante la pandemia, las recomendaciones a los Estados de garantizar una vida libre de violencias para mujeres e identidades sexuales y actuar de manera preventiva al respecto fueron inmediatas. De esta manera, el Comité de Expertas en Violencia (CEVI) para el seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI, 2020) fue uno de los primeros en advertir la propagación de las violencias en un doble sentido: tanto respecto al ámbito público como privado. Así las expertas integrantes del Comité destacaron que la cuarentena obliga a las mujeres a convivir con sus agresores y que en la medida que se mantenga el aislamiento, los Estados deben adoptar acciones directas y específicas para prevenir la violencia, ya que de lo contrario va a seguir en aumento. Y

(11) Al respecto, los argumentos de Fineman (2013) respecto a los límites del concepto de vulnerabilidad y la necesaria consideración de la potencialidad de que todas las personas somos vulnerables cuestionando las respuestas asistenciales y excluyentes. Por su parte MacKinnon (1991) enfatiza la necesidad de sustituir el concepto de discriminación por el de dominación.



de hecho ha sucedido, con impacto respecto a las relaciones intrafamiliares. UNICEF ha señalado que “Las niñas y niños son las víctimas ocultas del coronavirus” (2020, p. 6).

En efecto, se ha alertado en relación con las secuelas psicológicas y emocionales que el aislamiento obligatorio produce, desde situaciones de depresión y angustias en adolescentes a los riesgos que corren NNA por el maltrato y violencia al interior de los hogares. UNICEF (2020) recomienda reforzar los mecanismos de atención y denuncia, pero en particular respuestas rápidas y seguimiento cercano de los casos de violencia anteriores a la pandemia o durante, de modo de evitar situaciones de agudización. Y podríamos seguir enumerando las recomendaciones respecto a pueblos indígenas, migrantes, personas con discapacidad, colectivos LGTBI y diversidades sexuales. Nuevamente si bien la especificidad debe ser incorporada en su totalidad y el respeto de las particularidades de cada persona, ello no obsta a la aplicación del estándar de universalidad.

Asimismo, la crisis del Covid-19 también ha permitido visualizar las condiciones de inserción laboral de un importante número de personas en América Latina. Particularmente se han evidenciado los altos índices de precariedad e informalidad laboral, que concentra una de las principales formas de inserción laboral de las mujeres que alcanza al 54,3% de ellas (Organización Internacional del Trabajo, 2018). De manera reciente la OIT (2020) ha señalado que los sectores de servicios son los más afectados durante la crisis, y donde se han producido el mayor cierre de establecimientos junto con el cierre de mercados callejeros, la prohibición y persecución del comercio ambulante, que en estos últimos casos es donde trabajan la mayoría de las mujeres, ya que les permite asumir el cuidado de sus hijas e hijos (Alfers, Moussié & Harvey, 2020).

Y claro está, quienes resultan más afectadas son las diez millones de trabajadoras domésticas remuneradas de América Latina, muchas de ellas migrantes que no tienen donde ir y tampoco pueden regresar a sus países, quienes a la vez que realizan quehaceres del hogar, suelen hacerse cargo de parte importante del cuidado directo. En situación similar están las cuidadoras a domicilio, que en general se ocupan de personas mayores. Las asalariadas de este sector de la economía se han visto profundamente afectadas por despidos, retrasos en el pago o se les han quitado sus salarios, además de una exposición al virus por falta de medidas de bioseguridad en muchos de los hogares. También se enfrentan con presiones para continuar trabajando a pesar de las normas de cuarentena y prohibición de circulación, debido a que las y los empleadores argumentan que deben realizar teletrabajo (jerarquizando su tarea) y requieren que se asuman las tareas de limpieza y de

cuidado, en especial de las niñas y niños en el hogar.

Respecto a este último punto, aquellas trabajadoras que ejercen cargos profesionales y poseían acceso a la tecnología, han sido destinadas a sus viviendas para efectuar teletrabajo con dedicación y jornada definida, y en muchos casos, a la vez que cuidan y educan a hijas e hijos que no están asistiendo a la escuela. También asumen la realización de tareas de limpieza y domésticas habituales sumadas a las de higiene directamente vinculadas con la prevención del contagio por Covid-19, sumado a la atención de personas mayores que están bajo protocolos más estrictos y restricciones de movilidad por ser población en riesgo frente a la enfermedad.

Esta “conciliación”, que ya era limitada anteriormente en los espacios habituales de trabajo, prácticamente desaparece en la cuarentena, sin horarios ni límites en la demanda de las y los empleadores, sin pensar en las dificultades para montar una “oficina en casa” junto con la “escuela” en casa, con los problemas asociados, sin espacio físico, mobiliario ni conexión adecuada a internet. En los países de la región, en general no se ha legislado sobre teletrabajo o modalidades similares, y en los casos que la pandemia movilizó la presentación de proyectos legislativos, no contemplan en general el ejercicio del derecho al cuidado⁽¹²⁾. Por otra parte, las reivindicaciones de las y los trabajadores es a ejercer el “derecho a la desconexión” dada las presiones patronales. Estas y otras situaciones demandan una revisión respecto que el traslado de los espacios laborales al hogar no se puede producir de manera automática y sin costos sobre las personas y sus familias, en especial sobre las familias.

Adicionalmente, las demandas de cuidado son más intensas para los hogares de menos ingresos, que se caracterizan por ser hogares compuestos por parejas con hijos e hijas, o que están a cargo de una mujer con hijos e hijas, o de hogares extendidos. Los hogares del quintil más bajo de ingresos cuentan claramente

(12) Es el caso de Argentina que sancionó en agosto de 2020 la Ley 27555 que regula el contrato de teletrabajo incluyendo explícitamente el derecho a la desconexión y el reconocimiento de las tareas de cuidados (artículo 6).



con menores recursos y oportunidades para enfrentar y asumir estas demandas de cuidado. Ante una limitada oferta pública de servicios e infraestructura de cuidado (pocos espacios de cuidado infantil, jornadas escolares simples e incompatibles con jornadas laborales, horarios acotados para la atención de la salud en ámbitos públicos, un sistema de transporte que no responde a las necesidades de las familias), sólo aquellas las familias que pueden asumir esos costos, adquieren servicios para el cuidado en el mercado. Así, las familias de ingresos más altos contratan tales servicios bajo la forma de escolaridad, transporte o servicios de salud privados, o la contratación de trabajadoras del hogar⁽¹³⁾. De allí que las medidas que, en algunos países, como Argentina, implementaron transferencias monetarias de emergencia de manera ágil apenas declarada la pandemia fueron sumamente eficaces para contener la crisis de ingresos (Arcidiácono & Gamallo, 2020). Si se analizan los datos comparados provistos por el Observatorio Covid 19 de la CEPAL, el 78% de los países incorporó nuevas transferencias monetarias en efectivo y en un 69% lo hizo en alimentos o en prestaciones en especie, mientras que ha garantizado los servicios básicos en un 72% (CEPAL, 2020).

Claramente durante la pandemia y el aislamiento preventivo el núcleo duro de desigualdad respecto del tiempo y las tareas se incrementa, sin signos de alarma por parte de los integrantes del hogar, pero sí con síntomas concretos de deterioro en la salud de las mujeres, con incrementos en los niveles de angustias y estrés emocional, sin tiempo para descanso y tareas recreativas.

La evidencia empírica relevada, por cierto, escasa y sin considerar muchas otras situaciones de cuidados como los demandados por las personas mayores, personas con discapacidad y enfermedades crónicas entre otras, nos señala que la falta de distribución de tareas de cuidado entre mujeres y varones se ha agravado respecto a los niveles preexistentes a la pandemia (ARF, 2020; CEPAL, 2020). No solo las medidas de aislamiento han interrumpido las redes familiares de cuidados —la presencia de abuelas, tías, vecinas o espacios comunitarios— sino que la falta de instituciones como escuelas y centros comunitarios, sumado a la falta de personal de casas particulares, han visibilizado la complejidad de los cuidados y su concentración, que en muchos casos se desarrollan en un espacio físico limitado, como son los hogares medios urbanos, y delegadas en las mujeres.

A más de seis meses de iniciadas las medidas de aislamiento en la región, con cierres totales, toque de queda, aperturas

paulatinas, estrategias de alertas y semáforos en función de la movilidad de las curvas de contagio, la tendencia muestra poca variación en los próximos meses⁽¹⁴⁾. Es decir, América Latina transitará entre el confinamiento y la reapertura de las economías de manera alternada lo cual es necesario que estas situaciones se contemplen en las medidas a adoptar.

Que hoy se visibilice la enorme carga de trabajo que implican los cuidados, que se busque responder con medidas gubernamentales más amplias, con una invocación a derechos y en el marco de la urgencia, no significa que se esté distribuyendo. Lamentablemente nada es novedoso, todo estuvo antes de la irrupción del coronavirus y el cuidado, una vez más, recae sobre las mujeres, sin que siquiera alarme a las y los integrantes de su propia familia.

La oportunidad que el reconocimiento del derecho al cuidar, a ser cuidado y al autocuidado trae aparejada en el campo de la institucionalidad, es precisamente la posibilidad de diseñar nuevos arreglos institucionales que articulen sistemas que organicen las demandas crecientes y diversas de cuidado con respuestas integrales (y no feminizadas). No se trata de reconocer el cuidado que asumen las mujeres sino avanzar en su distribución.

4. Conclusión: la integralidad de derechos en la agenda pos-pandemia

La pandemia del coronavirus ha “atravesado” al mundo entero. De acuerdo con los postulados del enfoque de derechos humanos requiere soluciones integrales, necesariamente unidas a la aplicación del enfoque de género, que ya no solo abarca estrategias nacionales, sino globales, e involucra a todos los países. La

(13) ONU-Mujeres ha implementado una serie de acciones para garantizar un efectivo tratamiento de la crisis de los cuidados en las mujeres para América Latina y el Caribe. Véase en <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/03/covid-como-incorporar-a-las-mujeres-y-la-igualdad-de-genero-en-la-gestion-de-respuesta>.

(14) El Observatorio Covid 19 de CEPAL ha identificado 391 acciones desplegadas en América Latina y el Caribe que limitan o prohíben circulación entre países o al interior de los mismos, de las cuales 136 restringen o cierran lugares y espacios públicos prohíben reuniones masivas.



propagación del virus y su rapidez son un claro ejemplo y los millones de vidas que ha cobrado alertan sobre la urgencia en dar respuestas. Del mismo modo que en cuando hubo acciones cooperativas y mancomunadas entre países y jurisdicciones las respuestas fueron más eficaces, y si además se trata de gobiernos liderados por mujeres, todavía más. Pero superado los picos, las alarmas vuelven a encenderse debido a rebrotes o nuevos casos, o mutaciones de otros virus. Una y otra vez, cuidarse es indispensable, pero está claro que como acción individual no es suficiente.

Es por ello que las acciones públicas que se adopten deben fundarse en las obligaciones positivas y negativas que corresponden al derecho al cuidado, tanto para el Estado, los mercados, las familias y las organizaciones sociales comunitarias. Y dentro de las familias emergen las obligaciones que corresponden a los varones, quienes a la fecha no las han asumido. La transformación sobre las relaciones de cuidado se hace con ellos y deben ser responsabilizados por su omisión. Del mismo modo, el mercado, los Estados y las organizaciones sociales comunitarias tienen que rendir cuentas por su falta de acciones integrales y responsables en torno a los cuidados.

Lejos de construir un argumento que contraste urgencia con universalidad, protección especial versus desprotección, asistencialismo versus universalidad, economía o salud, busco advertir que uno de los escenarios pos-pandemia es precisamente repensar estos esquemas que priorizan la condición de vulnerabilidad por sobre la integridad de la persona y que descargan la solución de las crisis en las mujeres. Sin duda que la vulnerabilidad debe priorizar acciones debido a su urgencia, considerando las diferencias y particularidades, pero siempre desde el respeto a la universalidad y en una justa distribución de trabajo y de cuidados.

La base del accionar histórico de las burocracias asistenciales en América Latina es el supuesto de la elasticidad infinita del trabajo de las mujeres. De qué nueva "normalidad" podemos hablar si no se produce una ruptura de los patrones de desigualdad estructurales existentes y que la solución de la crisis se traslade a las mujeres. De la manera en que ellas han realizado sus tareas como agentes de prevención, sostén y cuidados de los integrantes de sus familias se mide el impacto positivo del aislamiento, y por lo tanto del manejo de la crisis.

La economía no monetaria de los hogares está garantizando la continuidad del aislamiento preventivo y el cuidado es central para aislar a la población y evitar contagios. Estas medidas se siguen prolongando indefinidamente en América Latina y confrontan con tensiones en torno a la apertura o las restricciones, pero lo cierto es que conocemos muy poco acerca del Covid-19. Pero lo que sí sabemos es que la responsabilidad de evitar que se siga propagando se concentre en las mujeres. Si antes de la crisis la relación era altamente inequitativa sin que a muchos les preocupara demasiado, hoy

resulta insostenible y muy lejos se encuentra de pensar patrones de "nueva normalidad".

Las garantías con respecto al cuidado no pueden basarse en una supuesta neutralidad, sino que deben identificar las individualidades en un marco de responsabilidad colectiva, considerando acciones para la superación de las brechas de género hoy existentes. La salida a la pandemia es con derechos humanos, con igualdad y con claridad respecto a la necesidad de incluir el enfoque de género y diversidades. En consecuencia, no se trata de garantizar derechos "para las mujeres" sino precisamente revisar y transformar la asignación naturalizada e injusta del trabajo productivo y de cuidados en ellas.

Una de las enseñanzas centrales del aislamiento es que la falta de visibilización de la injusta división sexual y social del trabajo remunerado y de cuidado ha llegado a su techo, del mismo modo que las violencias. Tal como he desarrollado a lo largo del artículo, ya no hay vuelta atrás para identificar que el cuidado es un trabajo intenso, fundamental para la sociedad, pero también es un derecho humano que requiere ser satisfecho y que además demanda una necesaria (re) distribución.

Las propuestas están disponibles, se trata de adoptarlas, tanto a nivel estatal, empresarial, actores sociales, políticos, sindicales y particularmente a nivel familiar y social. Desde un enfoque de derechos humanos se debe transformar el riesgo actual situando a los cuidados, remunerados y no remunerados como eslabones centrales de la salida de la crisis, pero garantizando su efectiva protección y distribución.

Dado que la pandemia no se presenta como un escenario temporario y acotado, el regreso a la "normalidad" o a ciertos escenarios de la vida pre-pandemia, aun en un cálculo optimista, es posible que dure varios años. Y en este período crítico, los países deberán adoptar medidas de entrada y salida del aislamiento con mayor o menor restricción en el distanciamiento social. En paralelo, deberán impulsar procesos de (re) organización de las economías hoy en crisis, de los agotados sistemas de salud y de una



economía no monetaria en sus límites, con la marca del número dramático de víctimas, en un contexto de desigualdad agravada.

Este complejo escenario puede visualizarse como una oportunidad para promover una transformación sobre la injusta configuración de los cuidados. Pero, además, es el momento de identificar la inacción estatal y la falta de cumplimiento de sus obligaciones positivas, junto con las responsabilidades de actores económicos, sociales, sindicales y familiares. Si como personas no asumimos la responsabilidad que nos compete respecto a la sostenibilidad de la vida poco habremos aprendido. En otras palabras, es la oportunidad para cuestionar de qué normalidad hablamos, transformar el riesgo y poner a prueba la relevancia de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, R., García Sánchez, C. & Carrasco, C. (2005). El tiempo, los tiempos, una vara de desigualdad. *CEPAL*, (65), 1-83.
- Alfers, L., Moussié, R. & Havey, J. (2020). The COVID-19 crisis: income support to informal workers is necessary and possible. *OECD*. <https://oecd-development-matters.org/2020/04/22/the-covid-19-crisis-income-support-to-informal-workers-is-necessary-and-possible/>
- Amnistía Internacional. (2020). Expuesto, acallado y atacado. Deficiencias en la protección del personal sanitario y que realiza labores esenciales durante la pandemia del Covid-19. *Amnesty International 2020*, 1-63. <https://www.amnistia.org.pe/descargar/DeficienciaProteccionCovid.pdf>
- Articulación Regional Feminista (ARF). (2020). Los derechos de las mujeres de la región en épocas de Covid-19. Estado de situación y recomendaciones para promover políticas con justicia de género. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=87&opc=53&codcontenido=4220&plcontampl=43>
- Balardini, L., Gherardi, N., Martelotte, N. & Pautassi, L. (2020). El trabajo no remunerado de cuidado de la salud: una mirada desde la igualdad de género. *Organización Panamericana de la Salud*. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52207>
- Batthyány, K. (2015). Las políticas y el cuidado en América Latina: Una mirada a las experiencias regionales. *CEPAL*, (124), 1-50.
- Bohoslavsky, J. P. & Rulli, M. (2020). Covid-19, instituciones financieras internacionales y continuidad de las políticas androcéntricas en América Latina. *Revista Estudos Feministas*, 28(2), 1-16. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2020000200201
- Bohoslavsky, J. P. (2020). *COVID-19 y Derechos Humanos. La pandemia de la desigualdad*. Colección Derechos Sociales y Políticas Públicas Editorial Biblos.
- Borderías, C. y Carrasco, C. (1994). *Las mujeres y el trabajo: aproximaciones históricas, sociológicas y económicas*. (Icaria Editorial, ed.). ICARIA-FUHEM.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Organización Internacional del Trabajo. (2020). El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad del coronavirus (COVID-19). *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe*, (22), 1-60. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/tipo/informe-cepal-oit>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020). *Observatorio Covid-19 en América Latina y el Caribe* [mapa o infografía]. Sistea de Coordinadores Residentes de naciones Unidas en América Latina y el Caribe, ONU Mujeres y CEPAL. <https://www.cepal.org/es/temas/covid-19>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2013). *Panorama Social de América Latina y el Caribe 2013 (LC/G 2580)*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/35904-panorama-social-america-latina-2013>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). Resolución 1/2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Washington D.C. <https://www.cepal.org/es/temas/covid-19>
- Durán, M. A. (2012). *El trabajo no remunerado en la economía global*. (Fundación BBVA, 1.ª ed.). Rubes Editorial. <http://digital.csic.es/handle/10261/76517>
- Durán, M. A. y García S. (2013). Economía del Cuidado. En L. Pautassi y C. Zibecchi (coords.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura* (pp. 155-190). Editorial Biblos.
- Ellingstaeter, A. (1999). Dual Breadwinners between State and Market. En R. Crompton (ed.), *Restructuring gender relations and employment. The Decline of the Male Breadwinner* (pp. 364-365). Oxford University Press.
- England, P., Budig, M. y Folbre, N. (2002). Wages of Virtue: The Relative Pay of Care Work. *Social Problems*, 49(4), 455-473.
- Fineman, M. A. (2013). Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics. En M. Fineman y A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (pp. 13-27). Ashgate Publishing. <https://doi.org/10.4324/9781315547862>
- Fraser, N. (2016). Contradictions of Capital and Care. *New Left Review*, (100), 99-117. <https://newleftreview.org/issues/11100/articles/nancy-fraser-contradictions-of-capital-and-care>
- Folbre, N. (2001). *The invisible Heart. Economics and Family Values*. The New York Press.
- Gherardi, N. & Durán, J. (2013). La discriminación en casa: regulación del servicio doméstico en la Argentina. En: L. Pautassi y C. Zibecchi (eds.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura* (pp. 249-272). Editorial Biblos.
- Guzman, J. (2014). Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil en Costa Rica. El proceso de construcción 2010-2014 (LC/L.3858). *Serie Políticas Sociales*. Comisión Económica para



América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/36819-red-nacional-cuido-desarrollo-infantil-costa-rica-proceso-construccion-2010-2014>

Hancock, L. (2002). The care crunch: changing work, families and welfare in Australia. *Critical Social Policy*, 22(1), 119-140. <https://doi.org/10.1177/02610183020220010101>

MacKinnon, C. (1991). Difference and Dominance: On Sex Discrimination. En K. Bartlett y R. Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (pp. 81-94). Westview Press.

Marco, F. (2009). Legislación comparada en material de familias. Los casos de cinco países de América Latina (LC/L. 3102-P). *Serie Políticas Sociales*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6155-legislacion-comparada-materia-familias-casos-cinco-paises-america-latina>

Marco F. & Pautassi, L. (2020). La compensación del cuidado en los sistemas de pensiones en América Latina. *Revue Internationale des Études du Dévelo*, (242), 143-165. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7455383>

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_633168/lang-es/index.htm

ONU Mujeres. (2018). *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*. <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2018/mayo-2018/mayo/publicacion-de-cuidados>

OXFAM Internacional. (2020). *Tiempo para el cuidado. El trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad*. <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620928/bp-time-to-care-inequality-200120-es.pdf>

Pautassi, L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. *Serie Mujer y Desarrollo*, (87), Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Pautassi, L. (2018). El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción. En: ONU Mujeres (ed.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas* (pp. 178-191). ONU Mujeres México.

Pautassi, L. (2019). La emergencia del cuidado en los ámbitos locales: múltiples configuraciones En *La agenda emergente de las Políticas sociales. Movilidad urbana, cuidado y violencias de género*. Editorial Biblos.

Pautassi, L. & Zibecchi, C. (2013). *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*. Editorial Biblos.

Pautassi, L. & Zibecchi, C. (2010). *La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias* (LC/L. 3198-P). *Serie Políticas Sociales* 159. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6164/1/S1000086_es.pdf

Pérez, A. (2007). *Cadenas globales de cuidado* [Documento de trabajo 5]. UN-INSTRAW

Picchio, A. (2001). Un enfoque macroeconómico ampliado de las condiciones de vida. En C. Carrasco (ed.), *Tiempos, trabajos y género* (pp. 15-40). Publicaciones de la Universitat de Barcelona. <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Genero-Mujer-Desarrollo/enfoque%20macroeconomico%20ampliado.pdf>

Razavi, S. (2007). *The Political and Social Economy of Care in a Development Context*. United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD). [https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/2DBE6A93350A7783C12573240036D5A0/\\$file/Razavi-paper.pdf](https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/2DBE6A93350A7783C12573240036D5A0/$file/Razavi-paper.pdf)

Rico, M. N. (2011). Crisis del cuidado y políticas públicas: el momento es ahora. *Las familias latinoamericanas interrogadas: hacia la articulación del diagnóstico, la legislación y las políticas*.

Rico, M. N. & Robles, C. (2016). Políticas de cuidado en América Latina Forjando la igualdad. *Serie Asuntos de Género*, número 140, 1-81. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40628-politicas-cuidado-america-latina-forjando-la-igualdad>

Rico, M. N. y Segovia, O. (2017). ¿Quién cuida en la ciudad? Aportes para políticas urbanas de igualdad. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42424-quien-cuida-la-ciudad-aportes-politicas-urbanas-igualdad>

Rodríguez, C. (2012). La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?. *Revista CEPAL*, (106), 23-36. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/11524-la-cuestion-cuidado-eslabon-perdido-analisis-economico>

Rulli, M. (2020). Madres y/o políticas: Entre el derecho a participar y el derecho al cuidado. En, M. Herrera, S. Fernández, N. De la Torre & C. Videtta (coords.), *Tratado de Géneros, derechos y Justicia* (1.ª ed.), Editorial Rubinzal Culzoni.

Torns, T. (2007). El tiempo de trabajo y las relaciones de género: las dificultades de un cambio ineludible. En C. Prieto (ed.), *Trabajo, género y tiempo* (pp. 269-277). Editorial Complutense.

Tronto, J. (2006). Vicious circle of privatized caring. En M. Hamington y D. Miller (eds.), *Socializing Care: Feminist Ethics and Public Issues* (pp. 3-26). Rowman & Littlefield Publishers.

Tronto, J. (2020). *¿Riesgo o cuidado?* (1.ª ed.). Fundación Medifé Edita. https://issuu.com/fundacionmedife/docs/riesgo_o_cuidado-issuu

UNICEF. (2020). *Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia COVID-19 y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana*. UNICEF Argentina. <https://www.unicef.org/argentina/media/8056/file/Covid19-EncuestaRapida-InformeEducacion.pdf> 



Competencia y Mercado Mayorista de Electricidad: la función de monitoreo a cargo del coordinador eléctrico peruano (COES)^{(*)(**)}

Competition and Wholesale Electricity Market: the monitoring task assigned to the Peruvian electricity coordinator (COES)

Erick Vargas Guevara^(*)**

Quiñones Alayza Abogados (Lima, Perú)

Resumen: El objetivo del presente trabajo consiste en estudiar las implicancias jurídicas de la función de monitoreo del mercado mayorista eléctrico que la Ley 28832 y sus reglamentos han asignado al Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional del Perú (COES). Así, se analiza la importancia de la vigilancia de la competencia en un sector estratégico y vital para cualquier país como el eléctrico y el rol del COES como colaborador del Estado peruano. Por su parte, se describen los indicadores que normalmente son utilizados para medir el nivel de competencia en el mercado eléctrico y los que aprobó OSINERGMIN el 2017.

Asimismo, y ante el silencio al respecto de las exposiciones de motivos y de los informes de sustento de la normativa, se responde a por qué la función de monitoreo debe recaer en el COES, concluyéndose que ello se encuentra justificado por su cercanía a los agentes a los que monitorea. Justamente, esta relación permanente entre el COES y los agentes eléctricos permite al coordinador acceder a importante información de primera mano para la evaluación de los indicadores de competencia; facilidad que no tiene ninguna entidad estatal.

Palabras clave: Derecho de la Energía - Mercado de electricidad - Spot - Monitoreo - Competencia - Coordinador del sistema eléctrico - COES

Abstract: The aim of this work consists in studying the legal aspects of the monitoring task on the wholesale electricity market that Law 28832 and its regulations have assigned to the Economic Operation Committee of the National Interconnected Electric System of Peru (COES). Thus, we analyze the relevance of the competition surveillance in such a strategic and vital sector for every country as the electric is and the COES' role as Peruvian government collaborator. Moreover, we describe the indicators usually used to measure the competition level within the electricity market and the ones approved by OSINERGMIN in 2017.

Likewise, and considering the silence to this respect of the legislation's statements of reasons and support reports, we answer why the monitoring function must fall to COES, concluding that it is justified in its closeness to the monitored agents. Precisely, this constant relationship between COES and electric agents allows the coordinator to access to relevant first-hand information for the competition indicators evaluation; ease that no governmental entity has.

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 30 de agosto del 2020 y su publicación fue aprobada el 26 de octubre de 2020.

(**) Las opiniones expresadas son atribuibles únicamente al autor y no vinculan a las instituciones a las que este pertenece.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Predocente (jefe de práctica) de "Introducción a las ciencias jurídicas" en la Facultad de Derecho de la PUCP, donde también es adjunto de docencia del área de Derecho administrativo. Capacitado en Mercados Mayoristas Eléctricos por la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE). Asociado de Quiñones Alayza Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6722-7651>. Correo electrónico: evargasg@pucp.edu.pe



Keywords: Energy Law - Electricity Market - Spot - monitoring - Competition - Electricity system coordinator - COES

1. Introducción

Para que un país sea próspero, debe tener electricidad. Piénsese, por ejemplo, en las telecomunicaciones, industria alimenticia, teletrabajo o tareas del hogar; ninguna de estas actividades sería posible sin suministro eléctrico. Así, como señaló Adetoro, la energía (que incluye a la electricidad) es un elemento vital y un requerimiento básico para una sociedad civilizada, junto con la comida, techo, vestimenta y agua. No obstante, el sector energético se diferencia de otros (como la manufactura y agricultura) por su carácter de estratégico para la economía y desarrollo nacional (2006, pp. 387-389)⁽¹⁾.

Por ende, el mercado en el que la electricidad se provee debe estar configurado de tal forma que permita un suministro constante y suficiente de este bien, en consonancia con la demanda que la requiere. Una de las condiciones de todo mercado para su eficiencia es la competencia, por lo que, en el caso del mercado eléctrico, es aún más fundamental.

Ahora bien, las condiciones de competencia presentes en el mercado eléctrico peruano, así como en cualquier otro mercado, sufren variaciones y fluctuaciones. Si bien estas no suelen resultar de interés para la autoridad de competencia hasta que se presentan indicios de abuso de posición de dominio o de conformación de cárteles, en mercados donde se transan bienes tan estratégicos como la electricidad puede ser indispensable que alguien se encargue de vigilar constantemente la evolución de estas condiciones.

En el caso peruano, el legislador ha partido de esta premisa para encargar —mediante la Ley 28832⁽²⁾, el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad (“RMME”)⁽³⁾ y el Procedimiento de Monitoreo del Mercado Mayorista de Electricidad (“Procedimiento de Monitoreo”)⁽⁴⁾— esta tarea a quien está en contacto permanente con los agentes del sector: el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (“COES”), en su calidad de coordinador del despacho eléctrico.

En ese sentido, resulta de interés para los fines de este trabajo estudiar esta función del COES y sus implicancias jurídicas respecto del Mercado Mayorista Eléctrico (“MME”) y el Derecho de la competencia. Así, corresponde preguntarse cuál es la importancia de vigilar la competencia en el MME, los retos

que implica considerando la naturaleza de la electricidad, los indicadores que normalmente se usan para la labor del monitoreo, los que se han aprobado en Perú y por qué esta tarea debe recaer en el COES y no en la agencia estatal especializada en la defensa de la competencia (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, “INDECOPI”).

Entonces, el objetivo principal del presente trabajo consiste en responder por qué en el MME se debe institucionalizar un régimen de vigilancia permanente, considerando que el Estado peruano solo actúa en los mercados, por regla general, previa denuncia o si decide en un caso específico actuar de oficio. Por su parte, los objetivos secundarios de esta investigación son los siguientes: (i) responder por qué esta tarea debe recaer en el COES, entidad ajena en principio a la normativa de defensa de la competencia en el Perú, y (ii) analizar la naturaleza de la función de monitoreo, describiendo los indicadores que debe el COES debe evaluar.

Al respecto, se parte del hecho que el MME es un espacio de compraventa de distintos bienes o servicios, como la energía, potencia y servicios complementarios, cuya constitución responde a los siguientes objetivos: seguridad de suministro y minimización del costo total de operación del sistema. En el Perú, el MME se divide en los mercados libre y regulado, y en ambos hay transacciones físicas y financieras. A su vez, el mercado eléctrico se divide (por el lado de la oferta) en generación, transmisión y distribución y (por el lado de la demanda) en usuarios libres y regulados. Solo en la generación hay segmentos competitivos, por lo que la aplicación de los indicadores del MME por el COES tiene por objeto principal rastrear el comportamiento de los agentes en este subsector.

Asimismo, se parte del supuesto de que la competencia perfecta en un mercado es una utopía, y que, ante ciertos casos como abusos de posición dominante y formación de

(1) Traducción propia.

(2) Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, publicada el 23 de julio de 2006.

(3) Aprobado por Decreto Supremo 026-2016-EM, publicado el 28 de julio de 2016.

(4) Aprobado por Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 209-2017-OS-CD, publicada el 14 de octubre de 2017.



cárteles, las normas específicas de defensa de la competencia se activan para proteger el mercado y los consumidores. En ese sentido, la vigilancia de la competencia es la función administrativa que permite al Estado saber si en un mercado se han violado estas normas de competencia, para así poder intervenir. No se ha establecido en ningún sector un régimen de monitoreo permanente, salvo en el caso del MME.

Finalmente, partimos de la constatación de que garantizar la competencia en los mercados eléctricos es una actividad que presenta dificultades por la propia naturaleza de la electricidad, en la medida que, por ejemplo, la generación se enfrenta a restricciones en horas punta y el almacenamiento de la electricidad representa aún altos costos (aunque la tendencia viene cambiando con los años). En ese sentido, en la industria eléctrica los incentivos de los productores, la (in)elasticidad de la demanda y el potencial para la expansión del producto juegan un rol importante en el grado de competencia.

2. El MME y sus segmentos competitivos

El MME es el espacio en el que las empresas generadoras compran y venden energía, potencia y servicios complementarios, utilizando el sistema de transmisión eléctrica como plataforma física de interconexión con clientes libres y concesionarios de distribución. Así, este mercado presenta los siguientes elementos: mercado instantáneo de energía (mercado *spot*), mercado de contratos, mercado de capacidad o potencia de suficiencia, mercado de servicios complementarios y servicio de transmisión eléctrica (Barría & Cerda, 2018, p. 151).

Por otro lado, la organización de un mercado eléctrico persigue los siguientes dos objetivos: la seguridad del suministro y la minimización del costo total de operación del sistema. El primer objetivo implica el mantenimiento en tiempo real del balance entre la oferta y la demanda de energía, la programación de la operación de centrales interconectadas considerando la capacidad y congestión en las líneas de transmisión, la coordinación de los programas de mantenimiento de las unidades y la provisión de servicios complementarios (*ancillary services*) que garanticen la estabilidad física de la red. El segundo objetivo implica el abastecimiento de la demanda con la producción de las plantas de generación con menor costo marginal de operación (Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, 2000, p. 7).

La existencia del MME es beneficiosa para la competencia, aunque existen ciertos factores a tener en cuenta. Así, según Wise, si bien la centralización y coordinación de todas las compraventas a través de una sola entidad puede favorecer el surgimiento de un monopolio, esto solo es un riesgo si en el mercado hay poca competencia entre vendedores y compradores. En ese sentido, la expansión en el territorio de las líneas de transmisión coadyuva a disminuir las preocupaciones por el ejercicio de poder de mercado (Wise, 1996, p. 275)⁽⁵⁾. En todo caso, siempre que el MME sea transparente y esté coordinado por una entidad independiente, será la base de que los mercados eléctricos sean competitivos, como en el caso de los Estados Unidos. Así lo reconoce la National Renewable Energy Laboratory (2016, p. 12)⁽⁶⁾.

Por otro lado, en los mercados que han pasado por procesos de liberalización es usual que coexistan segmentos regulados con los no regulados. Es el caso de Estados Unidos, en el que la reestructuración del mercado eléctrico ha permitido la competencia en generación y en la comercialización en los segmentos no regulados y parcialmente regulados, brindando oportunidades para los nuevos agentes.

Como señala Greer, en el marco de este proceso de reestructuración se crearon organizaciones de distribución y transmisión que proveen solo un servicio y no compran o venden energía, sino que la distribuyen en nombre de otros agentes del mercado. Estos nuevos jugadores son los *merchant generators*, *transmission companies* ("Transcos"), ISOs⁽⁷⁾, RTOs⁽⁸⁾, propietarios de transmisión, empresas de distribución, *electric power marketers* y *energy service companies* ("ESCOs") (Greer, 2012, p. 52)⁽⁹⁾.

El paso de una situación de monopolio verticalmente integrado a una de estructuras de mercado donde se introduce competencia en segmentos de la industria donde ella

(5) Traducción propia.

(6) Traducción propia.

(7) Véase Independent System Operators.

(8) Véase Regional Transmission Organizations.

(9) Traducción propia.



es posible y deseable se da, en buena cuenta, gracias a los avances tecnológicos y a la implementación de nuevos mecanismos regulatorios. Así, en diversos países (como Inglaterra, Chile o Perú) se dieron procesos de desintegración vertical de la generación del resto de actividades eléctricas y de desintegración horizontal de las empresas de propiedad estatal para permitir el ingreso de nuevos competidores (Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, 2000, p. 7).

En Perú, la estructura y funcionamiento del MME ha sido objeto de muchos estudios en la bibliografía jurídica y económica. Sobre este tema tratan los trabajos de Quiñones (2005), Dammert, Molinelli y Carbajal (2011), Aragón (2012), Dammert, García y Molinelli (2013), Okumura (2016), Cairampoma y Villegas (2018), etcétera, a los cuales nos remitimos para estos efectos.

Al respecto, cabe mencionar que el sector eléctrico peruano se divide en dos mercados: el regulado y el libre. Dentro del primero, la formación de precios responde a mecanismos de mercado (precios firmes de licitaciones) y complementariamente a precios regulados (precios en barra). En el segundo caso, esta formación responde a precios de mercado (precios libres y precios firmes). En ambos casos, los precios de transmisión y distribución están sujetos a regulación. Asimismo, en ambos mercados hay transacciones físicas (energía y potencia) y financieras (dinero y contratos) (Dammert, Molinelli & Carbajal, 2011, p. 127).

Ahora bien, sobre la base de la Ley de Concesiones Eléctricas⁽¹⁰⁾, su Reglamento⁽¹¹⁾ y la Ley 28832, el mercado eléctrico, por el lado de la oferta, se encuentra verticalmente desintegrado en generación, transmisión, distribución y, por el lado de la demanda, en usuarios libres y regulados. Detallaremos en cada caso si se presenta un segmento competitivo⁽¹²⁾.

- **Generación:** Se trata de un segmento competitivo, en el que las empresas productoras pueden instalar sus centrales de generación donde mejor les convenga y fijar precios libremente en los contratos de suministro eléctrico. Ello, sin perjuicio de que las condiciones para su participación en el MME se encuentran altamente reguladas y los precios *spot* son fijados por un tercero (el COES). Asimismo, los precios de potencia y energía vendidas a los distribuidores para el consumo final de los usuarios regulados están sujetos a límites (tarifas en barra o precios resultantes de las licitaciones).

- **Transmisión:** No es posible la competencia pues es un monopolio natural.
- **Distribución:** No es posible la competencia pues es un monopolio natural (al menos en Perú).
- **Usuarios libres:** Se trata de un segmento competitivo, pues las industrias que forman parte de él tienen libertad para negociar los precios de sus contratos de suministro eléctrico.
- **Usuarios regulados:** es un segmento no competitivo, pues se trata de consumidores pequeños y con poco poder de negociación, por lo que se encuentran sujetos a los precios determinados por el regulador (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, "OSINERGMIN").

De forma coherente con la posibilidad de competencia en generación y de los usuarios libres, la Ley 28832⁽¹³⁾ y el RMME⁽¹⁴⁾ han permitido que estas empresas puedan participar en el MME, bajo el siguiente esquema:

Tabla 1

Rol	Participantes
Oferta	Generadores integrantes del COES.
Demanda	- Generadores. - Distribuidores. Si bien es un segmento no competitivo, se ha permitido su participación en el MME pero solo para atender la demanda de sus Usuarios Libres, mercado que sí es competitivo. - Grandes Usuarios (conjunto de Usuarios Libres).

Fuente: Elaboración propia

Cabe señalar que existen diversas nuevas tecnologías que se pronostica van a impactar en los niveles de competencia de los mercados eléctricos, como nuevos tipos de plantas de energías renovables —

(10) Véase Decreto Ley 25844, publicado el 19 de noviembre de 1992.

(11) Aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM, publicado el 25 de febrero de 1993.

(12) Ello, sin perjuicio de que la consideración de si un mercado puede ser competitivo o solo es posible el monopolio depende de una serie de factores que varían de territorio en territorio, como la tecnología disponible y el tamaño del mercado.

(13) Según su artículo 11.

(14) Según sus numerales 2.2 y 2.3.



energía eólica a gran altura, carreteras solares, energía solar en el espacio, energía a partir de residuos, etcétera— *battery energy storage systems* —almacenamiento de energía, carros eléctricos—, redes inteligentes, medidores inteligentes, *microgrids*, aparatos para control de energía. La integración de estas nuevas tecnologías implicará la expansión del mercado eléctrico y el surgimiento de los prosumidores, agregadores de energía, consultores de energía y comunidades energéticas como nuevos actores en el mercado (Moreno & Gutiérrez, 2019, p. 279).

3. Fomento y vigilancia de la competencia en el MME

El fomento de la competencia es una cuestión fundamental en cualquier mercado. La situación ideal es que esta sea perfecta: según este modelo, las empresas (para maximizar sus beneficios) eligen el nivel de producción en el que el costo marginal es igual al ingreso marginal. Además, existe multitud de empresas pequeñas produciendo bienes idénticos y en una proporción demasiado pequeña para influir en el precio de mercado, cada una de ellas con una demanda infinitamente inelástica. El precio viene dado, de tal forma que si una empresa eleva su precio sobre el precio de mercado perderá todas sus ventas (Robles, 2001, p. 40).

En esa línea, el Libro Blanco de la Ley 28832 señala que los elementos presentes en una situación de competencia perfecta son los siguientes: “a) Muchos compradores y vendedores, que neutralicen el poder de mercado de cualesquiera de ellos; b) Capacidad de respuesta de la demanda y de la oferta a los precios; c) Mercados líquidos y eficientes d) Acceso igualitario a los servicios esenciales (de transmisión y de operación del sistema) e) Tratamiento apropiado de los aspectos que pudieran interferir con el funcionamiento del mercado” (Comisión MEM-OSINERG creada por Ley 28447, 2005, p. 32).

Sin embargo, esta situación es utópica, pues lo que se dará en la mayoría de casos es un mercado con competencia imperfecta, que se produce cuando hay fallas de mercado; entre otras, cuando “existen empresas con poder de mercado, es decir, con capacidad para elevar el precio de un producto o servicio limitando su producción, dando lugar a un despilfarro que impide maximizar la eficiencia” (Robles, 2001, pp. 47-48). En el MME, así como en todos los mercados, la competencia hace posible el bienestar del consumidor, ya que mientras más competencia los precios tienden a disminuir. Por tanto, ante la presencia de fallas, se deben desarrollar los mecanismos y estrategias para su mitigación.

3.1. Bases constitucionales y legales del Derecho de la competencia en el Perú

El fomento y vigilancia de la libre competencia en los mercados es una tarea originaria del Estado, reconocida expresamente en la Constitución Política de 1993, cuyo artículo 61 señala que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...)”.

La ley que desarrolla esta misión es la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁽¹⁵⁾, aplicable a todos los mercados en general. La norma establece que el Estado, a través del INDECOPI, investiga y supervisa la libre competencia en los mercados y que puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador (“PAS”) y castigar en casos de abuso de posición de dominio y de identificarse prácticas colusorias horizontales o verticales. Para estos fines, se debe identificar previamente el mercado relevante, constituido por el mercado del producto y el mercado geográfico.

En el caso del MME, según lo que señala OSINERGMIN al responder los comentarios al Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS (que daría origen al Procedimiento de Monitoreo) el mercado relevante ya se encuentra definido pues se conoce a los participantes que compran y venden conforme a lo dispuesto en el RMME (2017, p. 3). Es decir, el mercado relevante sería él mismo el MME.

3.2. Razón de ser de las normas de competencia

El Derecho de competencia tiene su razón de ser en el respeto de los derechos de los participantes en el mercado, incluyendo los usuarios. Así, señala Montero Pascual que “las normas en materia de defensa de la competencia tienen por principal finalidad proteger la competencia en cuanto dinámica eficaz para satisfacer la demanda de los usuarios. El objeto de estas normas no es la protección de la competencia en sí, sino la protección de los intereses de los usuarios” (2013, p. 92).

(15) Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 de junio de 2008, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 030-2019-PCM.



No obstante, estas normas no “se activan” en cualquier supuesto ni están refidas con la formación per se de posiciones monopólicas o de dominio en un mercado; por el contrario, “la disciplina de defensa de la competencia es proclive a las situaciones de dominio del mercado cuando éstas son fruto de la eficiencia, pero, por el contrario se opone a ellas cuando éstas se generan a consecuencia de operaciones ajenas a la lógica de una mayor eficiencia y, por tanto, a los intereses de los usuarios” (Montero, 2013, p. 95).

Cuando simplemente no existe competencia en el mercado, las normas del Derecho de la competencia resultan insuficientes para garantizar su aparición —por ejemplo, en el caso de los mercados liberalizados—, por lo que entra a tallar la regulación, cuya eficacia frente a la defensa de la competencia, de aplicación *ex post*, reside en la aplicación *ex ante* de obligaciones, que es más eficaz y garantiza una mayor seguridad a los nuevos operadores (Montero, 2013, pp. 96-99).

Con respecto a la relación entre las normas de competencia y la regulación, en el sector eléctrico prima el principio de subsidiariedad, según el cual el regulador (OSINERGMIN) solo actúa en caso el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios regulados⁽¹⁶⁾.

3.3. La vigilancia de la competencia como función administrativa

La función administrativa es la “actividad imperativa integrada por el conjunto de tareas y cometidos administrativos (de contenido no económico o prestacional), que presuponen o implican necesariamente, en su cumplimiento, el ejercicio de autoridad, y que van desde las actividades más exclusivas y esenciales, hasta actividades de menos intensidad pero igualmente exentas de la libre iniciativa privada” (Parejo, 1992, p. 409).

Así, la actividad de vigilancia del Estado —equivalente a la supervisión, fiscalización, comprobación, inspección administrativa o monitoreo— es una de las funciones públicas del Estado (Zegarra, 2016, p. 124), cuyo objetivo principal es la verificación del cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones, por lo que se trata de un control de legalidad y no de oportunidad o eficacia. Además de ello, satisface una serie de finalidades: preventiva, cognitiva, correctiva, orientativa y auxiliar de otras potestades. En tanto potestad pública, para el ejercicio de la fiscalización se requiere de habilitación legal (Izquierdo, 2019, pp. 393-413).

Una de las manifestaciones de esta potestad es la vigilancia de las condiciones competitivas en el mercado. Así, con respecto al Derecho de la competencia, la misión del Estado “consiste en establecer las reglas del juego y vigilar su cumplimiento” (Robles, 2001, p. 35). Entonces, el Estado no interviene únicamente para garantizar la libertad, sino que, una vez asumida la tarea de dirigir la economía, tiene por objeto encauzarla hacia la consecución de ciertos objetivos predeterminados. En ese sentido, se habla, respecto de la competencia, de una función jurídica, político-social y económica (ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores, mayores oportunidades empresariales, etcétera) (Robles, 2001, pp. 43-45).

3.4. La especial importancia del fomento y vigilancia de la competencia en el MME

Si el fomento y vigilancia de la competencia en todos los mercados es fundamental para el bienestar de la economía y ciudadanos y para realizar el ideal de democracia en la sociedad, monitorearla en el MME constituye una tarea de la más alta prioridad, considerando la esencialidad de la electricidad. Así se ha reconocido en el segundo de los objetivos de la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040⁽¹⁷⁾, que consiste en “Contar con un abastecimiento energético competitivo”. En ese sentido, en el marco de este objetivo, se establece como uno de los lineamientos de política “Establecer un marco normativo que aliente el libre acceso, la competencia y minimice la concentración del mercado, así como favorezca la transparencia en la formación de precios”.

No obstante, garantizar la competencia en los mercados eléctricos es una tarea difícil por la propia naturaleza de este bien. Así lo reconoce Borenstein, para quien el problema fundamental con los mercados eléctricos es que es difícil de predecir y es casi completamente insensible a las fluctuaciones de precios ya que la generación se enfrenta a

(16) Véase Artículo 11 del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, publicado el 9 de mayo de 2001.

(17) Aprobada por Decreto Supremo 064-2010-EM, publicado el 24 de noviembre de 2010.



restricciones en horas punta y el almacenamiento aún es muy costoso (Borenstein, 2002, pp. 191-192)⁽¹⁸⁾.

Asimismo, MacGill y Healy señalan que como la electricidad no es un bien convencional y por la complejidad de las transacciones en tiempo real, no bastan las disposiciones regulares que se establecen para la introducción de competencia en los mercados (como la desintegración vertical y horizontal). Así, los mercados eléctricos son “*designer markets*” ya que sus aspectos más fundamentales, incluyendo el contenido y naturaleza de los bienes transados y de los acuerdos que les sirven de base, tienen que estar definidos no solo institucional sino también tecnológicamente (MacGill & Healy, 2013, p. 637)⁽¹⁹⁾.

Así, según Borenstein, Bushnell y Knittel, en la industria eléctrica existen factores además de la concentración y de la cuota de mercado que impactan en el grado de competencia; entre otros, los siguientes:

- Los incentivos de los productores: bajo la premisa de que todo agente responderá distinto a determinado ambiente competitivo.
- La responsividad al precio (elasticidad) de la demanda: un productor que sabe que su producto es absolutamente necesario puede aprovecharse para subir sus precios a altos niveles. Ello no sucederá si la demanda es elástica.
- El potencial para la expansión del producto por los competidores y potenciales competidores: la capacidad de transmisión en una región y la capacidad de generación competitiva disponible son los factores claves para determinar el potencial para la entrada de competencia en el corto plazo o para la expansión del producto (Borenstein, Bushnell & Knittel, 1999, p. 68)⁽²⁰⁾.

Por su parte, Vives resalta dos factores que hacen al sector eléctrico susceptible al poder de mercado: (i) la oferta es relativamente inelástica, puesto que la electricidad no es almacenable —excepto en las presas hidráulicas y en el caso de los *battery energy storage system*— y que existen restricciones de capacidad de oferta en el corto plazo y (ii) la demanda a corto plazo es inelástica puesto que los consumidores, particularmente los domésticos, se enfrentan típicamente a un precio regulado con independencia de su consumo.

Estas condiciones implican un poder de mercado elevado cuando la demanda y la oferta total están cerca, normalmente, en periodos de demanda alta. A su vez, el ejercicio de poder de mercado se puede dar en el nivel del sistema agregado o localmente —esto último, cuando las restricciones de

transmisión crean mercados geográficos aislados—. Otro factor a considerar es la incertidumbre sobre las unidades de producción disponibles y la interacción entre tecnologías de generación múltiples con capacidad de marcar el precio en el mercado al contado (Vives, 2006, pp. 227-228).

Asimismo, señala Valdés que en el mercado eléctrico las posibilidades de afectar la operación del sistema son múltiples y tienen que ver con la información entregada por los generadores respecto al costo y/o disponibilidad de combustible, disponibilidad de las centrales, necesidades de mantenimiento, reportes de fallas, declaraciones de mínimo técnico y cualquier otro aspecto que pueda, en los hechos, afectar el despacho de las centrales, lo que altera las señales de precio, y por ende, las condiciones de competencia en el mercado (Valdés, 2018, p. 106).

En el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS, OSINERGMIN señaló que el poder de mercado en el mercado eléctrico es casi siempre caracterizado por la retención —física o económica— de capacidad en el mercado. Así, en los momentos donde la demanda es cercana a la capacidad del sistema y la respuesta de demanda es débil, pequeñas variaciones en las capacidades pueden afectar el precio, y en esos momentos es difícil distinguir la distinción de capacidad y genuina falta de capacidad (2017, p. 10).

Esta retención es también documentada por Hunt, quien señala que para que sea provechosa para el agente, deben darse ciertas condiciones, como que haya barreras a la entrada de competidores al mercado y el agente retenedor tenga suficientes unidades de generación para que la ganancia obtenida por la subida del precio de la electricidad despachada por otras unidades sea mayor que las pérdidas por la capacidad disminuida (Hunt, 2002, p. 90)⁽²¹⁾. Así, los incentivos de los generadores para ejercer su poder de mercado dependerán de su posición en el balance mensual de entregas y retiros del

(18) Traducción propia.

(19) Traducción propia.

(20) Traducción propia.

(21) Traducción propia.



sistema. Según Borenstein, si un productor vende más de lo que compra, tendrá más incentivos para restringir su producción y así aumentar el precio *spot*. Pero si ha vendido gran parte de su producción bajo contratos de suministro, tendría muchos menos incentivos para incurrir en esta conducta (Borenstein, 2002, p. 202)⁽²²⁾.

Hunt ensaya algunos métodos para controlar el poder de mercado en la estructura del mercado eléctrico, bajo la premisa de que la mejor solución es reducir la necesidad de vigilancia (a) en primer lugar, facilitando la entrada al mercado para tener suficientes competidores, junto con una demanda responsiva a precios, (b) como segunda mejor solución, teniendo una buena cobertura de contratos (especialmente durante la transición a mercados competitivos), para que así la menor cantidad de energía sea transada en el mercado *spot* y (c) como último recurso, aplicando formas de regulación parcial tales como precios tope, restricciones de licitación y control de ganancias. En cualquier caso, el monitoreo será siempre necesario (Hunt, 2002, p. 105)⁽²³⁾. Otros autores relacionan la posibilidad de una eficaz competencia en el MME con el régimen de la transmisión (Pierce, 1998, p. 272)⁽²⁴⁾.

En el Perú, cuando se creó por la Ley 28447⁽²⁵⁾ la Comisión para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica para que plantee reformas a la normativa del sector eléctrico, se estableció como uno de sus objetivos el de asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica mediante “(i) incorporación de mecanismos de mercado” y “(iv) competencia por el mercado”⁽²⁶⁾. En ese marco, según el Libro Blanco que produjo la Comisión, uno de los objetivos del proyecto de ley propuesto, que daría paso a la Ley 28832, consistió en “Corregir, en la Ley de Concesiones Eléctricas, las deficiencias que se identificaron como barreras para el desarrollo de la competencia en el mercado de generación, e incorporar las medidas necesarias para fomentar dicha competencia” (Comisión MEM-OSINERG creada por Ley 28447, 2005, p. 5).

Por ello, en este documento se proponen medidas orientadas hacia el impulso de la competencia en generación, para evitar el ejercicio del poder de mercado. Para ello, según el Libro Blanco, se requería “fomentar el ingreso de nuevos generadores, expandir el área geográfica del mercado liberando las restricciones de transmisión, garantizar condiciones apropiadas de salida a las plantas que resulten antieconómicas, e incorporar una institución independiente que se encargue de la operación del sistema y del mercado de corto plazo.

Adicionalmente, es esencial que la demanda pueda responder a las variaciones de los precios y que exista suficiente cobertura contractual (de largo plazo), de tal modo que la cantidad de energía transada en el mercado de corto plazo, a precios *spot*, sea relativamente menor” (Comisión MEM-OSINERG creada por Ley 28447, 2005, p. 6).

La Ley 28832 recogió las propuestas de esta Comisión, al establecer en su artículo 2 que una de sus finalidades consiste en “c) Adoptar las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación; (...)”.

Cabe señalar que si bien se reconoce que la introducción de mayor competencia en generación redundaría posiblemente en tarifas más eficientes, también deben darse mecanismos que aseguren el abastecimiento y las inversiones en capacidad (Sánchez, 2014, p. 113). Así, la introducción de competencia en el sector eléctrico no basta para garantizar el libre acceso al mercado de nuevos agentes, por los mismos incentivos de los productores para maximizar sus beneficios (Adetoro, 2006, p. 397)⁽²⁷⁾. Al respecto, según Hunt, entre los principales métodos para asegurar la presencia de suficientes competidores, tenemos los siguientes: (i) fomentar la entrada, (ii) expandir el área geográfica aminorando las restricciones de transmisión, (iii) dividir empresas de servicios públicos en partes para su venta a nuevas entidades, etcétera (Hunt, 2002, p. 96)⁽²⁸⁾.

Entonces, por las características de la electricidad y del MME hacen imperativo que las condiciones de competencia, necesarias para garantizar el suministro eléctrico a la población, sean vigiladas de forma continua para evitar el ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de los agentes. En caso contrario, estos tendrán muchos incentivos para llevar a cabo conductas de retención o disminución de su propia oferta, con

(22) Traducción propia.

(23) Traducción propia.

(24) Traducción propia.

(25) Véase Ley que modifica el Decreto Ley 25844, publicada el 30 de diciembre de 2004.

(26) Véase Primera Disposición Final.

(27) Traducción propia.

(28) Traducción propia.



la consecuente alza de los precios, en detrimento del consumidor.

3.5. Casos de libre competencia en el MME peruano

La relación más cercana que existe entre libre competencia y el MME peruano se ha dado a través del control de concentraciones⁽²⁹⁾, al tener el Perú una regulación sectorial sobre la materia⁽³⁰⁾. Además de estos casos, tal vez el caso de libre competencia más relevante fue aquel en el que Termoselva S.R.L. denunció a diversas empresas generadoras⁽³¹⁾ y al COES por haber supuestamente actuado a través de los órganos de esta última para incurrir en prácticas colusorias en las modalidades de fijación concertada de precios y boicot horizontal.

En primera instancia la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI ("CLC"), mediante Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC, declararían improcedente la denuncia ya que los hechos imputados al COES habrían importado el ejercicio de potestades administrativas, lo cual no era competencia de la CLC. En segunda instancia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, mediante Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI, declaró la nulidad de la Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC y dispuso que la CLC continúe con la tramitación de la denuncia de Termoselva y emita pronunciamiento de fondo.

No obstante, posteriormente Termoselva se desistió de las pretensiones y del procedimiento a que dieron lugar su denuncia, lo cual fue aceptado por la CLC, mediante Resolución 051-2007-INDECOPI/CLC, ya que consideró que las normas bajo las cuales se dieron los actos y conductas denunciadas ya habían sido modificadas, por lo que ya había una regulación destinada a evitar que estos hechos volviesen a ocurrir.

En otros casos, el INDECOPI investigó conductas supuestamente anticompetitivas en el sector eléctrico pero

decidió no iniciar un PAS. Así, mediante Resolución 006-2012/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la CLC expuso los resultados de sus investigaciones sobre una presunta práctica colusoria horizontal entre distintas empresas⁽³²⁾ participantes en la Licitación Pública Internacional para el Suministro de Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas para el Servicio Público de Electricidad, conducida por la entidad pública PROINVERSIÓN⁽³³⁾. Finalmente, decidió no abrir un PAS pues consideró que no existían indicios razonables de colusión.

En otro caso, la Secretaría Técnica decidió, mediante la Resolución 030-2013/ST-CLC-INDECOPI, no iniciar un PAS contra todas las empresas de generación eléctrica que participaron en los procesos de licitación de energía y potencia realizados entre 2006 y 2012 según lo dispuesto por la Ley 28832, por presuntas prácticas colusorias horizontales, al no haberse identificado indicios razonables de estas. Asimismo, recomendó al OSINERGMIN implementar una base de datos sistematizada de cada una de las próximas convocatorias de los procesos licitatorios.

Últimamente, la Secretaría Técnica de la CLC ha iniciado PAS contra distribuidoras por abuso de posición de dominio. Así, por ejemplo, inició un procedimiento contra la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (distribuidora monopolística en las regiones de Lambayeque

(29) Destacan, entre otras, las Resoluciones 012-99-INDECOPI/CLC (solicitudes de adquisición de Enersis S.A. por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España y de Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por Enersis S.A., presentadas por Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generandes Perú S.A., Generalima S.A. e Inversiones Distrilima S.A.), 081-2006-INDECOPI/CLC (solicitud de autorización previa de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. para la adquisición de Consorcio Transmataro S.A.), 058-2009/CLC-INDECOPI (solicitud de autorización previa de Enel S.P.A. para adquirir Endesa S.A. y, a través de esta, Edegel S.A.A., Empresa Eléctrica de Piura S.A. y Edelnor S.A.A.), 030-2001-CLC-INDECOPI (solicitud de autorización previa de Tractebel S.A. para adquirir la Empresa de Electricidad de Los Andes S.A.) y la 0623-2014/SDC-INDECOPI (vinculada a la solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. de revocación de condiciones impuestas a las empresas del Grupo ISA).

(30) Véase Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico, y sus Reglamentos, aprobados por el Decreto Supremo 017-98-ITINCI y el Decreto Supremo 087-2002-EF. Estas normas quedarán derogadas por el Decreto de Urgencia 013-2019, publicado el 19 de noviembre de 2019, que estableció el control de concentraciones para todos los mercados en general.

(31) Duke Energy International Egenor S. en C. por A., Empresa Eléctrica de Piura S.A., Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A., Edegel S.A.A., Electrop Perú S.A., Energía del Sur S.A., Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.

(32) Electricidad Andina S.A., Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A., Consorcio: Compañía Energética del Centro S.A.C. – Constructora OAS LTDA., Kallpa Generación S.A., Consorcio: Empresa Eléctrica Río Doble S.A. – ABR Ingenieros S.A.C, Aruntani S.A.C., Consorcio Marañón, Empresa de Generación Huallaga S.A. y Consorcio Egecusco.

(33) Agencia de Promoción de la Inversión Privada.



y Cajamarca)⁽³⁴⁾ y la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (distribuidora monopolística en la región de Arequipa)⁽³⁵⁾ porque habrían aplicado condiciones desiguales en el mercado de comercialización de suministro de energía eléctrica a usuarios que decidían pasar de la condición de regulados a libres, vulnerando la normativa aplicable a los usuarios libres.

4. La función de monitoreo delegada al COES

El Documento de Consulta DC 002-2017-RIA/OS señala que la finalidad de los sistemas de monitoreo de mercado es supervisar el comportamiento de los agentes y detectar, de ser el caso, conductas anticompetitivas o fallas en el diseño del mercado que las incentiven:

Los Sistemas de Monitoreo de Mercado surgen con el objetivo de supervisar el comportamiento de los agentes y detectar conductas anticompetitivas o fallas en el diseño del mercado que incentiven a conductas anticompetitivas, las cuales pudiesen estar llevando a un desempeño ineficiente del mercado y/o afectando negativamente la operación técnica y económica, todo esto para luego proponer medidas correctivas a dichas falencias.

Un adecuado mecanismo de seguimiento del mercado, permite mejorar la competencia, aumentar la transparencia sobre los acontecimientos del mercado y mejorar el acceso a información de calidad. Las autoridades regulatorias, los participantes del mercado, y en definitiva los consumidores se beneficiarán de la información abierta sobre el estado del mercado y de las explicaciones de los acontecimientos inusuales (2017, pp. 5-8).

Ya desde el 2006, la Ley 28832 había establecido como función de interés público del COES, en su calidad de coordinador del despacho eléctrico en Perú, la de “d) Asegurar condiciones de competencia en el Mercado de Corto Plazo”⁽³⁶⁾. Este rol fue posteriormente desarrollado por el RMME⁽³⁷⁾, que interpretó que este incluye la función de monitorear el MME:

Artículo 11.- Monitoreo del MME

11.1 El COES efectuará la función de monitoreo del desempeño del mercado de acuerdo con el procedimiento que elabore y apruebe OSINERGMIN, para asegurar condiciones de

competencia de acuerdo con lo señalado en el artículo 13 de la Ley. El COES comunicará a OSINERGMIN e INDECOPI los hallazgos encontrados y de ser necesario las acciones correctivas recomendadas.

11.2 El monitoreo del mercado se realiza considerando:

a) La definición de indicadores de evaluación de condiciones de competencia del mercado.

b) El análisis del comportamiento del mercado y de sus Participantes,

c) Otros que establezca OSINERGMIN.

11.3 El COES deberá disponer de un sistema de información que permita recolectar, administrar y procesar todos los datos requeridos para las funciones de monitoreo del MME, así como poner a disposición de los Participantes, a través de su portal de internet, toda la información correspondiente, para lo cual implementará el Procedimiento respectivo.

En esa línea, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo que aprobó el RMME estableció la obligación del COES de implementar “un sistema de información para la administración y monitoreo del Mercado Mayorista de Electricidad, de manera transparente y segura. Este sistema de información debe incluir los equipos, programas, portales de internet, sistemas de comunicación u otros con el fin de proveer a los agentes del mercado de información relevante sobre el Mercado Mayorista de Electricidad. El sistema de información deberá estar operativo a la entrada en vigencia del presente Reglamento”.

Posteriormente, el 14 de octubre de 2017, se publicó el Procedimiento de Monitoreo, que regula a mayor detalle la función del COES

(34) Véase Nota de prensa “El Indecopi inicia procedimiento administrativo sancionador contra Ensa, empresa distribuidora de energía eléctrica en Lambayeque y Cajamarca, por un presunto abuso de posición de dominio” (2019).

(35) Véase Nota de prensa “El INDECOPI inició un procedimiento administrativo sancionador contra SEAL, empresa distribuidora de energía eléctrica en Arequipa, por presunto abuso de posición de dominio” (2020).

(36) En el Libro Blanco de la Ley 28832 se constata una crítica a esta función: “Por otro lado, el COES no debe asumir funciones inherentes al Indecopi como las de asegurar las condiciones de competencia. En todo caso, se puede señalar que el COES debe facilitar la competencia” (Comisión MEM-OSINERG creada por Ley 28447, 2005, C46).

(37) Norma que entró en vigencia el 1 de enero de 2018, conforme el Decreto Supremo 033-2017-EM.



de supervisar las condiciones de competencia en el MME. Esta norma establece las siguientes obligaciones de cargo del COES:

- Elaborar el reporte mensual conteniendo la determinación de los indicadores de mercado (que se describirán más adelante).
- Implementar una base de datos, en la cual almacenará la información asociada a la determinación de los indicadores de mercado.
- Remitir a OSINERGMIN e INDECOPI el reporte mensual, dentro de los quince (15) primeros días del mes siguiente al de evaluación y publicarlo en su portal de internet.
- Realizar auditorías sobre los indicadores cada dos años y remitir a OSINERGMIN e INDECOPI en un informe⁽³⁸⁾.

Según el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS, estas actividades de monitoreo tienen tres tipos de productos: (i) monitoreo permanente, donde se prueba, evalúa, mide y se reporta la *performance* de la industria sobre diferentes *benchmarks*, (ii) análisis de indicadores, donde el COES deberá incluir la relación de causas o eventos que justifiquen desviaciones atípicas de los indicadores y (iii) auditorías, que son exámenes exhaustivos donde se estudiará casos particulares que surgen esporádicamente o a pedido de OSINERGMIN (2017, p. 28).

Asimismo, en el mismo Documento se señala que el monitoreo del COES es de tipo prospectivo, “dirigido a detectar posibles fallos o vacíos que actual o potencialmente estén configurando anomalías en el mercado mayorista de electricidad, con la finalidad de desarrollar medidas correctivas hacia el futuro. Su enfoque es preventivo y dirigido al cumplimiento de objetivos regulatorios. De igual forma, para fines indicativos y de información se establecerán algunos parámetros que constituirán umbrales en vista de realizar una investigación mayor en el mercado mayorista. La ventaja de la fijación de bandas de tolerancia a los indicadores relevantes, permite identificar violaciones o incumplimiento mensual a dichos límites establecidos, situación que alerta sobre una posible anomalía en los pronósticos de COES o algún otro agente que lo realice en el que recaiga esa responsabilidad” (2017, p. 13). En el mismo sentido se pronuncia el Informe 510-2017-GRT, de sustento para la aprobación del Procedimiento de Monitoreo (2017, p. 6).

Dependiendo, según el Documento, del resultado del monitoreo, se define un curso acción. Si el análisis no detecta la existencia de condiciones anormales, el proceso de monitoreo continúa efectuándose. En caso contrario, existen ciertas medidas

que pueden ser tomadas, cuyo grado de efectividad depende del momento en que ello sucede (después de cuánto tiempo de detectado el problema) y del grado de intervención o peso que tengan en la operación (de corto y largo plazo). Así, algunas de estas medidas implican amonestaciones a los agentes involucrados en conductas anticompetitivas, mientras que otras pueden consistir en la intervención o modificación de una oferta, e inclusive la aplicación de una sanción punitiva (2017, p. 10).

Finalmente cabe señalar que el Procedimiento de Monitoreo, según el Informe 510-2017-GRT, no tiene por finalidad monitorear de forma específica el grado de integración de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, que según la normativa aplicable se trataría de una verificación *ex ante* a cargo de INDECOPI, sino un monitoreo *ex post* del mercado de generación (2017, p. 5).

4.1. Los indicadores de mercado que el COES debe analizar

Para medir el poder de mercado en un sector se utilizan indicadores económicos, los cuales varían dependiendo del caso. Así, con respecto al sector eléctrico, según Borenstein, Bushnell & Knittel, la medida fundamental del ejercicio de poder de mercado es el margen precio-costos, que evalúa el grado en el que los precios exceden los costos marginales. Los precios que estén por encima de estos costos pueden conllevar asignaciones ineficientes — el consumo será muy bajo en respuesta a los altos precios — y transferencias inequitativas del consumidor al productor. No obstante, los costos son usualmente información privada de los productores, por lo que en la mayoría de industrias los analistas no pueden utilizar este indicador. Por ello, normalmente se utilizan medidas de concentración, como el índice Herfindahl-Hirschman Index (“HHI”), para tener un primer vistazo de la potencialidad de que surja poder de mercado (Borenstein, Bushnell & Knittel, 1999, p. 66)⁽³⁹⁾.

Señala Vives que la cuota de mercado y el índice de concentración HHI son los indicadores

(38) Véase Artículo 4.

(39) Traducción propia.

(40) Federal Energy Regulatory Commission.



utilizados habitualmente en el MME. Pero ¿respecto a qué se aplican los indicadores? Según el autor, el mercado puede ser la producción, incluyendo o no las reservas, la capacidad a corto plazo o la capacidad a largo plazo. Además, la electricidad en distintos periodos representa distintos mercados (por ejemplo, en día de demanda alta y en fase *peak* u *off-peak*) y las restricciones de transmisión pueden delimitar el mercado geográfico relevante. Una vez delimitado el mercado relevante se plantea cuál es la cuota a partir de la cual el poder de mercado puede ser problemático (la FERC⁽⁴⁰⁾ de los Estados Unidos ha considerado el 20% como umbral crítico).

No obstante, alerta Vives que hay casos en los que empresas con una cuota menor pueden ejercer poder de mercado de forma sustancial, como en lo que sucedió en la crisis de California, pues cuando la demanda y la oferta son muy inelásticas, un productor que es necesario para servir a la demanda ("pivote") puede tener una gran capacidad de influenciar los precios. Entonces, se puede calcular el porcentaje del tiempo en que una empresa es pivote, para lo cual un indicador es el índice de oferta residual, que mide para una empresa la capacidad en el mercado una vez se ha sustraído la capacidad de la empresa considerada en relación a la demanda total (Vives, 2006, pp. 227-228).

Así, el Procedimiento de Monitoreo recoge algunos de los indicadores usados comúnmente, permitiendo evaluar de manera cuantitativa el desempeño del MME, sobre la base de la siguiente clasificación:

4.1.1. Indicadores estructurales

(a) Cuota de mercado, (b) índice HHI, (c) índice de oferta pivotal e (d) índice de oferta residual. Según el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS, sobre el análisis de la competitividad del MME, "es necesario evaluar su estructura, esto se asocia con la idea de que, en mercados con alta concentración, es más factible el ejercicio de poder de mercado, por lo tanto, este un problema estrechamente relacionado con la estructura del mercado" (2017, pp. 13-14). Al respecto, se considera como capacidad disponible a las potencias efectivas de las empresas de generación. Asimismo, la cuota de mercado se analizará por empresas de generación y no por central o grupo económico⁽⁴¹⁾.

Son ejemplos de cómo el COES mide la cuota de mercado y el HHI los siguientes:

4.1.2. Indicadores de comportamiento

(a) Índice de Lerner e (b) índice del margen precio-costos (*mark-up*). Según el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/

OS, estos indicadores evalúan los aspectos conductuales de algunos agentes del mercado buscando examinar el comportamiento real de las empresas productoras, lo que implica un análisis de los precios y cantidades, con el fin de determinar si existe presencia real de poder de mercado⁽⁴²⁾.

Son ejemplos de cómo el COES mide estos indicadores los siguientes:

4.1.3. Indicador de la red de transmisión:

Índice de monitoreo de la red de transmisión. En el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS, OSINERGMIN señala que a través de la manipulación de la congestión puede lograrse que generadores con una localización específica ganen poder de mercado (2017, p. 23).

Este mismo Documento señala que estos indicadores fueron elaborados y definidos sobre la base de los criterios de "(A) Relevancia - cómo el indicador evalúa la medida de interés; (B) Credibilidad - calidad de los datos para el cálculo; y (C) Practicidad - costo y facilidad de cálculo" (2017, p. 5).

Conforme al artículo 7 del Procedimiento de Monitoreo, el COES deberá incluir la relación, de manera discriminada, de causas o eventos que justifiquen desviaciones atípicas de estos indicadores, así como una breve descripción y su respectiva cuantificación. Asimismo, es obligación de OSINERGMIN establecer valores referenciales para cada indicador, sobre la base de la información de como mínimo 12 meses transcurridos⁽⁴³⁾, obtenida a partir de la base de datos histórica para cada indicador⁽⁴⁴⁾.

Por otro lado, según el artículo 8.1 del Procedimiento de Monitoreo, los límites o bandas de tolerancia que establecerá OSINERGMIN tienen como objetivo fijar estándares que permitan alertar sobre posibles comportamientos anómalos de las variables monitoreadas. Así, conforme el numeral 8.2, que entrará en vigencia cuando OSINERGMIN apruebe los valores

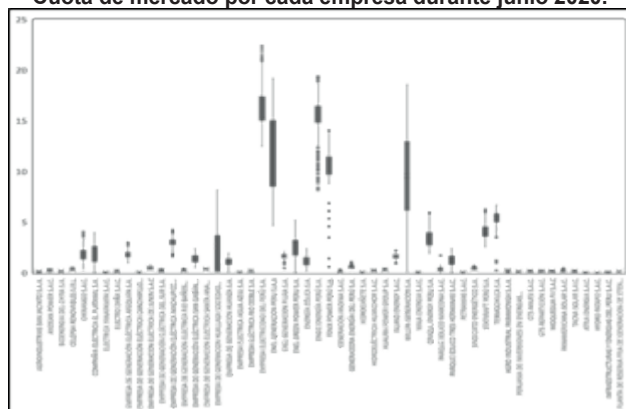
(41) Véase Respuesta al Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS de OSINERGMIN (2017), 6.

(42) Véase 2017, 17.

(43) Véase Única Disposición Complementaria Final.

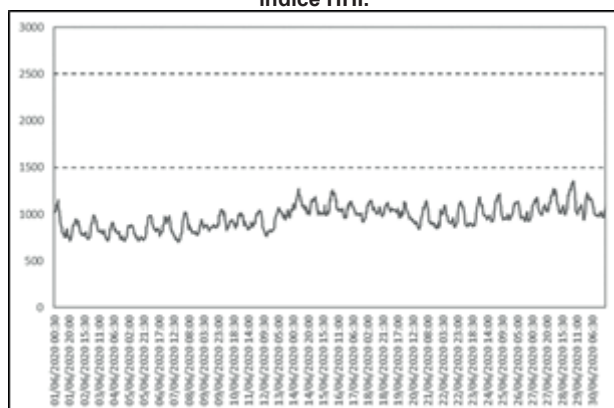
(44) Véase Artículo 8.2.

Figura 1
Cuota de mercado por cada empresa durante junio 2020.



Fuente: Informe COES/D/SGL-113-2020.

Figura 2
Nivel de concentración de mercado durante junio 2020 según el índice HHI.



Fuente: Informe COES/D/SGL-113-2020.

señalados, el error (%) será la diferencia entre el valor del indicador real del MME y el valor de referencia establecido por OSINERGMIN para un período —mes, semana o día, según sea el caso—, conforme a la fórmula establecida en el Procedimiento.

En virtud de la función que le ha sido encomendada, COES ha venido cumpliendo periódicamente con emitir (a) un reporte mensual de indicadores para el monitoreo del MME, desde enero de 2018, y (b), por medio de su Sub Dirección de Gestión

de la Información, un reporte mensual sobre revisión de las desviaciones atípicas en el MME, desde abril de 2020. Esta información es colgada en el portal web del COES, sin perjuicio de su obligación de remitirla al INDECOPI y OSINERGMIN.

4.2. La técnica de delegación empleada: el COES como colaborador del Estado

Según la Ley 28832, el COES es una entidad privada con personería de Derecho público (art. 12.2)⁽⁴⁵⁾. En ese marco, mediante la atribución legal al COES de la función de asegurar condiciones de competencia en el MME, se convierte éste en un colaborador del Estado, que es el que en realidad tiene la competencia originaria para vigilar la competencia en la generalidad de los mercados. Al respecto, consideramos que en este caso se dio la figura del encargo de gestión, reconocida en el artículo 82.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁽⁴⁶⁾.

Al respecto, si bien estamos de acuerdo con Lagos en que en esta figura caben supuestos como el del COES, no compartimos su posición según la cual con esta figura no se atribuye el ejercicio de auténticas funciones públicas sino meras actividades materiales que no implican decisión (Lagos, 2017, p. 278). Ello, en la medida que con esta figura se pueden atribuir potestades de fiscalización, cuyo carácter de ser actividades materiales no se contradice con su naturaleza de ser verdaderas funciones públicas, conforme lo ya analizado.

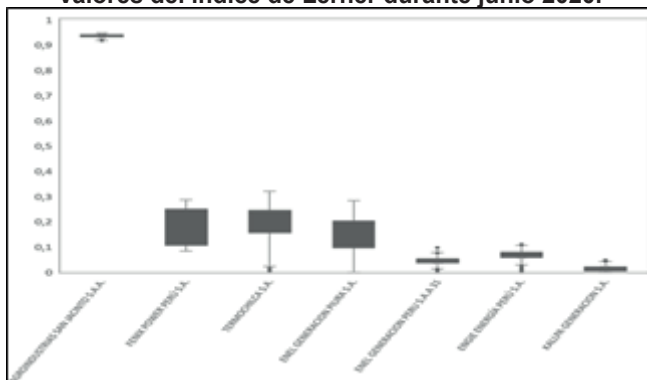
Podemos señalar que esta función, junto con las demás encomendadas al COES, tienen su origen y contexto en que el MME es un mercado altamente técnico y de una complejidad tal que desborda la capacidad organizativa, técnica y cognoscitiva de la Administración pública. Es justamente en este tipo de ámbitos que cobra fuerza y relevancia

(45) No es objeto de este estudio analizar la naturaleza jurídica de esta entidad, por lo que para ello nos remitimos al trabajo de Cairampoma y Villegas (2018).

(46) Véase Ley 27444, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, publicada el 11 de abril de 2001: Artículo 82.- Encargo de gestión
(...) 82.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

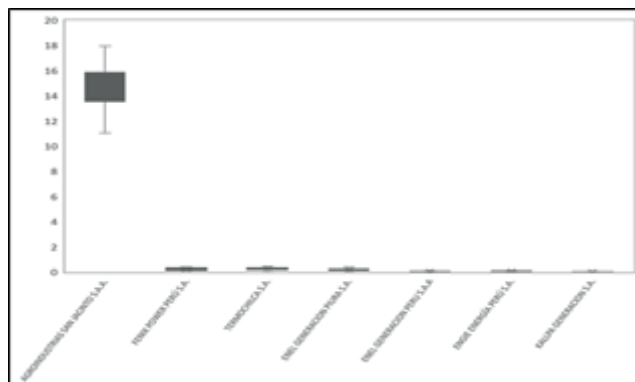


Figura 3
Valores del índice de Lerner durante junio 2020.



Fuente: Informe COES/D/SGL-113-2020.

Figura 4
Valores del índice Mark up durante junio 2020.



Fuente: Informe COES/D/SGL-113-2020.

la colaboración de los privados en el ejercicio de funciones públicas, tales como las acciones de supervisión, control e inspección (Zegarra, 2016, p. 127).

Así, señalan Galán y Prieto sobre este fenómeno de colaboración privada que se basa en tres razones: (a) falta de medios de la Administración, tanto materiales como personales, (b) falta de conocimientos técnicos de la Administración, como en el caso de sectores como un alto grado de complejidad técnica y (c) mejora de la calidad y eficacia en la gestión. Así, subrayan la relevancia de que los trabajadores expertos de la entidad privada tengan un nivel adecuado de formación técnica y que la organización de la entidad cuente con medios técnicos adecuados para el correcto ejercicio de la función. Asimismo, se pretende que estas entidades ejerzan sus funciones con imparcialidad y objetividad (Galán & Prieto, 2008, p. 69, pp. 74-75).

Canals resalta que, ante el progreso y complejidad tecnológica actuales, la función pública de inspección y control adquiere connotaciones declarativas e incluso decisorias, por lo que solo el conocimiento especializado permite la constatación de determinados hechos y la tarea de subsumir el supuesto de hecho en la norma jurídica concreta, la cual, en muchos casos, remite a normas técnicas de naturaleza extrajurídica (Canals, 2011, p. 29).

Por otro lado, en estos casos es normal que no se atribuya la totalidad del ejercicio de la función pública al privado. En ese sentido, la Administración mantiene una relación estable y permanente con la entidad privada colaboradora y tiene siempre la posibilidad de ejercer directamente la función y de supervisar el cumplimiento de esta de la entidad privada (Galán & Prieto, 2008, pp. 78-79). Finalmente, el traslado del ejercicio de las funciones públicas conlleva, paralelamente, el traslado de la responsabilidad que pueda derivarse de ese ejercicio (Galán & Prieto, 2008, p. 93).

Cabe señalar que a pesar de la diferencia entre los términos “asegurar” —usado por la Ley 28832— y “monitorear” —usado por el RMME y el Procedimiento de Monitoreo—, en nuestra opinión, la Ley 28832 ya había otorgado en el 2006 al COES la *potestad implícita* de monitorear el MME. Al respecto, según García de Enterría y Fernández, los poderes inherentes o implícitos pueden inferirse por interpretación de potestades expresamente reconocidas, más allá de la literalidad de las normas que las crean, tal como poderes concomitantes, filiales o derivados (García de Enterría & Fernández, 2006, p. 486).

Entonces, aun cuando la norma con rango de ley había delegado al COES la función de “asegurar” condiciones de competencia, ello conllevaba de forma implícita la función de monitorearla, pues para lo primero es necesario lo segundo. Uno no puede asegurar algo que no conoce o no observa. Este rol del COES como colaborador del Estado queda expreso en el Informe 510-2017-GRT, en el que se señala que el Procedimiento de Monitoreo no tiene por objeto establecer sanciones de conductas infractoras ni



determinar los órganos para imponerlas, reconociendo que ello se encuentra regulado por la normativa respectiva y respetando la autoridad de INDECOPI (2017, p. 5).

4.3. ¿Por qué el COES?

Hemos estudiado el vehículo jurídico por el cual se ha atribuido al COES la potestad de monitorear el MME. No obstante, ante el silencio de los documentos e informes que sirvieron de sustento para la elaboración de la Ley 28832, RMME y Procedimiento de Monitoreo, cabe responder por qué se ha atribuido esta función específicamente a esta entidad.

En el ámbito chileno, donde el Coordinador del mercado eléctrico tiene facultades similares a las del COES respecto del MME, se ha señalado que “esta función de monitoreo está dirigida a que el nuevo Coordinador se constituya en un verdadero colaborador de las autoridades de libre competencia, por su especial conocimiento técnico y su privilegiada posición, que le permite acceder a cuantiosa información en tiempo real, y observar situaciones sobre el funcionamiento del mercado eléctrico a las que la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podrían o les resultaría muy difícil y costoso acceder” (Valdés, 2018, p. 101).

En la misma línea, se considera que esta función será un aliciente o incentivo para que los actores del mercado eléctrico adecúen su comportamiento a las normas de libre competencia, ya que estarán mucho más conscientes de que serán observados permanentemente por un ente técnico. Esto resulta de vital importancia “ya que sin perjuicio del alto grado de rivalidad existente en la industria, la interacción forzada y permanente entre los distintos operadores del sector constituye un desincentivo importante a la interposición de denuncias o la presentación de demandas por parte de los afectados por prácticas que podrían ser constitutivas de infracciones a la libre competencia” (Valdés, 2018, pp. 101-102).

Entonces, consideramos que se encuentra justificado tanto técnica como jurídicamente la atribución al COES de la

función de monitorear el MME. Ello, pues es la entidad que, aun sin pertenecer al Estado, se encuentra más cerca del MME y de sus actores, ya que se encarga de coordinarlos a cada instante y tiene acceso a información de primera mano, a diferencia de lo que ocurre con OSINERGMIN o INDECOPI. Resultaba natural que, si el COES se comunica permanentemente y en tiempo real con las empresas del sector, sea la encargada de vigilar sus conductas en el MME, así como sus aspectos estructurales.

5. El monitoreo del MME en otros ordenamientos

5.1. Estados Unidos de Norteamérica

La Energy Policy Act de 2005⁽⁴⁷⁾, modificó la Federal Power Act (16 USC 824t), empoderando a la FERC para que facilite la transparencia de precios en los mercados para la venta y transmisión de energía eléctrica en el comercio interestatal, para satisfacer el interés público, la integridad de los mercados, la libre competencia y la protección de los consumidores⁽⁴⁸⁾. Asimismo, se estableció que una comisión especial —integrada por 5 miembros, incluyendo a un representante de la FERC— se encargaría de emitir el Electric Energy Market Competition Task Force⁽⁴⁹⁾, que tendría como objetivo analizar la competencia dentro de los mercados mayorista y minorista de energía eléctrica en los Estados Unidos⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, el Código de los Estados Unidos⁽⁵¹⁾ establece que es ilegal que cualquier entidad directa o indirectamente

(47) Del 8 de agosto de 2005. Véase Subtítulo G “Market Transparency, Enforcement, and Consumer Protection”. Véase <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-119/pdf/STATUTE-119-Pg594.pdf>

(48) Traducción propia de “(a)(1) The Commission is directed to facilitate price transparency in markets for the sale and transmission of electric energy in interstate commerce, having due regard for the public interest, the integrity of those markets, fair competition, and the protection of consumers”.

(49) Véase Título XVIII. Sección 1815 (a).

(50) “(b) STUDY AND REPORT.

(1) STUDY. The task force shall conduct a study and analysis of competition within the wholesale and retail market for electric energy in the United States”.

(51) Véase Título 16 “Conservation”, Capítulo 12 “Federal Regulation and Development of Power”, Subcapítulo II “Regulation of Electric Utility Companies Engaged in Interstate Commerce”. Sección 824v. “Prohibition of energy market manipulation”.

(52) “(a) In general It shall be unlawful for any entity (including an entity described in section 824(f) of this title), directly or indirectly, to use or employ, in connection with the purchase or sale of electric energy or the purchase or sale of transmission services subject to the jurisdiction of the Commission, any manipulative or deceptive device or contrivance (as those terms are used in section 78j(b) of title 15), in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of electric ratepayers”.

(53) Véase Docket PL05-1-000. 27 de mayo de 2005. Véase https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-04/E-5_16.pdf



use, con relación a la compra o venta de energía eléctrica o de servicios de transmisión, cualquier mecanismo engañoso o manipulativo, en contravención de las regulaciones que la FERC establezca para satisfacer el interés público o para proteger a los consumidores⁽⁵²⁾.

Así, la FERC cuenta con la colaboración de los Market Monitoring Units, asociados a los ISO y RTO. Según señala la Policy Statement on Market Monitoring Units de la FERC⁽⁵³⁾, “MMUs perform an important role in assisting the Commission in enhancing the competitiveness of ISO/RTO markets”. En ese sentido, los MMU se encargan de identificar reglas de mercado y provisiones tarifarias inefectivas, identificar potenciales conductas anticompetitivas de los participantes del mercado y proveen un análisis crítico de mercado y comprehensivo para una informada decisión de política. Según Hunt, los monitores de mercado podrían ser un brazo útil para la FERC para la revisión de cómo los mercados vienen funcionando, más que cómo deberían funcionar (2002, p. 316)⁽⁵⁴⁾.

De detectarse las conductas señaladas, los MMU deben notificarlo a la FERC, sin perjuicio de sus labores de monitoreo y de emitir reportes regulares sobre la estructura del mercado eléctrico dentro del área del respectivo ISO o RTO. Asimismo, se reconoce en la Policy Statement que como los mercados eléctricos existen en última instancia para beneficiar a los consumidores, el MMU debería concentrarse en cuán eficiente es la respuesta de mercado a las necesidades de los consumidores por un suministro confiable de electricidad. Así, en casos en los que el MMU tiene razones para creer que se ha producido una violación al mercado, debe presentar un *non-public referral* a la FERC siguiendo los protocolos del Apéndice A de la Policy Statement⁽⁵⁵⁾.

En el 2019 Report on enforcement, la FERC señala que recibió 16 *referrals* de MMUs, de los cuales 11 tuvieron que ver con potenciales manipulaciones de mercado, siete con violaciones de provisiones tarifarias y cuatro con conductas prohibidas por las reglas de la FERC sobre comportamiento en el mercado. Tres de estos *referrals* sirvieron de base para investigaciones abiertas en el 2019 (2019, pp. 41-43)⁽⁵⁶⁾.

5.2. Reino de España

En este país el mercado de producción se organiza como *pool* con diversos mercados horarios (diarios, intradiarios y otros complementarios). El mercado central en España es el diario (*day-ahead*), que combina aspectos de los mercados

establecidos en el Reino Unido y los países nórdicos (NordPool). En este mercado participan las empresas generadoras, distribuidoras, comercializadoras y los consumidores elegibles. La participación en el mercado es obligatoria, excluyendo a los contratos bilaterales físicos, que en la práctica se han dado muy poco por una regulación desincentivadora (Vives, 2006, p. 226).

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico⁽⁵⁷⁾, establece en su artículo 29 (numeral 2, literal n), que el operador del mercado tiene la función de comunicar “a la autoridad competente cualquier comportamiento de los agentes del mercado que pueda suponer una alteración del correcto funcionamiento del mismo”.

5.3. República de Chile

Mediante Ley 20.936⁽⁵⁸⁾ se modificó el Decreto con fuerza de Ley 4/20.018⁽⁵⁹⁾, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos. Así, se le agregó el artículo 72°-10 “Monitoreo de la Competencia en el Sector Eléctrico”, con el siguiente tenor: “Con el objetivo de garantizar los principios de la coordinación del sistema eléctrico, establecidos en el artículo 72°-1, el Coordinador monitoreará permanentemente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico. En caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia, conforme las normas del Decreto con Fuerza de Ley 1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Coordinador deberá ponerlas en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de las autoridades que corresponda”.

Según Valdés, los principales aspectos de esta normativa son, entre otros, los siguientes: (a) se ha fortalecido y ampliado la obligación de los coordinados de proporcionar la información que el Coordinador requiera

(54) Traducción propia.

(55) “Referrals to the Commission for Enforcement”.

(56) Traducción propia.

(57) Véase <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-13645-consolidado.pdf>

(58) Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. Ley publicada el 20 de julio de 2016. Véase <https://www.leychile.cl/N?i=1092695&f=2017-02-09&p=>

(59) Publicado el 5 de febrero de 2007. Véase <https://www.leychile.cl/N?i=258171&f=2019-12-21&p=>



para el cumplimiento de sus funciones, reconociendo la facultad de este último para realizar auditorías, (b) se ha reforzado la capacidad del Coordinador para instruir medidas para el adecuado funcionamiento del sistema, (c) se ha instituido un deber de elaborar reportes periódicos del desempeño del sistema eléctrico, estableciendo que cada coordinado deberá poner a disposición del Coordinador todos los antecedentes necesarios para determinar el grado de desempeño de las instalaciones y (d) se han reconocido atribuciones particulares respecto de la construcción, interconexión, puesta en servicio, operación, retiro, modificación, desconexión y fallas de las instalaciones eléctricas, etcétera (Valdés, 2018, p. 103).

6. Conclusiones

En la medida que la industria de la electricidad es esencial y fundamental para el bienestar de la economía y ciudadanos, se justifica la existencia de un monitoreo permanente del nivel de competencia en el mercado en el que se desarrollan las actividades eléctricas. Existen otras industrias y actividades económicas importantes como la agricultura, pesquería, minería, etcétera, pero consideramos que la electricidad reviste una esencialidad tal que, sin ella, ninguna de estas actividades sería posible. Es por ello que es necesaria una vigilancia constante y periódica de los mercados eléctricos, en el entendido que una restricción a la competencia en ellos perjudicará a todos los usuarios y actividades que, en su totalidad, dependen de la electricidad.

Esta tarea debe recaer en el COES pues es la entidad que coordina todos los días del año, a todas horas, con los agentes del sector y que cuenta con el nivel de especialización técnica que le permite conocer y entender con mayor precisión las conductas de las empresas eléctricas. Asimismo, por su cercanía a estas, cuenta con una cantidad y calidad de información de primera mano que le permite cumplir esta labor con eficiencia. Así, si bien INDECOPI es la agencia estatal encargada de la defensa de la competencia, no cuenta ni con el *expertise* ni nivel de información necesarios como para cumplir esta tarea de vigilancia.

La actividad de monitoreo del MME no es nada más ni nada menos que una función administrativa que recae originalmente en el Estado, llamado a vigilar los niveles de competencia en los mercados, que ha sido delegada al COES, en tanto agente que está en mejor posición para cumplirla. Mediante esta delegación, el COES debe evaluar indicadores estructurales (cuota de mercado, índice HHI, índice de oferta pivotal e índice de oferta residual), de comportamiento (índice de Lerner e índice del margen precio-costos) y de la red de transmisión, convirtiéndose así en un verdadero colaborador del Estado, pues sus reportes son enviados al INDECOPI y OSINERGMIN y pueden servir de insumo para el ejercicio de sus potestades públicas.

Estas ideas son útiles para alcanzar el objetivo principal de la investigación en tanto que la pregunta de por qué debe existir un régimen de monitoreo permanente y periódico en el MME puede ser respondida con la constatación fáctica de la existencia del COES: existe un COES, en términos generales, porque (a) los mercados eléctricos son de tal esencialidad que requieren de un tercero imparcial que coordine la oferta y demanda en tiempo real y porque (b) la naturaleza del bien transado (electricidad) requiere de este tercero que programe en qué momento exacto debe ingresar cada productor (despacho) y que calce constantemente esta oferta con la demanda. De ello, y considerando que en ciertos segmentos del MME hay libre competencia y que las características de la industria posibilitan el surgimiento de posiciones dominantes, se deriva naturalmente que sus indicadores deban ser analizados permanentemente.

Referencias bibliográficas

- Adetoro, D. (2006). Can the Imposition of a Regulator in Any Liberalised Energy Market Be Justified by Market Behaviours?. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 24(3), 384-402. <https://doi.org/10.1080/02646811.2006.11433443>
- Aragón, I. (2012). El mercado de electricidad en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (12) 2, 165-174. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13529/14155>
- Barría, C. & Cerda, M. P. (2018). Alcances del monitoreo de competencia del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 26, 131-161. <https://doi.org/10.7764/redae.26.8>
- Borenstein, S. (2002). The Trouble with Electricity Markets: Understanding California's Restructuring Disaster. *The Journal of Economic Perspectives*, 16(1), 191-211. <http://doi.org/10.1257/0895330027175>
- Borenstein, S., Bushnell, J. & Knittel, C. (1999). Market Power in Electricity Markets: Beyond Concentration Measures. *The Energy Journal*, 20(4), 65-88. <http://doi.org/10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol20-No4-3>
- Cairampoma, A. & Villegas, P. (2018). Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú. *Revista*



de *Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 26, 23-39. <https://doi.org/10.7764/redae.26.2>.

Canals, D. (2011). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. En A. Galán & C. Prieto (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (pp. 21-52). Huygens Editorial.

Comisión de Defensa de La Libre Competencia de INDECOPI. (2004, 19 de mayo). Resolución N° 030-2004-INDECOPI/CLC, recaída en el Expediente 012-2002/CLC.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI. (2007, 14 de setiembre). Resolución N° 051-2007-INDECOPI/CLC, recaída en el Expediente 012-2002/CLC.

Comisión MEM-OSINERG (2005). *Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica*. <http://www2.osinerg.gob.pe/MarcoLegal/docrev/LEY-28832-CONCORDADO.pdf>

Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional. (2020, 14 de julio). *Informe COES/D/SGI-113-2020 "Revisión de las desviaciones atípicas en el RIMME"*.

Dammert, A., Molinelli, F. & Carbajal, M. (2011). *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*. OSINERGMIN.

Dammert, A., García, R. & Molinelli, F. (2013). *Regulación y supervisión del sector eléctrico*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Federal Energy Regulatory Commission (2019, 21 de noviembre). 2019 Report on enforcement. Docket No. AD07-13-013. *Office of Enforcement*. <https://cms.ferc.gov/sites/default/files/2020-05/11-21-19-enforcement.pdf>

Galán, A. & Prieto, C. (2008). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. *Anuario de Derecho Municipal*, 2, 63-104. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/664240>

García de Enterría, E. & Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. T I. Versión latinoamericana, en base a la duodécima edición*. Palestra Editores.

Greer, M. (2012). *Electricity Marginal Cost Pricing. Applications in Eliciting Demand Responses*. Butterworth-Heinemann.

Hunt, S. (2002). *Making competition work in electricity*. John Wiley & Sons.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2019, 13 de noviembre). *El Indecopi inicia procedimiento administrativo sancionador contra Ensa, empresa distribuidora de energía eléctrica en Lambayeque y Cajamarca, por un presunto abuso de posición de dominio* [comunicado de prensa]. <https://bit.ly/3064mfo>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2020, 6 de julio). *El Indecopi inició un procedimiento administrativo sancionador contra SEAL, empresa distribuidora de energía eléctrica en Arequipa, por presunto abuso de posición de dominio* [comunicado de prensa]. <https://bit.ly/3jL3wMZ>

Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En D. Zegarra (coord.), *La proyección del*

Derecho Administrativo Peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP (pp. 387-418). Palestra Editores.

Lagos, F. (2017). *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* [tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9476>

MacGill, I. & Healy, S. (2013). Chapter 20 - Is Electricity Industry Reform the Right Answer to the Wrong Question? Lessons from Australian Restructuring and Climate Policy. En F. Sioshansi (ed.), *Evolution of Global Electricity Markets: New Paradigms, new challenges, new approaches* (pp. 615-644). Academic Press. <https://doi.org/10.1016/C2012-0-00444-9>.

Montero, J. (2013). Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general. En A. Ruiz (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)* (pp. 81-111). Iustel.

Moreno, L. & Gutiérrez, A. (2019). Novedades del derecho de la competencia y de los usuarios del servicio público de energía eléctrica como consecuencia de la incorporación de las tecnologías disruptivas en Colombia. En L. Moreno (dir.), C. Villanueva (coord.), *Anuario Iberoamericano de Derecho de la Energía. Vol II: Regulación de la Transición Energética* (pp. 271-287). Universidad Externado de Colombia.

National Renewable Energy Laboratory (2016). *Competitive Electricity Market Regulation in the United States: A Primer*. NREL. <https://www.nrel.gov/docs/fy17osti/67106.pdf>

Okumura, P. (2015). El Mercado Mayorista de Electricidad en el Perú. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 68, 261-277. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15598/16047>

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (2017). Documento de Consulta. Propuesta que establece Indicadores de Competencia en el Mercado Mayorista Eléctrico. DC-002-2017-RIA/OS.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. (2017). *Informe N° 510-2017-GRT. Opinión legal sobre la procedencia de publicar la Norma "Procedimiento para Monitorear el Mercado Mayorista de Electricidad", y procedencia de establecer un periodo transitorio para la aplicación del PR-46, cuando entre en funcionamiento el Mercado Mayorista de Electricidad*. Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación Tarifaria de OSINERGMIN.



Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. (2017). Respuestas de OSINERGMIN a los comentarios recibidos por el Documento de Consulta DC-002-2017-RIA/OS.

Parejo, L. (1992). *Manual de Derecho Administrativo* (2.ª ed). Editorial Ariel.

Pierce, R. (1998). The Antitrust Implications of Energy Restructuring. *Natural Resources & Environment*, 12(4), 269-275.

Quiñones, M. (2005). Mercado eléctrico en el Perú: ¿una utopía?. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 50, 73-85. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8750/9135>

Robles, A. (2001). *Libre competencia y competencia desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)* (1.ª ed). La Ley.

Sánchez, E. (2014). ¿Mayor competencia en el sector eléctrico peruano?. *Revista de Economía y Derecho*, 11(41), 101-124. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/308>

Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI. (2000). Estructura y funcionamiento del Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Peruano.

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI. (2012, 23 de abril). Resolución N° 006-2012/ST-CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente Preliminar 014-2009/CLC.

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI. (2013, 11 de diciembre). Resolución N° 030-2013/ST-CLC-INDECOPI, recaída en el Expediente Preliminar 020-2008-CLC.

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI. (2020). Resolución N° 005-2020/ST-CLC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI. (2005, 8 de julio). Resolución N° 0752-2005/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente 012-2002/CLC.

Valdés, J. (2018). El rol del nuevo Coordinador Eléctrico Nacional en su misión de monitorear las condiciones de competencia en el mercado eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, (26), 95-115. <https://doi.org/10.7764/redae.26.6>.

Vives, X. (2006). El reto de la competencia en el sector eléctrico. En J. C. Jiménez & J. García (coor.), *Energía: Del Monopolio al Mercado. CNE, diez años en perspectiva* (pp. 223-246). Civitas.

Wise, M. (1996). Overview: deregulation and antitrust in the electric power industry. *Antitrust Law Journal*, 64(2), 267-278.

Zegarra, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 69, 123-131. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16755/17077> 





Análisis crítico del ajuste secundario: ¿Todo ajuste por precios de transferencia implica una disposición indirecta de renta como sostiene la SUNAT? (*)

Critical analysis of secondary adjustment: Does all adjustment for transfer prices imply an indirect disposition of income as SUNAT says?

Renee Antonieta Villagra Cayamana ()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La Administración Tributaria como consecuencia de las fiscalizaciones de precios de transferencia ha venido realizando ajustes secundarios determinando la existencia de dividendos presuntos gravados con las tasas del 4.1% o 5% en base a cualquier ajuste a la base imponible del Impuesto a la Renta por Precios de Transferencia efectuado por ella; sin embargo, consideramos que el ajuste secundario, conforme lo está llevando a cabo la SUNAT, no tiene asidero legal; tal posición ha sido corroborada por recientes pronunciamientos del Tribunal Fiscal los cuales analizaremos en el presente trabajo.

Palabras clave: Precios de transferencia - Ajuste secundario - Dividendo presunto - Impuesto a la renta del Perú

Abstract: Tax Administration has issued resolutions assessing deemed dividends as secondary adjustments with the rates of 4.1% or 5% as a consequence of having proposed a primary adjustment in a transfer pricing audit. However, we believe this assessment, in the way that SUNAT is applying it, does not have legal basis. This position has been ratified by recent Sentences issued by the Fiscal Tribunal.

Key words: Transfer pricing - Secondary adjustment - Constructive dividends - Peruvian income tax

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 2 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 5 de octubre de 2020.

(**) Profesora ordinaria del Departamento de Derecho de la PUCP. Consultora en Tributación Internacional y Precios de Transferencia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4054>. Correo electrónico: rvillagra@pucp.edu.pe



1. Introducción

La investigación realizada trata de los ajustes secundarios y su aplicación en el Perú, tema que, a diferencia de la mayoría de vinculados a precios de transferencia, no constituye un estándar internacional, sino que corresponde exclusivamente a la legislación interna de los países. En tal sentido, la posición de la OCDE⁽¹⁾ con relación a los ajustes secundarios ha sido siempre neutral, en tanto no los prohíbe ni los recomienda y más bien se mantiene cauta en sus lineamientos respecto a esta modalidad de ajuste, desarrolla al detalle la problemática que puede generar este tipo de ajustes e invoca a los países y a sus administraciones tributarias a evitar cualquier situación de doble o múltiple imposición que pudiera generarse y, en el marco de los CDI⁽²⁾, aboga por la solución de los problemas que ha identificado a través de procedimientos de acuerdo mutuo.

En nuestro país, la Administración Tributaria dentro de las fiscalizaciones de precios de transferencia que llevaba a cabo los primeros años de vigencia de tal régimen, originalmente se limitaba a emitir la Resolución de Determinación del Impuesto a la Renta por los ajustes de precios de transferencia y la correspondiente Resolución de Multa por la infracción prevista por el artículo 178 numeral 1 del Código Tributario (Villagra, 2020, p. 28). Sin embargo, posteriormente, además del ajuste citado a la base imponible del Impuesto a la Renta empresarial, la SUNAT ha venido determinando en sus fiscalizaciones, sea definitivas o parciales, la existencia de dividendos presuntos asumiendo la existencia de disposición indirecta de renta en calidad de ajustes secundarios como consecuencia de tales incrementos de la base imponible del Impuesto a la Renta empresarial, al margen de cualquier otra consideración.

La base legal citada por la SUNAT en las determinaciones de los dividendos presuntos es el artículo 24-A, inciso g de la LIR⁽³⁾ por considerar que los ajustes de precios de transferencia significaban una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario. En el presente artículo, partiendo por conocer la definición y alcances que la doctrina reconoce a los ajustes secundarios, se expone la posición de la OCDE así como la problemática técnica y práctica que el citado ente ha identificado en tales

ajustes a nivel internacional, se hace una revisión de la legislación comparada, se analiza el inciso g del artículo 24-A de la LIR conforme a una interpretación histórica, literal y finalista; se plantea el problema de la determinación de una “presunción sobre presunción”, para, finalmente, conocer los pronunciamientos del Tribunal Fiscal sobre el ajuste secundario y la evolución de los mismos.

Cabe precisar que el tratamiento de la OCDE a los ajustes secundarios, está previsto desde las Directrices de la OCDE⁽⁴⁾ de 1995 en los lineamientos 4.67 a 4.77 (1995, pp. 71-73); asimismo, se encuentra en las Directrices del 2010 en los lineamientos 4.66 a 4.76 (pp. 179-183); no obstante, para efecto de este análisis se tomará en cuenta lo recogido en las Directrices de la OCDE del 2017 en sus lineamientos del 4.68 a 4.78 (2017b, pp. 223-226).

2. Definición de ajuste secundario

El glosario de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE señala que el ajuste secundario es el que resulta de la aplicación de un impuesto a una operación secundaria (2017b, p. 8)⁽⁵⁾, a su vez, la operación secundaria viene a ser una “construcción teórica a la que proceden determinados países en virtud de su legislación interna después de haber propuesto un ajuste primario a fin de realizar una asignación efectiva de los beneficios compatible con este ajuste primario” (2017, p. 35). En la misma línea, el CIAT⁽⁶⁾ considera a los ajustes secundarios como “construcciones teóricas” de alcance puramente doméstico pertenecientes a los países que llevan a cabo ajustes primarios a efecto de “facilitar”

(1) Este término hace referencia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

(2) Este término se refiere a los Convenios para evitar la doble imposición y también son llamados convenios fiscales.

(3) Esto hace referencia al Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado mediante Decreto Supremo 179-2004-EF (publicado el 08 de diciembre de 2004).

(4) Estas directrices de la OCDE son Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

(5) Es preciso señalar que con relación a la definición de ajuste secundario y operación secundaria el Glosario de las anteriores versiones de las Directrices de la OCDE correspondientes a 1995 y 2010 contienen la misma literalidad que la versión 2017 (1995, p. 12 y p. 16) (2010, p. 31 y p. 38).

(6) Esto hace referencia al Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.



la determinación de renta presunta⁽⁷⁾ como consecuencia del ajuste primario (2019, p. 80)⁽⁸⁾.

Para la OCDE, con la realización de un ajuste primario se “asume” la existencia de una operación “presunta” también conocida como operación secundaria (2017b, p. 223), en tal sentido, el ajuste secundario que abordaremos corresponde a la presunción prevista por ley y no corresponde a la “recalificación” o “recharacterización” que, por ejemplo, España contempla en su legislación⁽⁹⁾ y que denomina ajuste secundario⁽¹⁰⁾. López-Hermoso define al ajuste secundario español como “la recalificación de rentas que se produce como consecuencia de atribuir el tratamiento tributario que corresponda a la diferencia entre el valor convenido entre partes vinculadas y el valor de mercado de la operación”. El mismo autor explica que el principio que subyace en la introducción de tal ajuste secundario es la prevalencia del fondo sobre la forma, atendiendo al flujo de renta y los desplazamientos patrimoniales que representan la diferencia entre el valor de mercado y el valor convenido (2010, p. 716). Cosín explica que los ajustes secundarios en España son consecuencia de diversos análisis en fiscalización, tales como de los recursos de la empresa, análisis estratégico, análisis de grado de diversificación e integración a efecto de “medir las economías de alcance o verticales y las economías de escala u horizontales necesarios para un ajuste secundario”, lo cual descarta que se trate de una presunción (2007, p. 460).

3. Posición de la OCDE con relación a los ajustes secundarios

Es importante partir de la premisa que la OCDE con relación a los ajustes secundarios tiene una posición neutral, en tanto no prohíbe ni obliga a las legislaciones de los diferentes países a incorporar los ajustes secundarios (2017b, p. 224), conforme se desarrollará más adelante.

Los ajustes correlativos no son los únicos que pueden producirse como consecuencia de un ajuste primario de precios de transferencia. Recordemos que los ajustes primarios en el ámbito internacional⁽¹¹⁾ conforme al Glosario de las Directrices de la OCDE son aquellos mediante los cuales la Administración Tributaria de una jurisdicción modifica la base imponible de una sociedad en virtud del principio de libre concurrencia, a operaciones en las que interviene una parte vinculada de

una segunda jurisdicción (2017b, p. 8). Por su parte, los ajustes correlativos son los ajustes de la deuda tributaria de la empresa vinculadas determinada en una segunda jurisdicción fiscal llevado a cabo por la administración tributario como consecuencia del ajuste efectuado en la otra jurisdicción, con el fin de lograr la distribución coherente de los beneficios entre ambas jurisdicciones (2017b, p. 8).

En tal sentido, conforme señala el lineamiento 4.68 de las Directrices, si bien los ajustes primarios y sus ajustes correlativos modifican la asignación de beneficios imponibles dentro de un grupo multinacional para efecto tributario “no alteran el hecho de que el excedente de beneficio correspondiente al ajuste no es compatible con el resultado que se hubiera obtenido si las operaciones vinculadas se hubieran realizado en condiciones de plena competencia” (2017b, p. 223). La OCDE se refiere a que en condiciones semejantes una operación llevada a cabo entre partes independientes, además del Impuesto a la Renta empresarial correspondiente a la mayor utilidad que se determina en el ajuste de precios de transferencia, daría lugar al gravamen de dividendos por la distribución de la ganancia, situación que no se soluciona con el ajuste primario y el correlativo que están orientados al Impuesto a la Renta a cargo de las empresas exclusivamente.

3.1. Modalidades de ajustes secundarios según la OCDE

Para lograr que la “asignación efectiva de los beneficios” sea conforme con el ajuste primario de los precios de transferencia, algunos países asumen la existencia de una operación presunta también conocida como operación secundaria con la sola realización de un ajuste, en la cual se trata el exceso de

(7) El documento del CIAT redactado en inglés alude a “*deemed income*”.

(8) Cabe señalar que los Manuales de la ONU (Manual Práctico de Precios de Transferencia para países en desarrollo de la ONU) en ninguna de sus versiones alude al ajuste secundario (ONU, 2013, p. 2017).

(9) Desde el año 2006, introducido por la Ley 36/2006 del 26 de noviembre de 2006 dentro de las medidas para la prevención del fraude fiscal.

(10) El concepto que asume Tartarini en su análisis del ajuste secundario está referido al modelo español que no corresponde a una presunción sino más bien a una recharacterización (2016, p. 36).

(11) Que es aquel al que se refieren en general las Directrices de la OCDE.



beneficio resultante o consecuencia del ajuste primario sobre la renta empresarial como si se hubiese transferido de alguna otra forma y se grava en consecuencia (2017, p. 223).

Según los lineamientos de la OCDE, existen diversas modalidades o formas que puede adoptar la operación secundaria conforme a la legislación de algunas jurisdicciones, entre otras: (i) de dividendos presuntos, (ii) de aportes presuntos de fondos propios o (iii) de préstamos presuntos⁽¹²⁾. La OCDE grafica las modalidades (i) y (iii) con los siguientes ejemplos:

- i. Modalidad de la operación secundaria a través de la consideración de la existencia de dividendos presuntos

La Administración Tributaria que realiza un ajuste primario sobre la renta de una filial de una matriz extranjera puede tratar el excedente de beneficio de la matriz extranjera como un dividendo percibido, gravado y sometido a una retención en la fuente. En este caso, es posible que la filial haya pagado a su matriz extranjera un precio de transferencia excesivo o sobrevaluado para evitar la retención a los dividendos en el país de la fuente (2017b, p. 223).

La OCDE califica a los dividendos presuntos como modalidad de operación secundaria como un mecanismo para prevenir la evasión fiscal, constituyendo su objetivo el intentar “subsanan la diferencia entre los beneficios imponibles ajustados y los inicialmente contabilizados” (2017b, p. 223).

- ii. Modalidad de la operación secundaria a través de la consideración de la existencia de un préstamo presunto

Bajo esta modalidad la Administración Tributaria que realiza un ajuste primario sobre la renta de una empresa vinculada trata el exceso de beneficio de la empresa como un préstamo presunto de una parte vinculada a la otra, supuesto en el que se entiende que “surge la obligación de reembolsar el préstamo”. La administración tributaria que lleva a cabo el ajuste primario puede aplicar el principio de plena concurrencia al supuesto préstamo a través de la imputación de intereses valorados conforme al principio de plena competencia considerando la tasa de interés a aplicar, la fecha en la que deben atribuirse los pagos por concepto de intereses y evaluando la procedencia de la capitalización de intereses. Esta modalidad de préstamo presunto puede involucrar no solamente el año al que se refiere el ajuste primario, sino también los años siguientes hasta la oportunidad en que se considere reembolsado el préstamo presunto (2017b, p. 224).

3.2. Dificultades técnicas de los ajustes secundarios

En el lineamiento 4.70 de las Directrices de la OCDE, se admite que el ajuste secundario puede generar situaciones de doble imposición excepto en los casos en los que el otro país conceda un crédito o cualquier otra forma de desgravamen por el impuesto adicional que resulte del ajuste secundario. Tal situación es expuesta por la OCDE al manifestar que cuando el ajuste secundario siga la modalidad de dividendo presunto, la retención en la fuente que se genera podría no ser materia de desgravamen en los casos en los que la legislación doméstica del otro Estado no considere la existencia de una recepción presunta de los dividendos (2017b, p. 224).

Conforme se ha señalado antes, la OCDE no prohíbe ni obliga a las legislaciones de los diferentes países a efectuar ajustes secundarios, así lo reconoce en el Lineamiento 4.71 de las Directrices, remitiéndose a los Comentarios correspondientes al párrafo 2 del artículo 9 del MCOCDE⁽¹³⁾ los cuales señalan que tal artículo no trata de los ajustes secundarios, sino más bien de los ajustes correlativos lo cual se debe a que en líneas generales, la finalidad de los CDI es evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio. La OCDE admite que muchos países no practican ajustes secundarios e identifica dos razones: por una cuestión práctica en los casos en los que la legislación doméstica lo permite o debido a que el derecho interno de algún país no los autoriza. En tal sentido, algunos países podrían negarse al desgravamen de los ajustes secundarios efectuados por otros países y, de hecho, conforme a lo previsto en el artículo 9 de los CDI no están obligados a hacerlo (2017b, p. 224).

3.3. Dificultades prácticas de los ajustes secundarios

El lineamiento 4.72 de las Directrices señala que algunos países rechazan o se oponen

(12) La versión en inglés de las Directrices de la OCDE aluden a “Secondary transactions may take the form of constructive dividends, constructive equity contributions, or constructive loans” (2017a, p. 30).

(13) Este término hace referencia al Modelo de Convenio Tributario a la Renta y al Capital (*Model Tax Convention on Income and Capital*)



a los ajustes secundarios por las dificultades prácticas que presentan. A título de ejemplo, manifiestan que, en el supuesto de un ajuste primario entre dos sociedades con una relación paralela en el organigrama del grupo, el ajuste secundario “puede producir la distribución en cadena de un dividendo teórico por una de estas sociedades hasta la sociedad matriz común, seguida de aportaciones presuntas de fondos propios en sentido inverso por la cadena de propiedad hasta la otra sociedad que interviene en la operación”. En esa situación es posible construir teóricamente un gran número de operaciones, planteando cuestionamientos sobre la procedencia de que en “otros países deberían desencadenarse consecuencias tributarias más allá de las que se relacionan con la operación para la que se efectuó el ajuste primario”. La OCDE admite que la situación descrita podría evitarse asimilando la operación secundaria a un crédito asumiendo la existencia de un préstamo; no obstante, reconoce que la mayoría de los países no utiliza los préstamos presuntos con esta finalidad, en tanto éstos plantean por sí mismos problemas con relación a los intereses imputados (2017b, p. 224).

La OCDE considera inapropiado considerar a los accionistas minoritarios como beneficiarios de un dividendo presunto, en la medida en que no son parte de las operaciones vinculadas y que, “en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, como aun cuando un dividendo no proporcional pueda considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades”. Adicionalmente, la OCDE reconoce que un ajuste secundario puede reducir excesivamente la carga fiscal global del grupo multinacional como resultado de la interacción con el sistema de crédito por impuesto extranjero (2017b, p. 225).

Ante el escenario descrito, dadas las dificultades existentes, en el lineamiento 4.73 de las Directrices la OCDE señala la conveniencia de que las administraciones tributarias cuando lleven a cabo ajustes secundarios reduzcan al mínimo el riesgo de doble imposición que pudiera derivarse de ellos, excepto en las situaciones en las que el proceder o comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente (2017b, p. 225).

Asumimos que en el escenario de una operación internacional que involucra más de un país, la OCDE ha identificado que ciertos países que practican ajustes secundarios ofrecen al contribuyente al que se le ha determinado el ajuste primario una opción que le permite evitar el ajuste secundario, “haciendo que el grupo multinacional del que forma parte repatrie el exceso de beneficios, a fin de adecuar sus cuentas al ajuste primario”. La repatriación podría efectuarse bajo dos modalidades: (i) constituyendo una cuenta por cobrar, o (ii) reclasificando otras transferencias, “por ejemplo los pagos de dividendos cuando el ajuste se efectúa entre una sociedad matriz y su filial, como el

pago de un precio de transferencia adicional (cuando el precio inicial fuese demasiado bajo) o como el reembolso de una parte del precio de transferencia (cuando el precio inicial fuese demasiado elevado)” (2017b, p. 225).

La OCDE reconoce que en un régimen de exención el beneficiario pierde cualquier crédito fiscal indirecto o, de ser el caso, el beneficio de una exención del dividendo; así como el crédito por la retención en la fuente que se hubiese acordado para el dividendo “cuando la repatriación implica la reclasificación de un pago de dividendos” y el importe del dividendo (hasta el importe del ajuste primario) no se incluye en la renta bruta del beneficiario (porque ya se habrá tomado en cuenta en el ajuste primario) (2017b, p. 225).

Por otro lado, según el lineamiento 4.76, cuando la repatriación se traduce en la constitución de una cuenta por cobrar “las rectificaciones de los flujos efectivos de tesorería se escalonarán en el tiempo, pudiendo limitarse el plazo de liquidación de esta cuenta por el derecho interno. Tal planteamiento es similar a la utilización de un préstamo presunto como operación secundaria para explicar el exceso de beneficio que se encuentra en manos de una de las partes que intervienen en la transacción vinculada. Los intereses devengados por la cuenta podrían generar sus propias consecuencias tributarias, lo que puede complicar el proceso según la fecha en que comiencen a devengarse de acuerdo con la legislación doméstica. La OCDE considera que algunos países pueden renunciar a gravar los intereses devengados por estas cuentas como parte de un acuerdo entre autoridades competentes (2017, p. 226).

Adicionalmente, el lineamiento 4.77 de las Directrices desarrolla el problema que se presenta cuando se intenta una repatriación, en cuyo caso se plantea la duda de saber “cómo deben registrarse tales pagos o acuerdos en la contabilidad del contribuyente que repatrió los pagos a su empresa asociada, de forma que esta y la administración tributaria del país en cuestión estén informadas de que se ha procedido o previsto la repatriación”. La OCDE señala que la forma que la repatriación adopte determinará su contabilización



efectiva⁽¹⁴⁾ y que, adicionalmente, pueden plantearse problemas en lo referente a las ganancias y pérdidas por el cambio de moneda (2017, p. 226).

En el lineamiento 4.78, la OCDE partiendo del reconocimiento efectuado en 1995 (1995, p. 73) al igual que en el año 2017 (2017b, p. 226) que sus países miembros no tienen mucha experiencia en los ajustes secundarios, recomienda que los acuerdos entre contribuyentes y administraciones tributarias relativas a las repatriaciones que vayan a efectuarse se traten en el contexto del procedimiento amistoso que se haya iniciado con referencia al ajuste primario correspondiente.

4. Legislación comparada

Del análisis de la legislación de precios de transferencia de los países conformantes de la Alianza del Pacífico se observa que Chile, Colombia y México no contemplan el ajuste secundario. Sin embargo, llama poderosamente la atención que según el CIAT la administración tributaria del Perú haya reportado la “rara” aplicación de los ajustes secundarios en la práctica (2019, p. 80)⁽¹⁵⁾, lo cual se contradice con lo observado en la práctica profesional y lo que fluye de los pronunciamientos reiterados del Tribunal Fiscal que, al margen de su fallo, ponen en evidencia la frecuente determinación de ajustes secundarios como dividendos presuntos en las fiscalizaciones de precios de transferencia.

El CIAT, en el estudio comparativo de la normatividad de los diferentes países que lo conforman señala que República Dominicana, Jamaica y Venezuela tienen legislación relativa al uso de ajustes secundarios (2019, p. 80).

5. Ámbito de aplicación del inciso g del artículo 24A de la LIR conforme a una interpretación histórica, literal y finalista

Cabe señalar que ley no ha creado una presunción específica para los ajustes secundarios de precios de transferencia.

Por su parte, consideramos que conforme a una interpretación histórica, literal y finalista del inciso g del artículo 24-A de la LIR no se encuentran gravados con dividendos presuntos la mayor renta correspondiente al ajuste primario de precios de transferencia. En todo caso, su aplicación debe ser interpretada de manera residual y excepcional, procediendo solo en casos de disposición indirecta no susceptible de posterior control tributario, debidamente probados por SUNAT.

Es preciso iniciar el análisis señalando que la LIR no ha establecido la presunción de ajuste secundario, en efecto, la referencia a este tipo de ajuste de precios de transferencia prevista en el artículo 109 inciso c del Reglamento de la LIR⁽¹⁶⁾, no tiene rango legal -como lo requiere el principio de reserva de ley establecido en el artículo 74 de la Constitución y la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario-. En efecto, la citada referencia del Reglamento de la LIR tiene como objetivo negar la aplicación del ajuste secundario en general, admitiendo su aplicación exclusivamente en una circunstancia excepcional:

“Como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia, no se generarán los dividendos a que se refiere el artículo 24-A de la Ley, salvo lo dispuesto en el inciso g del citado artículo”.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 24-A desde su incorporación a la LIR ha sido modificado en dos oportunidades conforme al siguiente detalle:

A) La Ley 27804⁽¹⁷⁾ vigente desde el 01 de enero de 2003 que incorporó el artículo 24-A a la LIR establecía en el inciso g que para efecto

(14) Al respecto, el lineamiento 4.77 señala:

“Por ejemplo, cuando la administración tributaria que efectúa el ajuste primario y el contribuyente que percibe el dividendo consideren un dividendo percibido como una repatriación, no es obligatorio que este tipo de acuerdo quede expresamente registrado en las cuentas de la empresa asociada que paga el dividendo, ya que tal acuerdo puede no afectar a la cuantía o a la calificación del dividendo que tiene en sus manos. Por otra parte, cuando se constituye una cuenta por pagar, tanto el contribuyente que registra la cuenta como la administración tributaria de ese país, deberán ser conscientes de que la cuenta se refiere a una repatriación, de manera que puedan identificarse claramente todos los reembolsos efectuados con cargo a la cuenta o los intereses procedentes de su saldo, y tratarlos de acuerdo con la legislación interna de ese país” (2017, p. 226).

(15) En el documento escrito en inglés se señala: “Only four of the countries in our study have regulations regarding the use of secondary adjustments: Dominican Republic, Jamaica, Peru and Venezuela. Furthermore, Peru reported the (rare) application of secondary adjustments in practice”.

(16) Esto hace referencia al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado mediante el Decreto Supremo 122-94-EF.

(17) Publicada el 02 de agosto de 2002.



del Impuesto a la Renta se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades: “Toda suma o entrega en especie que, al practicarse la fiscalización respectiva, resulte renta gravable de la tercera categoría, siempre que el *egreso*, por su naturaleza, signifique una disposición indirecta de dicha renta, no susceptible de posterior control tributario (...)” (cursiva añadida).

Como se observa, la Ley 27804, desde un inicio precisó que los dividendos a los que se refiere el citado inciso g constituyen egresos, lo que significa salidas de dinero o de bienes que impliquen una disposición indirecta de dicha renta a favor de accionistas u otros, no susceptible de posterior control tributario.

B) Posteriormente, el Decreto Legislativo 945⁽¹⁸⁾ vigente desde el 01 de enero de 2004 modificó el inciso g del artículo 24-A de la LIR en los términos siguientes: “Toda suma o entrega en especie que, al practicarse la fiscalización respectiva, resulte renta gravable de tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de dicha renta, no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas al gasto e ingresos no declarados”. Al respecto, la exposición de motivos de dicha norma precisó que se incorporaba esta modificación con el objetivo de unificar los conceptos que motivaban el gravamen de dividendos presuntos que se encuentran en el artículo 55 de la LIR. Asimismo, la citada exposición de motivos explicó que la incorporación en la Ley de otras formas de distribución de utilidades como supuestos de imposición por dividendos, era evitar el encubrimiento de la distribución de dividendos.

De lo señalado es posible inferir que la intención del legislador al incorporar el supuesto regulado en el inciso g del artículo 24-A de la LIR fue evitar que a través de la aplicación de operaciones “encubiertas” se deje de gravar los supuestos en los cuales los accionistas u otros se benefician de dichas operaciones.

Esta intención del legislador revelada por los antecedentes legislativos del inciso g del artículo 24-A y por la exposición de motivos de las referidas disposiciones, se encuentra alineada a la norma reglamentaria que, incorporada mediante Decreto Supremo 086-2004-EF⁽¹⁹⁾, entró en vigencia el 05 de julio de 2004. Precisamente el artículo 13-B del Reglamento de la LIR estableció que dicho “desembolso o entrega” debe ser susceptible de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios y asociados. Es decir, que su ocurrencia genere o presumiblemente genere una ventaja patrimonial de manera directa o indirecta.

C) Tres años después mediante Decreto Legislativo 970⁽²⁰⁾, vigente desde el 01 de enero de 2007 se modificó nuevamente el inciso g del artículo 24-A de la LIR conforme a los siguientes términos: “Toda suma o entrega en especie que resulte renta gravable de tercera categoría, en tanto signifique una *disposición* indirecta de dicha renta, no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas al gasto e ingresos no declarados” (cursiva añadida).

La exposición de motivos del referido decreto muestra con mayor claridad la real intención del legislador y finalidad de dicho artículo, pues establece que el fundamento de la LIR para aplicar la presunción de dividendos en el caso de disposición indirecta de rentas responde, precisamente, a la necesidad de equiparar el grado de imposición de las utilidades distribuidas a los accionistas, socios o asociados a través de acuerdos, con la *disposición* de dividendos u otras formas de distribución de utilidades, efectuada a través de mecanismos indirectos, como la asunción de gastos a cargo de los accionistas, participacionistas, titulares y en general, socios o asociados, o cualquier otro medio que implique una *disposición* indirecta de utilidades (cursivas añadidas).

Agrega la referida exposición de motivos que, el hecho de condicionar la distribución de utilidades a un proceso de fiscalización conlleva a que no se cumpla el fin perseguido, el cual es equiparar el tratamiento tributario de los dividendos distribuidos a través de acuerdos formales, con aquellos que se *disponen* de manera indirecta, motivo por el cual se elimina dicho requisito mediante la modificación introducida por la mencionada norma (cursiva añadida).

Adicionalmente, en la exposición de motivos se establece que, para la calificación de un gasto como disposición indirecta de renta, se debe comprobar el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- (i) La existencia de un desembolso o entrega que sea susceptible de beneficiar a los

(18) Publicado el 23 de diciembre de 2003.

(19) Publicado el 04 de julio de 2004.

(20) Publicado el 24 de diciembre de 2006.



accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de la ley; o (ii) la existencia de un desembolso o entrega que no sea susceptible de posterior control tributario, esto es, que el destino del dinero salido de caja o de los bienes salidos de almacén no pueda ser verificado o acreditado. En ese caso se presume una ventaja patrimonial a favor de los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de la ley.

Conforme a lo señalado, y según una interpretación histórica, literal y finalista, la norma analizada constituye una norma antielusiva, que pretende gravar la disposición indirecta de utilidades a favor de accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas, en los casos que se haya realizado la salida de dinero o de bienes cuyo destino sea susceptible de beneficiar a los mencionados sujetos, y también cuando no sea posible verificar su destino, dado que en estos casos se presume una ventaja patrimonial para tales personas.

En efecto, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Fiscal ha establecido una relación entre la acreditación del destino de los desembolsos y la imposibilidad del posterior control tributario, entre otras, en las Resoluciones del Tribunal Fiscal 09845-10-2015, 06402-4-2014, 01387-10-2013, 16253-9-2013, 06511-1-2010, 07646-8-2010, 11869-1-2008, 05525-4-2008 y 11924-2-2008 se señala que no existe control tributario cuando no es posible determinar el destino de los desembolsos, razón por la cual se presume en estos casos que el beneficiario podría resultar ser el accionista, participacionista, titular, socio o asociado de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de la LIR.

En tal sentido, se puede concluir que solo cuando nos encontremos ante un desembolso o entrega en especie, cuyo destino no pueda ser verificado o que siendo verificado sea susceptible de beneficiar al accionista, participacionista, titular, socio o asociado, de manera directa o indirecta⁽²¹⁾, se configurará el hecho imponible de dividendo presunto previsto en el inciso g del artículo 24-A de la LIR, siendo aplicable la tasa adicional regulada de 5%.

Esta conclusión se encuentra alineada con una interpretación histórica, literal y finalista del inciso g del artículo 24-A de la LIR, dado que el propósito de la norma fue siempre equiparar el tratamiento tributario de los dividendos distribuidos a través de acuerdos formales, con aquellos que se “disponen” de manera indirecta⁽²²⁾. Por tanto, la finalidad de la tasa adicional es gravar a las personas jurídicas respecto a aquellas sumas que sean susceptibles de beneficiar a los accionistas, participacionistas,

titulares y en general socios o asociados, y que no hubieran sufrido dicha retención (disposición indirecta de rentas), lo cual ha sido confirmado por el Tribunal Fiscal en reiterada jurisprudencia.

6. Análisis de la procedencia de la determinación de dividendos presuntos sobre la base de rentas diferentes a las reales (“presunción sobre presunción”)

A nivel de nuestro ordenamiento tributario no existe una norma legal que defina la presunción y la ficción. Sin embargo, en virtud de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario, resulta de aplicación supletoria el Código Procesal Civil que sí los define, en línea con lo reconocido por la Administración en el Informe N° 069-2014-SUNAT/5D0000 en el cual recurre al mismo cuerpo legal a efecto de definir qué se entiende por presunciones y ficciones legales.

El artículo 277 del Código Procesal Civil señala que la presunción es “el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial”.

Por otro lado, el artículo 288 de la norma en referencia señala que la ficción es “la conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario”.

Al respecto, en doctrina se ha establecido que la presunción es “el resultado de un proceso lógico mediante el cual, de un hecho conocido cuya existencia es cierta, se infiere un hecho desconocido cuya existencia es probable”, mientras que la ficción sería “una valoración jurídica (...) en virtud de la cual se atribuyen a determinados supuestos de hecho, efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real” (Navarrine & Asorey, 1985, p. 7).

(21) Tal es el caso de los gastos asumidos por la empresa y que son de cargo de los accionistas, socios o asociados.

(22) Exposición de motivos del Decreto Legislativo 970, pp. 35-44.



Cabe señalar que si bien las normas tributarias no han definido en qué consiste la presunción, si se han regulado cómo debe proceder la determinación sobre base cierta y sobre base presunta. Precisamente, el artículo 63 del Código Tributario establece lo siguiente:

“Durante el período de prescripción, la Administración Tributaria podrá determinar la obligación tributaria considerando las bases siguientes:

1. Base cierta: tomando en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma.
2. Base presunta: en mérito a los *hechos y circunstancias* que, por relación normal con el hecho generador de la obligación tributaria, *permitan establecer la existencia y cuantía de la obligación*” (cursivas añadidas).

En base a ello se ha desarrollado a nivel jurisprudencial la diferencia entre ambas formas de determinación estableciendo, por ejemplo, en la Resolución del Tribunal Fiscal 06402-4-2014, lo siguiente:

Que la determinación sobre base cierta y *sobre base presunta* se diferencian en que, en la primera se conoce de manera directa la realización del hecho generador de la obligación tributaria, el periodo al que corresponde y la base imponible, mientras que en la segunda estos datos son obtenidos por *estimaciones o suposiciones efectuadas sobre hechos ciertos* vinculados al nacimiento de la obligación tributaria, criterio recogido en reiteradas resoluciones de este Tribunal, tales como las 5935-5-2006, 5691-1-2005 y 9826-3-2001, debiendo añadirse que para efectuar una determinación sobre base presunta es indispensable la existencia de una causal debidamente acreditada, conforme lo dispone en artículo 64 del Código Tributario (cursivas añadidas).

De lo expuesto se desprende que el alcance a nivel tributario de los términos “presunción” y “ficción legal” guarda relación con las normas del Código Procesal Civil y la doctrina citada en párrafos anteriores. En tal sentido, para aplicar una presunción debemos partir siempre de un hecho cierto y conocido ⁽²³⁾.

Lo señalado también es ratificado por la Administración en el Informe 069-2014-SUNAT/5D0000, en el cual señala que “(...) por definición, ambas figuras se diferencian por cuanto en la ficción no existe un proceso de deducción lógica que, a partir

de uno o varios hechos conocidos, concluya en la certeza de otro, como sí ocurren en la presunción”.

En tal sentido, una diferencia sustancial entre la ficción o presunción es la probabilidad de la existencia del hecho que le sirve de sustento, siendo probable en la presunción e improbable o incluso contrario a la realidad en la ficción.

Ahora bien, en el caso específico de la aplicación de dividendos presuntos, el Tribunal Fiscal ha reconocido en reiterada jurisprudencia ⁽²⁴⁾ que la aplicación de los mismos (i) constituye una presunción; y, (ii) que no corresponde aplicar dividendos presuntos a los ingresos determinados en base a un procedimiento presuntivo, pues ello implicaría aplicar una presunción sobre otra presunción. Dicha afirmación se basa en la naturaleza de las presunciones que hemos desarrollado líneas arriba, pues no podemos partir de una presunción – en tanto no es un hecho cierto – para aplicar en base a ella otra presunción.

En tal sentido, la aplicación de una presunción como la de los dividendos presuntos exige partir de un hecho cierto y por ello no sería posible partir de la determinación de un ajuste de precios de transferencia aplicado por la Administración Tributaria que tiene connotación exclusivamente “*valorativa*”⁽²⁵⁾ y que es reconocido por la OCDE como una “aproximación razonable”, en tanto no podría implicar disposición indirecta de renta que no tiene posterior control tributario⁽²⁶⁾. Cabe recalcar que la penúltima oración del lineamiento 1.13 de las Directrices señala que “Es importante no perder de vista el objetivo de llegar a una *aproximación razonable* de lo que sería un resultado de plena competencia basado en información fiable” (2017b, p. 44) (cursivas añadidas).

(23) La Resolución del Tribunal Fiscal 00045-3-2002 señala “*Que por definición la base de una presunción legal, debe tener como punto de partida un hecho cierto y conocido, y por lo tanto debidamente probado (...)*”

(24) Resoluciones del Tribunal Fiscal 06402-4-2014, 16253-9-2013, 450-2-2001, 244-4-2000, 742-2-2000, entre otras.

(25) Tal situación es discutible en el caso de la prestación de servicios gratuita en la que la SUNAT reconoce la existencia de una “renta imputada” en el texto del primer párrafo del artículo 32 aplicable tanto a partes independientes como a vinculadas.

(26) Salvo situaciones excepcionales como podría ser la aplicación de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario en la que sea posible “controlar” la disposición indirecta de renta.



7. Pronunciamientos del Tribunal Fiscal emitidos el 2019

Del análisis de los casos que ha resuelto el Tribunal Fiscal con relación a la determinación de dividendos presuntos en las fiscalizaciones de precios de transferencia, en base a la información pública de la página web del citado ente, podemos identificar tres situaciones diferentes en función al comportamiento del contribuyente:

- (i) Los casos en los que la empresa presenta una Declaración Jurada Rectificatoria reconociendo el reparo u observación por precios de transferencia en la determinación del Impuesto a la Renta de manera previa a la emisión de la Resolución de Determinación por los ajustes secundarios.
- (ii) Las situaciones en las que empresa presenta una Declaración Jurada Rectificatoria reconociendo el reparo u observación por precios de transferencia en la determinación del Impuesto a la Renta de manera posterior a la emisión de la Resolución de Determinación por los ajustes secundarios; y
- (iii) Los supuestos en los que la Administración Tributaria determina la existencia de dividendos presuntos en fiscalizaciones en las que la empresa no ha presentado ninguna rectificatoria reconociendo el ajuste a la base imponible del impuesto a la renta.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos casos:

7.1. Situaciones en las que el contribuyente presentó una Declaración Jurada Rectificatoria reconociendo el reparo u observación por precios de transferencia relativa a la base imponible del Impuesto a la Renta de manera previa a la emisión de la Resolución de Determinación por los ajustes secundarios.

Estos casos constituyen los hechos sobre los que el Tribunal Fiscal se ha pronunciado en sus Resoluciones 00358-4-2019, 01712-3-2019 y 01892-3-2019. En los pronunciamientos antes señalados el Tribunal Fiscal remitiéndose a lo señalado por él en las Resoluciones 02703-7-2009 y 04873-1-2012, entre otras, recurriendo a la interpretación histórica que hemos llevado a cabo en el numeral anterior, ha manifestado que: (...) la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta se estableció con la finalidad de evitar que mediante gastos que no correspondía deducir, indirectamente se efectuara una distribución de utilidades a los accionistas, participacioncitas, titulares y en general socios o asociados de las personas jurídicas, sin afectar dicha distribución con la retención de la tasa de 4.1%, sumas que califican como disposición indirecta de renta, lo que en doctrina se denomina “dividendos presuntos”.

Adicionalmente, el Tribunal Fiscal, alude a sus Resoluciones 13887-4-2014 y 01215-9-2014, entre otras, en las que identifica

como la razón de ser del inciso g del artículo 24-A de la LIR la nula posibilidad de realizar un seguimiento o control tributario de los ingresos al señalar que “el reconocimiento de un reparo mediante la presentación de una declaración rectificatoria, no autoriza la aplicación de la tasa adicional del Impuesto a la Renta debido a que el ingreso reconocido mediante declaraciones rectificatorias puede ser materia de posterior control tributario”.

En tal sentido, razona el Tribunal Fiscal que en las situaciones en las que dentro del procedimiento de fiscalización la empresa presenta declaración rectificatoria por el Impuesto a la Renta del ejercicio fiscalizado en la que se incluye la observación por el ajuste en aplicación de las normas de precios de transferencia realizada por la SUNAT respecto de dicho impuesto y periodo no procede la aplicación de la Tasa Adicional del referido impuesto.

El Tribunal Fiscal tomando en consideración que el ingreso reconocido mediante declaraciones rectificatorias puede ser materia de posterior control tributario revoca las Resoluciones de la SUNAT y las deja sin efecto.

7.2. Situaciones en las que el contribuyente presentó una Declaración Jurada Rectificatoria reconociendo el reparo u observación por precios de transferencia relativa a la base imponible del Impuesto a la Renta de manera previa a la emisión de la Resolución de Determinación por los ajustes secundarios

Esta situación está presente en el caso resuelto por el Tribunal Fiscal mediante su Resolución 01890-3-2019 en el cual la SUNAT señaló que la Resolución 00358-4-2019, que ha sido materia de análisis en el numeral 6.1, “no podría aplicarse al caso de autos, en tanto que la declaración ratificatoria se habría presentado con *posterioridad* a la emisión de la Resolución de Determinación” (cursiva añadida) y debido a que “existen limitaciones para efectuar un posterior control tributario a un no domiciliado”.

Al respecto, el Tribunal Fiscal fue enfático al señalar que su Resolución 00358-4-2019 no distinguía la oportunidad de presentación



de la Declaración Jurada Rectificatoria al señalar que “no distingue si la declaración rectificatoria fue presentada con anterioridad o con posterioridad a la emisión de la resolución de determinación vinculada a la aplicación de la aludida tasa adicional” determinando que carece de sustento lo alegado por la SUNAT en sentido contrario.

7.3. Situaciones en las que la Administración Tributaria determina la existencia de dividendos presuntos al margen de si la empresa ha presentado declaración jurada rectificatoria

En la Resolución 03049-4-2019, en un caso en el que la SUNAT determinó la existencia del dividendo presunto respecto de un ajuste al valor de mercado de operaciones realizadas entre partes vinculadas, el Tribunal Fiscal deja sin efecto tal determinación porque la Administración Tributaria no sustentó debidamente la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta. El citado ente señala que “la Administración al emitir dicho acto no sustentó que en tal supuesto se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de acuerdo con lo previsto por el inciso g del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta”.

En su análisis, el Tribunal refiere a la Resolución 08000-3-2017 en la que manifiesta haber señalado que no corresponde considerar como dividendos presuntos al ajuste por subvaluación de ventas por aplicación de las reglas de valor de mercado, en tanto no se puede afirmar que dicho ajuste signifique una disposición indirecta de renta. El citado ente, manifiesta que: (...) se entiende que no todos los gastos reparables para efectos del Impuesto a la Renta deben ser cuantificados para aplicar la tasa del 4,1%, toda vez que la referida tasa adicional solo es aplicable respecto de aquellos desembolsos cuyo destino no pueda ser acreditado fehacientemente, pues se entenderá que es una disposición indirecta de renta que no es susceptible de posterior control tributario, tal como se ha precisado en las Resoluciones del Tribunal Fiscal 12078-3-2015 y 02487-4-2017, entre otras.

Es preciso señalar que en este caso el contribuyente había presentado una declaración rectificatoria, no obstante, el Tribunal Fiscal deja de lado el argumento de la capacidad de la Administración Tributaria de efectuar el “posterior control tributario” expuesto en los numerales 6.1 y 6.2 para exigir el sustento por parte de la SUNAT de que se trata de una “disposición indirecta” no susceptible de posterior control tributario, al señalar:

Que de los fundamentos contenidos en la Resolución de Determinación se tiene que la Administración aplicó la Tasa Adicional de 4.1% al considerar que correspondía aplicar esta respecto del reparo ajuste a valor de mercado de las operaciones realizadas con partes vinculadas. establecido en el procedimiento de fiscalización, por el importe de S/

14'275,213.00; sin embargo, al tratarse de un ajuste efectuado por aquella a valor de mercado y considerando que la Administración al emitir dicho acto no sustentó que en tal supuesto se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de acuerdo con lo previsto por el inciso g del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta, aunado al hecho que en el procedimiento de fiscalización se presentó la declaración rectificatoria por el Impuesto a la Renta del ejercicio 2013 (...) en autos no se encuentra debidamente sustentada la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta, por lo que corresponde revocar la citada resolución de intendencia y dejar sin efecto la citada resolución de determinación impugnada”.

En un caso similar al antes tratado, con la diferencia de que la empresa no presentó la Declaración Jurada Rectificatoria respecto al reparo por precios de transferencia, el Tribunal Fiscal, en la Resolución 6144-9-2019 dejó sin efecto la determinación del dividendo presunto debido a que la Administración Tributaria no sustentó la existencia de disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

8. Conclusiones

- El ajuste secundario, según lo concibe la OCDE, constituye siempre una presunción que presenta tres modalidades, siendo una de ellas la determinación de dividendos presuntos. Gran parte de los lineamientos de la OCDE dedicados a este ajuste están orientados a demostrar la extensa problemática técnica y práctica de tales ajustes. Ante tal situación, la citada entidad invoca a evitar situaciones de doble imposición que podrían presentarse por la aplicación de ajustes secundarios con la consecuente denegatoria de créditos o exenciones.
- La OCDE admite que sus países miembros no tienen mucha experiencia en los ajustes secundarios y que usualmente no se aplica el ajuste secundario por los problemas técnicos y prácticos que presenta.



- Del análisis de la legislación comparada se observa que Colombia, Chile y México, países miembros de la Alianza del Pacífico, no contemplan el ajuste secundario en su legislación.
- El ajuste secundario que significan los dividendos presuntos en el Perú ha sido previsto como una excepción conforme al artículo 109 inciso c) del Reglamento de la LIR que, en principio, señala que no se generan los dividendos a que se refiere el artículo 24-A de la LIR como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo.
- La norma reglamentaria antes citada, no tiene rango legal como lo requiere el principio de reserva de ley establecido en el artículo 74 de la Constitución y la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario.
- Conforme a una interpretación histórica, literal y finalista del inciso g) del artículo 24-A de la LIR se identifica que la misma constituiría una norma antielusiva, que pretende gravar la disposición indirecta de utilidades a favor de accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas, en los casos en los que se haya realizado la salida de dinero o de bienes cuyo destino sea susceptible de beneficiar a los mencionados sujetos, y también cuando no sea posible verificar su destino, dado que en estos casos se presume una ventaja patrimonial para tales personas.
- La aplicación de la presunción de dividendos, como cualquier presunción en general, exige partir de un hecho cierto, por ello no sería posible partir de la determinación de un ajuste de precios de transferencia efectuado por la Administración Tributaria dada su connotación “valorativa” y su carácter de “aproximación razonable” en base a un rango de precios o márgenes previstos por la LIR.
- La posición del Tribunal Fiscal en recientes Resoluciones que involucran dividendos presuntos como consecuencia de ajustes de precios de transferencia es que la Administración Tributaria debe probar la existencia de una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario en el caso de las determinaciones de precios de transferencia reflejados en una mayor base imponible del Impuesto a la Renta. La exigencia del Tribunal antes señalada, se da al margen de la presentación (o no) de una declaración jurada rectificatoria relativa al ajuste de precios de transferencia.
- Consideramos que la exigencia del Tribunal Fiscal mencionada en la conclusión VIII deviene en una tarea muy difícil y casi imposible para la SUNAT, considerando que el ajuste por precios de transferencia no corresponde a una ciencia exacta, lo cual es evidenciado en la necesidad de

recorrir a un rango de precios conforme a la LIR y al derivar de una “aproximación razonable” conforme reconoce la OCDE a las determinaciones de precios de transferencia.

- Lo antes señalado corrobora el carácter excepcional y residual de la determinación de dividendos presuntos como consecuencia de ajustes de precios de transferencia que en nuestro país se circunscribe a las situaciones en las que la SUNAT pueda demostrar plenamente la existencia de una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

Referencias bibliográficas

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias & Sociedad Alemana para la Cooperación Internacional. (2013). El control de la Manipulación de los Precios de Transferencias en América Latina y el Caribe. CIAT. <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5095>

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias & Sociedad Alemana para la Cooperación Internacional. (2019). *Transfer Pricing in Latin America and the Caribbean-A General Overview based on CIAT Data Transfer Pricing Information updated to November 2019*. CIAT. <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5689>

Cosín, R. (2007). *Fiscalidad de los precios de transferencia*. CISS.

López-Hermoso, J.C. (2010). El ajuste secundario. En T. Cordón (1.ª ed), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (pp. 715-740). Ediciones CEF.

Navarrine, S. & Asorey, R. (1985). *Presunciones y ficciones en el derecho tributario: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Ediciones Depalma.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (1995). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. OCDE.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2010). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*. Instituto de Estudios Fiscales (IEF). <https://doi.org/10.1787/9789264202191-es>



Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017a). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017b). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales (IEF). <https://doi.org/10.1787/9788480083980-es>

Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. United Nations. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2017a). *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. United Nations. https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2017b). *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing*

Countries. United Nations. <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>

Tartarini, T. (2017). El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. *Ius Et Veritas*, 24(52). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16369>

Trape, M. (2004). El Régimen Fiscal de los Precios de Transferencia. En T. Cordón (1.ª ed.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (pp. 433-472). Instituto de Estudios Fiscales (IEF).

Trape, M. (2010). Métodos de valoración. En T. Cordón (1.ª ed.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (pp. 345-366). Ediciones CEF.

Villagra, R. (2008). Manual Los Convenios para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal: Con énfasis en los convenios vigentes en el Perú. En IFA Grupo Peruano, *CDIs Convenios para Evitar la Doble Imposición Tributaria* (pp. 15-28). IFA.

Villagra, R. (2019). La Red de Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por los países de Sudamérica. En F. Serrano (9.ª ed.), *Fiscalidad Internacional* (pp. 1645-1685). Ediciones CEF.

Villagra, R. (2020). Resolución de casos que involucran Precios de Transferencia - Criterios del Tribunal Fiscal. *Revista Análisis Tributario*.





El rol de las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento sostenible de aguas subterráneas en Perú^(*)(**)

The role of water user organizations in the sustainable use of groundwater in Peru

Paul Villegas Vega^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: En el presente artículo, el autor analiza la manera en la que las organizaciones de usuarios de agua contribuyen al aprovechamiento sostenible de las aguas subterráneas en el Perú. Para ello, comienza describiendo los instrumentos normativos provistos en el país para la gestión del recurso hídrico en mención y el régimen aplicable para su aprovechamiento por parte de los usuarios de agua, a partir de los cuales se conforman las organizaciones de usuarios de agua; seguido por la presentación de la figura de dichas organizaciones como actores que coadyuvan a la sostenibilidad de las aguas subterráneas y; finaliza con un breve análisis sobre la sostenibilidad de las aguas subterráneas a partir del aprovechamiento por parte de las organizaciones de usuarios de agua.

Palabras clave: Derecho de aguas - Organizaciones de usuarios del agua - Aguas subterráneas - Sostenibilidad

Abstract: In this article, the author analyzes how water user organizations contribute to the sustainable use of groundwater in Peru. In order to do that, he begins by describing the regulatory instruments provided in the country for water resource management and the applicable regime for its use by water users, from which water users' organizations are formed; after that, he presents the figure of these organizations as actors who contribute to the sustainability of groundwater and; finally, he makes a brief analysis of the sustainability of groundwater from the use by water users' organizations.

Key words: Water law - Water user organizations - Groundwater - Sustainability

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 30 de agosto de 2020 y su publicación fue aprobada el 8 de octubre de 2020.

(**) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Protección de las Aguas Subterráneas. Análisis sobre la sostenibilidad de su aprovechamiento y su vinculación con el Derecho Humano al Agua y Saneamiento", financiado por el Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Se agradece el apoyo de Marycielo Miranda Cabrera y Braylyn Paredes Aranda, egresada y estudiante de la Facultad de Derecho de la PUCP, respectivamente, en la elaboración del presente artículo.

(***) Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e investigador en el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo GIDA de la misma casa de estudios. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2511-7240>. Correo electrónico: villegas.paul@pucp.edu.pe



1. Introducción

El agua subterránea es un recurso vital para el bienestar del ser humano al tener un rol fundamental en el suministro seguro y asequible del agua potable en el ámbito urbano y rural. Pese a su importancia, históricamente, el mencionado recurso ha sido expuesto a situaciones de riesgo (Foster *et al.*, 2002, p. 2; Villar, 2016, pp. 93-96) generadas por la urbanización, el desarrollo industrial, las actividades agrícolas, emprendimientos mineros, grandes proyectos de infraestructura, entre otros.

De ahí que resulte necesario que los diferentes países, incluido Perú, generen mecanismos de protección para asegurar la sostenibilidad del recurso hídrico, aun cuando sea aprovechado en las distintas actividades que emprende o realiza el hombre. En el mismo sentido, Foster *et al.* (2002, p. 2) señalan que las acciones de los Estados deberán basarse en criterios de sustentabilidad ambiental, reconociéndose así la relevancia de proteger elementos clave (como las aguas subterráneas) para mantener el equilibrio de los ecosistemas.

Entre las alternativas de acción para lograr la sostenibilidad de las aguas subterráneas y, por ende, contrarrestar los problemas de la sobreexplotación o la contaminación del recurso hídrico, López-Vera (2012, p. 149) destaca la implementación de reformas legales y la formación de comunidades de usuarios de agua subterránea. Así, en países como Perú se han implementado instrumentos normativos con el objeto de gestionar adecuadamente el recurso y regular la actividad de los actores vinculados a la misma. Entre estos últimos se encuentran las organizaciones de usuarios de agua, las cuales son creadas para alcanzar la sostenibilidad de las aguas subterráneas en el marco de su aprovechamiento.

Con el propósito de analizar la manera en que las organizaciones de usuarios de agua contribuyen a la sostenibilidad de las aguas subterráneas en Perú, se ha dividido el presente trabajo en tres secciones: en la primera, se tratan los instrumentos normativos aplicables a la gestión de los recursos hídricos, incluidas las aguas subterráneas, así como el régimen jurídico aplicable para el aprovechamiento de las aguas subterráneas en el país; en la segunda, se describen las organizaciones de usuarios de agua como actores y como colaboradores en la sostenibilidad de los recursos hídricos como las aguas subterráneas, desde su participación en la gestión integral de recursos hídricos; y, en la tercera, se analiza la contribución de estos últimos actores para la sostenibilidad de las aguas subterráneas, para así evitar situaciones de sobreexplotación de dichos recursos hídricos.

2. Instrumentos normativos en la gestión de las aguas subterráneas y régimen jurídico para su aprovechamiento

Para la gestión de las aguas subterráneas, se debe tener en consideración los instrumentos normativos que brindan un marco de actuación en el sector hídrico, así como el régimen jurídico aplicable para el uso de las aguas subterráneas.

2.1. Instrumentos normativos para la gestión de las aguas subterráneas

Así, sobre los instrumentos normativos (o legales) que sean creados con propósito de una gestión adecuada de los recursos hídricos, se debe señalar que estos deberán ser específicos, en tanto versarán sobre las aguas subterráneas como es en el presente caso. El deber de formulación de instrumentos normativos que permitan una adecuada gestión de recursos hídricos se base en la obligación del Estado peruano de “garantizar el acceso al recurso y el manejo sostenible de este”, según refiere el Tribunal Constitucional (fundamento 19, 2020).

En el país, estos instrumentos se consolidan en el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SNGRH), el cual fue creado para articular el accionar del Estado en los procesos de gestión integrada y conservación de los distintos recursos hídricos -dentro de ellos, el agua subterránea-, y para crear espacios de coordinación y participación de los diferentes agentes involucrados que establece la Ley 29338 - Ley de Recursos Hídricos.

Esta norma establece que los objetivos del SNGRH, cuyo ente rector es la Autoridad Nacional del Agua (ANA), son los siguientes (artículo 12 de la Ley de Recursos Hídricos):

- a) Coordinar y asegurar la gestión integrada y multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación, el uso eficiente y el incremento de los recursos hídricos, con estándares de calidad en función al uso respectivo; y,



- b) Promover la elaboración de estudios y la ejecución de proyectos y programas de investigación y capacitación en materia de gestión de recursos hídricos.

En materia de aguas subterráneas, los objetivos del SNGRH impactan de manera especial en la exploración y explotación de estos recursos. Y es que la Administración Pública detenta y desarrolla la planificación de la explotación sostenible, el otorgamiento de los títulos habilitantes, la supervisión de la actuación de los actores conforme los estándares establecidos, entre otros, a partir de los cuales debe asegurar la sostenibilidad de dichos recursos.

De lo mencionado sobre la planificación, se debe señalar que esta debe ser entendida como la identificación de objetivos y el establecimiento (o elección) de medios para la consecución de aquellos objetivos, mediante un proceso de racionalización (Lozano, 2015, p. 165). El Título VII de la Ley de Recursos Hídricos menciona que la planificación de la gestión de recursos hídricos comprende los siguientes instrumentos (artículo 44):

1. La Política Nacional Ambiental;
2. La Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos;
3. El Plan Nacional de los Recursos Hídricos; y
4. Los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas.

Ahora bien, estos instrumentos de planificación de los recursos hídricos no son una mera manifestación del reconocimiento del deber de garantizar el acceso al recurso hídrico y manejo sostenible del mismo como ya se ha mencionado, sino que, además, implica que el Estado deba efectivizar dicho deber de garantía a través de sus actuaciones, a fin asegurar la sostenibilidad del recurso hídrico.

En particular, la vinculación de los instrumentos referidos a las aguas subterráneas, se evidencia en la explotación de dichos recursos, en la cual se debe considerar la disponibilidad de los recursos superficiales y subterráneos de manera conjunta. De ahí que, conforme anotan Cairampoma y Villegas, sea indispensable que se conozca la cantidad y calidad de los recursos hídricos superficiales y subterráneos a nivel de cuenca (2016, p. 153), sobre los cuales se otorgarán derechos de uso.

Con el propósito de conocer el objetivo de cada uno de los instrumentos en razón de la gestión de recursos hídricos y, con ello, las aguas subterráneas, mencionaremos brevemente los instrumentos de planificación y su relación (o impacto) en los recursos hídricos subterráneos.

En primer lugar, sobre la Política Nacional Ambiental, aprobada por el Decreto Supremo 012-2009-MINAM, debemos señalar que establece los lineamientos y ejes de política a ser adoptados por los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local) para la mejora de la calidad de vida de la sociedad y la sostenibilidad de los recursos naturales

e, inclusive, los hídricos como las aguas subterráneas.

En segundo lugar, sobre la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, aprobada mediante Decreto Supremo 006-2015-MINAGRI, podemos mencionar que es un instrumento con cinco (05) ejes de acción y objetivos específicos que sirven de guía para las actuaciones de las entidades públicas y agentes privados involucrados en la gestión de los recursos hídricos. De manera que la eficiencia, protección, seguridad, universalidad y promoción de la cultura de los recursos hídricos se encuentran presentes en la gestión y aprovechamiento de las aguas subterráneas al ser un recurso hídrico, conforme se puede desprender en el siguiente cuadro:

Ejes de acción y objetivos de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos

N°	Ejes de acción	Objetivos
1	Gestión de la cantidad	Conservar los ecosistemas y los procesos hidrológicos de los que depende la oferta de los recursos hídricos para el país y promover el uso eficiente del agua.
2	Gestión de la calidad	Promover la protección y recuperación de la calidad de los recursos hídricos.
3	Gestión de la oportunidad	Atender de manera oportuna la demanda de los recursos hídricos, respetando el principio de seguridad jurídica, mejorando su distribución inclusiva, temporal y espacial; promoviendo el acceso universal al agua potable.
4	Gestión de la cultura del agua	Promover una cultura del agua para la gestión eficiente y valoración de los recursos hídricos.
5	Adaptación al cambio climático y eventos extremos	Reducir la vulnerabilidad de la población, aplicando el enfoque de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos y la Gestión de Riesgos.

Elaboración Propia.

Fuente: Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, 2015.

En tercer lugar, sobre el Plan Nacional de Recursos Hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo 013-2015-MINAGRI, se establece las acciones, costos y las



diferentes fuentes de financiamiento necesarias para alcanzar o materializar los objetivos establecidos de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos. Es así que, según reconoce la misma Autoridad Nacional del Agua sobre el Plan Nacional de Recursos Hídricos, el país debe realizar inversiones que permitan lograr los objetivos establecidos (2016, p. 27):

El Plan establece que al año 2021, nuestro país debe invertir al menos 85 196 millones de soles en acciones estructurales (obras físicas) y no estructurales (captación, cultura del agua, desarrollo normativo, etc.); y en el período que va del año 2022 al 2035 deberíamos invertir 60 381 millones de soles, lo que hace un total de 145 578 millones de soles para atender las demandas de aguas.

En atención a la consecución de los objetivos establecidos en el Plan Nacional de Recursos Hídricos, se desarrollaron once (11) estrategias de intervención que, a su vez, están compuestas por treinta (30) programas sectoriales específicos, los cuales tienen por finalidad atender las diferentes demandas de agua por parte de la población. En estos programas, se pueden observar tres (03) estrategias de intervención que están referidas a las aguas subterráneas, siendo estas las siguientes:

- a) La primera estrategia de intervención hace referencia a la mejora del conocimiento de los recursos y las demandas. En ella, se detalla como programa sectorial el aumento del conocimiento de las aguas subterráneas, para lo cual se designa una inversión aproximada de 128 millones de soles al 2021.
- b) La segunda estrategia contiene un programa especial para el recurso hídrico subterráneo, el cual está orientado al aumento de la disponibilidad en cuanto a la gestión de acuíferos sobreexplotados, para el cual se dispone que se inviertan un aproximado de 52 millones de soles al 2021.
- c) La tercera estrategia se basa en la mejora del conocimiento de la calidad de las aguas. En este, se ha incluido un programa específico para la calidad de las aguas subterráneas que considera una inversión aproximada de 40 millones de soles al 2021.

Adicionalmente a las estrategias expuestas, el Plan Nacional de Recursos Hídricos considera otras tres (03) estrategias que aportan al perfil de gestión integrada de recursos hídricos en Perú. La primera se centra en la implementación de la gestión integrada de los recursos hídricos y cuenta con (02) dos programas sectoriales direccionados al fortalecimiento institucional y administrativo de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos. La segunda se refiere a la coordinación institucional y gobernanza hídrica en la que se encuentra el programa de participación y consulta. Y la tercera se concentra en la intervención destinada a la educación ambiental y cultura del agua, la cual incluye programas de gestión del conocimiento y cultura del agua, y programas sobre comunicación, sensibilización y concienciación de la gestión integrada.

Es a partir de la sumatoria de las estrategias mencionadas, que se puede realizar una gestión unificada de los recursos hídricos, tomando en consideración la realidad de cada cuenca hidrográfica y sumando a actores del gobierno nacional, regional y local. En este punto resultará indispensable el rol protagónico de la Autoridad Nacional del Agua (ANA, 2016, p. 28; Parejo, 2012, pp. 187-193) para articular los distintos niveles de gobierno acorde con el rol rector que detenta en el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos.

En cuarto y último lugar, sobre los Planes de Gestión de Recursos Hídricos de las Cuencas, generados a partir de los "Lineamientos para la formulación de los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas", aprobado por Resolución Directoral 006-2015-ANA-DCPRH, debemos señalar que son instrumentos públicos vinculantes, de actualización periódica y revisión justificada. Por lo tanto, no generan derechos en favor de particulares o entidades públicas y su modificación; es decir, que no puede afectar derechos previamente otorgados y no da lugar a indemnización.

Estos Planes de Gestión de Recursos Hídricos de las Cuencas permiten la planificación y participación de todos los actores involucrados en relación a una cuenca en específico, siendo uno de ellos las organizaciones de usuarios de agua como las juntas de usuarios de agua. Según la Autoridad Nacional del Agua, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (sf, p. 3), esta planificación o Gestión Integrada de los Recursos Hídricos conlleva un enfoque multisectorial, dividido en tres enfoques, según se observa a continuación:

- a) Esfera social: Necesidades y deseos, qué modelo de cuenca se quiere, cuál es la capacidad de pago, cuáles son las prioridades, a qué se está dispuesto a renunciar y a qué no, etcétera.
- b) Esfera ambiental: Qué recursos están disponibles, en cuáles hay crisis, qué zonas se deben preservar, cómo hacer sostenible ambientalmente la explotación del recurso, en qué condiciones se les quiere dejar a las generaciones futuras, etc.



- c) Esfera económica: Qué modelo económico y territorial se diseña en el país, qué actividades necesitan agua como insumo, en qué cantidad, con qué disponibilidad tecnológica, qué modelo de sostenibilidad económica se puede plantear (se debe pensar en explotación y mantenimiento, no solo en inversión).

Este enfoque multisectorial descrito, se refleja en tres prácticas que permitirán que todos los actores de la cuenca involucrados en la gestión del recurso hídrico reflexionen y determinen estrategias de cambio a futuro: (i) planificación de los recursos hídricos como un elemento esencial para una adecuada gestión de los recursos, (ii) la participación organizada de los usuarios y (iii) el modelo colaborativo para la proyección de los diferentes escenarios en la gestión de recursos hídricos.

En función a lo expuesto en este apartado, podemos señalar que, en Perú, se cuenta con cuatro instrumentos que permiten materializar la planificación de la gestión de los recursos hídricos, atendiendo a la especialidad que reportan los recursos hídricos subterráneos, los cuales, al igual que los superficiales, presentan características propias en cada cuenca hidrográfica.

2.2. Régimen aplicable para el aprovechamiento de las aguas subterráneas

Por su parte, sobre el régimen aplicable para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, debemos partir por reconocer que la gestión adecuada de los recursos hídricos en Perú tiene como punto de partida los instrumentos descritos en el apartado anterior, en tanto que se constituyen como la herramienta básica en la regulación para el aprovechamiento de los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos (Lozano, 2015, p. 166).

En concordancia con lo señalado, se establece un sistema de derechos de agua que brinda beneficios, en tanto permite la posibilidad de explotar y conservar los recursos hídricos (Garduño *et al.*, 2006, p. 1); es decir, colabora con un escenario de aprovechamiento sostenible.

Sobre el particular, la Ley de Recursos Hídricos ha establecido que el reconocimiento de derechos de agua es a través de títulos habilitantes, los denominados derechos de uso en el ordenamiento jurídico peruano. Estos derechos de uso permiten a quien los detenta aprovechar los recursos hídricos conforme una adecuada gestión de los mismos, debiendo ser coherente con la cohesión social (Espinosa-Saldaña, 2020). En materia de aguas subterráneas, los títulos habilitantes se refieren a los derechos de uso para la exploración o explotación del recurso hídrico en mención.

En el artículo 110 de la Ley de Recursos Hídricos, se señala que los derechos de uso para aguas subterráneas se regularán por lo dispuesto en su Título IV. Adicionalmente, aquel artículo señala que, en el caso de cese temporal o permanente del

uso, los titulares de estos derechos están obligados, bajo responsabilidad, a tomar las medidas de seguridad necesarias que eviten daños a terceros; y, que los usuarios de aguas subterráneas deberán instalar y mantener piezómetros en cantidad y separación determinados por la autoridad respectiva, donde registren la variación mensual de los niveles freáticos, información que deben comunicar a la Autoridad Nacional del Agua.

En el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, se especifican las condiciones necesarias para otorgar derechos de uso en materia de aguas subterráneas, conforme se exponen a continuación (artículo 241):

- a) Que su ejercicio no interfiera o altere el ejercicio de otros derechos de uso de agua superficial o subterránea otorgados con anterioridad.
- b) Que la extracción de agua subterránea no cause fenómenos físicos, químicos o ambos, que alteren perjudicialmente las condiciones del reservorio acuífero, las aguas allí contenidas, ni el área superficial comprendida en el radio de influencia del pozo cuando abarque terrenos de terceros.
- c) Que no produzcan interferencia con otros pozos u otras fuentes naturales de agua.
- d) Que exista la disponibilidad del agua subterránea solicitada y que sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destinará.
- e) Que las obras hidráulicas de alumbramiento o recarga artificial del acuífero, conducción, utilización, medición y las demás que fuesen necesarias cuenten con la aprobación de la Autoridad Nacional del Agua.

Además de los requisitos establecidos para el otorgamiento de derechos de uso de agua subterránea, se requiere el cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Recursos Hídricos, a través del cual se establecen condiciones que buscan asegurar su aprovechamiento en condiciones de sostenibilidad. Estas condiciones son las siguientes:

- a) Que exista la disponibilidad del agua solicitada y que ésta sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destine;



- b) Que la fuente de agua a la que se contrae la solicitud tenga un volumen de agua disponible que asegure los caudales ecológicos, los niveles mínimos de reservas o seguridad de almacenamiento y las condiciones de navegabilidad, cuando corresponda y según el régimen hidrológico;
- c) Que no ponga en riesgo la salud pública y el ambiente;
- d) Que no se afecte derechos de terceros;
- e) Que guarde relación con el plan de gestión del agua de la cuenca;
- f) Que el interesado presente el instrumento ambiental pertinente aprobado por la autoridad ambiental sectorial competente; y
- g) Que hayan sido aprobadas las servidumbres, así como las obras de captación, alumbramiento, producción o regeneración, conducción, utilización, avenamiento, medición y las demás que fuesen necesarias.

De lo mencionado en las normas citadas, tenemos que el aprovechamiento de las aguas subterráneas es a través de los títulos habilitantes que reconocen derechos de uso, conforme señalan Cairampoma y Villegas (2016, p. 155). No obstante, en atención al deber del Estado de garantizar el acceso al recurso hídrico y su sostenibilidad, en el ordenamiento jurídico se ha establecido condiciones a cumplir para el otorgamiento de dichos títulos habilitantes. De manera que los próximos a ser usuarios de agua deben cumplir con dichas condiciones a efectos aprovechar el recurso hídrico de aguas subterráneas.

En ese sentido, a partir de lo expresado en esta sección, podemos señalar que el Estado peruano tiene el deber de garantizar el acceso a los recursos hídricos como es el caso de las aguas subterráneas y asegurar su sostenibilidad, para lo cual ha provisto de instrumentos normativos que establecen los lineamientos para el manejo y gestión de recursos hídricos como son las aguas subterráneas, así como un régimen jurídico que establece condiciones de sostenibilidad para el otorgamiento de derechos de uso de dichos recursos hídricos.

3. Organizaciones de Usuarios de Agua

El aprovechamiento de las aguas subterráneas ha ido incrementando con el tiempo de una manera desorganizada (Muñoz, 2016; Pino, 2019), situación que ha generado un gran desafío para los encargados de su administración, como es el caso de las organizaciones de usuarios de agua.

Los usuarios de aguas subterráneas, al ser los solicitantes o tenedores de un derecho de uso de agua, son los actores más importantes en la gestión de un sistema de derechos de agua subterránea, conforme señala Garduño *et al.* (2006, p. 4). Estos actores tienen intereses directos -conforme, en

su momento, García de Enterría (1984) expuso de manera general al desarrollar el concepto de *pouvoir municipal*- en las aguas subterráneas, y se relacionan con otros actores o posibles actores involucrados en la gestión del mencionado recurso, sean del sector público, sector privado e, inclusive, la sociedad misma. Esto supone que se genere una relación de cooperación en el desarrollo de la actividad, aunque a la fecha, según reconoce Groundwater Governance (2016, p. 12), en la mayoría de los países todavía no existe una cooperación efectiva entre los otros actores mencionados y los propios usuarios.

Ahora bien, estos usuarios agrupados en organizaciones de usuarios de agua han tenido un rol importante en la gestión del uso sostenible de los recursos hídricos, al ser integrantes del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos (artículos 10 y 16 de la Ley de Recursos Hídricos) y, en particular, de las aguas subterráneas, al tener como finalidad la participación organizada de los usuarios en dicha actividad.

Así, con el propósito de analizar el impacto de estas organizaciones en el aprovechamiento de las aguas subterráneas, resulta pertinente presentarlas de manera que el lector pueda conocer su naturaleza e identificarlas en su campo de actuación en relación a este recurso hídrico en específico. A continuación, se desarrollan primero sus aspectos generales para después analizar los niveles de organización que ellas mantienen.

3.1. Aspectos generales

Los usuarios de agua, conforme el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, son titulares de derechos de uso de agua para el abastecimiento del recurso a través de los servicios que brindan las organizaciones de usuarios de agua, bien a través de juntas, comisiones o comités de usuarios de agua. Estos usuarios pueden formar parte de las organizaciones de usuarios de agua, en tanto que comparten una fuente superficial o subterránea y un sistema hidráulico común, conforme al artículo 39 del cuerpo normativo previamente citado.

La Ley de Recursos Hídricos precisa, en su artículo 27, que los usuarios pueden



organizarse en asociaciones civiles para efectivizar su participación en la gestión multisectorial y de uso sostenible de los recursos hídricos; para lo cual el Estado garantiza su autonomía y elección democrática a través del reconocimiento por parte de la Autoridad Nacional de Agua. Cabe señalar, en el mismo sentido de lo expresado por el Tribunal Constitucional (2020) en el fundamento 44, que estas asociaciones cuentan con un régimen distinto a las reguladas por el Código Civil por las actividades que desarrollan.

Estas organizaciones de usuarios del agua son definidas como organizaciones sin fines de lucro conformadas por personas naturales y jurídicas, quienes poseen derecho de uso de agua otorgado por la autoridad competente (artículo 3 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, Decreto Supremo N° 0005-2015-MINAGRI) y canalizan la participación de sus miembros en la gestión multisectorial y de uso sostenible de los recursos hídricos (artículo 2 de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua), en tanto son reconocidos como integrantes del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos (artículo 11 de la Ley de Recursos Hídricos).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2020), en su fundamento 40, señala que las organizaciones de usuarios de agua (i) gestionan recursos de titularidad del Estado y (ii) desarrollan funciones administrativas en torno a dichos recursos. Por tanto, las referidas organizaciones, finalmente particulares, se encuentran desarrollando tareas de interés general, colaborando así con los fines del Estado.

3.1.1. Constitución y personería jurídica de las organizaciones de usuarios de agua

La Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua (artículo 4) y su Reglamento (artículos 16 y 17) establecen que las juntas y comisiones se constituyen sobre la base de sectores o subsectores hidráulicos, los cuales deben estar delimitados previamente por la Autoridad Nacional del Agua. Y prohíbe que pueda constituirse dos o más organizaciones del mismo nivel en el mismo sector o subsector.

Los usuarios de agua que cuentan con sistemas de abastecimiento propio podrán constituir organizaciones de usuarios de agua de carácter regional o nacional, a fin de canalizar su participación en la gestión multisectorial de los recursos hídricos y de defender sus derechos e intereses comunes.

Para su reconocimiento, conforme el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, deberán cumplir con los siguientes requisitos: acta de constitución (que considere el acuerdo de constituir organización a nivel regional o nacional, constituida exclusivamente por usuarios con sistema de abastecimiento propio, la denominación, la identificación de sus integrantes y de su directiva), patrimonio y propuesta de estatuto.

Una vez constituidas, las organizaciones de usuarios de agua adquieren personería jurídica con su inscripción en los registros públicos. Para tal inscripción, resulta de carácter obligatorio que, previamente, cuenten con resolución administrativa por parte de la Autoridad Nacional del Agua que señale que sus domicilios se encuentran registrados dentro del ámbito territorial en el que se organizan.

Cabe mencionar que la inscripción es obligatoria para la junta de usuarios y facultativa para las comisiones y comités de usuarios, vinculando dicha calificación registral al reconocimiento otorgado por la Autoridad Nacional del Agua a través de la resolución administrativa.

Además, una vez inscrita la organización de usuarios de agua, no será necesario que se inscriba cada acto o decisión adoptada como las elecciones de representantes orgánicos, voluntarios, adecuaciones, modificaciones estatutarias, entre otros; debido a que se podrá solicitar instrumentos complementarios que le permitan el control de legalidad y adecuación de los mismos (SUNARP, 2018, p. 32).

Las restricciones que en esta sección se mencionan ponen en evidencia, en el mismo sentido del fundamento 54 del Tribunal Constitucional (2020), que las organizaciones de usuarios de agua si bien son consideradas como asociaciones por su constitución fruto de la voluntad de los usuarios, es en base a la relevancia de su actuación (prestación de un servicio público vinculado a un recurso natural) que se les establece ciertos límites.

3.1.2. Reconocimiento administrativo de las organizaciones de usuarios de agua

La infraestructura hidráulica menor de carácter público, entendida como estructura empleada para realizar actividades de captación, regulación, distribución, medición y drenaje secundario (artículo 13.2 del Reglamento de Operadores de Infraestructura Hidráulica, Resolución Jefatural 327-2018-ANA), resulta indispensable para el aprovechamiento de los recursos hídricos y tiene como su titular a la Autoridad Nacional del Agua.

El Estado delega el ejercicio de dicha titularidad a las organizaciones de usuarios de agua, mediante el reconocimiento



administrativo (artículo 20 del Reglamento de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua) que otorga la Autoridad Nacional del Agua en una resolución administrativa. Y es que la colaboración de particulares en las actividades propias del Estado resulta parte de la evolución que ha sufrido este último para asegurar sus fines (Parejo, 2012, pp. 35-38), en definitiva vinculados a la dignidad del ser humano.

El reconocimiento en mención implica que, previamente, se haya verificado que la organización de usuarios de agua se encuentre en capacidad de administrar la infraestructura, para ello se realiza una evaluación técnica de los requisitos que debe cumplir. Así, se garantiza que brinde una gestión eficiente y sostenible de los recursos hídricos.

Las organizaciones de usuarios de agua obtienen con este reconocimiento la autorización del Estado para brindar un servicio público, administrar, operar y mantener la infraestructura pública de un sector hidráulico, cobrar tarifas de agua y efectuar la distribución del recurso.

Cabe precisar que el reconocimiento administrativo en cuestión no tiene carácter provisional, sino indeterminado; con ello se busca la permanencia de la participación de los usuarios de agua. No obstante, ello no resta que, en caso se sancione más de tres veces en un periodo no mayor a doce meses a la organización, por parte de la Autoridad Nacional del Agua, ese reconocimiento sea suspendido por resolución administrativa.

3.1.3. Derechos y deberes de los usuarios

En el marco del funcionamiento de estas organizaciones, la normativa ha establecido en los artículos 4 y 5 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua los siguientes derechos y obligaciones para los usuarios de agua:

A) Derechos:

- Recibir la dotación de agua conforme al derecho de uso de agua otorgado, disponibilidad del recurso hídrico y programas de distribución de agua aprobados.
- Solicitar información sobre la gestión de su organización de usuarios de agua.
- Acceder, en condiciones de igualdad, a los beneficios y servicios que brinda la organización de usuarios de agua.
- Presentar reclamos ante su organización de usuarios de agua por los servicios brindados, los que serán resueltos en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.
- Demás derechos establecidos en su Estatuto, la Ley 29338 - Ley de Recursos Hídricos, su Reglamento y demás normatividad aplicable.

B) Obligaciones:

- Usar el agua en forma eficiente en el lugar y para la finalidad que le fuera otorgada, sin afectar derechos de terceros.

- Participar o contribuir a la conservación, sostenibilidad, mantenimiento y desarrollo de la cuenca y del acuífero.
- Abonar, en forma oportuna, a las juntas de usuarios las tarifas de agua y las retribuciones económicas que se establezcan.
- Cumplir las disposiciones establecidas en la normatividad vigente.

Conforme se puede observar, la normativa ha previsto, por un lado, derechos tendientes a proteger el derecho de uso de agua otorgado a la organización de usuarios a fin de que puedan ejercer plenamente dicho derecho y, por otro lado, obligaciones como límites al ejercicio del derecho de uso de agua para asegurar la sostenibilidad del recurso hídrico. Y es que, para alcanzar el equilibrio entre el aspecto social, económico y ambiental, se tendrá que considerar la situación particular de la sociedad en conjunto con la disponibilidad hídrica.

3.1.4. Actividad de las organizaciones

Las organizaciones de usuarios de agua tienen como principal actividad la gestión de la infraestructura hidráulica y de los recursos hídricos. Conforme lo señala el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, las organizaciones realizan esta actividad conforme al interés público, razón por la cual su gestión deberá ser coherente con el equilibrio que debe mantenerse en una cuenca hidrográfica.

El servicio brindado por las organizaciones de usuarios de agua presenta particularidades en función a la zona geográfica en la cual participe (Martín Mateo, 1991, p. 13), así como por las actividades que se desarrollen. No obstante, con la finalidad de contar con homogeneidad entre sus labores, se puede partir por lo señalado en el artículo 14, 16 y 18 del Reglamento de Operadores de Infraestructura Hidráulica y del artículo 9 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, en los que se reconoce los sectores hidráulicos en los cuales actúan las organizaciones de usuarios de agua:

- a) En el sector hidráulico mayor está comprendida la infraestructura hidráulica



mayor, a través de la cual se realizan actividades de (i) trasvase (que deriva el agua de una unidad hidrográfica a otra antigua), (ii) regulación (que almacena y entrega gradualmente el agua), (iii) medición (que determina volúmenes o caudales de agua en un punto determinado), (iv) captación (que deriva el agua de su curso natural artificial a una estructura de derivación), (v) derivación (que conduce aguas desde la captación hasta la entrega de las mismas en la infraestructura hidráulica menor o usuarios que no forman parte de un sector hidráulico menor) y (vi) drenaje principal (que evalúa los excedentes de agua desde los drenes secundarios hacia la fuente natural).

- b) El sector hidráulico menor comprende la infraestructura hidráulica menor y el ámbito en el que se presta servicio, en la cual se realizan actividades de (i) captación, que deriva el agua de un sector hidráulico mayor o de un curso natural a los sistemas de distribución; (ii) distribución, que traslada las aguas desde la captación hasta aquellos usuarios que utilizan el recurso hídrico en una actividad sectorial determinada; (iii) medición, que determina los volúmenes o caudales de agua en un punto determinado de la infraestructura hidráulica; y, (iv) de drenaje secundario, que evacúa los excedentes de agua hacia los drenajes principales.
- c) El sector hidráulico de aguas subterráneas considera la infraestructura hidráulica que permite realizar actividades de (i) extracción, (ii) medición, y, (iii) distribución de aguas subterráneas, así como de, (iv) medición de nivel freático, de los parámetros básicos de la calidad y de la explotación de las aguas subterráneas.

En función a la diversidad de infraestructuras que deben ser administradas por las organizaciones de usuarios de agua es que, cinco años después de contar con un nuevo marco normativo como la Ley de Recursos Hídricos, se opta por incorporar al ordenamiento jurídico nacional la Ley, y posterior Reglamento, referida a las organizaciones de usuarios de agua.

3.1.5. Tarifa de agua cobrada por la organización

Conforme se establece en el artículo 90 de la Ley de Recursos Hídricos y el artículo 92 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, los titulares de los derechos de agua (o usuarios de agua) deben realizar pagos por el uso de la infraestructura hidráulica pública. Estos pagos son reconocidos en la normativa peruana como las tarifas de agua, las cuales tienen como propósito contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso.

Las organizaciones de usuarios cuentan con recursos económicos provenientes de la tarifa por uso de infraestructura hidráulica, de la prestación de otros servicios, donación, legados, otros aportes de los usuarios del sector hidráulico y, en el caso de las aguas subterráneas, la tarifa por los servicios de monitoreo y gestión de agua subterránea en atención a lo

dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua.

Los recursos antes referidos son destinados exclusivamente a solventar los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica, excepto aquellos aportes económicos que sean distintos a las tarifas de agua (artículo 94 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

Resta destacar que las tarifas de agua no son retribuciones económicas por el aprovechamiento de los recursos hídricos; es decir, no estamos frente a la retribución que se realiza por los derechos de uso de agua, la cual es establecida por la Autoridad Nacional del Agua. Por el contrario, estas tarifas de agua son pagos que realizan los usuarios de agua a las organizaciones de usuarios de agua por el uso de la infraestructura hidráulica pública, constituyendo así recursos públicos (artículo 92 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

3.1.6. Control de las organizaciones de agua: supervisión y sanción

La Autoridad Nacional del Agua realiza las acciones de supervisión o fiscalización, de oficio o a petición de un tercio de miembros del Consejo Directivo de una organización de usuarios, para garantizar el normal desarrollo de las funciones de las organizaciones de usuarios de agua, conforme el artículo 12 de la Ley de Organizaciones de Usuarios de agua y el artículo 96 de su Reglamento.

No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa antes mencionada, será de aplicación lo referido por los artículos comprendidos entre el 239 al 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, respecto a la actividad administrativa de fiscalización.

Cabe señalar que la finalidad de la actividad fiscalizadora de la Administración consiste tanto en la verificación del cumplimiento de la legalidad como en la protección de los intereses públicos en juego. Sin embargo, como advierte Izquierdo (2019, p. 416), en los ámbitos sectoriales se pueden encontrar dos



escenarios respecto a la atribución de la potestad fiscalizadora a un órgano o ente administrativo y las facultades otorgadas en ese ámbito.

El primer escenario se presenta cuando la normativa sectorial solo se limita a atribuir dicha potestad fiscalizadora a un órgano específico, pero sin detallar las facultades que le corresponde. En ese sentido, se deberá aplicar todas las facultades listadas en el artículo 240 del Texto Único Ordenado. Y, en relación al segundo escenario, bajo el cual el legislador sí incluye una enumeración específica de las facultades fiscalizadoras en la normativa sectorial y en ellas no reconoce alguna de las listadas en el artículo 240, se entiende que el órgano fiscalizador deberá respetarlas al tratarse de una concreción lícita del legislador sectorial.

Asimismo, la Autoridad Nacional del Agua tiene facultad de sancionar a las organizaciones de usuarios de agua ante el incumplimiento de funciones a su cargo, a través del procedimiento administrativo sancionador de acuerdo con el 98 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua.

Sobre la potestad sancionadora, el artículo 97 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua precisa que los miembros de los consejos directivos responden solidariamente con sus organizaciones de usuarios de agua por infracciones en las que esta última incurra. Y es que, a través de las decisiones que aquellos adoptan, la organización de usuarios de agua puede incurrir en alguna de las infracciones previstas en la norma, tales como “no ejecutar las acciones relacionadas a preservar la integridad, idoneidad o el uso adecuado de la infraestructura hidráulica, según los instrumentos técnicos aprobados por la Autoridad Nacional del Agua”, “no elaborar o no presentar a la autoridad para su aprobación, dentro del plazo establecido, los instrumentos técnicos necesarios para ejercer el rol de operadores de infraestructura hidráulica, que sean aprobados por la Autoridad Nacional del Agua o el Ministerio de Agricultura y Riego”, entre otras infracciones previamente establecidas con las respectivas sanciones a efectos de desincentivar su actuación.

En particular, las infracciones administrativas en las que podrían incurrir las organizaciones de usuarios de agua vinculadas a las aguas subterráneas, conforme al Reglamento, serían (i) las consideradas como leves al estar vinculadas al Plan Multianual de Inversiones, la cual es considerada leve (artículo 106); y, (ii) las consideradas como graves que están relacionadas con la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica (artículo 105), al incumplimiento de otros instrumentos técnicos (artículo 107), a las tarifas de agua y aportes (artículo 108), a la recaudación y transferencia de la retribución económica (artículo 109), a la distribución de agua (artículo 110) y a la transparencia de la gestión institucional (artículo 111).

En el marco del procedimiento administrativo sancionador que realiza la Autoridad Nacional del Agua, el órgano instructor puede dictar medidas de carácter temporal a fin de garantizar la eficacia de la resolución final y cautelar así el interés público por medio de la ejecución o suspensión de acciones mientras se lleve a dicho procedimiento (artículo 123 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua), siempre que se evalúe previamente el riesgo que implicaría su adopción en la gestión de recursos hídricos del sector o subsector hidráulico. Lo mencionado no resta que la adopción de medidas administrativas también es una herramienta que la administración pública podrá aplicar en caso fuese necesario, en ejercicio del poder de policía.

3.1.7. Disolución de las organizaciones de usuarios de agua

La disolución de la organización de usuarios de agua es adoptada por la Asamblea General, de conformidad con lo establecido en su estatuto. Una vez adoptada la disolución de la organización de usuarios de agua, el haber neto de la liquidación deberá ser entregado a la organización que asuma las funciones de aquella, de conformidad con lo establecido en el Código Civil (artículo 41 de la ley de recursos hídricos) y, luego, el acuerdo de disolución deberá ser inscrito en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP (2018, pp. 15-16).

De esa manera, la organización de usuarios de agua logra un proceso de disolución ordenado, que atiende a la voluntad de sus miembros, de conformidad con la normativa aplicable y procurando la continuidad de las obligaciones que brindan.

3.2. Niveles de organización de los Usuarios de Agua

En Perú se cuenta con tres niveles de organización de usuarios de aguas, encontrándose los comités de usuarios en la base del sector hidráulico, siguiendo las comisiones de usuarios como nivel intermedio y las juntas de usuarios en el tercer nivel. De esta manera, en Perú se ha aprovechado la potestad de organización (Sánchez Morón,

2011, pp. 223-267) para brindar una estructura lógica que no replique potestades y que permita coordinar entre los niveles mencionados. Al respecto, la diferenciación entre ellas se debe a la distinción de las labores que cada una realiza, escenario que no vulnera el principio de igualdad, conforme lo señala el Tribunal Constitucional (2020) en los fundamentos 57 al 80.

Figura N° 1: Organizaciones de Usuarios de Agua



Elaboración propia.

Fuente: Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua.

3.2.1. Comité de usuarios

El comité de usuarios es la organización de nivel básico, constituida sobre la base de una infraestructura en un subsector hidráulico, que se integra a la comisión de usuarios de agua del subsector hidráulico correspondiente (artículo 62 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

Entre las funciones del comité de usuarios, la normativa establece a través del artículo 63 del Reglamento las siguientes: (i) canalizar y representar los derechos e intereses de sus integrantes ante la comisión de usuarios a la que se integra; (ii) realizar, por delegación de la comisión de usuarios, las actividades de operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica sobre la cual se organiza; (iii) ejecutar los acuerdos adoptados por la comisión de usuarios a la que integra; (iv) ejecutar las disposiciones que establezca la Autoridad Nacional del Agua; y, (v) promover el uso sostenible y conservación del recurso hídrico.

3.2.2. Comisión de usuarios

Las comisiones de usuarios de agua son organizaciones de nivel intermedio, conformadas por usuarios de agua reconocidos en el Registro Administrativo de Derechos de Uso

de Agua (RADA), sobre la base un subsector hidráulico (artículo 49 y 54 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

Previo al reconocimiento, la Autoridad Nacional del Agua solicita opinión a la junta de usuarios a cargo del sector hidráulico al que pertenece el subsector. En caso de no haber junta de usuarios, no será exigible dicha opinión (artículo 22 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

El Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, en el artículo 22, establece los requisitos que la comisión de usuarios de agua debe cumplir para obtener el reconocimiento de la Autoridad Nacional del Agua. A continuación, se precisan los requisitos:

- Acta de constitución: acuerdo de usuarios de un mismo subsector hidráulico, denominación, identificación del subsector hidráulico, de los usuarios que conforman la comisión de usuarios y del primer consejo directivo.
- Patrimonio de la comisión.
- Identificación de la infraestructura hidráulica bajo su ámbito territorial.
- Propuesta de estatuto.
- Plano o esquema del sector hidráulico, delimitado por la Autoridad Nacional del Agua.

Entre las funciones de las comisiones de usuarios de agua, conforme al artículo 50 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, se encuentran las siguientes: (i) canalizar y representar los derechos e intereses de los usuarios de agua del subsector hidráulico ante la junta de usuarios; (ii) proponer ante la junta de usuarios el plan de operación, mantenimiento y desarrollo de la infraestructura hidráulica del subsector hidráulico; (iii) realizar, por delegación y condiciones establecidas por parte de la junta de usuarios, las actividades de operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica del subsector hidráulico, distribución del agua en el subsector hidráulico y cobranza de tarifas,



recaudación de retribución económica y otros aportes económicos; (iv) supervisar las actividades de los comités de usuarios que la integran, en cuanto se refiere a la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica del subsector hidráulico; (v) ejecutar los acuerdos adoptados por la junta de usuarios que integra así como aquellas actividades que les sean encargadas; (vi) promover el uso sostenible y conservación del recurso hídrico de acuerdo con las disposiciones que establezca la Autoridad Nacional del Agua; y (vii) ejecutar las disposiciones que establecidas por la Autoridad Nacional del Agua.

3.2.3. Junta de usuarios

Las juntas de usuarios de agua son personas jurídicas conformadas por usuarios de agua que se encuentran en el Registro Administrativo de Derechos de Uso de Agua (RADA) y previamente agrupadas en comisiones y comités de usuarios de agua para el ejercicio de su rol como operador de infraestructura hídrica (artículo 42.3 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos), que se ubican en el mayor nivel de las organizaciones de usuarios de agua, sobre la base de un sector hidráulico (artículos 24 y 32 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

El reconocimiento de las juntas de usuarios comprende la autorización del Estado para brindar un servicio público, administrar, operar y mantener la infraestructura pública de un sector hidráulico, cobrar tarifas de agua y efectuar la distribución del recurso (artículo 20 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua).

El Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, en el artículo 21, establece los requisitos que la junta de usuarios de agua debe cumplir para obtener el reconocimiento de la Autoridad Nacional del Agua. A continuación, se precisan los requisitos:

- Acta de constitución: acuerdo de usuarios de un mismo sector hidráulico, denominación, identificación del sector hidráulico, de los usuarios que conforman la junta de usuarios y del primer consejo directivo.
- Patrimonio de la junta constituida.
- Inventario de la infraestructura hidráulica.
- Propuesta de tarifa conforme a los lineamientos de la Autoridad Nacional del Agua.
- Propuesta de Estatuto.
- Plano o esquema del sector hidráulico, delimitado por la Autoridad Nacional del Agua.

Entre las funciones que les son reconocidas por medio del artículo 28 de la Ley de Recursos Hídricos y el artículo 25 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua, se encuentran las siguientes: (i) operar y mantener

la infraestructura hidráulica a su cargo promoviendo su desarrollo; (ii) distribuir el agua en el sector hidráulico a su cargo, en función a la disponibilidad de los recursos hídricos y a los programas de distribución aprobados; (iii) cobrar las tarifas de agua y administrar estos recursos públicos; (iv) recaudar la retribución económica y transferir estos recursos públicos oportunamente a la Autoridad Nacional del Agua; (v) supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los usuarios de agua del sector hidráulico; (vi) elaborar y proponer su plan de aprovechamiento de disponibilidades hídricas, incluyendo la programación de cultivo y riego de su respectivo sector hidráulico; (vii) brindar el servicio de suministro de agua en forma eficiente y atender los reclamos de los usuarios de agua del sector hidráulico dentro de los plazos previstos; participar en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, representando los intereses de los usuarios de agua del sector hidráulico a su cargo; (viii) promover y ejecutar programas y acciones de sensibilización, capacitación, difusión y asistencia técnica a favor de los usuarios de agua; elaborar estudios de preinversión, expedientes técnicos o estudios definitivos; (ix) promover la implementación de equipos, procedimientos o tecnologías que incrementen la eficiencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos; (x) supervisar las actividades de las comisiones de usuarios que la integran; (xi) desarrollar proyectos, o colaborar en su desarrollo, en armonía con el Plan de Gestión de Recursos Hídricos de Cuenca; (xii) promover el uso sostenible y la eficiencia en el aprovechamiento de los recursos hídricos; (xiii) promover la gestión integrada de los recursos hídricos; (xiv) representar y defender los intereses y derechos, individuales o colectivos, de los usuarios de agua del sector hidráulico a su cargo ante las entidades públicas y privadas, a nivel nacional e internacional; (xv) resolver los reclamos que formulen los usuarios de agua sobre deficiencias en la distribución del agua, o por incumplimiento de las obligaciones establecidas por ley; y (xvi) ejecutar las disposiciones que establezca la Autoridad Nacional del Agua.

La norma señala que las juntas de usuarios podrán delegar a las comisiones de



usuarios de agua determinadas funciones a su cargo, siempre que sea por acuerdo del Consejo Directivo de aquellas y mantengan la responsabilidad por dichas funciones y servicios delegados.

Es preciso mencionar que las juntas de usuarios ejercen únicamente el rol de operador de infraestructura hidráulica menor, quedando la mayor en el ámbito del gobierno nacional y/o gobiernos regionales (artículo 26 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua). Por ende, las funciones previamente mencionadas se circunscriben en la infraestructura hidráulica menor.

Finalmente, se debe señalar que, aunque la normativa sobre organizaciones de usuarios de agua no lo desarrolla en su Reglamento, las comunidades campesinas y nativas son consideradas organizaciones tradicionales con los mismos derechos que las organizaciones de usuarios previamente referidas, conforme se señala en el artículo 32 de la Ley de Recursos Hídricos.

4. Sostenibilidad de las aguas subterráneas a partir de su aprovechamiento por parte de las organizaciones de usuarios de agua

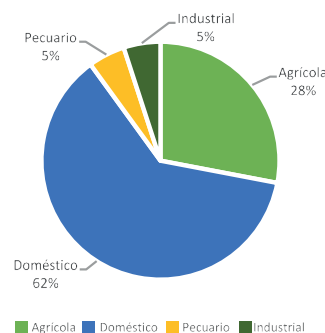
En las secciones previas, se ha observado que, en el ordenamiento jurídico peruano, se cuenta con instrumentos normativos para la gestión de las aguas subterráneas, a partir de los cuales se establecen lineamientos para garantizar el acceso al mencionado recurso hídrico y su manejo sostenible por parte del Estado peruano. Asimismo, se ha reconocido que el régimen jurídico para el aprovechamiento de las aguas subterráneas en el país establece condiciones de sostenibilidad para el otorgamiento de derechos de uso sobre el recurso hídrico en mención. También, a partir de la normativa aplicable a los usuarios de agua con títulos habilitantes para el aprovechamiento de aguas subterráneas y a las organizaciones en las que aquellos usuarios participan, se ha reconocido la importancia de su rol en el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos como las aguas subterráneas, en la medida que tienen deberes y obligaciones de sostenibilidad que cumplir en el marco de sus funciones en la gestión integral de recursos hídricos.

Ahora bien, este reconocimiento de la sostenibilidad de los recursos hídricos como las aguas subterráneas que el Estado debe procurar desde los instrumentos normativos, el régimen jurídico aplicable en el otorgamiento de título habilitante para el aprovechamiento de las aguas subterráneas y las obligaciones que tienen los usuarios de agua subterránea organizados, no implica un aseguramiento material de los dichos recursos hídricos. De manera que resulta pertinente observar cómo se ha

venido materializando en el aprovechamiento de las aguas subterráneas, principalmente, por parte de las organizaciones de usuarios de agua.

En principio, debemos señalar que, de acuerdo a la información brindada por la Autoridad Nacional del Agua para el 2018, en Perú, tenemos un total de 34 629 pozos inventariados según tipo de uso (agrícola, doméstico, pecuario e industrial), correspondientes a 52 acuíferos distribuidos en el ámbito de competencia de las nueve Autoridades Administrativas del Agua (ANA, 2019, p. 72).

Cantidad de pozos, según tipo de uso al 2018



Elaboración Propia.

Fuente: ANA, 2019.

El aprovechamiento de los recursos hídricos de aguas subterráneas a través de los pozos por parte de los usuarios de agua y, por ende, organizaciones de usuarios de agua, debe ser en concordancia con los instrumentos normativos sobre gestión de recursos hídricos como las aguas subterráneas, a fin de asegurar su sostenibilidad, de conformidad con lo mencionado en la segunda sección del presente artículo.

En esa misma línea, se debe reconocer que, aunque los integrantes de las organizaciones de usuarios de agua utilizan directamente las aguas subterráneas y cuentan con organizaciones propias (Rivera, 2016, p. 320), ello no representa una amenaza para la gestión integrada de recursos hídricos que propone el ordenamiento jurídico peruano que permita su aprovechamiento organizado y con



criterios de sostenibilidad. De hecho, su actuación se encuentra vinculada a los instrumentos normativos de la gestión que buscan la sostenibilidad del mencionado recurso (artículo III.6 y 108 de la Ley de Recursos Hídricos), así como asegurar su aceptabilidad, disponibilidad, accesibilidad, calidad y asequibilidad como criterios que permiten definir el uso adecuado del recurso hídrico (Gronwall & Danert, 2020, pp. 5-6).

Y es que, conforme se puede apreciar de las propias funciones atribuidas a las organizaciones de usuarios de agua en la normativa aplicable, estas últimas deben cumplir determinadas funciones destinadas a la sostenibilidad y al aprovechamiento eficiente, oportuno y adecuado, tal como se puede observar en el Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua. Este deber de cumplimiento de las organizaciones de usuarios de agua se encuentra establecido en el artículo 25 del Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua para el caso de las juntas de usuarios; en el artículo 50, para las comisiones de usuarios; y, en el artículo 63, para los comités de usuarios.

En el caso particular de las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas, las actividades de (i) extracción, (ii) observación, (iii) medición de los usos, (iv) distribución, y (v) medición del nivel freático a realizarse en razón del aprovechamiento de dichos recursos hídricos debe ser en atención a la sostenibilidad de estos últimos. De manera que, a partir de dichas actividades, las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas puedan y deban promover desarrollos vinculados a la recarga de acuíferos, obras de mejoramiento de infraestructura, actualización de información vinculada a los acuíferos, entre otros; bien de manera individual o a partir de coordinaciones con gobiernos regionales, gobiernos locales, autoridades locales del agua u otros.

No obstante, conforme se muestra en la siguiente tabla sobre el acuífero del Valle de Ica y de las Pampas de Villacurí y Lanchas a modo de muestra, no ha sido posible observar actuaciones vinculadas a la sostenibilidad de los recursos hídricos de aguas subterráneas en el marco de las actividades que realizan los usuarios y organizaciones de usuarios de este recurso hídrico, sino que, por el contrario, tienden a la sobreexplotación del recurso hídrico en mención (Zeisser & Gilvonio, 2016, pp. 6-7).

Reservas explotables y volúmenes otorgados por licencia en hectómetros cúbicos (hm³)

Acuífero	Reserva explotable	Explotación	Sobreexplotación	Volumen otorgado	Volumen asignable (restante)
Ica	189	335	146	134.14	54.86
Villacurí	63	228	165	87.8	-24.8
Lanchas	17	34	17	3.5	13.5

Elaboración propia.

Fuente: Plan de gestión del acuífero del Valle de Ica y Pampas de Villacurí y Lanchas, citado por Zeisser y Gilvonio, 2016.

En la tabla presentada, podemos observar que, aun cuando existente un máximo de reserva explotable de aguas subterráneas, se ha llegado a sobreexplotar dichos recursos en los acuíferos de Ica, Villacurí y Lanchas en 146, 165 y 17 hectómetros cúbicos (hm³), respectivamente. Se debe destacar que, aun cuando la sobreexplotación del recurso hídrico en mención no sea alegada íntegramente a los usuarios de agua organizados con licencias de agua otorgadas por la autoridad competente, es posible observar que hay usuarios de agua subterránea con licencias de uso que llegan a explotar el recurso hídrico más allá de lo permitido por la reserva explotable, como es el caso del acuífero de Villacurí, en donde el volumen otorgado es 24.8 hm³ superior de lo establecido.

En atención a dicha situación de sobreexplotación del recurso hídrico mencionado, merece especial referencia conocer la situación de los derechos de uso de agua subterránea en Ica que le fueron reconocidos a través de títulos habilitantes de licencia de uso. Para el año 2014, según información de la Administración Local del Agua Ica en 2015, citada por Zeisser y Gilvonio, se otorgaron 270 licencias de uso de agua subterránea para actividades agrarias con un volumen de 146.4 hm³, 43 licencias de uso de agua para el poblacional con un volumen de 14 hm³ y 6 licencias de uso de agua para otros usos como el doméstico agropecuario, pecuario, recreativo e industrial. (2016, p. 9). De ahí que, según anotan los mismos autores, del registro de licencias de uso de agua subterránea de la Administración Local del Agua Ica en 2014, de acuerdo a la información recogida por esta última en el 2015 para la cobranza de retribución económica respectiva, se observa la grave afectación del acuífero de Ica, en tanto la sobreexplotación estaba cuantificada en 146 hm³ anualmente. (2016, p. 11).

De manera que el aprovechamiento sostenible de las aguas subterráneas otorgadas a los usuarios de agua mediante título habilitante todavía sea una afirmación que se mantiene en el plano normativo, a partir del cual Estado deberá adoptar las acciones que correspondan a efectos de asegurar la sostenibilidad del recurso hídrico



en mención. Sin perjuicio de que, como ya se esbozó en líneas anteriores, los usuarios de agua también coadyuvan en la sostenibilidad de los recursos en el marco de los derechos de uso de agua que les fueron otorgados y, además, aportan desde sus ámbitos de organización en calidad de juntas, comisiones o comités de usuarios de aguas en atención a los deberes y obligaciones derivadas de sus funciones en la gestión integral de recursos hídricos.

En ese sentido, aun cuando exista una debilitada comprensión del deber de coadyuvar a la sostenibilidad de los recursos hídricos, como las aguas subterráneas, por parte de los usuarios de agua a consecuencia de una cohesión social debilitada que olvide la afectación que genera la sobreexplotación de dichos recursos sobre terceros, las organizaciones de usuarios de agua tienen el deber y la obligación de observar que las actuaciones de los usuarios de agua que los integran cumplan y/o se limiten al volumen de aguas subterráneas que les fue permitido aprovechar para los diferentes usos reconocidos por la norma correspondiente.

Sin perjuicio de que los usuarios de agua organizados en juntas, comisiones o comités realicen las acciones para alcanzar la sostenibilidad de las aguas subterráneas, el Estado ha venido implementando herramientas institucionales para garantizar el uso sostenible de los mencionados recursos hídricos. Así, una de ellas es la Guía para realizar inventarios de fuentes de aguas subterráneas, emitida por Resolución Jefatural 086-2020-ANA de la Autoridad Nacional del Agua.

Otra de las herramientas es el Directorio de las Organizaciones de Usuarios de Agua de la Autoridad Nacional del Agua, el cual, sin embargo, debería seguir trabajándose en aras de aumentar las organizaciones de usuarios de agua subterránea en particular (2020) y superar las dificultades que puedan presentarse para su creación como los problemas de representatividad legal, problemas para administrar los fondos para la operación de la infraestructura hidráulica, los problemas con los pagos oportunos de las tarifas y la falta de elaboración de planes para la operación de la infraestructura hidráulica, según lo anotado por la Autoridad Nacional del Agua en su participación como *amicus curiae* en el proceso de los Expedientes 0018-2014-PI/TC y 0022-2014-PI/TC, acumulados.

En esa misma línea, otra de las herramientas institucionales es que la Autoridad Nacional del Agua se encuentra habilitada para declarar zonas de veda (o también zonas de restricción, en caso de que así corresponda) en atención a la gestión sostenible de los recursos hídricos como las aguas subterráneas (numeral 6 del artículo 15, 78 y 113 de la Ley de Recursos Hídricos) y, con ello, los usuarios de agua tengan restringido su aprovechamiento durante el tiempo y en el lugar sobre el que se haya declarado zona de veda o zona de protección. A modo de ejemplo, mediante Resolución Jefatural

330-2011-ANA, la Autoridad Nacional del Agua había ratificado la condición de veda de los acuíferos de Ica, Villacurí y Lanchas, debido a la sobreexplotación de aguas subterráneas en estos acuíferos, situación que ha persistido hasta hace unos años como se ha advertido en líneas anteriores.

En razón de lo expuesto en este apartado, podemos señalar que el Estado peruano tiene el deber de garantizar el uso sostenible de los recursos hídricos como las aguas subterráneas, pero que, a su vez, los usuarios de agua organizados también tienen el deber y la obligación de coadyuvar en la sostenibilidad de dichos recursos a fin de evitar situaciones de sobreexplotación de los mencionados recursos hídricos. En aras de que las organizaciones de usuarios de agua puedan generar un impacto sobre la sostenibilidad de las aguas subterráneas, será necesario el fortalecimiento de dichas organizaciones para que se pueda aprovechar los beneficios que se generarían por un buen funcionamiento de las mismas para la gestión integrada de recursos hídricos en el país.

5. Conclusiones

A partir de lo expresado en las secciones de desarrollo, podemos arribar a algunas conclusiones sobre el rol de las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento sostenible de las aguas subterráneas en el país. Así, en primer lugar, debemos comenzar por destacar la importancia del agua subterránea para el bienestar del ser humano, al ser primordial en el suministro de agua para el ámbito urbano y rural, conforme anotan Foster *et al.* (2002, p. 2) y Villar (2016, pp. 93-96).

En segundo lugar, en aras de dicha importancia, el Estado peruano tiene el deber y obligación de garantizar el uso sostenible de los recursos hídricos, en los que están incluidas las aguas subterráneas. De ahí que establezca instrumentos normativos para asegurar la gestión sostenible de dichos recursos y, a su vez, el régimen jurídico aplicable con condiciones de sostenibilidad para el otorgamiento de derechos de usos a usuarios de agua para su aprovechamiento.



En tercer lugar, debemos reconocer el rol que cumplen las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento de las aguas subterráneas que realizan sus miembros, quienes son usuarios de agua con títulos habilitantes. Y es que, sea una junta, una comisión o un comité, las organizaciones de usuarios de agua tienen el deber y la obligación de coadyuvar a la sostenibilidad del aprovechamiento de los recursos hídricos por parte de los usuarios de agua, a partir de las funciones atribuidas por la normativa aplicable a dichas organizaciones.

En cuarto lugar, será preciso mencionar que, aun cuando el Estado tenga el deber primario de garantizar la sostenibilidad en el uso de los recursos hídricos como las aguas subterráneas, las organizaciones de usuarios de agua cumplen un rol relevante en dicha sostenibilidad, a partir del aprovechamiento de los recursos hídricos de parte de sus miembros y desde el deber que se les ha atribuido por su participación en la gestión integral de los recursos hídricos. No obstante, conforme a lo anotado en líneas anteriores, todavía hay escenarios de sobreexplotación de las aguas subterráneas que generan efectos negativos para la sostenibilidad de dichos recursos hídricos, frente a los cuales se deberá buscar adoptar medidas para la conservación de los recursos hídricos que aprovechan a partir de una diligente extracción, observación, medición del uso, distribución y medición del nivel freático, sin perjuicio de las herramientas institucionales que ha venido implementando el Estado para garantizar el uso sostenible de las aguas subterráneas.

Finalmente, resulta pertinente reconocer que, aun cuando se haya mencionado la importancia del rol, normativa aplicable y deber de las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento sostenible de las aguas subterráneas en Perú, todavía resulta una tarea pendiente la implementación de herramientas institucionales que permitan asegurar la sostenibilidad desde las organizaciones de usuarios de agua en relación al recurso hídrico en mención, por parte de las autoridades competentes.

Referencias bibliográficas

- Autoridad Nacional del Agua, Banco Interamericano de Desarrollo & Banco Mundial. (s.f.). *Plan de Gestión de Recursos Hídricos de Cuenca*. ANA, Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial.
- Autoridad Nacional del Agua. (2009, 11 de mayo). Resolución Jefatural 0250-2009-ANA. *Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos*.
- Autoridad Nacional del Agua (2011, 08 de junio). Resolución Jefatural 330-2011-ANA.
- Autoridad Nacional del Agua. (2015, 10 de diciembre). Resolución Directoral N° 006-2015-ANA-DCPRH. *Lineamientos para la aprobación de Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas*.
- Autoridad Nacional del Agua (2016). *Planificación Hídrica en el Perú*. ANA. https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/publication/files/planificacion_hidrica_en_el_peru.pdf

Autoridad Nacional del Agua. (2018, 29 de octubre). Resolución Jefatural 327-2018-ANA. *Reglamento de Operadores de Infraestructura Hidráulica*.

Autoridad Nacional del Agua. (2019). *Compendio Nacional de Estadísticas de Recursos Hídricos*. ANA y Sistema Nacional de Información de Recursos Hídricos.

Autoridad Nacional del Agua. (2020, 22 de mayo). Resolución Jefatural 086-2020-ANA. *Guía para realizar inventarios de fuentes de agua subterránea*.

Autoridad Nacional del Agua. (2020). *Directorio de las Organizaciones de Usuarios de Agua* [base de datos]. ANA. <https://www.ana.gob.pe/organizaciones-de-usuarios-/directorio-de-las-organizaciones-de-usuarios-de-agua>

Cairampoma, A. & Villegas, P. (2016). Régimen jurídico de las aguas subterráneas en el Perú, *Themis-Revista de Derecho*, 69, 147-158.

Congreso de la República. (2014, 19 de enero). Ley 30157. *Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua*.

Congreso de la República. (2009, 30 de marzo). Ley 29338. *Ley de Recursos Hídricos*.

Foster, S., Hirata, R., Gomes, D., D'Elía, M. & París, M. (2002). *Protección de la Calidad del Agua Subterránea: guía para empresas de agua, autoridades municipales y agencias ambientales*. Banco Mundial.

García de Enterría, E. (1984). *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Taurus.

Garduño, H., Foster, S., Dumars, C., Kemper, K., Tuinhof, A. & Nanni, M. (2006). Derechos de Extracción de Agua Subterránea, de la teoría a la práctica. En *Gestión del agua subterránea: conceptos y herramientas*. Banco Mundial.

Gronwall, J. & Kerstin, D. (2020). Regarding groundwater and drinking water access through a human rights lens: self-supply as a norm. *Water*, 12(2), 419. <https://doi.org/10.3390/w12020419>

Groundwater Governance. (2016). *Global diagnostic on Groundwater Governance*. Food and Agriculture Organization of the United Nations.

Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano. En *La Proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Palestra Editores.

López-Vera, F. (2012). Groundwater: the invisible resource. *International Journal of Water Resources Development*, 28(1), 141-150.



Lozano, B. (2015). *Modificaciones y vicisitudes de la planificación hidrológica*. Fundación Agbar y Consejo General del Poder Judicial.

Martín Mateo, R. (1991). Administración de los recursos hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras. *Revista de Administración Pública*, 124, 7-34.

Muñoz, D. (2016). Agro-exportación y sobreexplotación del acuífero de Ica en Perú. *Anthropologica*, 34(37), 115-138.

Parejo Alfonso, L. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.

Pino, E. (2019). El acuífero costero La Yarada, después de 100 años de explotación como sustento de una agricultura en zonas áridas: una revisión histórica. *Idesia*, 37(3), 39-45.

Presidencia de la República. (2009, 22 de mayo). Decreto Supremo 12-2009-MINAM. *Política Nacional Ambiental*.

Presidencia de la República. (2010, 23 de marzo). Decreto Supremo 001-2010-AG. *Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos*.

Presidencia de la República. (2015, 03 de abril). Decreto Supremo 0005-2015-MINAGRI.

Reglamento de la Ley de Organizaciones de Usuarios de Agua.

Presidencia de la República. (2015, 15 de julio). Decreto Supremo 013-2015-MINAGRI. *Plan Nacional de los Recursos Hídricos*.

Presidencia de la República. (2019, 25 de enero). Decreto Supremo 004-2019-JUS. *Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General*.

Rivera, D. (2016). Gestión colectiva y conjunta de aguas: perspectiva jurídica de una deuda subterránea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 46, 311-346.

Sánchez Morón, M. (2011). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.

SUNARP. (2018). *Guía General para la inscripción de actos de las organizaciones de usuarios de agua*. SUNARP.

Tribunal Constitucional (2020). Sentencia recaída en los Expedientes 0018-2014-PI/TC y 0022-2014-PI/TC Acumulados.

Tribunal Constitucional (2020, 14 de enero). Expediente 0006-2019-CC/TC (Espinosa-Saldaña Barrera, E.).

Villar, P. (2016). As águas subterrâneas e o direito à água em um contexto de crise. *Ambiente & Sociedade*, 19(1), 83-102.

Zeisser, M. & Gilvonio, A. (2016). *Estudio de caso: Plan de Gestión del Acuífero de Ica y el Proceso de Formalización-Regularización de Pozos*. CEPES, CODEHICA, SER, SISAY y COOPERACIÓN.





“¡No mueras, te amo tanto! Pero el cadáver ¡ay! siguió muriendo”^(*): Protecciones específicas, muerte, duelo y derechos humanos en el contexto pandémico^()**

“Do not die, I love you so much! But the corpse, alas! kept on dying”: Specific protections, death, bereavement and human rights in the pandemic context

Piero Vásquez Agüero^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo busca responder la pregunta de cuál ha sido la respuesta del derecho internacional de los derechos humanos y los órganos internacionales de protección a los derechos humanos en la fijación de lineamientos para los Estados frente al fenómeno de la pandemia por COVID-19. El texto plantea que la alta adaptabilidad de las normas de protección del ser humano y los estándares desarrollados en la materia han podido desplegar sus efectos protectores en relación con i) los límites de la adopción de restricciones o suspensiones de derechos humanos para el control epidémico y ii) las disposiciones específicas para el resguardo de los grupos vulnerables. Hacia el final del texto, por la importancia de la materia en el marco de la pandemia, el autor se detiene para referirse de modo específico a la aproximación del derecho internacional de los derechos humanos hacia la muerte, el manejo de cadáveres, el duelo y la participación de las familias en las decisiones sobre la disposición de los cuerpos de sus seres queridos.

Abstract: This article seeks to explore the response of international human rights law and international human rights bodies in the definition of guidelines for States to tackle the COVID-19 pandemic. The main argument is that the high levels of adaptability of the norms for the protection of human beings and the standards developed in this matter are reflected in the way their protective effects have been at display; mainly, in i) the limits for restrictions or suspensions of human rights for epidemic control and ii) the specific provisions for the protection of vulnerable groups. Towards the end of the document, given the importance of the subject in the context of the pandemic, the author reflects on the approach of international human rights law towards death, the handling of corpses, the mourning and the participation of families in decisions regarding the disposition of the bodies of their loved ones.

Palabras clave: Derecho Internacional de Derechos Humanos - Covid-19 - Grupos en situación de vulnerabilidad - Perú - Protección de Derechos Humanos

Keywords: International Human Rights Law - Covid-19 - Groups in vulnerable situations - Peru - Protection of Human Rights

(*) Fragmento del poema “Masa” de César Vallejo escrito en 1937.

(**) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 24 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 8 de noviembre de 2020.

(***) Abogado y magister en derechos humanos por la PUCP y estudiante del Doctorado en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Abogado consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la PUCP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8986-9885>. Correo electrónico: piero.vasquez@pucp.pe



1. Introducción

Tan solo el año pasado, en el discurso presidencial de 28 de julio de 2019, el presidente Martín Vizcarra anunciaba la llegada del seguro médico universal en el Perú. En ese momento, la idea de incorporar a 4 millones de peruanos y peruanas que no gozaban de ningún tipo de cobertura en salud no solo sonaba como una buena política de Estado, sino que representaba un esfuerzo enorme en un sistema de salud como el peruano y generaba una expectativa positiva en el desarrollo progresivo de un derecho tantas veces postergado, como el derecho a la salud (PAHO, 2019).

El Decreto de Urgencia que establecía las medidas para la cobertura universal fue adoptado el 28 de noviembre de 2019, y no se había terminado de celebrar cuando, poco tiempo después, llegó el virus SARS-CoV2 al Perú con sus terribles efectos multidimensionales. Tal como el presidente Vizcarra ha calificado “no es solamente una crisis de salud, es una crisis social y económica sin precedentes” (New York Times, 2020). Para noviembre de 2020, en el Perú, cerca de 35 mil personas habían fallecido a causa de la pandemia, es decir, casi la mitad de las muertes que dejó el conflicto armado peruano ocurrido entre 1980 y el año 2000 (CVR, 2003).

Asimismo, esta realidad ha obligado a los tomadores de decisión a no voltear más la mirada respecto de la prestación de los servicios de salud y la infraestructura hospitalaria en el Perú. Como señala el doctor Maguiña “esta nueva enfermedad (COVID-19), ha desnudado de manera cruda y real, la terrible situación sanitaria del Perú: hospitales viejos, falta de materiales, laboratorios especializados, camas, ventiladores, especialistas, y una población geriátrica abandonada, médicos mal remunerados, sin seguro médico, y como nunca, falta de equipos de bioseguridad para combatir a este nuevo flagelo” (2020). Sobre este mismo tema, la Defensoría del Pueblo también se ha referido a los conflictos sociales de índole laboral del personal médico y sanitario, cuya posición en la primera línea de atención de las personas infectadas resulta fundamental, respecto de demandas relacionadas con su acceso a equipos de protección para la prestación del servicio de salud y ajustes en sus remuneraciones (2020, p. 13).

En este contexto de película sobre una realidad distópica, consideramos que las respuestas y el análisis de los cursos de acción para abordar la problemática de la pandemia deben provenir desde las diferentes ramas del conocimiento. En estos términos, el presente artículo busca dilucidar cuál ha sido la respuesta de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para brindar orientaciones a los Estados para el desarrollo de políticas de control pandémico con enfoque de derechos humanos. Así, desde el punto de vista del derecho internacional derechos humanos (en adelante “el DIDH”) es posible advertir diversos ejercicios de interpretación realizados por órganos internacionales con mandatos de

protección de derechos humanos para brindar cobertura a las nuevas situaciones desatadas por la pandemia.

A continuación, se realizará un rastreo e identificación de la aplicación y salvaguardas realizadas por los órganos de protección de derechos humanos, con énfasis en los órganos del sistema interamericano y siempre con una mirada desde la realidad peruana. Asimismo, hacia el final de este artículo se profundizará respecto de la regulación y jurisprudencia relacionada con la muerte, el manejo de cadáveres, la participación de familiares en las decisiones sobre sus seres queridos, con la intención de demostrar la aplicabilidad de dichos desarrollos normativos, al menos en cierta medida, es posible de cara a la pandemia.

2. La pandemia de COVID-19 como un problema de derechos humanos y la respuesta del DIDH

A continuación, apuntaremos algunos aspectos que demuestran y confirman que la pandemia, es una crisis de derechos humanos, y que el DIDH, pese a no contener prescripciones específicas relacionadas con su manejo, ha brindado cobertura y límites a los fenómenos relacionados con las restricciones de derechos humanos en el control pandémico.

2.1. Principales restricciones y afectaciones a los derechos humanos en el marco de la pandemia

Con el inicio de las primeras decisiones estatales para la regulación epidémica, la reacción inicial de los Estados, incluido el Perú, tuvo un corte eminentemente restrictivo. En la región americana la respuesta ha sido variada, desde el establecimiento de cuarentenas voluntarias o restricciones específicas sobre la movilidad, como en México y Estados Unidos, hasta la declaratoria de estados de emergencia como en los casos de Perú y Colombia.

En el Perú, la declaratoria de estado de emergencia se dio el 15 de marzo de 2020 a



través de un Decreto Supremo que justificaba la medida por las “graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19” (DS-044-2020-PCM). La declaratoria de estado de emergencia se emitió en concordancia con lo establecido en el artículo 137.1 de la Constitución Política de 1993, que establece que “en esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio”. Asimismo, el Decreto también estableció la participación de las fuerzas armadas y policiales en el cumplimiento de las tareas de control epidémico.

Si bien esta primera medida fue aprobada por 15 días, posteriormente ha sido modificada y ampliado su plazo en múltiples oportunidades, hasta la emisión del Decreto Supremo 116-2020-PCM que prorrogó el estado de emergencia, pero introdujo la llamada “cuarentena focalizada” de cara al establecimiento de la “Nueva Convivencia Social”, flexibilizando las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatoria. Al mencionado Decreto, le sucedió el Decreto Supremo 146-2020-PCM, que vuelve a prorrogar el estado de emergencia, reiterando la restricción de derecho en los mismos términos constitucionales, aunque manteniendo una tendencia hacia la flexibilización a través de la cuarentena focalizada.

Ahora bien, es importante enfatizar lo extremo que resulta una declaratoria de estado de emergencia, más allá de la necesaria de su activación. Lovatón describió correctamente que “esta pandemia y las medidas restrictivas adoptadas, han sumado más precariedad, sufrimiento y hambre a millones de compatriotas latinoamericanos” (Lovatón, 2020). Por otro parte, la innegable transformación de la vida cotidiana de las personas en el contexto de la pandemia ocurre “en la medida que el ejercicio de nuestros derechos no solo de libertad personal, sino también los sociales, se han visto limitados y restringidos por la decisión de las autoridades, así como por la acción de las fuerzas policiales y militares” (Landa, 2020, p. 17).

Diferente a una crisis política o una crisis económica, esta crisis sanitaria reconfiguró la realidad de las personas habitantes en el Perú de un modo radical e inmediato, con efectos constatables y prologados en la vida diaria. Para el DIDH, esta transformación sustancial, debe levantar las máximas alertas, pues en esta clase de situaciones de alta volatilidad social, es cuando la línea entre las restricciones válidas de los derechos humanos y la arbitrariedad pueden verse fácilmente confundidas, y la orientación a la represión se mal transforma en un derecho a castigar, en el que el ciudadano se convierte en enemigo, porque el “enemigo es el que no obedece” (Aniyar de Castro, 1989, p. 62).

Como el Tribunal Constitucional ha reconocido, los estados de emergencia suponen una situación que impide el funcionamiento de la denominada “normalidad constitucional”

(TC, 2004, párrafo 10) caracterizado por una concentración inusual del poder en el poder ejecutivo y el correlativo acrecentamiento de las atribuciones de las fuerzas policiales y militares (TC, 2004, párrafo 15.a). Ante esta situación, en los estados de emergencia, el DIDH no se vuelve un derecho complaciente o inaplicable, sino que agrega una capa adicional de protección o filtro de control para equilibrar el descrito desbalance cuando ocurren restricciones aceleradas o excepcionales de los derechos humanos de cara a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en esta materia, con especial relevancia frente al histórico abuso de esta figura en los países de la región americana (Faúndez, 2004, p. 96).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la CADH”) regula la situación jurídica de los estados de excepción en su artículo 27, estableciendo las causales procedentes para la suspensión de garantías e indicando el núcleo de derechos que no pueden ser suspendidos, entre los que se encuentran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídicas, derecho a la vida, el derecho a la integridad, personal, la prohibición de la esclavitud, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad y derechos políticos, y las garantías judiciales, incluidos el *habeas corpus* y el proceso de amparo, así como los recursos judiciales idóneos para la defensa de los derechos que no se encuentran suspendidos (Corte IDH, 1987). Adicionalmente, el artículo 27 también dispone que la “suspensión de garantías” debe comunicarse al resto de estados parte de la CADH, a través de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la OEA”).

En un escenario tan delicado y ante una posible lectura en la que se presuma que los derechos son inexistentes o que el gobierno está “investido de poderes absolutos o más allá de los estrictamente necesarios” (Curaca, 2020, p. 31) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”, “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”),



emitió la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” que, desde nuestro punto de vista, ordenó el debate: las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos (CIDH, 2020).

En la mencionada Resolución 1/2020, la CIDH indicó que, durante la vigencia de los estados de excepción y las medidas restrictivas, los otros poderes del Estado mantienen un “rol fundamental” cuyo funcionamiento debe ser asegurado para resguardo de los sistemas democráticos. Asimismo, la CIDH alzó la voz, respecto de una situación ausente que los decretos que establecieron las restricciones de la pandemia no apuntaron de modo explícito: el impacto desproporcional de las medidas de control pandémico sobre determinados grupos (p. 6).

En efecto, en términos de aplicación, los impactos de las medidas restrictivas devenidas del estado de emergencia, en un país como Perú, no es simplemente una operación jurídica que pueda reputarse neutral. La profunda desigualdad que aqueja a los peruanos y peruanas obliga al Estado a presentar alternativas que permitan contrarrestar los efectos (¿discriminatorios?) indirectos que estas medidas puedan generar en grupos en situación de vulnerabilidad.

En estos términos, en el marco del control de la epidemia, se trate de una situación de restricción específica de derechos o de la restricción general del artículo 27 de la Convención Americana, el DIDH establece requisitos, además de los estipulados en el derecho interno, para salvaguardar a las personas de actos de arbitrariedad. Así, tratándose de una restricción específica de un determinado derecho fundamental, esta tendrá que cumplir con el “principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud” (CIDH, párrafo 20).

De otro lado, como en el caso del Perú, si la restricción es de tipo general, debe cumplir con el artículo 27 de la Convención Americana, en los términos analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”, “la Corte Interamericana” o “la Corte”) en su Opinión Consultiva OC-8/87 (Corte IDH, 1987, párrafos 37-44). Los estándares anteriormente mencionados fueron expresados por la CIDH del siguiente modo, de cara a la emergencia sanitaria, para determinar la validez de una restricción adecuada en un estado de emergencia:

- (i) [que] se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado;
- (ii) [que] la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación;

(iii) [que] las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y

(iv) [que] las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Sumado a todo lo anterior, la Comisión y la Corte han señalado que es necesario que las decisiones restrictivas se adopten conforme a criterios científicos y tomando en consideración el impacto diferenciado en las poblaciones vulnerables (CIDH, 2020, párrafo 27). En el siguiente apartado se analizarán las afectaciones de derechos humanos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el contexto de la pandemia por COVID-19.

2.2. Grupos en situación de vulnerabilidad y pandemia

Esta es la primera vez que el sistema regional de protección de derechos humanos debe atender una situación de pandemia. Siendo esta la situación, los estándares interamericanos para la protección de derechos humanos no estaban explícitamente adecuados a esta nueva disruptiva realidad. Al revisar la Convención Americana, no encontraremos ninguna referencia a la aplicación de los derechos humanos en contextos de pandemia. Sin embargo, desde nuestro punto, las normas de derechos humanos tienen una profunda vocación de adaptabilidad y son altamente resilientes, dado que, por su formulación, permite su acomodo contextual de modo más concreto. Si partimos de la premisa de que todo texto legal requiere ser interpretado (Helmersen, 2013, p. 164), es fácilmente distinguible que los órganos de protección de derechos humanos, recurren constantemente a la interpretación evolutiva para aplicar las normas cuyos



mandatos les han encargado interpretar (Sonnleitner, 2019, p. 285; Salmón, 2014, p. 215), bajo la premisa de que realizan esta labor hermenéutica sin desnaturalizar la propia norma cuyo contenido corresponde aplicar, incluso en realidades fácticas no habituales.

2.2.1. La determinación de grupos vulnerables desde el DIDH

Tanto la CIDH como la Corte IDH han apuntado al fenómeno del impacto diferenciado de las medidas para el control epidémico sobre grupos en situación de vulnerabilidad. Ahora bien, el listado de “grupos en situación de vulnerabilidad” ha ido variando a lo largo del tiempo en el marco del sistema interamericano (García Ramírez, 2019; Valdivia, 2020); por lo que más allá de los grupos que lo componen, García Ramírez (2019) apunta a una definición desde el derecho a la igualdad que permite entender la necesidad de establecer protecciones especiales “(...) existen factores de hecho -y también, en su hora y circunstancia, de derecho- que plantean obstáculos de mayor o menor entidad para el verdadero disfrute de esos derechos. Ello obliga a establecer, a título de matiz o complemento del principio de igualdad -o factor para el efectivo imperio de éste-, un principio de signo característico: principio de “especificidad”, que opera como factor de igualación de los titulares de derechos, naturalmente desiguales, a través de distintos medios acogidos por el orden nacional e internacional en calidad de protecciones especiales” (p. 8) (notas omitidas).

Cuadro 1: grupos en situación de vulnerabilidad reconocidos por órganos del sistema interamericano en el contexto de la pandemia

Grupo en situación de vulnerabilidad	Corte IDH	CIDH
Personas mayores	X	X
Niños, niñas y adolescentes	X	X
Personas con discapacidad	X	X
Personas migrantes, refugiados y apátridas	X	X
Personas privadas de libertad	X	X
Personas LGTBI	X	X
Mujeres embarazadas o período postparto	X	X
Comunidades indígenas	X	X
Personas afrodescendientes	X	X
Personas que viven del trabajo informal	X	
Personas de habitación precaria	X	
Personas en situación de calle	X	
Personas en situación de pobreza	X	
Personal de salud que atiende emergencias	X	
Personas víctimas de trata de personas		X
Personas desplazadas internas		X
Personas con COVID-19		X

Sumado a lo anterior, Valdivia apunta a que el principio de no discriminación requiere actualizar su contenido de modo

que “su eficacia como herramienta para el develamiento de diferenciaciones injustas no se vea mermada” (2020, p. 10). En este entendido, según el análisis de la autora, las jurisprudencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional del Perú han ampliado el reconocimiento de nuevos grupos en situación de vulnerabilidad como “principio material subyacente” a la consideración de criterios sospechosos respecto de los cuales puede existir discriminación (p. 23).

Ahora bien, los órganos interamericanos de protección derechos humanos se refirieron de manera explícita a determinados grupos en situación de vulnerabilidad en el contexto de la pandemia. Si bien la coincidencia en ambos listados es notable, también se perciben ciertas diferencias.

En ambos listados es posible observar a grupos que han sido tradicionalmente considerados en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, también es distinguible la incorporación de grupos respecto de los cuales el desarrollo sobre su identificación de vulnerabilidad, en el sistema interamericano, aún es incipiente como las personas que viven del trabajo informal y en habitación precaria; o respecto de los cuáles existen mayores avances como es el caso en torno a la pobreza, que fue objeto de estudio por parte de la CIDH (2017) y cuyo impacto en los derechos humanos es observado por la Corte IDH, desde hace varios años, con el desarrollo del concepto de “vida digna” a partir del caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”) vs. Guatemala (1999) según el cual “el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna” (párrafo 144).

Ahora bien, a partir de las protecciones específicas que se han puesto de relieve desde los órganos de protección de derechos humanos, y la literatura del derecho internacional de los derechos disponible, sobre los grupos vulnerables de cara a la pandemia, es necesario diferenciar aquellas que están relacionadas con las medidas de restricción de derechos para el control de la pandemia, y por otro lado, las protecciones desarrolladas para las personas que padecen



algún tipo de enfermedad desarrollada por el virus SARS-CoV2, especialmente la COVID-19. En la siguiente sección, nos referiremos a estas últimas.

2.2.2. Protecciones específicas para grupos vulnerables

Una lectura en conjunto de estas medidas permite identificar que, en la esfera de protección jurídica de los derechos humanos, los estándares desarrollados por los órganos con mandatos de protección de derechos humanos para la protección de grupos vulnerables pueden ser clasificados del siguiente modo:

- (i) estándares relacionados con el acceso a la salud sin discriminación
- (ii) estándares relacionados con personas en instituciones totales
- (iii) estándares relacionados con la exposición al riesgo de violencia intrafamiliar
- (iv) estándares interculturales de protección de derechos humanos

En virtud de lo anterior, el acceso a los tratamientos de salud ha sido una preocupación fundamental de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, focalizado en los derechos de las personas mayores, las personas con discapacidad y personas con enfermedades crónicas (VIH, diabetes, entre otras) y personas cuyo valor social puede ser percibido de modo disminuido sobre la base de prejuicios, como las personas pobres, migrantes y afrodescendientes.

El acceso a tratamientos médicos en función de la disponibilidad de estos y la valoración bioética de cómo se accede a tratamientos en situaciones de saturación de los servicios médicos y escasez de insumos, como apuntó Serrano (2020), genera riesgos de discriminación en la definición de quién tiene prioridad en ser atendido. La determinación de un listado a priori que excluya a personas con peores probabilidades de sobrevivir tiene un impacto diferenciado en el acceso a la salud que debe ser observado de modo sospechoso, especialmente en aquellos criterios que podrían disfrazarse de neutrales, como “la posibilidad de sobrevivir”.

En el caso peruano, la Norma técnica para la adecuación del primer nivel de atención en salud durante la epidemia por COVID-19 (2020), de modo preocupante, no establece criterios claros para la atención, más allá de indicar que debe existir una unidad de “triaje” que realicen el análisis clínico de los casos críticos, pese a los lineamientos de la CIDH en sus resoluciones 1/2020 y 4/2020, como de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “la OACNUDH”) en el documento “COVID-19 Guidance” (2020).

Respecto de este último punto, la OACNUDH mostró su preocupación respecto del acceso a servicios de salud de personas en situación migratoria irregular, precisamente porque no son incluidas en los programas de salud, o prefieren no acceder a los mismos por riesgo a ser detenidos, deportados o penalizados.

Otra preocupación común a varios grupos vulnerables, puestas de relieve en el marco de esta pandemia, es la protección de los derechos de personas que se encuentran en instituciones totales, tanto como de cuidado, como los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad; los adultos mayores; o en reclusorios en situación de privación de la libertad o detención migratoria. Respecto de las personas en instituciones totales, tanto la OACNUDH y la CIDH, se pronunciaron respecto de la obligación estatal de prevenir los contagios en sitios de cuidado altamente poblados y establecer mecanismos de denuncia ante abusos y malos tratos que pudieran ser cometidos en su contra.

En el caso específico de las personas privadas de la libertad, la CIDH señaló en su Resolución 1/2020 la importancia de los Estados de adoptar medidas para reducir el hacinamiento y evaluar, en los casos de personas en prisión preventiva, el otorgamiento de beneficios carcelarios o medidas alternativas a la privación de la libertad, en los casos que no se vulneren las prohibiciones de otorgar amnistías por crímenes de lesa humanidad o graves vulneraciones a los derechos humanos.

En el caso de personas en situación de movilidad humana, destaca la Resolución de Medidas Urgentes, posteriormente confirmada por la Resolución de Medidas Provisionales del Pleno de la Corte, en la que se requirió al Estado de Panamá que continúe adoptando todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud, integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Lajas Blancas en la Provincia de Darién, en el marco del cumplimiento de las medidas de no repetición dictadas por la Corte en el caso Vélez Loor Vs. Panamá



(2020, punto resolutivo 2). En este sentido, aunque pueda discutirse si las medidas provisionales guardaban relación con el objeto de la sentencia y las reparaciones ordenadas por la Corte, el propio órgano jurisdiccional indicó que no es atípico la adopción de medidas provisionales ante condiciones de “particular gravedad” cuando guardan relación con su decisión inicial (párrafo 21).

Respecto de la protección de personas que por las cuarentenas se ven expuestas al abuso y la violencia intrafamiliar, la OACNUDH hizo hincapié en los casos de niñas y mujeres en cuarentena domiciliaria, potencian sus roles como proveedoras de cuidado (*care-givers*) incrementando sus riesgos de infección. Por su lado, la CIDH resaltó la importancia de fortalecer los servicios de respuesta y denuncia de la violencia basada en género, incluyendo la violencia sexual, en los períodos de confinamiento. En el caso peruano, resulta aterrador que, según la Defensoría del Pueblo, en los primeros 105 días de la pandemia, se interpusieron 400 quejas por violación contra niñas supuestamente cometidas por familiares cercanos, aunque no todos estos casos han conllevado una denuncia penal (2020, p. 8).

Finalmente, es posible observar que los órganos de protección de derechos humanos se han pronunciado respecto de las afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la pandemia. Al respecto, distingue la importancia puesta sobre el acceso y difusión de información que sea culturalmente accesible y lingüísticamente disponible para atender la realidad de los pueblos indígenas (CIDH, párrafo 54) y respetando sus distintivas nociones de la salud, incluyendo su medicina tradicional, así como la consideración del derecho a la consulta libre, previa e informada en el desarrollo de medidas preventivas en contra del COVID-19 (OACNUDH, p. 8). Es de especial relevancia, en un país como Perú, la directriz trazada por la CIDH respecto de la abstención de la promoción de iniciativas legislativas y proyectos extractivos en territorios indígenas debido a la imposibilidad de llevar a cabo proceso de consulta previa para la disposición de su propiedad sin arriesgar contagios.

Sobre este último punto, resultó sumamente preocupante el anuncio de la reactivación de proyectos de extracción de recursos naturales realizando consultas previas virtuales por parte del Ministerio de Economía. Felizmente, la decisión de llevar a cabo estas “consultas 2.0” fue suspendida. Al respecto, cabe reiterar que la determinación de una metodología virtual para realizar consultas previas, no puede considerarse una medida adecuada si no fue concertada con los pueblos indígenas que serán objeto de la misma. Todo lo contrario, pareciera ser que la mirada de la consulta previa como una “barrera burocrática” no ha sido aún erradicada y, como ha señalado la propia Corte Interamericana, la falta de garantía de los derechos de los pueblos indígenas, no implica solo

la desprotección a su propiedad, sino que entraña una mirada discriminatoria de su existencia (2010, párrafos 273-274).

2.2.3. Personal médico y sanitario y personas con COVID-19

De otro lado, de modo contextual a la pandemia, es importante resaltar la identificación de grupos en situación de vulnerabilidad al personal médico y sanitario y a las personas con COVID-19. En este sentido, respecto del personal médico, Amnistía Internacional ha puesto de relieve que, a julio de 2020, cuando menos, más de tres mil trabajadores en salud han perdido la vida en el cumplimiento de la prestación de servicios de salud, muchos más trabajan en entornos peligrosos debido a la falta de equipos de protección y, “han sufrido represalias de las autoridades y de sus entidades empleadoras, incluidos despidos y detenciones, y en algunos casos han sido incluso objeto de violencia y estigma por parte de la población” (2020, p. 5).

En su Declaración 1/20, la Corte Interamericana indicó que el personal médico deberá “ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad” (2020). Por su lado la CIDH, también se ha pronunciado respecto de la necesidad de la protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras de la salud (descanso, remuneración justa y adecuada, protección de su salud y balance de la sobrecarga laboral) y la obligación estatal de brindarles garantías para que estén libres de hostigamientos y amenazas (2020, párrafo 39).

Sumado a lo anterior, es de especial relevancia que la CIDH haya emitido una Resolución específica (Res. 4/2020) exclusivamente dirigida al establecimiento de directrices para proteger los derechos de las personas con COVID-19. Esta determinación, permite identificar que el grupo de personas que padecen COVID-19, son un grupo en situación de vulnerabilidad, en el contexto actual de la pandemia.

En este sentido, la CIDH ha establecido directrices en relación con la protección del



derecho a la salud de las personas con COVID-19, partiendo de las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación, propias de los derechos humanos (párrafo 1) y su derecho a la salud en relación con el acceso a tratamientos, cuidados, medidas paliativas y consentimiento libre, previo e informado del paciente o sus familiares o representantes, cuando el primero no esté en condiciones de hacerlo.

Asimismo, la CIDH también se ha referido a la prioridad de la vida de las personas con COVID-19 en las políticas públicas, recursos y cooperación para “garantizar el derecho a la vida, a la salud y los programas sociales destinados a apoyar a las personas con COVID-19” (párrafo 25), así como la obligación de regulación del funcionamiento de actores no estatales que prestan servicios de salud, con la finalidad de evitar el desabastecimiento en servicios de salud, garantizando la accesibilidad y asequibilidad de las personas con COVID-19 a tratamientos y cuidados.

Finalmente, la CIDH también determinó directrices en torno a la protección de los derechos laborales (contra el despido injustificado, estabilidad laboral, libertad sindical), el acceso a agua potable, el derecho a la alimentación (adquisición de víveres de primera necesidad), el derecho a la vivienda (adecuación de espacios temporales para habitantes de la calle), el derecho a la educación (adopción de medidas que mitiguen y eviten la interrupción o abandono de estudios) y el acceso a la protección del acceso a la justicia de las personas con COVID-19.

3. Muerte y derechos humanos en el contexto de la pandemia

Esta pandemia obliga al Perú a transitar, una vez más, la muerte de modo colectivo. Las escalofriantes imágenes de cadáveres en bolsas negras cuyo único identificador pareciera ser un papel pegado encima de los cuerpos que desbordan los pasillos del Hospital General de Lambayeque o la Morgue Municipal de Loreto nos mostraron los efectos más temidos de la pandemia. Sin embargo, en medio del dolor, es necesario recordar que el Estado debe regular el manejo de cadáveres, de cara a sus obligaciones en materia de derechos humanos, especialmente aquellas relacionadas con el derecho a la identidad, a la integridad y la participación de los familiares en las decisiones sobre el manejo de los restos de sus seres queridos (Vásquez, 2020).

En este sentido, en el marco de esta pandemia, el derecho internacional de los derechos humanos nos obliga a mirar el manejo de los cadáveres desde dos ángulos: la protección de la identidad de los fallecidos y el cuidado del duelo y participación de sus familiares.

3.1. Las personas fallecidas

La regulación de la muerte no es ajena a la regulación del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, ante

la denuncia de la muerte de una persona a causa de una violación de derechos humanos (por ejemplo una muerte violenta) o de una persona que se encuentra bajo su custodia ya sea un hospital, un cuartel o una prisión (Corte IDH, Caso Quispiayala, 2015, párrafo 115) el Estado tiene la obligación de investigar la muerte de esa persona o, de ser una situación atribuible a su esfera de cuidado, brindar una explicación satisfactoria sobre la muerte de esa persona bajo su custodia a través de una investigación de oficio, seria e imparcial (Corte IDH, Caso Quispiayala, 2015, párrafo 118).

Por otro lado, el DIDH también contiene obligaciones relacionadas con la determinación de la identidad de cadáveres, por ejemplo, que quedan bajo su custodia o que no son reclamados. Así, en el caso de tratarse de una muerte, la Corte IDH ha establecido como parte de la debida diligencia en la investigación criminal, la identificación de la víctima; la determinación de la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y la distinción entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio (Hermanos Landaeta, 2014, párrafo 227).

De otro lado, el DIDH también ha desarrollado una fuerte regulación relacionada con la desaparición forzada de personas. Según los órganos de protección del sistema interamericano, la desaparición forzada “constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos” (Corte IDH, párrafo 82). Sin perjuicio de lo anterior, el DIDH, también ha incorporado en su análisis un paso adicional a la prohibición de la desaparición forzada y su definición con una violación pluriofensiva, sino que se están perfilando las obligaciones estatales respecto de la identificación y restitución de restos de las personas desaparecidas que son halladas muertas como ha señalado el Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas en los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas Comité contra



la Desaparición Forzada (2020, principios 3, 4, 7, 8, 11 y 12).

Sumado a lo anterior, debido a su naturaleza y aplicación material, los tratados sobre derecho internacional humanitario que regulan los conflictos armados, contemplan con mayor precisión los deberes estatales respecto del manejo de restos humanos. En efecto, los Convenios de Ginebra (I, II, III y IV) y sus Protocolos Adicionales (I y II), así como las normas consuetudinarias, contienen prescripciones para el recojo, sin distinción de parte, de cadáveres de las personas que participaron de las hostilidades; el trato debido a los muertos, la identificación de los cadáveres y restitución de los restos a los familiares (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2020).

Ahora bien, el manejo y disposición de cuerpos fallecidos por COVID-19, fue regulado en el Perú, en la Directiva Sanitaria 087-2020-DIGESA/MINSA para el manejo de cadáveres por COVID-19, y aunque las prescripciones relativas al manejo de cuerpos fallecidos de personas identificadas es bastante prolija, la Directiva no contiene disposiciones relacionadas con el manejo de los cadáveres de personas no identificadas.

Al respecto, consideramos que desde la aplicación de los normas y estándares de derechos humanos relacionadas con la identificación de personas fallecidas, es posible brindar cobertura a la situación del manejo de cadáveres en la pandemia. En línea con lo anterior, es posible deducir que el Estado tiene la obligación de establecer las medidas necesarias para asegurar el registro documental, forense y/o fotográfico de los de las personas fallecidas por COVID-19 generando su adecuada trazabilidad como ha sido dispuesto, por ejemplo, en el caso mexicano a través de la aprobación del “ACUERDO por el que se prohíbe la incineración de cuerpos no identificados e identificados no reclamados fallecidos a consecuencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y se sugieren medidas para el registro de las defunciones en el marco de la emergencia sanitaria”. Dicha normativa, además de la prohibición de incineración de restos no identificados, estableció la obligación de inhumar los cuerpos no reclamados en tumbas individuales o fosas específicas para casos de COVID-19, que facilite su identificación posterior si algún familiar iniciara un proceso de búsqueda posteriormente.

En esta misma línea, es relevante el pronunciamiento de la CIDH, según el cual “(...) reviste especial importancia la prohibición de incineración de los cuerpos sin una adecuada identificación, aun cuando no sean reclamados por sus seres queridos. En tales casos, la CIDH ha conocido que algunos Estados han prohibido la inhumación de personas fallecidas por COVID-19 en fosas comunes generales y han destinado el uso de fosas específicas para casos sospechosos o confirmados de COVID-19, que posteriormente faciliten su identificación y localización. Lo anterior, en conjunto con un registro detallado e individualizado de personas fallecidas en el contexto de la pandemia” (CP 097/2020).

Finalmente, es necesario recalcar la importancia de que el personal de salud preste especial atención a aquellas supuestas muertes por COVID-19 de personas que se encuentran bajo custodia del Estado o de cuerpos con signos de deceso por la ocurrencia de hechos potencialmente ilícitos. En estos casos, el Estado tiene que actuar conforme a sus obligaciones internacionales y esclarecer las causas de la muerte a través de los estudios médicos y forenses de muertes potencialmente ilícitas como lo establece el Protocolo de Minnesota (2017) en el marco de una investigación de oficio, seria e imparcial.

3.2. Los familiares de las personas fallecidas

En relación con los derechos de los familiares de las personas fallecidas, nuevamente el DIDH ha desarrollado estándares que conviene revisar para proyectar y deducir supuestos de aplicación para la realidad de la pandemia. En estos términos, los estándares internacionales de protección de derechos humanos, han determinado obligaciones en materia de la preservación del duelo, la realización de ritos mortuorios y la toma de decisiones sobre sus parientes fallecidos.

La Corte Interamericana ha señalado que el artículo 12 de la CADH, que regula el derecho a la libertad de conciencia y religión, “permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida” (Caso Masacre de Río Negro, párrafo 154). En este sentido, pese a que la Convención Americana no señala expresamente el derecho de enterrar a nuestros muertos, el DIDH permite identificar que esta no es una zona desprovista de protección.

Ahora bien, el análisis realizado por la Corte citado en el párrafo anterior es el aplicado en un caso cuya base fáctica se relaciona con la situación de un pueblo indígena (Caso Comunidad de Río Negro) cuyos miembros fueron ejecutados y desaparecidos, y sus sitios sagrados inundados a raíz de la construcción de una hidroeléctrica, por lo que



se veían impedidos de llevar a cabo ritos fúnebres. Sin perjuicio de lo anterior, y aunque el pronunciamiento de la Corte se dio en el marco del análisis de un caso de derechos indígenas, este razonamiento no nos parece que es excluyente en situación que no involucren a pueblos indígenas, de cara a la protección amplia que brinda el artículo 12 de la CADH.

Sumado a lo anterior, es necesario apuntar que la Corte, en casos relacionados con desaparición forzada, en lo relacionado con medidas de reparación, comúnmente indica que los cuerpos hallados de personas desaparecidas deben ser restituidos dignamente a sus familiares (Caso La Cantuta, 2006, párrafo 232) y que la imposibilidad de enterrar a los muertos incrementa el sufrimiento y angustia de sus familiares (Caso Masacre Plan de Sánchez, 2004, párrafo 87.a). Reafirmando lo anterior, la Corte también ha señalado que (Caso Gomes Lund, 2010, párrafo 261) (...) Recibir los cuerpos de las personas desaparecidas es de suma importancia para sus familiares, ya que les permite sepultarlos de acuerdo a sus creencias, así como cerrar el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de estos años (...) y que los restos mortales de personas desaparecidas que son halladas muertas “deben ser tratados con respeto para con sus deudos y con el fin de que estos puedan dar una adecuada sepultura (Caso Trujillo Oroza, 2002, párrafo 115).

De otro lado, nos parece importante fijar la atención en relación con los derechos de los familiares de personas desaparecidas en el sistema interamericano y su evolución respecto del modo de participación en los asuntos relacionados con sus parientes víctimas de graves violaciones de derechos humanos. En este sentido, en la participación de las víctimas ha sido abordada a partir de su posibilidad de constituirse como parte procesal en el marco de las investigaciones para el enjuiciamiento y sanción de los responsables, reivindicando con dicha participación su derecho a conocer la verdad (Caso Mapiripán, 2005, párrafos 219, 297).

Sumado a lo anterior, este derecho de participación también ha sido aplicado a otros ámbitos de las acciones estatales orientadas a la reparación de los derechos de los familiares de personas que han sido afectadas por graves violaciones, incorporando este componente a través de la obligación de tomar en consideración a los familiares en determinadas políticas de reparación de tipo no judicial. En estos términos, en casos en los que ha dispuesto la creación de órganos para abordar asuntos relacionados con desaparición forzada como medidas de reparación, la Corte ha señalado que este tipo de órganos debe asegurar la participación de los familiares (Caso Hermanas Serrano Cruz, 2005, párrafo 188) y que los operativos de búsqueda de personas desaparecidas e identificación de restos deben basarse en “en directrices y protocolos sobre la materia, incluyendo lo que respecta a comunicación y acción coordinada con los familiares de los desaparecidos” (Caso Gomes Lund, 2014, párrafo 35).

Tras la revisión de los estándares anteriormente citados, podemos observar que el DIDH se ha abierto campo en la regulación de los temas relacionados con el duelo y la celebración de ritos mortuorios. Y como hemos señalado, al margen de la base fáctica en la que la Corte IDH aplicó dichos casos, esto no es óbice para entender que la protección del artículo 16 de la CADH puede ser aplicada en el contexto de la pandemia, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo excesivo.

Ahora bien, respecto de los estándares relacionados con la participación de los familiares de personas que han sufrido graves violaciones de derechos es posible observar que estos están dirigidos a la búsqueda de personas desaparecidas o a su participación de procesos judiciales en virtud de su derecho de acceso a la justicia protegido convencionalmente en el artículo 25 de la CADH. Encontramos que estos supuestos de aplicación no pueden ser forzados al grado que nos permita afirmar, *mutatis mutandis*, que son aplicables a la situación de la pandemia en relación con la participación de los familiares en las decisiones relacionadas con la disposición de los cuerpos de sus seres queridos fallecidos.

Sin perjuicio de lo anterior, los estándares anteriormente mencionados, sí nos permite observar que la Corte IDH otorga un rol a los familiares en la determinación de la situación jurídica de sus seres queridos en el plano jurídico internacional, lo que no es poca cosa, desde un punto de vista humanitario.

Ahora bien, de cara a la situación de la pandemia, es necesario regresar a la Directiva Sanitaria 087-2020-DIGESA/MINSA aprobada para el manejo de cadáveres fallecidos por COVID-19. Dicha Directiva “prohíbe los velorios, pues evidentemente dicha práctica rompería el distanciamiento social ordenado por el estado de emergencia. Sin embargo, dicha restricción debe ser compatibilizada con los derechos mencionados y tomar en consideración contextos culturales, por ejemplo indígenas, o religiosos que pueden ser llevados a cabo respetando las reglas del distanciamiento social y las salvaguardas dispuestas en



la declaratoria del estado de emergencia, para que no se conviertan restricciones arbitrarias”.

Como la CIDH (2020), en su comunicado de prensa No 097/20 ha señalado, “la preservación de la memoria y de homenaje a las personas fallecidas, cuyo trato digno es inherente a su condición humana y esencial en respeto a los vínculos y lazos existentes entre sus familiares y personas más cercanas”. En esta línea, la CIDH (2020) también ha señalado que las dificultades de los familiares para enterrar a sus muertos es un hecho que impacta en su derecho a la integridad personal, pues ocasiona angustia y un mayor sufrimiento dado que “sepultar a los familiares fallecidos de acuerdo con sus creencias, aporta un cierto grado de cierre al proceso de duelo, contribuyendo a mitigar las secuelas del trauma, luto y dolor” (comunicado de prensa 097/20).

Asimismo, la CIDH (2020), en el comunicado de prensa 097/20, también ha resaltado lo siguiente: “las dificultades que tienen los familiares para enterrar a sus muertos es un hecho que impacta en su derecho a la integridad personal, ocasionando angustia y un mayor sufrimiento. La Comisión ha considerado que la posibilidad de sepultar a los familiares fallecidos de acuerdo a sus creencias, aporta un cierto grado de cierre al proceso de duelo, contribuyendo a mitigar las secuelas del trauma, luto y dolor”.

Finalmente, respecto de la participación de familiares, la regulación comentada incorpora la participación de un “pariente directo” en la decisión sobre la disposición de los restos de su ser querido. La incorporación de un pariente en esta situación, nos parece que resulta consonante con los estándares mencionados anteriormente sobre la participación de familiares en los asuntos de sus seres queridos y respecto del hecho de otorgarles un rol participativo a los familiares en la toma de decisiones sobre los cuerpos de sus familiares fallecidos.

Sin embargo, es necesario observar con atención que la denominación de “pariente directo” para la decisión de inhumación o incineración del cuerpo de la persona fallecida es una limitación para familias conformadas por parejas del mismo sexo quienes, en Perú, no gozan de ningún tipo de reconocimiento. Una solución más inclusiva, hubiera resultado en la disposición de que las decisiones médicas y de disposición del cadáver recaigan en la persona que el paciente designó en vida y no necesariamente en su familia consanguínea, dado que en muchos casos de personas LGBTIQ dicho contexto representa un espacio de violencia y es el entorno social su verdadera red de apoyo familiar.

4. Conclusiones

El efecto disruptivo de la pandemia, desde una mirada del DIDH, nos obliga a mirar las medidas de control epidémico

y sus efectos, poniendo como centro y en primer lugar al ser humano, como sujeto de derecho de protección internacional. Al repasar las restricciones y confrontarlas con las protecciones, hemos podido observar que los estándares de derechos humanos permiten deducir protecciones generales y específicas.

De modo general, el DIDH impone límites a las medidas provenientes de la adopción del estado de emergencia, estableciendo criterios para su establecimiento válido y controlado. De otro lado, el DIDH también presta atención al impacto diferenciado que estas medidas puedan generar respecto de grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente en lo relacionado al acceso sin discriminación a tratamiento y cuidados en salud, la protección de las personas en instituciones totales, el impacto en términos sexo-genéricos frente a las medidas de confinamiento y el despliegue de medidas interculturales para atender las realidades indígenas.

Asimismo, la maleabilidad del DIDH también permite observar el despliegue de protecciones respecto de situaciones incluso más atípicas, como las obligaciones sobre la identificación de los cadáveres, el descarte de muertes violentas, la prohibición de incineraciones de cuerpos no reclamados, y la generación de evidencia para la trazabilidad de la identidad de los fallecidos en caso de que un familiar decida emprender un proceso de búsqueda. Así también, hemos deducido que los familiares mantienen protegidos sus derechos a la información sobre sus familiares fallecidos, su derecho al duelo y realizar ritos mortuorios y el rol relevante respecto de las decisiones sobre sus seres queridos fallecidos.

Antes de concluir, es necesario apuntar un tema ausente en el presente artículo, y es el derecho a la integridad en su faceta relacionada con la salud mental. El trauma social acompañará a la sociedad peruana por un tiempo, y mientras se hacen las sumas y restas de los y las que se fueron, y todo lo perdido, es necesario que el Estado emprenda también los esfuerzos en la recomposición psicosocial colectiva y despliegue los mecanismos adecuados para



crear las condiciones de acceso a la atención psicológica individual. Tal vez, el esfuerzo de implementar la feliz idea del aseguramiento universal pueda comenzar por esto, pues, al final, en el poema de Vallejo que titula este artículo, el soldado se levantó y comenzó a andar.

Referencias bibliográficas

Amnistía Internacional. (2020). Expuesto, acallado y atacado, deficiencias en la protección del personal sanitario y que realiza labores esenciales durante la pandemia de COVID-19. *Amnesty International 2020*, 1-63. https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/07/Health-and-Essential-Workers-report_ES.pdf

Aniyar, L. (1989). Los muertos de la democracia: proyecto autoritario de la democracia y sus efectos generadores de represividad en las representaciones sociales. *Revista Capítulo Criminológico*, número 17, 58-71. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/view/4065>

Asociación Peruana de Derecho Constitucional. (2020). Emergencia sanitaria por COVID 19. Retos al constitucionalismo peruano. En E. Curaca, *Estados de excepción en época de pandemia una breve mirada a la jurisprudencia constitucional y a la declaratoria del estado de emergencia* (pp. 23-32). Adrus & DL Editores.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1998, 4 de junio). Demanda de la CIDH presentada ante la Corte IDH en el caso de la comunidad indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 7 de septiembre). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). Resolución 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 1 de mayo). Respeto al duelo de las familias de las personas fallecidas en la Pandemia del COVID19. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/097.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 27 de julio). Resolución 4/2020 Derechos Humanos de las personas con COVID-19. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2020, 3 de abril). Humanidad después de la vida: respecto y protección de las personas fallecidas. <https://www.icrc.org/es/document/humanidad-despues-de-la-vida-respeto-y-proteccion-de-las-personas-fallecidas>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987, 30 de enero). Opinión Consultiva OC-8/87 El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987, 6 de octubre). Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999, 19 de noviembre). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002, 27 de febrero). Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 19 de noviembre). Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Reparaciones). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 1 de marzo). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 15 de septiembre). Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 22 de septiembre). Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 29 de noviembre). Caso La Cantuta Vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 24 de agosto). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 24 de noviembre). Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 27 de agosto). Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 17 de octubre). Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 23 de noviembre). Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_308_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 9 de abril). Declaración de la Corte



Interamericana de Derechos Humanos 1/20, COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 29 de julio). Resolución de Adopción de Medidas Provisionales, Caso Vélez Looz vs. Panamá de 29 de julio de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_02.pdf

Defensoría del Pueblo. (2020). Prevención y gestión de conflictos sociales en el contexto de la pandemia por el COVID-19 (Serie Informes Especiales N° 026-2020-DP). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Especial-026-2020-DP-Prevenci%C3%B3n-y-Gesti%C3%B3n-de-conflictos-APCSG.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2020). Problemática en la atención de casos de violación sexual de niñas, niños y adolescentes en el contexto de la emergencia sanitaria por COVID-19 (Serie Informes Especiales N° 021-2020-DP). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Serie-Informes-Especiales-N%C2%BA-021-2020-DP.pdf>

Diario Oficial de la Federación. (2020, 17 de abril). Acuerdo por el que se prohíbe la incineración de cuerpos no identificados e identificados no reclamados fallecidos a consecuencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y se sugieren medidas para el registro de las defunciones en el marco de la emergencia sanitaria. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591880&fecha=17/04/2020

Faúndez, H. (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales (3.ª ed.). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf

García, S. (2019). Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones Constitucionales: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 41, 3-34. <http://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.41.13940>

Grupo de Análisis de Datos sobre Derechos Humanos de la American Association for the Advancement of Science para la Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). Anexo 2. ¿Cuántos peruanos murieron? Estimación del total de víctimas causadas por el conflicto armado interno entre 1980 y el 2000. <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/Tomo%20-%20ANEXOS/ANEXO%202.pdf>

Landa, C. (2020). Constitucionalismo de emergencia frente al Coronavirus en el Perú. En *Constitución y emergencia sanitaria* (pp. 15-25). Palestra.

Lovatón, D. (2020). Aislamiento social obligatorio, estado de emergencia, fuerzas del orden y pandemia en el Perú. DPLF. http://dplf.org/sites/default/files/peru_david_lovaton.pdf

Lovatón, D. (2020, 6 de abril). América Latina: Derechos civiles y políticos en tiempos de pandemia. *Justicia en las Américas: Blog de la Fundación para el Debido Proceso*. <https://dplfblog.com/2020/04/06/america-latina-derechos-civiles-y-politicos-en-tiempos-de-pandemia/>

Maguñá, C. (2020). Reflexiones sobre el COVID-19, el Colegio Médico del Perú y la Salud Pública. *Acta Médica Peruana*, 37(1), 8-10. <http://dx.doi.org/10.35663/amp.2020.371.929>

Ministerio de Salud. (2020). Directiva Sanitaria N° 087-2020-DIGESA/MINSA. http://www.digesa.minsa.gob.pe/Orientacion/DIRECTIVA_SANITARIA_087-2020-DIGESA-MINSA_PARA_EL_MANEJO_DE_CADAVERES_POR_COVID_19_CONSOLIDADO_ACTUALIZADO.pdf

Ministerio de Salud. (2020, 22 de mayo). Resolución Ministerial N° 309-2020. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/729861/RM_309-2020-MINSA.PDF

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016). Nueva York y Ginebra. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020, 13 de mayo). COVID-19 Guidance. https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance.pdf

Organización Panamericana de Salud. (2019, 13 de diciembre). OPS felicita y ofrece apoyo al Perú para la implementación de la Cobertura Universal en Salud. https://www.paho.org/per/index.php?option=com_content&view=article&id=4443:ops-felicita-y-ofrece-apoyo-al-peru-para-la-implementacion-de-la-cobertura-universal-en-salud&Itemid=

Presidencia de la República. (2020, 15 de marzo). Decreto Supremo 044-2020-PCM. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM_1864948-2.pdf

Presidencia de la República. (2020, 26 de junio). Decreto Supremo 116-2020-PCM. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/898487/DS_116-2020-PCM.pdf

Presidencia de la República. (2019, 28 de noviembre). Decreto de Urgencia 017-2019. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/431389/1831446-1.pdf>

Presidencia de la República. (2020, 28 de agosto). Decreto Supremo 146-2020-PCM. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1322659/DS%20N%C2%B0%20146-2020-PCM.pdf>

Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial PUCP.

Serrano, S. (2020, 15 de mayo). Sobre la obligación de prevenir y anticipar el racionamiento de la terapia intensiva en el contexto de COVID-19 y los riesgos de discriminación. *Revista Derecho del Estado*. <https://revistaderchoestado.uexternado.edu.co/2020/05/15/sobre-la-obligacion-de-prevenir-y-anticipar-el-rationamiento-de-la-terapia-intensiva-en-el-contexto-de-COVID-19-y-los-riesgos-de-discriminacion/?->



fbclid=IwAR0sVnb92xB8ajZ1evuVl7j6y0uCEdNU
a69CJfKn0YO0X40hNq9b8HhXuCk

Sonnleitner, L. (2019). The democratic legitimacy of evolutive interpretation by the European Court of Human Rights. *Temple International & Comparative Law Journal*, 33(2), 279-297. https://sites.temple.edu/ticlj/files/2019/09/33.2_Sonnleitner_Article3.pdf

Taj, M. & Kurmanaev, A. (2020, 12 de junio). El virus exhibe las debilidades de la historia de éxito de Perú. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2020/06/12/espanol/america-latina/peru-coronavirus-corrupcion-muertes.html>

Torp, S. (2013). Evolutive Treaty Interpretations:

Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, 6(1), 127-148. <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28733>

Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 16 de marzo). Sentencia del EXP. N.º 0017-2003-AI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>

Valdivia, T. (2020). ¿Sospechar para igualar? Un análisis “estricto” de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP, número 84*, 9-87. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.001>

Vásquez, P. (2020, 26 de mayo). ¿A dónde van los cuerpos de los que no se quedaron?. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/a-donde-van-los-cuerpos-de-los-que-no-se-quedaron-por-piero-vasquez-aguero-noticia/> 



Modificaciones al Régimen de las Iniciativas Privadas en la Ley de Asociaciones Público-Privadas^(*)

Modifications to the Regime of Unsolicited Proposals in the Public Private Partnerships Law

Milagros Maraví Sumar^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La problemática investigada deriva de la experiencia de las iniciativas privadas en el Perú desde el año 2003 con la vigencia de la “Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada”, ya que, su desarrollo y evolución amerita un recuento y análisis para proponer mejoras a esta figura, mediante la cual se han desarrollado relevantes proyectos de infraestructura, servicios públicos e inversión en activos estatales. Por ello, el objetivo del presente trabajo es abordar los principales problemas vinculados a las iniciativas privadas, como su errada vinculación con la corrupción; la problemática existente en relación al reembolso de gastos incurridos en la formulación y presentación de una iniciativa privada; los problemas presentados en la formulación de las mismas; y, finalmente, la naturaleza jurídica de la admisibilidad de las iniciativas privadas.

Palabras clave: Asociaciones público privadas - Iniciativas privadas cofinanciadas - Iniciativas privadas autofinanciadas - Inversiones privadas - Derecho Administrativo

Abstract: The issue under investigation is limited to the experience of unsolicited proposals in Peru since 2003 with the implementation of the “Decentralized Investment Promotion Framework Law”, which deserves a review and analysis to propose improvements to this figure, through which relevant infrastructure projects, public services and investment in state assets have been developed. Therefore, the objective of this work is to establish the main problems related to unsolicited proposals such as the disincentive to private investment due to corruption issues; the existing problems related to the reimbursement of expenses incurred in the formulation and presentation of unsolicited proposals; the problems presented in the formulation of such initiatives; and finally, the legal nature of the admissibility of unsolicited proposals.

Keywords: Public private partnerships - Co-financed unsolicited proposals - Self-financed unsolicited proposals - Private Investment - Administrative Law

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 22 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 10 de noviembre de 2020.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socia que lidera el Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio, Leguía Normand. Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, con estudios en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad Continental. Directora de la Corporación Financiera de Desarrollo-COFIDE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0988-6664>. Correo electrónico: mmaravi@rubio.pe



1. Introducción

Las iniciativas privadas, *unsolicited proposals* (en inglés), son un mecanismo previsto en la legislación de numerosos países que sirve para que los inversionistas puedan identificar oportunidades de desarrollo de infraestructura y servicios públicos mediante una Asociación Público Privada - APPs o Inversión en Activos del Estado, que puedan ser de relevancia para las entidades públicas titulares de los mismos, que “en buena medida son una respuesta a las deficiencias observadas en la provisión tradicional de infraestructura pública” (Engel, Fischer & Galetovic, 2014, p. 22); y a la vez puedan resultar rentables para el sector privado.

Como señala Escaffi (2017) de manera muy didáctica:

“Existen dos maneras de acceder a una APP: mediante iniciativa privada o por iniciativa pública. La diferencia radica en el origen del proyecto. El Banco Interamericano de Desarrollo define una iniciativa privada como “una propuesta enviada por iniciativa propia de la parte privada para realizar un proyecto de APP, en lugar de responder a una solicitud del gobierno” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, p. 105).

Todas estas definiciones tienen en común el que estamos ante proyectos de infraestructura o de servicios públicos o activos de titularidad del Estado sobre los que usualmente el Estado planifica, formula, estructura, adjudica y ejecuta o contrata su ejecución. Sin embargo, cuando existe esta figura, el sector privado puede identificar proyectos y presentarlos ante las entidades públicas para el análisis de su prioridad y relevancia.

Por su parte, Morón (2008) indica que:

“Por la figura de las iniciativas privadas se reconoce a los integrantes de la comunidad, la facultad de participar en la labor de

identificar y proponer al Estado estudios sobre posibilidades innovativas de infraestructura, servicios públicos o emprendimientos sobre recursos públicos, que siendo de interés empresarial del proponente, también puedan ser prioritarias para el interés público, esto es, proyectos socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas y lineamientos del Estado” (p. 150).

Esta definición incide en la innovación del proyecto, aspecto que nos parece muy relevante, ya que las Inversiones Privadas (en adelante “IPs”) no deberían limitarse a cubrir las carencias de planeamiento o formulación de las entidades públicas, sino privilegiarse en el espacio de la innovación.

Desde el Decreto Legislativo 758 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos, publicado el 8 de noviembre de 1991, se reconocía en el país expresamente la potestad de presentar iniciativas privadas⁽¹⁾. Dicho texto fue modificado por el Decreto Legislativo 839 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, publicado el 20 de agosto de 1996, para limitar sus alcances⁽²⁾ a casi solo una legitimación para presentar sugerencias de proyectos a las entidades públicas. En ese período no se desarrollaron iniciativas privadas.

Es recién el 2003, con la Ley 28059 - Ley Marco de Promoción de la Inversión

(1) Decreto Legislativo 758

Artículo 11. Las personas jurídicas podrán presentar iniciativas que identifiquen el proyecto a contratar, señalando sus lineamientos generales que contendrán, como mínimo, las bases de su factibilidad económica y técnica. Dichos lineamientos, tienen carácter confidencial y reservado.

Cuando el organismo concedente considere que el proyecto antes indicado y su ejecución se adaptan al procedimiento de concesión, podrá optar entre licitar su ejecución o promover un concurso de proyectos integrales, guardando la confidencialidad de quien tuvo la iniciativa y de los demás participantes.

En cualquiera de los dos supuestos, concluido el procedimiento respectivo, de existir una oferta más conveniente que la presentada por quien tuvo la iniciativa, el autor de dicha iniciativa y el de la oferta considerada más conveniente, podrán mejorar sus respectivas propuestas.

En el caso que las propuestas presentadas sean igualmente convenientes, se preferirá la del que tuvo la iniciativa.

(2) Texto del artículo 11 del Decreto Legislativo 758 con la modificación del Decreto Legislativo 839

“Las personas jurídicas nacionales o extranjeras podrán presentar únicamente ante la PROMCEPRI, a manera de sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a esa Comisión informarse sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado, según lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo. Una vez analizadas tales sugerencias, y previa opinión favorable del Comité Especial respectivo, el cual introducirá las ampliaciones o modificaciones que juzgue convenientes, los indicados proyectos podrán eventualmente sujetarse a los procesos de promoción de la inversión privada en el marco del presente Decreto Legislativo. La recepción, análisis, ampliaciones o modificaciones y decisiones que sobre tales sugerencias pueda adoptar la PROMCEPRI no establecen compromiso alguno de esa Comisión para con las personas que presentaron la sugerencia respectiva, en futuras convocatorias a Licitación o Concurso”. Quedan modificados los artículos contenidos en el Capítulo Segundo -De las Iniciativas- del Decreto Supremo N° 189-92-PCM en todo aquello que se oponga a este nuevo texto del artículo 11 del Decreto Legislativo 758.



Descentralizada LMID⁽³⁾, que se presentan y tramitan iniciativas privadas con la particularidad que se podía tratar de proyectos en los tres niveles de gobierno (Nacional, Regional y Local). Este régimen estuvo vigente hasta la aprobación en el 2008 del Decreto Legislativo 1012 - Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo, que delimita las IPs a solo aquellas autofinanciadas⁽⁴⁾. Con la Ley 29771, Ley que modifica el primer párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1012, publicada el 2 de julio de 2011, se eliminó tal limitación⁽⁵⁾, pero esa disposición nunca fue reglamentada.

La Ley de Presupuesto del 2013, Ley 29951, incluye una disposición complementaria final que prioriza las inversiones privadas cofinanciadas (IPCs) destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y servicios públicos, conjuntamente, que serían presentados y tramitados por PROINVERSIÓN. El 23 de enero de 2013 se reglamentó dicha norma estableciendo que estas IPCs serían desarrolladas mediante contrato de concesión. Bajo ese marco jurídico se presentaron casi 200 IPs a PROINVERSIÓN.

El Decreto Legislativo 1224, del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y el marco legal actual, admiten IPs autofinanciadas y cofinanciadas con un tratamiento diferenciado. Así, las iniciativas privadas cofinanciadas (en adelante IPCs)

se presentan a solicitud de las entidades en proyectos que estas definen y en período de “ventanas”; es decir, que no se trata en puridad de iniciativas privadas; mientras las iniciativas privadas autofinanciadas (en adelante IPAs) sí pueden presentarse en cualquier momento y sobre materias no definidas con anticipación. Las IPCs deben ser sobre proyectos previstos en el Informe Multianual de Inversiones en APPs - IMIAPPs y los proyectos de las IPAs se incorporan a él una vez que son declaradas de relevancia y prioridad. Los montos mínimos para una IPA son menores que los de una IPC⁽⁶⁾.

En ambos casos, si se presentan uno o más terceros interesados, se abre un concurso abierto a otros terceros, conforme lo establece el artículo 38 del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos⁽⁷⁾; y el artículo 90 de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF⁽⁸⁾. Existe el derecho a igualar por parte del proponente, pero, adicionalmente, un desempate entre ambos.

(3) Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de agosto de 2003.

(4) Decreto Legislativo 1012:

Artículo 14. De la naturaleza de las iniciativas privadas Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, las mismas que no podrán demandar garantías financieras y se sujetarán a lo establecido por el acápite ii del literal a del artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

(5) Decreto Legislativo 1012:

Párrafo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29771, publicada el 27 julio 2011, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 14. De la naturaleza de las iniciativas privadas Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

(6) 7,000 o 10,000 UITs vs 15,000 UITs

(7) Artículo 38. Criterios para la incorporación de los proyectos al proceso de promoción

38.1 El proceso de promoción está conformado por las fases de Estructuración y Transacción. El Reglamento establece los requisitos, plazos y criterios de elegibilidad de los proyectos a ser incorporados al proceso de promoción.

38.2 El Consejo Directivo de Proinversión aprueba la incorporación de proyectos al proceso de promoción; sin que ello limite modificaciones posteriores al proyecto, las cuales son debidamente sustentadas.

38.3 El Reglamento establece los supuestos en los que la incorporación de proyectos al proceso de promoción a cargo de Proinversión es ratificada mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro del sector respectivo y por el Ministro de Economía y Finanzas. Lo dispuesto en este numeral no se aplica a los supuestos previstos en los artículos 43 y 51, así como en el Subcapítulo V del presente Capítulo.

38.4 En los proyectos de alcance regional o local, la incorporación es realizada mediante Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Consejo Municipal, respectivamente.

(8) Artículo 90. Proceso de selección en iniciativas privadas

90.1 Si dentro del plazo previsto en el artículo 88 concurren uno o más terceros interesados en la ejecución del mismo proyecto objeto de la IP, el OPIP, al término del plazo, debe cursar una comunicación escrita al proponente, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto e iniciar el correspondiente proceso de selección, para lo cual procede a elaborar las Bases.

90.2 El proceso de selección es realizado de acuerdo a lo establecido en las Bases, las cuales incluyen la información publicada en la DI, incorporando los Niveles de Servicio, las especificaciones técnicas mínimas, y en caso lo determine el OPIP, la posibilidad de presentación de propuestas técnicas que empleen tecnologías o soluciones técnicas diferentes, que garantice la competencia, devolviendo la carta fianza entregada por el proponente de la IP.

90.3 En caso el proponente no participe en el proceso de selección que se convoque, pierde el derecho a solicitar el reembolso de los gastos en los que hubiese incurrido en la preparación de la propuesta.



En ese sentido, el presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis sobre las principales problemáticas derivadas de la evolución y experiencia de la figura de las iniciativas privadas en el Perú a lo largo de estos últimos años.

Por ello, y con el objetivo de proponer mejoras a esta figura mediante la cual se han desarrollado relevantes proyectos de infraestructura, servicios públicos e inversión en activos estatales; se analizarán los principales problemas vinculados con las IPs, tales como su asociación con corrupción; los inconvenientes en relación al reembolso de gastos incurridos en la formulación y presentación de una IP; la demora en la formulación de los proyectos de inversión (PIPs) en las IPCs; y, finalmente sobre la naturaleza jurídica de la admisibilidad de las IPs.

2. La vinculación de las IPs con la corrupción

Como señalan Benavente y Segura, en la mayoría de países los proyectos de APP se originan por iniciativa estatal y algunos países ni siquiera han considerado las iniciativas privadas (2017, p. 41). Estos mismos autores señalan que si bien: “las IPs pueden contribuir con ideas de proyectos nuevos, así como soluciones creativas e innovadoras más costo eficientes” (Benavente & Segura, 2017, p. 41), enfrentan complejos retos vinculados a su articulación con los planes y presupuestos multianuales de las entidades públicas, ya que pueden incrementar el riesgo de lobbies y percepción cierta o no de corrupción y las ventajas del proponente, respecto de información, la limitada ventana de competencia y el derecho a igualar pueden dificultar que se genere competencia, mayor valor por dinero y se maximice el beneficio a los usuarios.

Es obvio que las IPs están pensadas como un mecanismo complementario y marginal al planeamiento del Estado en esta materia. Así, a primera vista, parece muy conveniente dejar ese espacio de colaboración en el planeamiento público al sector privado que luego se extenderá al menos a la formulación, máxime cuando el Estado ha demostrado su limitada capacidad para emprender ambas tareas. De hecho, varios de los riesgos anotados por los autores antes citados no se han verificado en el concurso de la IPC del Sistema de tratamiento de las aguas

residuales de la cuenca del Lago Titicaca, en la cual existieron cinco postores de alto nivel, incluido el proponente y el adjudicatario fue un tercero interesado cuya oferta resultó 30% por debajo del monto estimado de inversión del proyecto.

Ya advertíamos el 2013 que este mecanismo en Perú generaba desconfianza respecto de que los proyectos estén formulados solo para ser un buen negocio para el proponente y que, solo en un número muy reducido de casos se adjudicaban por concurso, pues no concurrían terceros interesados (Maraví, 2013, p. 92). En ese sentido, en Perú se han presentado los problemas que se advierten en otros países⁽⁹⁾. Estos problemas son más alarmantes si se verifican en IPs cofinanciadas, en las cuales la inversión e inclusive el mantenimiento se repagan con recursos del Estado.

No son desdeñables ambas atingencias, menos si a estas alturas del devenir de las APPs en Perú nos encontramos con investigaciones respecto de corrupción en proyectos que se originaron como IPs con reconocimiento explícito de empresas corruptas del pago de coimas.

Benavente y Segura afirman que:

Una fuente documentada de contingencias al Estado y de perjuicios a los usuarios se originó por el incumplimiento de las entidades de solicitar la opinión previa del MEF en el caso de los contratos surgidos por iniciativas privadas consideradas autofinanciadas que, sin embargo, no lo eran (2017, p. 53).

Como ejemplo de ello citan, sin embargo, un caso de APPs y no de IPs, el de los corredores complementarios del sistema integrado de Transporte de Lima (SIT):

El proceso excepcional para permitir la regularización voluntaria de contratos y

90.4 En caso que la Buena Pro para la ejecución del proyecto fuera otorgada al titular de una propuesta distinta a la del proponente de la IP, se reintegran al proponente los gastos en los que hubiera incurrido conforme a lo señalado en el artículo 93 del presente Reglamento y el artículo 48 de la Ley.

(9) A este respecto, se sugiere revisar el documento Política de gestión de iniciativas privadas en proyectos de infraestructura Vol I Principales hallazgos y recomendaciones, II Lineamientos para el desarrollo de una política de gestión de iniciativas privadas en proyectos de infraestructura y III Revisión de Experiencias de Iniciativas privadas.
<https://ppiaf.org/documents/5377>
<https://ppiaf.org/documents/5430>
<https://ppiaf.org/documents/5431>



adendas que no hubiesen contado con la opinión previa favorable del MEF, mediante Decreto de Urgencia 006-2015, permitió que estos fueran remitidos al MEF para opinión. Ninguno era autofinanciado. En la mayoría de casos se realizaron modificaciones que permitieron que se volvieran realmente autofinanciados (Benavente & Segura, 2017, p. 54).

Si por incapacidad técnica o por corrupción se desarrollan proyectos que no serían desarrollados según el interés público, es conveniente revisar los mecanismos de su génesis. Asimismo, si casi ninguna IP da lugar a un concurso que asegure que el principio de competencia⁽¹⁰⁾ se verifique, más aun, es indispensable tal revisión. Los recursos del Estado son limitados y el déficit de infraestructura y servicios públicos creciente.

Es conveniente, sin embargo, no perder de vista que la corrupción ha calado lo mismo en APPs. Así, los contratos de los corredores complementarios citados por Benavente y Segura (2017), son producto de APPs y no de IPs. Asimismo, los principales procesos cuestionados dentro del caso “lava jato”, tales como las interoceánicas o gasoducto del sur, también son APPs, que se suman a proyectos por obra pública tales como Vía Costa Verde - tramo Callao, Vía de Evitamiento de Cusco y Línea 1 del Metro. También otras APPs ahora cuestionadas como la del Aeropuerto de Chinchero se originaron por iniciativa estatal. Es decir, que el origen como IP no ha sido el derrotero de la corrupción, porque tanto en APPs como en IPs se ha verificado este problema.

Mi hipótesis es que, como en muchos otros casos, por enfrentar estos problemas, se ha introducido cambios al régimen de las IPs que terminan desincentivando la inversión privada. Es decir, nos hemos ido de un extremo permisivo a un extremo prohibitivo, y si bien el título de este documento sugiere modificaciones legales, tengo muy claro que las reformas normativas solas logran poco y pueden tender a generar una indeseada inseguridad jurídica respecto del régimen vigente. Esto ocurrió, por ejemplo, con aquellas iniciativas privadas que se presentaron bajo el régimen de la *Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013* y el Decreto Legislativo 1012, que se tuvieron que adaptar al Decreto Legislativo 1224 y luego al Decreto Legislativo 1362.

De hecho, en las IPAs más relevantes del ámbito nacional, no se discute la necesidad de los proyectos y ha habido varios terceros interesados: es el caso de la IPA de PTAR

Taboada⁽¹¹⁾, que se presentó bajo la Ley Marco de Inversión Descentralizada, Ley 28059, y pasó a adjudicarse conforme al Decreto Legislativo 1012 el año 2009, a uno de los dos terceros interesados, el 26 de febrero de 2009. Igualmente, el 1 de diciembre de 2006 se presentó la IPA PTAR La Chira. El 4 de julio de 2008 se publicó la Declaratoria de Interés, presentándose cinco terceros interesados, uno de los cuales se adjudicó la buena pro el 18 de noviembre de 2010.

Asimismo, la IPA Aguas de Lima Sur II “AGUAS DE LIMA SUR II”, que fue presentada en julio de 2008, la Declaratoria de Interés fue publicada el 8 de enero de 2011 y se presentaron siete terceros interesados. Se realizó el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación y Mantenimiento del Proyecto que fue cancelado sin expresión de causa en enero de 2012. Sin embargo, el proyecto fue adjudicado posteriormente en otro concurso denominado PROVISUR con gran cantidad de competidores. Todos estos proyectos muy necesarios y vigentes.

Del mismo modo se encuentra la IPC de la PTAR Titicaca, la cual fue presentada ante PROINVERSIÓN el 16 de mayo de 2014 y cuya Declaratoria de Interés fue publicada el 21 y 22 de marzo de 2018. Adjudicándose la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión de la PTAR Titicaca, a uno de los cinco postores interesados, en 29 de abril de 2019.

Si bien en otros proyectos como el de Terminal Portuarios Salaverry, solo hubo un tercero interesado y se realizó concurso entre el proponente y aquel, igualmente hubo espacio para competencia. La IPA (originalmente para un muelle de concentrados), se presentó el 1 de febrero de 2012, a iniciativa de la APN, el 6 de mayo de 2015 se presentó reformulada la IPA como

(10) Decreto Legislativo 1224:

Artículo 4. Principios

En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo se aplican los siguientes principios:

a) Competencia Los procesos de promoción de la inversión privada promueven la búsqueda de competencia, igualdad de trato entre los postores y evitan conductas anticompetitivas o colusorias.

(11) Se presentó a PROINVERSIÓN el 31 de octubre de 2006.



“Iniciativa Privada para la Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry”, el 4 de agosto de 2017 se publicó la declaratoria de interés, presentándose un tercero interesado y, finalmente, el 31 de mayo de 2018, se adjudicó la Buena Pro del Concurso de proyectos integrales para la entrega en concesión del Proyecto “Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry”, al proponente.

Es en las IPAs de proyectos de inversión en activos en los que mayormente no ha habido terceros interesados y se han adjudicado al proponente directamente; por ejemplo: en la IPA para adquirir tierras del proyecto especial Jequetepeque Zaña⁽¹²⁾, la IPA para el Desarrollo Agroexportador en Tierras Eriazas de Supe⁽¹³⁾. Sin embargo, en el conocido caso de la IPA del Sol de Collique, sí hubo dos terceros interesados, lo cual devino en una disputa judicial por el proyecto que finalmente fue adjudicado al proponente.

En la web de PROINVERSIÓN, se puede encontrar una cartera importante de IPAs presentadas, entre ellas viales, portuarias, de saneamiento, de inversión en activos que han derivado algunas en concurso y adjudicaciones. Sin embargo, la mayoría de iniciativas privadas concluidas, han sido rechazadas. De 62 que figuran en la web de PROINVERSIÓN, solo 12 han sido adjudicadas y se ha suscrito contrato. En 6 casos se han desistido los proponentes, en 1 se ha adjudicado, pero no se suscribió el contrato y en los demás (43) han sido rechazadas o dejadas sin efecto.

Es en el ámbito municipal, concretamente en la Municipalidad Metropolitana de Lima que, en el mismo período, se desarrollaron 3 IPAs viales muy visibles: (i) el proyecto vial Línea Amarilla (Ahora Vía Parque Rímac) presentado a la MML el 31 de marzo de 2009, (ii) “Vías nuevas de Lima” y (iii) “Vía Expresa Sur”; los tres adjudicados directamente porque no se presentaron terceros interesados. En los dos primeros, se suscribieron los contratos de concesión y están en ejecución; sin embargo, con el caso “lava jato” también ha sido blanco de acusaciones de corrupción. En el último caso no se ha suscrito contrato, porque la etapa de cierre del proceso se extendió por años, la IPA no llegó a adaptarse a la nueva normativa de APPs y, finalmente, por el caso “lava jato”, la nueva gestión de la MML decidió no firmar el contrato de concesión.

En resumen, las IPs no son privilegiadamente mecanismos utilizados para llevar adelante proyectos que se señalan como afectados por la corrupción más que las APPs por iniciativa estatal. La corrupción ha afectado por igual a todos los

mecanismos de contratación del Estado, lo cual ha manchado todos los mecanismos de contratación con el Estado. No se requieren medidas específicas ni más contundentes anti corrupción en las IPs que en la contratación estatal en general.

Asimismo, como hemos afirmado previamente, las IPs deberían ser usadas para promover la innovación en el planeamiento, formulación y ejecución de proyectos del Estado, no principalmente para suplir las carencias del Estado en estas funciones que, de ser el caso deberían remontarse.

3. La problemática relacionada con el reembolso de gastos en las IPs

Una de las expectativas de los proponentes de IPs es que los gastos de elaboración y de formulación del proyecto de la IP le sean reembolsados si no es adjudicatario. Así, en un blog del Banco Mundial sobre este aspecto⁽¹⁴⁾, se formula una sugerente pregunta: “*It is fair to reimburse the studies? There is no such thing as a ‘free meal’?*” (Neves, Samos & Motolese, 2018).

La respuesta que se da a esta pregunta es que si bien consideran más conveniente que los estudios los desarrolle el Estado para evitar posibles ventajas estratégicas que distorsionen la competencia; si se encarga los estudios al privado, éste espera una compensación, y como el Gobierno debería tener una clara idea del costo del desarrollo de esos estudios, debería suscribir un acuerdo con el privado en el que se pre acuerden los gastos a reembolsar, como es el caso del Estado de Virginia (Neves, Samos & Motolese, 2018).

Conforme reconoce la doctrina, las inversiones que realizan los particulares para formular y presentar una iniciativa privada son merecedoras de protección por parte del

(12) El 6 de diciembre de 2007 IPA para adquirir tierras del proyecto especial Jequetepeque Zaña y se publicó la Declaratoria de Interés y el 5 de febrero.

(13) Dos de diciembre de 2007 se presentó la IPA para el Desarrollo Agroexportador en Tierras Eriazas de Supe y el 31 de enero de 2009 se publicó la declaratoria de interés.

(14) Extraído de: <https://blogs.worldbank.org/ppps/unsolicited-proposals-infrastructure-balancing-act-between-incentives-vs-competition>



ordenamiento jurídico (Expósito & Santos, 2010, p. 136). De ahí que los ordenamientos jurídicos que fomentan la participación del sector privado en la provisión de infraestructura pública y servicios públicos establezcan diversos incentivos que tienen por objeto alentar tal participación:

Existen diversas formas de incorporar el régimen de iniciativas en los procedimientos de selección. En el caso de la doctrina uruguaya y argentina se han logrado encontrar los mecanismos necesarios para la promoción de las iniciativas privadas mediante los siguientes mecanismos:

- Sistema de bonos o de derecho de preferencia, en el cual el iniciador (proponente de la iniciativa privada) "cuenta con una ventaja por sobre el resto de los oferentes en el proceso de selección, la cual consiste en que su oferta será la adjudicada, salvo que resulte superada por otra en un porcentaje determinado previamente".

- Sistema de segunda vuelta o balotaje mediante el cual "se permite al iniciador, junto con el oferente que presentó la mejor propuesta en el procedimiento de selección, mejorar sus ofertas; ello permite que el iniciador mejore la propuesta inicialmente formulada".

- Reembolso del costo del proyecto, en cuyo caso, "el incentivo consiste en garantizarle al iniciador que se le retribuirá el proyecto objeto de la iniciativa; en el caso de no resultar adjudicatario del procedimiento de selección".

- Plazo de duración, lo que significa una garantía para el iniciador, es decir, consiste en establecer "un plazo, dentro del cual dicho iniciador pueda hacer valer los beneficios derivados de la autoridad de su proyecto" [énfasis agregado] (Martín, 2008, pp. 25-26).

En sentido similar Expósito y Santos señalan:

Según lo enseñan experiencias internacionales, esa protección puede consistir en 1. una especie de compensación económica ó 2. en beneficios dentro del procedimiento de selección, tales como preferencias en caso de empate o puntos adicionales en la calificación de la propuesta. No obstante, como se advierte en los ejemplos citados a continuación, la protección más común se refiere a la compensación económica por la elaboración de los estudios [énfasis agregado] (2010, p. 136).

Aunado a ello, Vilcanqui (2012) invoca además un criterio de justicia respecto del proponente de una IPC como sustento o justificación del reembolso de los gastos incurridos por un particular en la formulación y presentación de una iniciativa privada:

Por otro lado, consideramos importante indicar que la creatividad empleada en una iniciativa privada es susceptible de valorización económica y atribuible a una empresa o consorcio. El tiempo que duró la investigación del negocio, la estrategia para hacer que funcione, los estudios de ingeniería, los estudios legales y demás forman parte del proceso creativo del empresario interesado en un activo, bien o servicio del Estado. Lo justo sería reconocer su esfuerzo y la propiedad de la iniciativa, en caso el proponente no

sea el adjudicatario del proyecto que él propuso [énfasis agregado] (p. 299)⁽¹⁵⁾.

Conforme a lo expuesto, el reembolso de los gastos incurridos en la formulación y presentación de una IPC, constituye no solo un incentivo, sino también una protección a los particulares que formulan y presentan una iniciativa privada.

En el Perú, desde el Decreto Legislativo 1012, se reconoce el reembolso de los gastos efectuados por el proponente de una IP. El mismo texto ha reiterado en las normas siguientes y hasta la actualidad que se debería reconocer: (i) los gastos efectivamente realizados; (ii) que sean directamente vinculados con el proyecto; (iii) que sean razonables; y (iv) debidamente sustentados.

Ello se confirma en la Directiva 004-2019-PROINVERSIÓN - Gestión de Iniciativas Privadas⁽¹⁶⁾, aprobada por Acuerdo de Consejo Directivo PROINVERSIÓN 93-1-2019-CD, publicado el 1 de diciembre de 2019; donde se señala en el punto 20 referido al Reembolso de Gastos al Proponente, que se procederá al reembolso de "gastos efectivamente realizados" al proponente cuando éste presente una propuesta económica declarada válida en el proceso de promoción.

Sin embargo, en la realidad, el derecho al reembolso se ha visto limitado por interpretaciones de las normas que no son razonables ni han sido informadas previamente a los proponentes respecto de: (i) qué se entiende por gastos efectivamente realizados; y (ii) cuáles se consideran directamente vinculados en la elaboración de la iniciativa privada y los estudios de preinversión. Esto a pesar que legalmente se ha fijado un límite a los gastos reembolsables que es de 1% del monto del proyecto en caso de IPAs y 2% en caso de IPCs.

Respecto del primer tema, las normas de APPs no definen lo que debe entenderse por "gastos efectivamente realizados" y, en el caso de personas jurídicas, es necesario remitirnos a las normas contables que

(15) El numeral 48.2 del artículo 48 de la vigente Ley de APPs contiene la misma previsión.

(16) Extraído de: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/ANEXOS_DIRECTIVA_GESTION_IP/Directiva.pdf



establecen los criterios para reconocer cuando ha incurrido en un gasto por una operación.

Para tal efecto, debe tomarse en cuenta que el artículo 223 de Ley General de Sociedades (“LGS”) establece la obligatoriedad de que los estados financieros de las sociedades establecidas en el país se preparen y presenten de conformidad con las normas legales y los “Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados”. En ese sentido, resulta claro que la información financiera debe ser elaborada siguiendo las pautas y criterios establecidos en las NIC que hayan sido oficializadas a través del Consejo Normativo de Contabilidad.

Al respecto, el párrafo “OB 17” del Marco Conceptual para la Información Financiera dentro de la sección denominada “Rendimiento financiero reflejado por la contabilidad de acumulación (o devengo)” señala que:

La contabilidad de acumulación (o devengo) describe los efectos de las transacciones y otros sucesos y circunstancias sobre los recursos económicos y los derechos de los acreedores de la entidad que informa en los periodos en que esos efectos tienen lugar, incluso si los cobros y pagos resultantes se producen en un periodo diferente (Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad) [énfasis agregado] (2010, p.9).

Del mismo modo, el párrafo 4.49 del Marco Conceptual indica que:

Se reconoce un gasto en el estado de resultados cuando ha surgido un decremento en los beneficios económicos futuros, relacionado con un decremento en los activos o un incremento en los pasivos, y además el gasto puede medirse con fiabilidad. En definitiva, esto significa que tal reconocimiento del gasto ocurre simultáneamente al reconocimiento de incrementos en las obligaciones o decrementos en los activos (por ejemplo, la acumulación o el devengo de salarios, o bien la depreciación del equipo) (Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad) [énfasis agregado] (2010, p. 24).

Como puede verse, bajo una interpretación a la luz de la norma contable, debe entenderse que los “gastos efectivamente realizados” a los que aluden las normas de APP, serán aquellos gastos devengados, independientemente de que estos hayan sido pagados o cancelados.

Sin embargo, debido a que la norma tributaria no contiene una definición del concepto de devengado, el Tribunal Fiscal ha considerado también necesaria una remisión al criterio adoptado por la contabilidad. En efecto, en reiterados pronunciamientos, tales como en las Resoluciones del Tribunal Fiscal 06710-3-2015 y 05378-3-2015, se ha establecido el siguiente criterio:

Que asimismo este Tribunal ha indicado en la Resolución N° 02812-2-2006, entre otras, que el concepto de devengado supone que se hayan producido los hechos sustanciales generadores del ingreso y/o gasto y que el compromiso no esté sujeto a condición que pueda hacerlo inexistente, siendo que el hecho sustancial generador del gasto o ingreso se origina en el momento en que se genera la

obligación de pagarlo o el derecho a adquirirlo, aun cuando a esa fecha no haya existido el pago efectivo, lo que supone una certeza razonable en cuanto a la obligación y a su monto.

(...)

Que en ese sentido, los elementos determinantes para definir el ejercicio al que se imputará el gasto son determinar que se hayan producido los hechos sustanciales generadores del gasto originado en el momento en que se genera la obligación de pagarlo, aun cuando a esa fecha no haya existido el pago efectivo; que el compromiso no esté sujeto a condición que pueda hacerlo inexistente y que esté sustentado en un comprobante de pago en el caso que exista la obligación de emitirlo; no siendo un condicionante para su devengo, ni la fecha en que se emitió o recibió dicho comprobante de pago, ni la fecha de su registro contable. [énfasis agregado]

Finalmente, en doctrina también se ha seguido la misma línea para reconocer las operaciones en las que incurre una empresa. Así, por ejemplo, sobre el principio de lo devengado, Enrique Jorge Reig (1991), señala que:

Ingreso devengado es, entonces, todo aquel sobre el cual se ha adquirido el derecho de percibirlo por haberse producido los hechos necesarios para que se genere. Correlativamente en cuanto a los gastos, se devengan cuando se causan los hechos en función de los cuales, terceros adquieren derecho al cobro de la prestación que los origina [énfasis agregado] (p. 288).

Añade el citado autor, que el concepto tiene estas características:

1. Requiere que se hayan producido los hechos sustanciales generadores del ingreso o del gasto.
2. Requiere que el derecho al ingreso o compromiso de gasto no esté sujeto a condición que pueda hacerlo inexistente.

No requiere actual exigibilidad o determinación, ni fijación de término preciso para el pago; puede ser obligación a plazo y de monto no determinado [énfasis agregado] (1991, p. 289).

De igual modo, García Mullín (1980) señala lo siguiente:

Tratándose de gastos, el principio de lo devengado se aplica considerándoseles imputables (deducibles) cuando nace la



obligación de pagarlos, aunque no se hayan pagado, ni sean exigibles [énfasis agregado] (p. 46).

Como puede verse, bajo una interpretación a la luz de la norma contable, tributaria y doctrina debe entenderse que los “gastos efectivamente incurridos o que hubiera incurrido” a los que aluden las normas de APPs peruanas desde la vigencia del Reglamento del Decreto Legislativo 1012, serán aquellos gastos devengados, independientemente de que estos hayan sido pagados o cancelados.

Una interpretación distinta sería lesiva para cualquier proponente, porque el bien o servicio en cuyo gasto se ha incurrido se ha utilizado para la IP y se entrega al Estado para su aprovechamiento, lo cual puede ser verificado con la misma IP entregada o los estudios técnicos o de preinversión entregados.

Asimismo, por ejemplo, en la práctica comercial, es común que los gastos derivados de servicios prestados por los proveedores se cancelen a plazos (i.e. 60, 90, 120 días). Esto, sin embargo, no implica en absoluto que el servicio no haya sido provisto y que, por lo tanto, el gasto no haya sido incurrido. En ese sentido, limitar el reconocimiento de los gastos a aquellos cancelados a la fecha de presentación de la declaración atenta contra las normas contables y tributarias que son las que las empresas consideran al invertir en una IP.

Por último, si la intención del legislador hubiese sido únicamente que se reconozcan los gastos “efectivamente pagados”, este requisito debió haberse contemplado de forma expresa en los artículos pertinentes, lo que no sucede en el Decreto Legislativo 1362 ni en su Reglamento. Concluir lo contrario, devendría en una interpretación arbitraria e ilegal de nuestro ordenamiento jurídico y una pésima señal para inversionistas que apuestan por el desarrollo de infraestructura y servicios en el país.

En ese sentido, todos los gastos devengados presentados en las respectivas declaraciones juradas deben ser reconocidos como gastos del proponente a ser reembolsados conforme al artículo 48 del Decreto Legislativo 1362 y en el artículo 93 del Decreto Supremo 240-2018-EF.

Sin embargo, el criterio que aplica PROINVERSIÓN es el de que los gastos deben estar efectivamente pagados y no solo incurridos y exige la prueba del pago y respectivo pago de impuestos por el proveedor.

Respecto de cuáles son los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa privada y los

estudios de preinversión, también se dan otras interpretaciones restrictivas. Así, es más difícil que se reembolsen los gastos del equipo interno de las empresas que preparan la IP que si es esta tarea encargada y facturada a un tercero. Esta posición es contraproducente, porque el proponente prefiere tercerizar la preparación de la IP para que le sea facturada y así no se le discutan esos gastos, en lugar de realizarlo con su equipo interno que sí cuenta con el *expertise* requerido y acreditado al presentar la IP.

Asimismo, muchas veces, las entidades públicas solicitan que el proponente realice gastos necesarios para los estudios técnicos del proyecto, pero que son de responsabilidad de ella, por ejemplo, temas de estudios de diagnóstico, actividades de saneamiento o titulación predial y el Estado se niega a reconocerlos como reembolsables.

El artículo 48 de la ley de APPs - Decreto Legislativo 1362, reconoce el reembolso de gastos a favor del proponente de la IPC que ha venido realizando gastos para elaborar el estudio de preinversión y, particularmente, en el artículo 48.4. se prevé la posibilidad de que la entidad titular del proyecto adquiera los estudios realizados por el proponente, a fin de utilizarlos para continuar con el proyecto como APP de iniciativa estatal⁽¹⁷⁾. Es decir que, si la entidad titular del proyecto decide descartar la IPC y continuar el proyecto por iniciativa pública, puede adquirir los estudios trabajados por el proponente.

Sin embargo, no reconoce qué ocurre cuando la entidad decide rechazar la IP y (i) no realizar el proyecto o (ii) realizarlo mediante otro mecanismo distinto a APP. Estos supuestos también deberían estar previstos, pues el proponente ha realizado inversiones en la elaboración del estudio de preinversión y en la preparación de la IPC, tales como recursos humanos, económicos y técnicos altamente calificados, así como la

(17) Decreto Legislativo 1362
Artículo 48. Reembolso de gastos a favor del proponente
(...)

48.4 En caso que, por supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente, la iniciativa privada no continúe, la entidad titular del proyecto está facultada para adquirir los estudios realizados por el proponente, a través del Organismo Promotor de la Inversión Privada, a fin de utilizarlos para continuar con las fases de desarrollo de la Asociación Público Privada mediante iniciativa estatal, sin que ello suponga un retroceso a fases previas.



experiencia e información cuya propiedad intelectual y secreto comercial es del proponente y no puede ser usada por el Estado, salvo que lo adquiera del proponente.

A este respecto, es conveniente tener presente lo advertido por Morón (2008):

En nuestra consideración no es posible hablar de propiedad intelectual sobre el objetivo de la iniciativa (la necesidad pública de infraestructura o servicios identificada por el iniciador aunque aquella necesidad aun no haya sido definida formalmente por la administración) ni sobre el tipo de objeto sobre el que recaerá el contrato a provocarse con la iniciativa (la construcción de una obra determinada o la prestación del servicio mismo).

Pero sí existe propiedad intelectual, que debe ameritar un tratamiento diferenciado de confidencialidad y preservación del privilegio del iniciador cuando la propuesta no solicitada suponga la aplicación de nuevos conceptos, tecnologías o procesos industriales que disponga el titular de la iniciativa y redunden en mejora del proyecto.

(...)

Este paso inventivo consistirá en una metodología, técnica o forma de hacer las cosas creativas e individualizables, distinta a la forma actual en que se realiza la actividad, de modo que amerite reconocer la propiedad intelectual del proponente sobre la iniciativa. Por el contrario, no procederá la consideración de originalidad o innovación, la forma de gestión que se limita a la forma común de construir una obra, o prestar un servicio, ni tampoco el ofrecimiento de cumplimiento de estándares legales de prestación de servicios o construcción de obras (pp. 167-168).

Al respecto, es cierto que existe un tipo de creación que es considerada propiedad intelectual del proponente de una IP; sin embargo, más allá de esto, los estudios técnicos y económicos de una IPA o el estudio de preinversión de una IPC son indiscutiblemente de propiedad del proponente también en todo aquello que no sea de su propiedad intelectual. Como consecuencia de ello, es que se le reembolsa los mismos y, de ser el caso, si se deniega la IP, los estudios son devueltos al proponente y la información no puede ser usada por la entidad estatal, salvo que los adquiera.

Conforme a lo anterior, el reembolso de gastos al proponente debería proceder aun cuando sus sobres 1 o 2 no sean válidos, pero los presente. En efecto, el marco normativo peruano condiciona el reembolso a la presentación de una oferta económica válida y si el proponente no presenta sobres 1 y 2 válidos se verá impedido de presentar una oferta económica válida; y, por lo tanto, no se reconocerá su reembolso de gastos. No sólo eso, su carta fianza de seriedad de oferta será ejecutada, a pesar de que su oferta económica es devuelta sin ser siquiera

revisada su validez por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) de la entidad a cargo del proceso de APP.

Sabemos que el objetivo de estas normas es asegurar que el Proponente participe en el Concurso y éste, al presentar sobres Nro. 1 y 2, manifiesta su intención de hacerlo. Si el proponente ha participado del Concurso tal y como requiere la Ley de APPs, no puede serle exigible un requisito que le es imposible de cumplir, al no abrirse su Sobre Nro. 3 de propuesta económica por una decisión adoptada por el OPIP. En consecuencia, el requisito del artículo 48 de la Ley de APPs consistente en la presentación de una propuesta económica declarada válida, será aplicable siempre y cuando el Sobre Nro. 3 sea abierto. El artículo 48 no se ha puesto en el caso que los sobres 1 o 2 no sean aceptados y, al tratarse de un derecho del proponente, su interpretación no debería ser restrictiva de tal derecho al reembolso.

De otro lado, debe tenerse presente que, al haberse precisado el monto de los gastos a reembolsar en la Declaratoria de Interés de la IP, dicho monto ha sido considerado por los postores para formular sus respectivas ofertas. Por tanto, dicho monto ya ha sido internalizado por el Adjudicatario del Concurso, que es el obligado a realizar el pago conforme lo establece la Declaratoria de Interés. Concluir lo contrario implica adoptar una decisión contraria al principio de razonabilidad⁽¹⁸⁾ que manda: “Mantener la proporción entre los medios y fines. Quiere decir que la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tienen plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal” (2018, p. 88). Sería totalmente desproporcionado negarle el derecho de reembolso al Proponente por haberle rechazado sus Sobres Nro. 1 o 2, lo cual, además, ordinariamente no se considera impugnabile.

(18) TUO de la LPAG aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS Artículo IV.

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.



Si las normas de APP buscan promover que los privados presenten IPs, inviertan en realizar los estudios de preinversión y el proyecto sea finalmente adjudicado, debe tenerse presente que el punto 2 del artículo IV del TUO de la LPAG establece que:

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo". Es decir, no es optativa su aplicación.

Lo anterior también es consecuente con el principio de Enfoque de Resultados, previsto en el artículo 4 inciso 3 de la Ley de APPs que dispone que:

Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad [énfasis agregado].

Por otro lado, el proponente, conforme a las Bases, cumple con presentar una Garantía al iniciarse el Concurso que tiene por objeto asegurar la presentación de los Sobres Nro.1, Nro.2 y Nro.3 por parte de los Postores. En el caso del Proponente, esta Garantía es adicional al incentivo de participación que tiene él como tal para ser adjudicatario u obtener el reembolso de los gastos de preparación de la IPC y de la formulación.

Sin embargo, usualmente el texto de la Carta Fianza prevé unos supuestos de ejecución de la misma entre los que se encuentra el que el Postor Precalificado: "No cumpla con presentar una oferta económica válida en el proceso de selección convocado". En ese sentido, el texto aludido presupone para la ejecución que el Postor Precalificado: (i) ha presentado Sobres Nro. 2 y Nro.3; (ii) el Sobre Nro.2 ha sido aceptado; (iii) el Sobre Nro.3 se abre; y (iv) la oferta económica contenida en el Sobre Nro. 3 no se ajusta a lo establecido en las Bases. En este supuesto, si el postor no presenta un sobre 1 válido, no existirá un postor precalificado y si no presenta sobre 2 válido, no se abrirá su sobre 3 para verificar su conformidad y, en los dos casos, se ejecutará la fianza.

En ambos supuestos, no debería ejecutarse la fianza, sino proceder a devolverla al proponente, tal y como se efectuó en el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic y el Concurso de Proyectos Integrales para la

Entrega en Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales de la República del Perú. En ambos casos, se presentó el supuesto de postores precalificados cuyo Sobre Nro. 2 fue descalificado y por tanto no se procedió a la apertura del respectivo Sobre Nro. 3, sin que ello originara o diera lugar a la ejecución de la Garantía⁽¹⁹⁾.

Finalmente, resulta ilustrativo el criterio del ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, respecto a la ejecución de la carta fianza que otorga el proponente de una iniciativa privada o de un proyecto en activo, con motivo de la Declaratoria de Interés. En efecto, en el párrafo final del Oficio 066-2018-EF/68.01, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, refiriéndose a la no suscripción del contrato en caso de adjudicación directa, señala que la ejecución de la carta fianza procederá cuando se deba a causas imputables al proponente:

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, en caso la no suscripción del contrato se deba a causas imputables al proponente, serán de aplicación las garantías que este hubiera otorgado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224, o garantías equivalentes (2018, p. 5).

Conforme se puede apreciar, el ente rector aplica un criterio de imputabilidad o no de las causas que determinan, en el caso de la consulta, la no suscripción de un contrato derivado de una iniciativa privada.

Aplicando el mismo criterio, no consideramos que pueda ejecutarse una carta fianza cuya causal de ejecución es la no presentación de una oferta económica válida, si el sobre 3 no llega abrirse por resultar desaprobados los sobres 1 o 2, decisiones que son inimpugnables.

Otro tema vinculado al derecho al reembolso está relacionado a la titularidad

(19) Acta de anuncio del Resultado de la evaluación del Sobre Nro. 2, apertura del Sobre Nro. 3 y adjudicación de la buena pro, de fecha 18 de diciembre de 2013, correspondiente al Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic.

Así mismo, Acta de Apertura del Sobre Nro. 3 y Adjudicación de la Buena Pro, de fecha 7 de setiembre de 2010, correspondiente al Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales de la República del Perú.



de quién tiene derecho al reembolso. Es usual que, a lo largo del procedimiento de tramitación de una IP, el proponente pueda sufrir modificaciones en su conformación. Por ello, es en la declaratoria de interés que reconoce el reembolso al proponente por los costos de elaboración de la IP y, en el caso de las cofinanciadas, también los costos del estudio de preinversión u otros adicionales por solicitud de modificaciones de la IP por iniciativa del Estado.

Sin embargo, el proponente original puede ser una persona jurídica individual y luego consorciarse con otra empresa y finalmente hasta el proponente original puede cambiar integrantes por completo. Es recién con el Reglamento del Decreto Legislativo 1224, aprobado por Decreto Supremo 410-2015-EF, que se regula expresamente la modificación del proponente, lo que se reitera en el Reglamento del Decreto Legislativo 1362, aprobado por Decreto Supremo 240-2018-EF, estableciendo lo siguiente:

Artículo 92. Modificación de los integrantes del proponente

92.1 El proponente de la IP puede realizar modificaciones a su conformación, siempre que mantenga o mejore su capacidad técnica o financiera.

92.2 La modificación del proponente puede ser efectuada hasta antes de la suscripción del Contrato. En estos casos, el proponente formula su solicitud de modificación ante el OPIP, acompañando los documentos que la sustentan. El OPIP responde dicha solicitud en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida.

92.3 Además de lo dispuesto en el presente artículo, en caso se presenten terceros interesados, la modificación del proponente se realiza conforme lo establezcan las Bases.

Sin embargo, los OPIP han tramitado modificaciones de proponente de IPAs muchas veces antes de la existencia de estas normas. No así en el caso de las IPC, en cuyo caso PROINVERSIÓN mantuvo a los proponentes por meses a la espera de la definición de cuál sería el trámite y requisitos para su reconfiguración. En ese sentido, muy probablemente los acuerdos privados entre las empresas para asumir gastos de la IPC sean previos a la aprobación de modificación de proponente de PROINVERSIÓN y hayan determinado la realización de gastos del proyecto por parte de una o más empresas que no son formalmente parte del proponente.

Ante este supuesto, causado por su propia demora, en el caso de la IPC del Sistema de tratamiento de las aguas residuales de la cuenca del Lago Titicaca, PROINVERSIÓN ha denegado el reconocimiento como reembolsables de casi la mitad de los costos incurridos por una empresa que no era parte del proponente desde el inicio y que no pudo incorporarse el Proponente por la demora de PROINVERSIÓN en permitir el inicio del trámite de modificación de proponente y solo consideró reembolsables aquellos gastos efectuados desde esa aprobación, bajo el argumento de que "cualquier documento privado no *resulta vinculante para el Sector Público*

y específicamente para PROINVERSIÓN". Esta afirmación no se ajusta al marco legal vigente que no establece ninguna formalidad de los documentos de sustento ni proscribire de ninguna manera que el sustento de los gastos sea por medio de un documento privado suscrito con anterioridad a su presentación a PROINVERSIÓN.

De hecho, todos los contratos de proveedores que podrían sustentar los gastos y que originan las facturas presentadas son contratos privados suscritos previamente a su presentación ante PROINVERSIÓN. La norma no exige formalidades determinadas para sustentar los gastos ni que sean presentados a la fecha de su celebración o tengan fecha cierta. No existe ningún ordenamiento especial que le niegue absolutamente valor vinculante a un documento privado. Sin embargo, es posible que la ley exija ciertos requisitos o formalidades a los documentos a ser presentados, lo cual no ocurre en las normas de APPs. Además de ello, tampoco se exige esta formalidad en el contrato de consorcio del proponente con el cual para el procedimiento para la modificación del proponente.

Para darle mayor abundamiento a esta posición, es pertinente indicar que de conformidad con los "Lineamientos para la presentación y Admisión a Trámite de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas", publicados por PROINVERSIÓN, solo se requiere una copia simple del documento por el cual se conforma un Consorcio Proponente y no se exige la fecha cierta.

El Consorcio Proponente no tiene personalidad jurídica y, por lo general, tampoco contabilidad separada, y por lo tanto los gastos son efectuados por cada empresa integrante del Consorcio y esa es la razón por la cual cada empresa presenta el sustento de los gastos incurridos por cada una de ellas.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS establece en su artículo 40.4, que las entidades sólo pueden exigir a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos o el suministro de información



que estén establecidos por decreto supremo o norma de mayor jerarquía y que incurre en responsabilidad la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos⁽²⁰⁾.

Ni el Decreto Legislativo 1362 ni su Reglamento exigen que los documentos de sustento de gastos tengan determinadas formalidades o siquiera que sean de fecha cierta para efectos de verificar su preexistencia.

Esto es explicable, pues la Ley del Procedimiento Administrativo General, que es el estándar mínimo para todos los demás procedimientos, incluyendo los procedimientos especiales, según el artículo II de la misma norma⁽²¹⁾, se rigen por principios como el de razonabilidad, presunción de veracidad, eficacia y simplicidad⁽²²⁾.

No es razonable que se pretenda desconocer documentos privados o se les exija formalidades a los documentos a presentar para el sustento de gastos que no son exigibles legalmente y los administrados no pueden ser sorprendidos con la exigencia de formalidades no requeridas por una norma. Si así estuviera establecido, el administrado sabría de inicio qué formalidades deben cumplir los documentos.

En efecto, si se trata de comprobantes de pago, corresponde que el proponente cumpla con las normas aplicables a los

mismos. No es el caso de los documentos privados que no tienen formalidades exigibles ni se limita el reconocimiento de sus efectos a partir de la fecha de su presentación a la entidad.

La incidencia en que los gastos hayan sido efectivamente realizados, tiene su principal comprobación en los estudios que conforman el estudio de preinversión. En ese sentido, únicamente en situaciones expresas en que la norma exige alguna formalidad, ésta debe cumplirse.

Así, por ejemplo, tenemos el literal d) del numeral 6.1 del artículo 4 del Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por Resolución de Superintendencia 007-99/SUNAT, determina que en caso en el cual existan contratos de arrendamiento o de cesión del uso de inmuebles y el usuario del mismo hace uso de los servicios públicos asignados al inmueble pero en los recibos figure el nombre del propietario, es posible que se pueda utilizar el crédito fiscal contenido en ellos con una condición, la cual

(20) Artículo 40.- Legalidad del procedimiento (...)

40.3 Los procedimientos administrativos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad, en el cual no se pueden crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos, salvo lo relativo a la determinación de los derechos de tramitación que sean aplicables de acuerdo a la normatividad vigente.

40.4 Las entidades solamente exigen a el cumplimiento de procedimientos, los la administrados presentación de documentos, el suministro de información o el pago por derechos de tramitación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior.

Incurre en responsabilidad la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos.

(21) Artículo II.- Contenido 1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley. 3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley. (Texto modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272)

(22) Principios

1.4. Principio de razonabilidad. Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

1.7. Principio de presunción de veracidad. En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

1.10. Principio de eficacia. Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

1.13. Principio de simplicidad. Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.



está referida a que si en el contrato de arrendamiento o de cesión del inmueble las firmas de las partes intervinientes se encuentran legalizadas ante Notario.

Otro caso es el previsto por el literal s) del numeral 1.3 del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta que establece que la donación de bienes podrá ser deducida como gasto cuando la donación conste en un documento de fecha cierta.

Por lo tanto, cuando no existe formalidades establecidas por la propia disposición legal, no cabe la posibilidad que se exijan formalidades adicionales para reconocer la validez de un Contrato de Consorcio, en el cual se sustenta el que los gastos de la IP sean asumidos, por acuerdo del proponente original, en partes iguales por ambas empresas integrantes del Consorcio.

La denegatoria de reembolso apelando a exigencia de formalidades que son previstas en la Ley de APPs o su Reglamento es un acto de confiscación.

4. La demora existente en la formulación de las IPCs

De las IPCs presentadas el 2013, 2014, 2015 y 2016 siguen en evaluación las siguientes IPCs⁽²³⁾:

- 10 de saneamiento presentadas, 1 el 2015, 8 el 2017 y 1 el 2018.
- 5 de colegios del 2014 y 1 del 2015.
- 2 de hospitales del 2014 y 1 del 2015.
- 1 vial y otra de residuos hospitalarios del 2013.

De todas ellas, solo se encuentra en estructuración la IPC del "ANILLO VIAL PERIFÉRICO". Las demás están en formulación. ¿Cómo así la etapa de formulación de las IPCs puede tomar 5 a 6 años? De hecho, varias más que estaban en formulación han sido objeto de desistimiento o rechazo.

Algunas de las causas relevantes son las siguientes:

- a) Se ha realizado en algunos casos un cambio en la unidad formuladora cuando el marco normativo autorizó a que PROINVERSIÓN trasladara la misma a las entidades titulares del proyecto;
- b) Se realizó un cambio de Gobierno por elecciones generales y sucesivos relevos de Ministros en Educación, salud y Vivienda, Saneamiento y también cambios en las gestiones regionales y municipales. Cada uno de esos cambios de gestión determinó un análisis de si los proyectos continuarían o no, como si no fueran parte del planeamiento estatal;

- c) Las normas técnicas que sustentan la formulación fueron aprobadas paralelamente a la misma, determinando la paralización de la formulación hasta la aprobación de tales normas;
- d) La Directiva que regula la formulación de las IPCs, Directiva 001-2014-EF/63.01 aprobada mediante Resolución Directoral 002-2014-EF/63.01⁽²⁴⁾, prevé una formulación con evaluación concurrente por hitos, eso incrementa los espacios para adopción de aprobaciones por parte de la entidad que, en lugar de haber agilizado los procesos los ha entrapado;
- e) Los equipos a cargo de la formulación cambian y son inexpertos en temas de APPs y aplican a la formulación de APPs los "tarifarios" de construcción de la ley de contrataciones.

El impacto en las IPCs ha sido de desmotivación absoluta por parte de los proponentes que pasan años invirtiendo sin saber si el proyecto continuará, si les serán reconocidos los gastos reembolsables y si el proyecto será adjudicado para llevarlo adelante o que opere el reembolso efectivamente.

Por otro lado, no es entendible para qué se requiere la elaboración de estudios de preinversión si, como en el caso de la IPC del Sistema de tratamiento de las aguas residuales de la cuenca del Lago Titicaca, se optó por convocar a un concurso de proyectos integrales en el que los postores podían presentar cualquier solución alternativa a la de la formulación. En ese supuesto, debería evitarse el gran gasto de la formulación y con estudios preliminares ir a un concurso. Si ya existe formulación realizada conjuntamente con el Estado en al que se estudia las alternativas y se opta por la más eficiente, esa debería concursarse.

Si la formulación es un proceso conjunto entre la entidad y el proponente y se formula lo que el proponente requiere, debería convocarse a concurso de proyectos integrales el proyecto formulado.

(23) Véase <https://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=6038&sec=22> pestaña "en evaluación".

(24) Extraído de http://www.ipd.gob.pe/images/documentos/normas/asociaciones/Directiva_N_001-2014-EF-63.01.pdf



Por otro lado, PROINVERSIÓN, asumimos que, para facilitar la presentación de terceros interesados, viene exigiendo a éstos fianzas que equivalen a la tercera parte de la exigida al proponente de la IP. Esto no es recomendable porque puede terminar trayendo al concurso a postores que no tienen la solvencia requerida. Las fianzas deberían ser iguales.

5. La naturaleza jurídica de las IPs como petición de gracia

La Ley establece que las IPs son peticiones de gracia, así se señala en el inciso 5 del artículo 45 del Decreto Legislativo 1362:

45.5 Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso, es de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación respectiva, en lo que sea pertinente; o hasta la suscripción del contrato correspondiente, en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados.

¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad de una IP? Básicamente están relacionados al cumplimiento de requisitos objetivos que están previstos en el Reglamento de la Ley de APPs y, para el caso de las IPCs, en los Lineamientos para la presentación y admisión a trámite de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas, aprobados por PROINVERSIÓN⁽²⁵⁾.

El artículo 77 del Reglamento de la Ley de APPs los describe:

- El nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal.
- Estados financieros auditados de los últimos dos (02) años que demuestren la capacidad financiera del proponente de la IP.
- Certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada, que sustenten la capacidad técnica y la experiencia del proponente para el desarrollo de proyectos de similar envergadura.
- La declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la IP presentada.

- La propuesta de cláusulas principales del Contrato.
- El modelo económico financiero del proyecto propuesto.
- Los estudios técnicos.

Para el caso de las IPC se requiere, adicionalmente detallar (i) los beneficios sociales del proyecto y (ii) la proyección anual de financiamiento.

Para el caso de las IPA se presenta, asimismo: (i) análisis técnico del proyecto; (ii) análisis de la demanda por el servicio que brinda el proyecto; (iii) estimación de costos de supervisión; (iv) evaluación económica financiera preliminar del proyecto como APP; (v) estimación preliminar de los riesgos; y (v) plan de implementación del proyecto.

Como ya lo he señalado desde el 2014, la etapa de admisibilidad de una IP no se puede considerar como una petición de gracia, ya que se trata de verificar el cumplimiento o no de los requisitos de admisibilidad. En ese sentido, la decisión sobre la admisibilidad sí debe ser impugnabile por reconsideración o apelación. Lo que es petición de gracia es la declaración de no relevancia o prioridad o de no interés (Maraví, 2014, pp. 115-116).

Luego de la admisibilidad, dado que en las IPs existe una inversión realizada por los proponentes y no se trata de un trámite en el que el administrado queda a la espera de una respuesta del Estado a manera de concesión de gracia, cada etapa debería ser de obligatoria consecución para las entidades.

Así, si una entidad declara de relevancia e interés una IP, debería estar obligado a culminar la etapa de formulación y si el proyecto es viable, debería estar obligada a concluir la etapa de estructuración hasta la declaratoria o no de interés. Igualmente, si declara de interés, la entidad debería estar obligada a adjudicar y firmar contrato, salvo cancelación del concurso o licitación debidamente sustentada. En la actualidad, el único efecto de que una entidad abandone un proyecto es que tenga que reembolsar a PROINVERSIÓN los gastos del procedimiento⁽²⁶⁾.

(25) Véase <http://www.proyectosapp.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=2&jer=8137&sec=22>

(26) Decreto Legislativo 1362:



6. Conclusiones

Es conveniente que exista en la normativa peruana de APPs un espacio para las IPs, principalmente para aprovechar la innovación en la provisión de la infraestructura, servicios públicos y proyectos en activos.

La corrupción no se ha verificado en mayor medida en las IPs que en otros mecanismos de contratación del Estado, así que no se requiere medidas *ad hoc* para las IPs. Sin embargo, debería acudirse a ellas principalmente por la innovación y no por carencias en la formulación de proyectos de las entidades públicas.

Las IPCs deben siempre estar previstas en los IMIAPPs, no así las IPAs, para lo cual se debería realizar una modificación en el artículo 40 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362; sin embargo, el impacto presupuestal de aquellos recursos que no se consideraran cofinanciamiento tales como los requeridos para expropiaciones o interferencias, deben ser identificados y evaluados antes de su declaratoria de relevancia.

Los gastos reembolsables deben calcularse en función del criterio contable de devengado, que es el que aplican las empresas a sus gastos. El debido sustento de los gastos principalmente es el estudio mismo de preinversión en las IPCs y los estudios que componen la IPA. Para ello es necesario una modificación de los artículos 75 (para IPCs) y el artículo 93 (para las IPAs), del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.

El reembolso no debe estar condicionado a la presentación de una oferta económica válida en el concurso o licitación. El reembolso debe operar porque el proponente es propietario de los estudios y participa en el concurso precalificando y presentando propuesta técnica y económica. Menos aún debe ejecutarse su garantía de seriedad de oferta. Asimismo, el reembolso debería reconocerse al proponente al momento de la declaratoria de interés respecto de toda la inversión realizada por quienes formen o hayan formado parte del proponente y desde la preparación de la IP.

En las IPCs la formulación de un estudio de preinversión solo debería ser obligatoria si no se convocará a un concurso de proyectos integrales, en el que cada postor puede proponer su alternativa de lograr los niveles de servicio, porque la formulación pierde sentido. Si la formulación se realiza, debe

ser bajo las normas regulares de INVIERTE. PE, no por evaluación concurrente, porque demora la formulación. En ese sentido, ello debería estar especificado en el artículo 108 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362.

La etapa de evaluación de admisibilidad de una IP, no puede ser considerada una petición de gracia; sólo las etapas posteriores. Esas etapas, por la inversión involucrada, deberían ser de obligatoria consecución. En el caso de las IPCs, el proyecto no puede abandonarse por cambio de gestión ya que está en el IMIAPP de la entidad. A razón de ello, resulta necesaria una modificación en el artículo 45 del Decreto Legislativo 1362.

Referencias bibliográficas

Benavente, P. & Segura, A. (2017). Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. En P. Benavente, J. Escaffi, A. Segura & J. Távera (eds.), *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos* (pp. 20-61). Plataforma para la Reflexión Política.

Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad. (2010). *Marco Conceptual para la Información Financiera*. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/vigentes/nic/ES_GVT_BV2017_conceptual.pdf.

Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada. (2018). Oficio 066-2018/EF/68.01. Recuperado de; https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/app/oficio_066_2018EF6801.pdf

Engel, E., Fischer, R. & Galetovic, A. (2014) *Economía de las asociaciones público-privadas: Una guía básica* (1ª ed.). Fondo de Cultura Económica México.

Escaffi, J. (2017). APP: contrato de largo plazo entre el Estado y el sector privado al servicio de las personas. En P. Benavente, J. Escaffi, A. Segura & J. Távera (eds.), *Las Alianzas Público-Privadas*

Artículo 12. Proinversión

12.9 Proinversión aplica mecanismos disuasivos a las entidades públicas titulares de proyectos, para evitar que abandonen sus proyectos en cartera, entre ellos, el reembolso de los gastos incurridos por Proinversión.

Decreto Supremo 240-2018-EF:

Artículo 27. Mecanismos disuasivos en caso de abandono de proyectos

27.3 En caso de que la entidad pública titular del proyecto no atienda de manera adecuada el requerimiento formulado por Proinversión, este último puede proceder con la aplicación conjunta de los siguientes mecanismos disuasivos:

2. Requerir el reembolso de la totalidad de los gastos generados, deduciendo aquellos gastos, pagos o transferencias que Proinversión haya recibido en virtud del referido proyecto.



(APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos (pp. 104-115). Plataforma para la Reflexión Política.

Expósito, J. & Santos, J. (2010). La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 3, 85-154.

García, J. (1980). *Manual del Impuesto a la Renta*. Instituto de Capacitación Tributaria.

Martin, R. (2008). Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión privada en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, 2, 15-42.

Maraví, M. (2013). Las iniciativas privadas cofinanciadas. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, 91-102.

Maraví, M. (2014). Marco legal de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas vigentes desde setiembre de 2014. *Advocatus*, 30, 109-119. <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4277>

Morón, J. (2008). Las concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, 2, 149-185.

Morón, J. (2018). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Tomo I). Gaceta Jurídica.

Neves, P., Samos, J. & Motolese, G. (2018). Iniciativas privadas en proyectos de infraestructura: un desafío para encontrar el equilibrio entre incentivos y competencia. *Banco Mundial Blogs*. <https://blogs.worldbank.org/es/ppps/iniciativas-privadas-en-proyectos-de-infraestructura-un-desaf-o-para-encontrar-el-equilibrio-entre>.

Reig, E. (1991). *Impuesto a las Ganancias*. Ediciones Macchi.

Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas (2015, 03 de enero) Resoluciones del Tribunal Fiscal 05378-3-2015.

Tribunal Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas. (2015, 10 de julio) Resoluciones del Tribunal Fiscal 06710-3-2015.

Vilcanqui, P. (2012) Las iniciativas privadas en proyectos de inversión: creatividad, ¿cuándo limitar y cuándo no? *Revista de Derecho Administrativo*, 12(1), 291-300. 





Los nuevos conflictos jurídicos laborales a propósito de la COVID-19^(*)

The new legal conflicts involving labor aspects regarding the COVID-19

Jorge Toyama Miyagusuku^()**

Estudio Vinatea & Toyama Abogados (Lima, Perú)

Sofia Yomond Santos^(*)**

Estudio Vinatea & Toyama Abogados (Lima, Perú)

Resumen: La COVID-19 ha cambiado la forma en la que vivimos y consigo el modo, condiciones y medidas sanitarias en el trabajo. Además de los notables cambios, la pandemia ha generado gran incertidumbre en la sociedad y diversos cuestionamientos sobre su gestión en el ámbito laboral. Precisamente, la COVID-19 ha ocasionado un impacto en la relación laboral, tanto en la modificación de los sistemas de trabajo, como la aparición de nuevos conflictos jurídico laborales, principalmente por el posible contagio de coronavirus en el centro de trabajo o con ocasión de las labores. Los principales conflictos se encuentran relacionados a las materias de indemnización por daños y perjuicios, impugnación de ceses, pago de beneficios sociales, cuestionamientos de medidas de suspensión de labores, entre otros.

Palabras claves: COVID-19 - Coronavirus - Relación laboral - Trabajo - Conflictos - Procesos laborales - Indemnización por daños y perjuicios - Despido - Derecho laboral

Abstract: COVID-19 has changed the way we live and with it, the ways, conditions, and sanitary measures at work. In addition to these notable changes, this pandemic has created great uncertainty among the whole society and diverse questionings about its management in the workplace. Precisely, COVID-19 has caused an impact on the labour relationships, both in the modification of work systems, and the appearance of new legal conflicts involving labour aspects, mainly due to the spread of coronavirus in the workplace or on the occasion of the labours carried out by workers. The main conflicts are related to the matters of compensation for damages, challenge of dismissals, payment of social benefits, questioning of measures to suspend the working relationships between employers and employees, among others.

Keywords: COVID-19 - Coronavirus - Employment relationship - Work - Conflicts - Labor procedure - Damages - Dismissal - Labor Law

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el día 12 de octubre de 2020 y su publicación fue aprobada el 13 de noviembre de 2020.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal de la PUCP, profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Piura. Director de la revista Soluciones Laborales. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Socio del Estudio Vinatea & Toyama Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9034-600X>. Correo electrónico: jtoyama@vinateatoyama.com

(***) Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociada del Estudio Vinatea & Toyama Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5569-0614>. Correo electrónico: syomond@vinateatoyama.com



El coronavirus ha mostrado de manera real e imprevisible la situación sanitaria de la sociedad a nivel internacional. Esta nueva realidad, o también llamada nueva normalidad, ha trascendido al derecho laboral; además de su impacto en la salud y estabilidad laboral de los trabajadores, ha demandado la adopción de nuevos estándares de seguridad y sanidad por parte de los empleadores, los cuales deben ser cumplidos con rigurosidad.

Evidentemente, el coronavirus ha causado un gravísimo impacto en la economía y sostenibilidad de las mismas (muchos estiman que el PBI peruano caerá en casi 15% el 2020, siendo una de las caídas más altas del mundo): “El nuevo Coronavirus ha encontrado al país con un perfil del trabajo todavía informal, y generará estragos en la expansión económica del presente año. En el mercado de trabajo peruano los primeros signos ya se han empezado a notar” (Revista Actualidad Laboral, 2020).

Precisamente, la coyuntura que atravesamos no solo ha repercutido la economía, sino que también nos ha exigido como sociedad tomar nuevas y drásticas medidas sanitarias, lo que finalmente, también, ha impactado considerablemente en el ámbito laboral, la informalidad laboral, la tasa de desempleo, el incremento del subempleo y no menos importante, en los sistemas de trabajo y la llamada “nueva laboralidad”. Aun así, la situación es más compleja, pues actualmente las empresas deben cumplir con las medidas sanitarias en el trabajo así como el ausentismo laboral por los casos positivos y sospechosos, situación que evidentemente encarece los gastos laborales y empeora el panorama global laboral. Por su parte, los trabajadores también se han visto afectados: pérdidas de empleo, suspensiones laborales, retrasos en pago de salarios y hasta liquidaciones de empresas.

Sin perjuicio de que las empresas y los trabajadores se encuentran obligados a cumplir con estrictas medidas sanitarias en el centro de trabajo y en el desarrollo de labores, ello no elimina la posibilidad de un contagio del coronavirus entre los trabajadores, en el centro de trabajo o con ocasión de las labores.

En ese sentido, en el presente artículo abordaremos los temas relacionados a la nueva laboralidad, el impacto de la COVID-19 en el inicio, desarrollo y extinción de la relación laboral, los principales conflictos jurídicos laborales y los juicios laborales que han aparecido a propósito de la COVID-19.

1. Impacto de la COVID-19 en las relaciones laborales

La COVID-19 ha generado un sinnúmero de cambios en la forma en la que vivimos y también en las relaciones laborales. Al respecto, la Organización Internacional de Trabajo señaló que:

El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud

de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [énfasis agregado] (OIT, 2020b).

En ese contexto, tal y como la OIT lo ha reconocido, el coronavirus ha impactado considerablemente en las relaciones laborales, principalmente de las siguientes formas: (i) reducción de personal (despidos) y disminución de salarios (en Lima Metropolitana estima el INEI que el sueldo promedio ha caído un mínimo de 10%); (ii) aumento de la informalidad y subempleo; y, (iii) la adaptación de las empresas a la nueva laboralidad y adopción de las medidas obligatorias de sanidad.

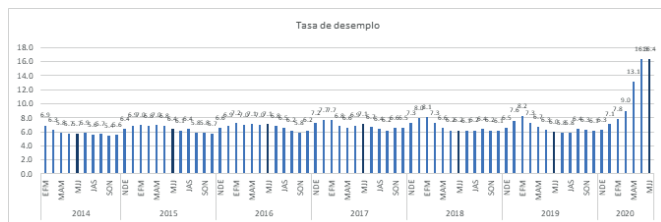
1.1. Considerable aumento de tasa de desempleo

La reducción de la actividad económica, así como las restricciones a la libertad de tránsito han afectado el mercado laboral, ocasionando efectos negativos en la promoción, contratación y reducción de personal, así como también en los ingresos de los trabajadores. Ello, además, ha dado lugar a la disminución del consumo de bienes y servicios, lo que ha repercutido adversamente en la continuidad de la actividad empresarial y en la capacidad de recuperación económica (OIT, 2020b).

Pues bien, en este contexto, nuestro país atraviesa un incremento notable de la tasa de desempleo. Únicamente en lo que respecta a Lima Metropolitana, en el trimestre de febrero a abril la tasa de empleo disminuyó en un 25%, dejando de trabajar un promedio neto de 1 millón 241 mil 300 personas, mientras que, en el último trimestre de mayo a julio, la tasa de desempleo aumentó en un 16,4 %, conforme se puede advertir en el gráfico 1.

A nivel nacional, el INEI estima que se han perdido más de 6 millones de empleos en esta pandemia. La tasa de desempleo se ha duplicado y la mayoría de los trabajadores afectados ha cambiado de

Gráfico 1: Tasa de desempleo



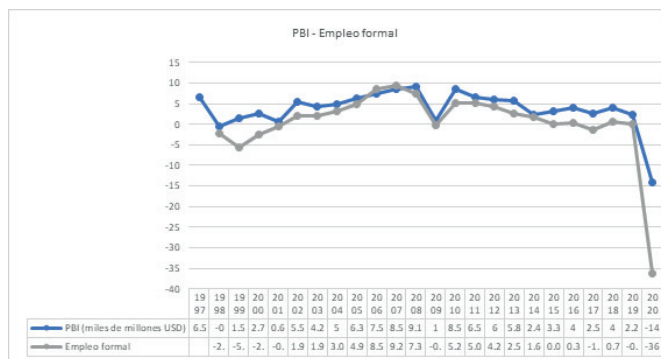
Fuente: INEI (2020)⁽¹⁾

actividad económica. Una de las cuarentenas más rígidas del mundo ha ocasionado una crisis económica que ha impactado seriamente al mercado de trabajo; sin embargo, ello dependerá de forma considerable de la evolución futura de la pandemia, de la reactivación económica y de las medidas políticas que sean adoptadas (OIT, 2020a).

1.2. Aumento de tasa de informalidad y subempleo

La pandemia por la COVID-19 ha repercutido en el crecimiento económico del país, lo cual ha causado efectos negativos en su expresión más directa, en el ámbito laboral y del empleo. Los ingresos de la mayoría de las empresas han disminuido significativamente, situación que las ha llevado a ajustar sus costos e inclusive cerrar sus operaciones⁽²⁾.

Gráfico 2: PBI - Empleo formal



Fuente: BCRP (2019), FMI (2020) y MTPE (2019)⁽³⁾

Desde el brote pandémico del coronavirus, hemos sido testigos del deterioro del mercado laboral. Lamentablemente, esto también se ha reflejado en la formalidad de las relaciones laborales o contratos de trabajo, cuyo gran problema continúa siendo la elevada tasa de informalidad del empleo: 72.4% (Revista Actualidad Laboral, 2020).

No obstante, antes del brote epidemiológico de la COVID-19 el Perú ya contaba con una alarmante y elevada tasa de informalidad del empleo. Como consecuencia del coronavirus y la drástica caída del PBI, la tasa de trabajo informal se agudizó, generando una disminución en los ingresos salariales y un aumento del subempleo, situación que ha empezado a notarse y a revertir el avance alcanzado en los últimos años (gráfico 2).

En la actualidad la tasa de informalidad se ha incrementado drásticamente, como consecuencia directa de los efectos económicos de la COVID-19. Se estima que la informalidad se ha incrementado hasta alcanzar casi el 80% de la economía. Los trabajadores que estaban en la formalidad han migrado al sector informal, un trabajo precario, con menos salario y sin protección social.

1.3. Nuevos sistemas de trabajo

Por su parte, las empresas y los trabajadores han tenido que cumplir con las medidas sanitarias decretadas, adaptándose a los nuevos sistemas de trabajo para que la relación laboral sea sostenible, tanto en cuestiones económicas como en exposición de riesgos, situación conocida como la nueva laboralidad. Esta nueva laboralidad se puede resumir principalmente en dos modalidades de trabajo.

- (1) Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional* (Informe No. 03). Lima: s/e. Recuperado el 07 de agosto de 2020, de <http://m.inei.gov.pe/biblioteca-virtual/boletines/empleo-a-nivel-nacional-9721/1/#lista>
- (2) Werner, Alejandro y Servicio de Asesoría Empresarial (2020). *Ajuste rápido y doloroso del empleo formal. Reporte Especial* (Reporte especial del 8 de abril del 2020).
- (3) Banco de Central de Reserva del Perú (2019). Variación porcentual del Producto Bruto Interno 1997-2019. Recuperado el 10 de agosto del 2020, de <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/anuales/resultados/PM04863AA/html>



1.3.1. Trabajo remoto

Es una modalidad de trabajo no presencial y excepcional mientras se encuentre vigente el estado de emergencia sanitaria (Vinatea & Toyama, 2020). No requiere de acuerdo entre empleador y trabajador y tampoco exige que la empresa compense al trabajador por proporcionar alguna condición para ejecutar el trabajo, salvo pacto entre ambas partes.

Si bien existe un vacío legal al respecto, resulta lógico que en caso el trabajador no cuente con los medios necesarios para la prestación de sus labores (por ejemplo, una computadora), el empleador deberá facilitarlos con la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de las funciones del trabajador.

Esta modalidad, actualmente, es aplicada por la mayoría de empresas con personal administrativo en atención a su carácter excepcional a propósito del estado de emergencia sanitaria, toda vez que - evidentemente - disminuye la exposición al riesgo de sus trabajadores al contagio de la COVID-19. No obstante, el trabajo remoto limita la exposición al virus, es necesario establecer un adecuado sistema de trabajo que permita la adaptación del personal a los medios tecnológicos, y que, además, se cumplan necesariamente con los estándares ergonómicos.

Las empresas tuvieron que adecuarse de inmediato al trabajo remoto y muchas se han dado con la sorpresa que pueden seguir operando sin mayores dificultades, inclusive en algunos casos hasta mejorando la productividad laboral. El trabajo remoto llegó para quedarse. Las encuestas en las que se preguntan a empresarios y trabajadores sobre la continuidad del trabajo remoto obtienen una mayoritaria respuesta positiva (Alarcón, 2020). En ese sentido, es probable que, incluso superado el estado de emergencia sanitaria, las empresas continúen con esta modalidad de trabajo, por lo menos de manera mixta.

1.3.2. Trabajo presencial

En caso de que una empresa deba laborar en forma presencial, deberá cumplir estrictamente con todos los protocolos, medidas sanitarias y su plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19, con la finalidad de prevenir, vigilar y controlar el contagio de sus trabajadores de coronavirus. Ente las principales medidas, tenemos:

	Reducción de aforo, barreras humanas y distanciamiento social
	Higiene personal: lavado de manos y alcohol en gel
	Horarios de trabajo rotativos
	Dotación de equipo de protección personal
	Control de temperatura
	Aplicación de pruebas serológicas y/o moleculares
	Constante desinfección

Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, es importante que una empresa, que cuente con trabajadores que presten labores presenciales, verifique: (i) la suscripción de declaración jurada de sus trabajadores, así como la asunción de responsabilidad voluntaria para el caso de los trabajadores que conforman el grupo de riesgo, y, (ii) la integración de la prevención y gestión de COVID-19 en el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo y contando con la participación de trabajadores.

La crisis sanitaria, además de los efectos negativos ya conocidos, ha ocasionado mayor desigualdad laboral; en la modalidad de trabajo remoto por ejemplo, el hombre ha sido menos impactado que la mujer, pues la tendencia de que la mujer sea quien asuma la mayor parte de los roles filiales y del hogar, lo cual evidentemente dificulta el desempeño en el trabajo desde casa. En el caso de los trabajadores que realizan actividades operativas o administrativas, se han visto más perjudicados en comparación de los trabajadores de dirección, pues han sido cesados, suspendidos o simplemente han estado más expuestos al virus. Del mismo modo, los trabajadores más calificados y de mejores retribuciones han sido menos afectados que aquellos que tienen menor calificación profesional y bajas remuneraciones.

2. La nueva laboralidad y los conflictos jurídico-laborales

2.1. La nueva realidad en el proceso de selección y reclutamiento del personal

Si bien en medio de la incertidumbre y la posibilidad de un rebrote de la pandemia, los procesos de selección y, por ende, la contratación de personal, han disminuido, cabe preguntarnos ¿cuáles son los nuevos retos o la nueva realidad a la que nos enfrentamos en un proceso de selección y reclutamiento de personal?

El panorama resulta complejo, sobre todo porque en nuestro país aún existe un sector que no cuenta con acceso a la tecnología e internet. Lo cierto es que, quienes tienen acceso a tecnología, se pueden adaptar rápidamente a los nuevos sistemas de



trabajo, pero aquellos que no, se encuentran todavía en proceso de adaptación y búsqueda de nuevas oportunidades laborales.

Pues bien, a propósito de la COVID-19, los empleadores se han visto forzados a realizar una gestión parcial e inclusive totalmente digital en sus procesos de selección (Toyama & Rodríguez, 2019) y en la relación laboral como tal. Como señala Todolí Signes:

Una de las mayores innovaciones del trabajo en plataformas ha sido su capacidad de producir una nueva forma de organización del trabajo. La tecnología actual (aplicaciones, páginas web, smartphones, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios que despiertan el interés de los consumidores (2020, p. 281).

Dicha situación ha generado que el proceso de selección y reclutamiento sea más eficiente y célere. Esto, por ejemplo, se hace evidente con los sistemas remotos a través de los cuales un postulante, desde cualquier lugar del mundo, puede resolver pruebas, “asistir” a entrevistas de trabajo o participar en dinámicas grupales (Todolí, 2020).

En efecto, la tecnología ha retado a los empleadores a rediseñar sus procesos, volviéndolos más flexibles, céleres e incluso amigables para quienes cuentan con las herramientas digitales necesarias y se han adaptado correctamente a la nueva laboralidad. Al respecto, también se ha reconocido que, en los procesos de selección digitales, se recoge información de las redes sociales de los postulantes, lo cual incide en su contratación:

Un estudio de Useful Social Media junto con Hootsuite ha verificado que un tercio de las empresas reconocen la práctica de recogida de datos en las redes sociales para decidir la contratación de un trabajador y los fallos judiciales indican su uso para sancionar al trabajador (Reis de Araujo, 2019, p. 178).

Entonces, el proceso de selección digital, aunque resulta ser célere, simple y menos costoso, es ¿infalible? Lo cierto es que, aunque estos nuevos métodos sean eficientes pueden traer consigo consecuencias negativas dentro de un proceso de selección y reclutamiento e incluso afectar los derechos fundamentales de los postulantes.

2.2. Principales conflictos jurídico laborales causados por el nuevo proceso de selección y reclutamiento de personal
Con la incorporación de nuevas tecnologías como la big data y la inteligencia artificial, el proceso de selección se ha automatizado en función de algoritmos. A partir de los patrones definidos en base a la experiencia digital, es posible que se encubran preferencias por personas de determinada nacionalidad, clase socioeconómica, nivel educativo, estado de salud, entre otros.

En efecto, la detección de supuestos discriminatorios en estos procesos de selección se hace más compleja y difícil, al estar posiblemente encubiertos en decisiones automatizadas y que podrían entenderse inclusive como ajenas a la voluntad del empleador.

Empero, toda persona tiene derecho a la no discriminación y no cabe duda de que dicho deber genérico incluye también a las decisiones automatizadas adoptadas por algoritmos dentro de las organizaciones, lo que ha cambiado con la introducción de estas nuevas tecnologías es que las posibilidades de detección de actos discriminatorios son mucho menores. El nuevo sistema de selección y reclutamiento de personal puede encubrir criterios discriminatorios, situación que podría desencadenar un conflicto jurídico laboral.

Por otro lado, considerando que por disposiciones de rango legal, con la finalidad de prevenir y mitigar la exposición al contagio de la COVID-19 de las personas con condiciones de salud específicas, tales como mayores de 65 años, personas diagnosticadas con hipertensión arterial refractaria, enfermedades cardiovasculares graves, cáncer, diabetes mellitus, asma moderada o grave, enfermedad pulmonar crónica, entre otras, se ha determinado un trato diferenciado para este colectivo que tiene un impacto en la selección y contratación de estas personas. La imposibilidad de trabajo presencial durante la cuarentena sanitaria salvo acuerdo entre las partes (pero que no elimina la responsabilidad por daños y perjuicios del empleador), han reducido las opciones de selección para este grupo de riesgo (Ministerio de Salud, 2020, considerando 7.3.4)⁽⁴⁾.

Es en ese sentido, si la determinación de un trato diferenciado por ley constituye un factor objetivo para tratar diferente y de forma especial a las personas que conforman el grupo de riesgo, entonces ¿es justificable que una empresa en el proceso de selección y reclutamiento de personal considere las condiciones de salud de los postulantes como

(4) Considerando 7.3.4. del Documento Técnico “Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19” aprobado mediante Resolución Ministerial 448-2020-MINSA.



un factor determinante? La respuesta sería afirmativa.

El hecho de que legalmente se haya establecido un trato distinto de un grupo de personas significa que existe una causa objetiva de diferenciación entre las personas que no conforman el grupo de riesgo y las personas que sí. En cuanto a la selección de personal, resulta válido entonces que se evalúen las condiciones de salud de los postulantes, e incluso su historial médico. Para que sea válido, se deberá considerar: (i) la naturaleza de las labores del puesto para el cual los trabajadores postulan y, (ii) la necesidad de prestar servicios presencialmente.

Así, en la medida de que se necesite personal para un puesto de trabajo que, por la naturaleza de las funciones, requiera de la prestación servicios de forma presencial, una empresa preferirá optar por aquel postulante que no cuente con condiciones de salud que expongan potencialmente su vida y que no se encuentre comprendido en el grupo de riesgo, sin que ello sea interpretado como un acto discriminatorio.

Inclusive, en el supuesto de que una empresa contrate a una persona que se encuentra dentro del grupo de riesgo, ya sea para trabajo presencial o trabajo remoto, deberá cumplir, aún con mayor rigurosidad, con todos los requisitos de ley, protocolos y medidas sanitarias, de manera que no exponga la salud y la vida de dicho trabajador.

Por otro lado, es probable y hasta razonable de que las de personas que tuvieron el virus y fueron sintomáticas, puedan ser preferidas en los procesos de selección y reclutamiento de personal, ya sea para trabajo remoto o presencial, debido a que existen menores probabilidades de que dicha persona vuelva a contagiarse, aminorando los riesgos y peligros por exposición y ausentismo laboral.

Ahora bien, nuestra legislación laboral actualmente prevé los supuestos de discriminación como un supuesto que tiene lugar en el centro de trabajo de forma presencial ante ofertas públicas de trabajo, no regula los casos de discriminación como consecuencia de algoritmos o plataformas digitales, tampoco contempla el supuesto de diferenciación objetiva por la condición de salud de postulante. Lo cierto es que los supuestos expuestos constituyen oportunidades para que la norma sea actualizada y modificada atendiendo a la nueva laboralidad y los conflictos que podrían surgir.

Es evidente que debido a la nueva normalidad que nos toca afrontar, en lo que respecta al ámbito laboral, existen diversos desafíos para la promoción, contratación y reinserción laboral. En buena cuenta, las intenciones del gobierno en materia laboral se han visto rebasadas por la realidad, pero es necesario adecuar la regulación al nuevo entorno digital para limitar al máximo posible las discriminaciones “algorítmicas” que se producen en los procesos de selección.

2.3. La nueva laboralidad y el impacto en desarrollo de la relación laboral

La pandemia continúa afectando gravemente a la salud pública y causando estragos en la economía y en el sector laboral. No obstante, se han adoptado muchas medidas para contener la propagación del virus, como el distanciamiento físico, las restricciones a la libertad de tránsito, la suspensión de actividades no esenciales, y el confinamiento de ciudades enteras, en el sector laboral ha provocado la adopción de nuevos sistemas de trabajo y la adaptación de los sistemas ya conocidos.

En este nuevo entorno, los empleadores han transitado por un panorama complejo y cambiante, adaptándose y elaborando planes de contingencia para prevenir, controlar y mitigar la propagación del coronavirus en el trabajo. Asimismo, muchas empresas han explorado las posibilidades y beneficios que ofrece el trabajo remoto como una modalidad vigente durante el estado de emergencia sanitaria.

Aun cuando diversas empresas han retomado sus actividades, lo han hecho bajo la modalidad de trabajo remoto, a modo de cumplir las medidas de aislamiento. Asimismo, el optar por la modalidad de trabajo remoto, ha obligado al empleador y trabajador a la capacitación al nuevo sistema de trabajo, al conocimiento, uso y obtención de elementos tecnológicos y herramientas ergonómicas, todo ello con la finalidad de contar con las adecuadas condiciones de trabajo.

Las empresas más impactadas por la pandemia y la cuarentena impuesta por el Estado (no realizan actividades esenciales) han aplicado la modalidad del trabajo remoto para determinadas posiciones pero se han visto en la necesidad de aplicar la medida de suspensión de labores respecto de puestos de trabajo que requieren de presencia física o simplemente ante la inviabilidad de continuar operando y, evidentemente, la imposibilidad de la prestación del servicio de forma virtual, situación que se podría prolongar hasta terminado el estado de emergencia sanitaria.



Por su parte, las empresas que brindan servicios esenciales y realizan actividades de forma presencial, han ejecutado las medidas sanitarias decretadas destinando un presupuesto para ello, así como afrontando el ausentismo laboral. Sin embargo, lo cierto es que no todas las empresas han tenido la posibilidad de asumir los costos para operar presencialmente, lo cual ha ocasionado diversos conflictos jurídico laborales, tales como el pago a destiempo de beneficios laborales, la suspensión de labores, compensación de gastos, reducción de remuneraciones, entre otros.

En efecto, debido a las drásticas y diversas medidas gubernamentales de restricción sanitaria, se ha generado un panorama de incertidumbre y confusión en lo que respecta a la aplicación de disposiciones y normas laborales. Debido a la dispersa regulación y medidas adoptadas de forma imprevista, confusa y hasta contradictoria, se ha generado diversos cuestionamientos sobre la aplicación de las normas laborales, apareciendo conflictos jurídicos en las relaciones laborales.

Atendiendo a ello, los conflictos jurídico labores que han aparecido a propósito de la nueva laboralidad, pueden ser divididos en atención a la modalidad de prestación de servicios o situación del trabajador, conforme al siguiente cuadro:

Tabla 1

Tipo	Supuesto	Conflictos laborales
Trabajador activo	1. Trabajador: modalidad presencial	• Indemnización por daños y perjuicios - Enfermedad profesional COVID-19
		• Indemnización por daños y perjuicios por fallecimiento o exposición al peligro por COVID-19
		• Ausencias por temores a la enfermedad
	2. Trabajador: modalidad remota	• Indemnización por daños y perjuicios – Ergonomía
		• Pago de beneficios sociales - Horas extras
		• Compensación de gastos
	3. Trabajador de grupo de riesgo	• Indemnización por daños y perjuicios por exposición al peligro • Compensación de los períodos de licencia compensable.
	4. Trabajador suspendido	• Impugnación de suspensión perfecta de labores y pago de beneficios sociales

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, en los siguientes acápite explicaremos los principales aspectos que se deben tener en cuenta en los conflictos jurídico laborales que han aparecido a propósito de la nueva laboralidad, nuevos sistemas de trabajo y repercusiones del coronavirus en la relación laboral.

2.4. Principales conflictos jurídico laborales en el desarrollo de la relación laboral

2.4.1. Trabajador en modalidad de trabajo presencial

Principalmente quienes laboran de forma presencial, en particular los trabajadores de la salud, se encuentran altamente expuestos a riesgos sanitarios y económicos. Es por ello que los principales conflictos jurídico laborales son los relacionados a las materias indemnizatorias y resarcitorias por coronavirus o exposición al peligro.

A) Indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional de COVID-19

La COVID-19 ha sido reconocida mediante la Ley 31025 como enfermedad profesional para los servidores de salud, modificando consigo la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

Este conflicto podría tener lugar cuando un trabajador de la salud que labora con pacientes con la enfermedad sea diagnosticado de coronavirus, situación que habilita al trabajador para solicitar una indemnización por daños y perjuicios por el padecimiento de COVID-19. Para ello se deberá analizar si la incapacidad del servidor ocasionada por el coronavirus es de carácter temporal o permanente, toda vez que dicho factor incidirá en el otorgamiento de la indemnización.

En ese sentido, el trabajador de salud podría solicitar la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de padecer COVID-19, supuesto en el que resulta necesario se analice: la exposición al riesgo por parte del trabajador, si el trabajador cumplió con las medidas sanitarias facilitadas por su empleador y/o si la empresa cumplió con las medidas sanitarias obligatorias. En otras palabras, se deberá analizar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil: conducta antijurídica, daño, nexo causal y factor de atribución.

B) Indemnización por daños y perjuicios por fallecimiento COVID-19

Si bien la regla general es que la COVID-19 es una enfermedad profesional de los servidores



de salud, también podría generarse una controversia en caso un trabajador ordinario adquiriera la enfermedad de coronavirus en el centro de trabajo o con ocasión de sus labores.

Este conflicto podría presentarse cuando trabajador adquiere COVID-19 en el centro de trabajo o con ocasión de sus labores, y dicha enfermedad ocasiona la muerte del mismo o deja secuelas en el trabajador. Como consecuencia de ello, los sucesores del trabajador se encontrarían habilitados para solicitar al ex empleador el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, una interrogante que inmediatamente surge es ¿Cómo se prueba que el contagio de COVID-19 fue en el centro de trabajo o con ocasión de las labores? Es complicado determinar, dónde y cuándo se adquirió la enfermedad, y la respuesta resulta aún más compleja cuando hablamos de una persona que ha fallecido.

Sobre el particular, es evidente que el estándar de la prueba que se requerirá de iniciarse un conflicto de dicha naturaleza será aún más alto que el regular. En ese caso, se deberá analizar el cumplimiento de las medidas sanitarias por parte del empleador, la conducta del trabajador y otras situaciones en las que el trabajador pueda haber contraído el virus. El principal elemento jurídico de la responsabilidad civil que se deberá analizar sería el nexo causal entre la enfermedad y/o la muerte y la prestación de labores, además de los elementos mencionados preliminarmente.

C) Indemnización por daños y perjuicios por exposición al peligro

Podríamos encontrarnos ante un conflicto jurídico laboral por exposición al peligro cuando el empleador no cumpla con las medidas sanitarias obligatorias, o en el caso de que exija a los trabajadores la prestación de labores presenciales sin que haya necesidad de ello.

Al respecto, es importante precisar que, debido a la regulación cambiante y profusa, cabe la posibilidad de que los empleadores omitan entregar equipos de protección personal obligatorios a sus trabajadores o se debate sobre la calidad y características de los mismos (por ejemplo, si el trabajador solicita una mascarilla quirúrgica cuando el empleador considera una de tela como suficiente). Muestra de que ello, es que, en su oportunidad, se determinó que los guantes eran de uso obligatorio para quienes prestaban labores presenciales, sin embargo, luego ello dicha disposición se dejó sin efecto.

Asimismo, respecto a las pruebas serológicas y/o moleculares, en un principio se estableció su obligatoriedad, luego la medida quedó sin efecto. Inclusive, aun cuando diversas empresas vienen implementando dicha medida preventiva y de control, actualmente no existe base normativa que determine la obligación ni la periodicidad de dicha medida.

Es por ello que, debido a que no existe un panorama claro sobre la regulación y las medidas de obligatorio cumplimiento que deben adoptar las empresas, es común que los trabajadores puedan encontrarse expuestos al peligro, situación que podría desencadenar un conflicto. Nuevamente, al tratarse de un conflicto de naturaleza indemnizatoria, se deben analizar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil que hemos visto precedentemente.

2.4.2. Trabajador en modalidad de trabajo remoto

En el caso de los trabajadores que realizan labores en la modalidad de trabajo remoto, se pueden advertir conflictos jurídico laborales en el supuesto de que no cuenten con condiciones de trabajo adecuadas (ergonomía) o en caso de que hayan incurrido en gastos para contar con las medidas necesarias y trabajar desde sus domicilios.

A) Indemnización por daños y perjuicios por la falta de entrega de condiciones ergonómicas

Si bien el trabajo remoto no tiene regulación específica, surgen dudas en lo que respecta a la habilitación de condiciones de trabajo y la dotación de herramientas de trabajo ergonómicas, toda vez que no existe expresa disposición de que el empleador se encuentre obligado a brindarlas para la prestación de labores de forma remota.

Si bien, en lo que respecta a la dotación de los medios tecnológicos, se dispuso que cuando empleador y trabajador lo convengan, pueden acordar la compensación de los gastos adicionales derivados del uso de los medios o mecanismos, no existe disposición sobre las condiciones ergonómicas con las que el trabajador debe contar en la prestación de labores remota, tales como escritorio, silla, computadora, entre otros.

En definitiva, al no existir una disposición expresa, durante la vigencia del estado de emergencia sanitaria, y por ende la aplicación de la modalidad de trabajo remoto, existen altas probabilidades de que en muchos casos no se hayan otorgado todas las herramientas ergonómicas, lo cual, finalmente, podría provocar el padecimiento de una enfermedad profesional afín.



En este tipo de conflictos se deberá analizar si el empleador dispuso y aplicó medidas paliativas, como pausas activas, subvención o facilidades de compra de sillas ergonómicas, envío de computadoras o laptops a los domicilios, entre otros factores, que podrían atenuar o enervar el otorgamiento de una indemnización por condiciones ergonómicas. Sin embargo, la falta de condiciones ergonómicas no debe entenderse como la causa directa del padecimiento de una enfermedad profesional, para ello deberán considerarse otros factores importantes.

En este caso se deberá analizar: (i) si el trabajador contó con herramientas ergonómicas, (ii) si el empleador aplicó medidas paliativas para prevenir cualquier daño derivado de las labores (como pausas activas), (iii) si las labores justifican la exposición del trabajador ante una enfermedad profesional y, (iii) el padecimiento de una enfermedad profesional. En este tipo de conflictos, resulta imprescindible analizar concretamente, además de los demás elementos de la responsabilidad civil, el daño, el cual podría consistir en el padecimiento de una enfermedad profesional.

B) Pago de horas extras

En lo que respecta al pago de beneficios sociales, podría iniciarse un conflicto jurídico laboral por el pago de horas extras como consecuencia del trabajo en modalidad remota, toda vez que mediante los Decretos de Urgencia 026-2020 y 029-2020, no se ha especificado si existe obligatoriedad por parte del empleador para establecer un horario de trabajo, resultando difícil realizar una fiscalización del tiempo de labor efectiva y, por ende, el cálculo del trabajo en sobretiempo u horas extras.

Al respecto, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, ha señalado mediante el Informe Técnico 001013-2020-SERVIR-GPGSC de fecha de junio del 2020, que en el sector público “[n]o resulta posible que el servidor que se encuentre en la modalidad de trabajo genere horas extras, al no encontrarse sujeto a un horario”.

Sin embargo, en este tipo de supuestos, es necesario analizar cada caso en concreto, ya que es un caso excepcional, no regulado y distinto al trabajo presencial. Sobre todo, considerando el horario laboral de cada trabajador y la forma de la fiscalización del trabajo efectivo y trabajo en sobretiempo.

Ante la falta de regulación de este beneficio laboral en el trabajo remoto, se podría generar un conflicto laboral, en el que es importante apreciar: (i) si al trabajador se le asignó un horario de trabajo fijo, (ii) los mecanismos o medios de control de labores efectiva, (iii) si el trabajador ha laborado en sobretiempo, (iv) la duración del trabajo en sobretiempo.

C) Compensación de gastos

Conforme hemos señalado preliminarmente, mediante Decreto Supremo 010-2020-TR, se ha determinado que las partes, empleador y trabajador, pueden acordar la compensación de los gastos derivados de la obtención y acceso a los medios o

mecanismos tecnológicos necesarios para la prestación de servicios.

Sin embargo, ¿Qué sucede cuando no obra acuerdo de por medio y el trabajador incurre en gastos para la obtención de medios tecnológicos necesarios para la prestación de sus labores? En efecto, esta situación podría provocar el inicio de un conflicto jurídico, en el cual es esencial, aunque complejo, determinar cuándo un gasto es necesario para la obtención del mecanismo tecnológico y la relevancia de dicho mecanismo para la prestación de las labores.

Pues bien, en este caso, es imprescindible analizar: (i) si existe acuerdo entre empleador y trabajador para la compensación de gastos, (ii) si la compensación de gastos corresponde a medios con los que ya contaba el trabajador antes de la pandemia, (iii) los gastos incurridos para la obtención de los medios tecnológicos, (iv) la necesidad del medio tecnológico para la prestación del servicio o la relación entre sí, y, adicionalmente (v) la situación económica del trabajador.

2.4.3. Trabajador de grupo de riesgo

Los trabajadores que conforman el grupo de riesgo por la COVID-19, también podrían encontrarse inmersos en conflictos jurídicos laborales, atendiendo a que legalmente se ha establecido un trato diferenciado en atención a su especial condición de salud. Hablamos de una eventual indemnización por daños y perjuicios por exposición al peligro.

Podría presentarse un conflicto jurídico laboral cuando trabajadores que conforman el grupo de riesgo se encuentren expuestos al riesgo de contraer COVID-19 al haber acordado con el empleador un trabajo presencial o, evidentemente, si tienen el virus y alegan haberse contagiado en la empresa. En este caso, pueden surgir conflictos porque el empleador no otorga el equipo de protección personal necesario o no toma las medidas sanitarias obligatorias.

Ambos supuestos constituyen conflictos jurídico laborales; sin embargo, como ya hemos señalado, ante la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios, es necesario que se analice la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil: el hecho antijurídico, el incumplimiento de



un dispositivo de rango legal o norma sanitaria, el daño, la exposición al riesgo y las consecuencias de ello, el nexo causal entre la relación laboral y el daño, y el factor de atribución.

2.4.4. Trabajador suspendido

En ese punto, abordaremos los conflictos jurídico laborales que se suscitan en el marco de la aplicación de una suspensión perfecta de labores y pagos de beneficios sociales derivados.

A) Impugnación de suspensión perfecta de labores

La suspensión perfecta de labores, debidamente aprobada por la autoridad administrativa de trabajo, podrá hacerse efectiva mientras nos encontremos en estado de emergencia sanitaria, lo cual evidentemente propicia un conflicto jurídico, toda vez que los trabajadores afectados con la medida no percibirán remuneraciones hasta que el estado de emergencia sanitaria sea superado o cuando la empresa reinicie operaciones, lo que ocurra primero.

Así, los trabajadores afectados con la medida o sus representantes podrían solicitar se deje sin efecto la resolución que aprueba la suspensión perfecta de labores. Del otro lado, las empresas pueden cuestionar ante la autoridad laboral si no se aprueba el pedido de suspensión perfecta de labores.

Para resolver estos conflictos se deberá analizar si, para el otorgamiento de la medida de suspensión de labores, la autoridad verificó la concurrencia de todos los requisitos, como, por ejemplo:

- Comunicación a los trabajadores de la medida.
- Hasta donde resulte posible, la adopción de medidas alternativas o paliativas que busquen mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones del trabajador.
- Imposibilidad de aplicar trabajo remoto o licencia con goce de haber compensable por naturaleza de las actividades o por afectación económica relevante.
- Presentar dentro de plazo la solicitud de la medida ante la autoridad administrativa de trabajo.

Estamos ante conflictos jurídicos donde se aprecia si la empresa se encontraba ante una causal que impidiera sus operaciones a tal punto que debe aprobarse una suspensión sin goce de remuneraciones de los trabajadores comprendidos en la medida. Los conflictos son resueltos por la autoridad administrativa de trabajo y, en caso de que una de las partes no esté de acuerdo, quedará la vía de la impugnación judicial, esto es, un proceso judicial contra la resolución que aprueba o rechaza la suspensión de labores.

Cabe indicar que en estos procesos administrativos y judiciales han participado sindicatos en reuniones previas para evitar una suspensión de labores, así como dentro del proceso administrativo y también judicial. La presencia del sindicato usualmente genera mayores escenarios de cuestionamiento

administrativo y judicial pero también ha servido en ocasiones para arribar acuerdos colectivos para evitar una suspensión o extinción de los contratos de trabajo, por ejemplo suscribiendo convenios de reducción de sueldos, disminución de la jornada, suspensión de beneficios convencionales, etc.

B) Pago de beneficios sociales

Por su parte, podría iniciarse un conflicto jurídico laboral en cualquier modalidad de prestación de servicios o situación del trabajador, cuando la empresa no realice el pago correspondiente a los beneficios sociales de los trabajadores. Este incumplimiento se produce ante una paralización o suspensión intempestiva de operaciones sin seguir los procedimientos establecidos. Se trata de empresas que, ante los efectos de la pandemia y cuarentena, optaron por cerrar sus actividades. Muchas de ellas han quebrado y, en estos casos, las posibilidades de pago de beneficios sociales son remotas.

2.5. El coronavirus y el impacto en la extinción de las relaciones laborales

Como es evidente y conforme hemos expuesto preliminarmente, nuestro país atraviesa un considerable e inminente aumento de la tasa de desempleo, tal es así que, en el trimestre de mayo a julio, la tasa de desempleo aumentó en un 16,4 %. Dicha situación ha sido provocada por la pandemia de la COVID-19 y sus efectos directos en la economía y el empleo.

Atendiendo a la crisis económica agudizada por el coronavirus, diversas pequeñas y grandes empresas, con gran incertidumbre y la fundada preocupación por la continuidad de sus actividades productivas, han optado por alternativas para la reducción del personal y la extinción de contratos de trabajo.

En esta línea, muchas empresas han llegado a acuerdos con sus trabajadores para reducción de sueldos o término de los contratos de trabajo; sin embargo, gran número de ceses se han producido pese a la negativa de los trabajadores de negociar su salida de la empresa, ceses en forma unilateral y sin causa justa. Adicionalmente



a ello, se han realizado ceses colectivos, en atención a la naturaleza del contexto económico y sanitario por el brote pandémico de coronavirus. Como sostiene Salinas:

La pandemia de COVID-19 y las medidas implementadas para enfrentarla evidentemente constituyen un caso fortuito y fuerza (...). Pero la magnitud y configuración de sus elementos constitutivos resulta insuficiente para justificar la terminación de relaciones laborales y solamente alcanza para sustentar una suspensión (interrupción) de las mismas (...).

[L]a terminación de la relación laboral debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, aunque fuera jurídicamente procedente, a la luz de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico laboral, así como de los precedentes aplicativos a nivel normativo, jurisprudencial, comparado y doctrinal, sí obliga al empleador a indemnizar al trabajador de una manera consistente con el despido intempestivo (Salinas, 2020).

Conforme se puede advertir, no obstante, el brote epidemiológico por la COVID-19 constituye un supuesto de caso fortuito y fuerza mayor, el cual habilita al empleador a extinguir la relación laboral, si no se observa el procedimiento legal (léase un proceso de cese por causas objetivas), se debe indemnizar al trabajador que sea afectado por la extinción de su contrato de trabajo de forma unilateral cuando no medie causa justa; inclusive, salvo casos de trabajadores que ocupan posiciones de confianza, el trabajador afectado podría demandar su reposición al centro de trabajo.

En concreto, ¿qué sucede en los casos en los que las empresas extinguieron las relaciones labores con sus trabajadores de forma unilateral? En esos supuestos, se deberá analizar la naturaleza del cese, en función al motivo señalado por el empleador que motiva el cese, el contexto por el cual el empleador cesó al trabajador e inclusive las condiciones o beneficios otorgados al cese del trabajador.

Tabla 2

Tipo	Supuesto	Sub tipología
Trabajador cesado	1. Trabajador que negoció su cese	• Impugnación de cese: despido fraudulento
		• Indemnización por daños y perjuicios
	2. Trabajador cesado unilateralmente	• Impugnación de cese: despido fraudulento, incausado o arbitrario
		• Pago de beneficios sociales
		• Indemnización por daños y perjuicios
	3. Impugnación de procedimiento administrativo	• Ceses colectivos: caso fortuito, reestructuración, fuerza mayor o motivos económicos
		• Ceses colectivos: reestructuración patrimonial
		• Ceses colectivos: liquidación o resolución de empresa

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, además de los conflictos laborales derivados de los ceses injustificados o unilaterales, existen conflictos en los que los trabajadores se encontrarán habilitados para solicitar una indemnización de índole laboral o civil, por los daños derivados del cese, o su reposición al centro de trabajo. En ese sentido, analizaremos los principales conflictos jurídico laborales iniciados como consecuencia del cese o extinción del vínculo laboral. Estos casos se pueden agrupar en tres tipos (Tabla 2).

2.6. Principales conflictos jurídico laborales en la extinción de la relación laboral

2.6.1. Trabajador que negoció su cese

En la coyuntura que atravesamos, no hemos sido ajenos a las repercusiones del coronavirus en la economía nacional y mundial. Ello evidentemente, también ha propiciado la paralización de labores, pérdida de ingresos, e incluso el cierre de diversas empresas. Producto de ello, un buen número de empresas han optado por negociar la salida de sus trabajadores.

A) Impugnación de cese: reposición por despido fraudulento

Un conflicto jurídico laboral que podría surgir como consecuencia de la suscripción de un acuerdo o negociación entre empleador y trabajador es la impugnación judicial que este último realiza respecto a su cese, solicitando su reposición en su centro de trabajo señalando haber sido despedido bajo un vicio de voluntad (error, engaño, violencia, etc.).

En la coyuntura, es probable que gran parte de los despidos realizados hayan sido unilaterales y no respondan a una causa justificada; asimismo, en el supuesto de que existiera un acuerdo o negociación entre empleador y trabajador, es recurrente que este último invoque un supuesto de coacción para la suscripción del acuerdo, o desconocimiento del mismo, aduciendo haber sido despedido de hecho.

Así, en este tipo de casos, se deberá analizar: (i) la acreditación de un vicio de la voluntad en la suscripción del acuerdo, (ii) la participación del extrabajador en la



negociación, (iii) la suscripción del acuerdo y los términos, (iv) pago de una indemnización por el cese y/o pago de suma graciosa compensable con ocasión del cese y, (v) si el trabajador cobró las sumas pagadas por el empleador.

B) Indemnización por daños y perjuicios derivados del cese

Podría iniciarse un conflicto jurídico laboral, consistente en la indemnización por daños y perjuicios derivados del cese del trabajador, en la medida de que actualmente se discute si negociar la salida de un trabajador durante la pandemia constituye como un hecho antijurídico.

Lo cierto es que, en atención a la teoría civilista, en caso de que el acuerdo adolezca de vicios de voluntad de las partes, se puede alegar la nulidad. Sin embargo, si convalidó el acto (negociación libre y voluntaria), entonces, el acuerdo se habría perfeccionado y por tanto surtiría efectos entre ambas partes, empleador y trabajador.

No obstante ello, si un trabajador se considera habilitado para solicitar una indemnización por daños y perjuicios, mínimamente se deberá analizar: (i) si el trabajador incurrió en un vicio de voluntad (fue coaccionado o timado para la suscripción del acuerdo), (ii) si ambas partes participaron en la negociación y acuerdo de condiciones, (iii) la convalidación del acuerdo y/o el pago y cobro de sumas -beneficios laborales o suma graciosa- con ocasión de su cese.

2.6.2. Trabajador cesado unilateralmente

A) Impugnación de cese: arbitrario, fraudulento, incausado o nulo

Es probable que gran parte de los conflictos jurídico laborales que se han iniciado sea como consecuencia de despidos unilaterales, los cuales podrían agruparse en los siguientes supuestos:

- a) Despido fraudulento o arbitrario: En el caso de que se haya producido un despido unilateralmente, con vicio de la voluntad del trabajador, o sin observar un debido procedimiento, el trabajador podría solicitar su reposición o una indemnización. Estos tipos de despidos es muy común actualmente, sobre todo porque la producción e ingresos de diversos sectores se ha visto perjudicado, y la única medida inmediata tomada por diversas empresas, han sido los ceses unilaterales, quienes inclusive han optado comunicar el despido mediante plataformas digitales como zoom o Microsoft Teams o incluso electrónicamente.

Sin embargo, también cabe la posibilidad de que debido a la adopción de las dos modalidades de trabajo (remota o presencialmente), se hayan realizado despidos por la comisión de faltas graves o el ineficiente desempeño de trabajadores. Por ejemplo, en el caso de que un trabajador haya sido convocado para retomar labores presenciales

y este no asista aduciendo exposición al riesgo, el empleador evidentemente podría sancionar su desacato con una sanción drástica como el despido. Por otro lado, en caso de que un trabajador se encuentre laborando en la modalidad de trabajo remoto y tenga un desempeño deficiente de sus labores, el empleador podría optar por el cese justificado del trabajador.

- b) Despido incausado: En el caso de que se haya producido un despido unilateralmente y sin causa justa que sustente el despido, podría iniciarse un conflicto jurídico laboral en el cual el trabajador, también podría solicitar la reposición a su centro de trabajo.

Por ejemplo, puede darse el caso de que un trabajador que se encuentra laborando bajo un contrato a plazo determinado, pero que constantemente y de forma automática su empleador ha venido renovando sus contratos, de forma intempestiva sea liquidado, por la simple razón de que su contrato de trabajo habría vencido. En este caso, el trabajador podría invocar que correspondía que su contrato de trabajo sea renovado nuevamente o que no tenía una causa temporal y alegar una desnaturalización debiendo ser tratado como trabajador contratado a plazo indeterminado.

- c) Despido nulo: Ahora bien, de acuerdo a la coyuntura y a las particularidades de la nueva laboralidad, podemos encontrar despidos que se han realizado por motivos de discriminación, ya sea por casos sospechosos o confirmados de COVID-19, por trabajadores que conforman el grupo de riesgo y que al no poder laborar física ni remotamente, no pueden continuar en la empresa, así como también casos de despidos de dirigentes, representantes sindicales o trabajadores sindicalizados que hayan iniciado reclamos ante la autoridad administrativa de trabajo, por incumplimiento de medidas sanitarias por ejemplo.

Así, si un trabajador solicita la nulidad de su despido, se debe analizar, según sea el caso: (i) la condición subjetiva del



trabajador (sindicalizado, enfermo de covid-19, etc.), (ii) un despido sin justificación, una causa razonable de término de la relación laboral alegada por el empleador; y, (iii) la relación causal entre la condición del trabajador y el motivo alegado por el trabajador, como puede ser la fecha de presentación del juicio de daños y perjuicios por haber sido contagiado de covid-19 y el cese incausado; o la cercanía entre la fecha de diagnóstico y circunstancias del contagio del extrabajador, si fue contagio en el centro de trabajo o a consecuencia de sus labores, y el día del cese injustificado.

B) Indemnización por daños y perjuicios

En el supuesto de un cese unilateral sin justificación, podríamos encontrarnos ante un conflicto jurídico laboral cuando un trabajador solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de su cese.

En este caso, se deberá analizar si el hecho primigenio, es decir el cese, fue consentido o si no fue cuestionado por el trabajador. Asimismo, se deberá verificar si el trabajador cuestionó judicialmente su despido y si acumuló a su pretensión de cuestionamiento del cese un pedido indemnizatorio, aunque también es posible que el petitorio indemnizatorio se realice en otro proceso posterior.

Sin perjuicio de ello, en este tipo de conflictos, resulta de todos modos imprescindible, analizar la presencia de los elementos de la responsabilidad civil ya mencionados: el hecho antijurídico, el daño, el nexo causal y el factor de atribución.

C) Ceses colectivos: caso fortuito, reestructuración, fuerza mayor o motivos económicos

Respecto al cese colectivo, conviene recordar que este se encuentra regulado como una causa justa de extinción del vínculo laboral y que además requiere de aprobación por la autoridad administrativa de trabajo, el mismo que se encuentra regulado por los incisos a) y b) del artículo 46 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Si bien ha existido un debate sobre la consideración de la pandemia y sus efectos económicos como causa de caso fortuito fuerza mayor, al respecto Saco Barrios ha señalado que:

Sí es posible –en el Perú– la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por causas de “fuerza mayor” o “hechos fortuitos”; siempre que aquella o estos sean de una gravedad tal que acarree la desaparición total o parcial del centro de trabajo (Saco Barrios, 2020).

Por un lado, aun cuando la autoridad administrativa de trabajo haya aprobado la solicitud de cese colectivo, los trabajadores afectados con la medida o sus representantes podrán impugnar la resolución administrativa que aprueba la medida, en el supuesto que consideren que la autoridad de trabajo no analizó la concurrencia de los requisitos para su aprobación o en caso se hayan vulnerado los principios del procedimiento administrativo.

Entonces cabe la pregunta ¿Qué sucede si la impugnación del cese colectivo es amparada? ¿El procedimiento administrativo se declara nulo e inicia nuevamente? O ¿Los trabajadores afectados con la medida podrían solicitar su reposición provisional? Dependerá mucho de los alcances de la sentencia judicial, si se anula la resolución evidentemente se requerirá de un nuevo pronunciamiento administrativo; si se rechaza el cese colectivo, los trabajadores deberían retornar a sus labores ordinarias.

Por otro lado, en caso de que la autoridad administrativa de trabajo deniegue la solicitud de cese colectivo por las causales mencionadas, la empresa podría impugnar judicialmente el procedimiento administrativo en el cual se rechazó su solicitud. En este caso, si se le da la razón en vía judicial a la empresa, los contratos de trabajo se extinguirían por una resolución judicial.

D) Ceses colectivos: reestructuración patrimonial de empresa

Respecto a la reestructuración de empresa, conviene recordar que este supuesto se encuentra regulado como una causa justa de extinción del vínculo laboral, el mismo que se encuentra regulado por artículos 46 y 49 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Asimismo, en junio del año en curso, se publicó el Decreto Supremo 012-2020-PCM, mediante el cual se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1511, que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (“PARC”), el cual se tramita ante INDECOPI.

Ahora bien, podría ocurrir que los trabajadores o sus representantes, consideren que la medida de cese los ha afectado, o que en el PARC no se han respetado los principios del derecho concursal o del debido procedimiento y que, por tanto, impugnen o cuestionen judicialmente la resolución emitida por el INDECOPI mediante la cual admite el acogimiento de la empresa al PARC.

Los procesos de reestructuración patrimonial buscan suspender los adeudos de las empresas en favor de su continuidad. En estos casos, los conflictos se relacionan con la exigibilidad de pago oportuno de los beneficios sociales, en un concurso de



acreedores del empleador. En este tipo de procesos no se discuten los conflictos de reposición, solo el reconocimiento de beneficios sociales. Usualmente los créditos laborales no tienen influencia material en los procesos dado que, en la masa concursal, el valor de “lo laboral” es bajo. Prácticamente los créditos laborales se pagan en función de lo que señale quienes controlan la junta de acreedores.

E) Ceses colectivos: liquidación y disolución de empresa

Respecto a la liquidación o disolución de empresa, conviene recordar que este supuesto se encuentra regulado como una causa justa de extinción del vínculo laboral, el mismo que también se encuentra regulado por artículos 46 y 49 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Entre las principales causas para solicitar la liquidación, se encuentran el vencimiento del plazo de una organización (un consorcio, por ejemplo), no haber alcanzado los objetivos planeados, junta general sin actividad, pérdidas que reduzcan el patrimonio a menos de la tercera parte del capital pagado, acuerdo de la junta de acreedores, entre otros.

Sin embargo, en este caso los trabajadores o sus representantes encuentran una limitación a su derecho a cuestionar judicialmente dicho procedimiento, pues aun cuando consideren haber sido afectados con dicho procedimiento, su ex empleador y su personería jurídica se encontrará extinguida. Solamente se puede discutir los beneficios sociales dado que la extinción del contrato de trabajo, derivada de la disolución de la empresa, no puede ser materia de controversia judicial.

3. Procesos contenciosos administrativos iniciados por la COVID-19

Como hemos expuesto en el punto anterior, a propósito de la nueva laboralidad y las medidas que se han adoptado en el sector laboral, actualmente se están resolviendo conflictos jurídico laborales. Asimismo, no escapa a la realidad que, como consecuencia de diversos procedimientos administrativos de diferente naturaleza, también se han iniciado procesos contenciosos administrativos.

En efecto, las principales materias sobre las cuales versan dichos procesos son: impugnación de procedimientos de suspensión perfecta de labores e impugnación de sanciones por incumplimiento de normas sanitarias impuestas por Sunafil, los cuales resumiremos en los siguientes acápites:

3.1. Impugnación de denegatoria de solicitud de suspensión perfecta de labores:

Si bien es cierto, el coronavirus nos obligó a tomar medidas imprevistas, ello también incidió en la regulación y organización en diversos sectores del país, en este caso el sector laboral.

Desde el inicio de la cuarentena se emitieron diversas medidas con la finalidad de reducir el impacto tanto en empresas y en trabajadores, una de estas fue la suspensión perfecta de labores.

Así, en lo que respecta a la suspensión perfecta de labores, en un principio, tanto el procedimiento y los canales establecidos para solicitar la aplicación de dicha medida, no lograron tutelar todos los principios y derechos que rigen un procedimiento administrativo, dado que la plataforma habilitada y el sistema del Ministerio de Trabajo además de modificar constantemente los formularios e información requerida, en atención a los nuevos dispositivos normativos que se emitían, también colapsó, debido a que múltiples empresas buscaron acceder a la medida. Sin embargo, dichos impases fueron subsanados con el transcurrir del tiempo.

En atención a ello, las empresas o administrados han iniciado procesos contenciosos administrativos contra el MTPE, alegando como principales fundamentos fácticos: i) la modificación constante de información requerida para registrar la solicitud, ii) las averías de la plataforma que no permitían el correcto registro o adecuación de la solicitud, y, iii) la falta de motivación o contradicción en las resoluciones que denegaban las solicitudes de suspensión perfecta de labores.

De otro lado, debido a la emisión de diversas normas profusas y cambiantes, así como el cambio de autoridades, se propició una incorrecta e inclusive indebida interpretación y aplicación de las normas al momento de calificar y resolver las solicitudes de los administrados, lo cual es materia de conocimiento actualmente en sede judicial.

3.2. Impugnación de sanciones por incumplimiento de normas sanitarias

Conforme hemos señalado preliminarmente, debido a la regulación cambiante y profusa, así como encontrarnos ante una nueva regulación, se han generado u sinnúmero



de fiscalizaciones de la SUNAFIL. En ese sentido, producto de las fiscalizaciones e inspecciones llevadas a cabo por la autoridad administrativa de trabajo, se han sancionado a diversas empresas.

Por su parte, cabe hacer referencia a que las medidas de sanidad decretadas han variado constantemente o existen contradicciones entre las normas generales y los protocolos sectoriales. Tal es así que en un principio era exigible el uso de determinados equipos de protección o la adopción de determinadas medidas de prevención y control del coronavirus, nos referimos a los guantes y pruebas moleculares o serológicas; sin embargo, posteriormente las disposiciones fueron dejadas sin efecto. Dicha situación, ha propiciado que los administrados incurran en faltas administrativas, y como consecuencia de ello, impugnen las multas interpuestas por la SUNAFIL judicialmente.

Por último, cabe recordar que además de los procesos contenciosos administrativos que se han iniciado por las denegatorias de medidas de suspensión perfecta de labores y por las multas en materia de seguridad y salud en el trabajo, conforme hemos señalado, también se han iniciado procesos judiciales contra los procedimientos de ceses colectivos, por caso fortuito, fuerza mayor, motivos económicos, reestructuración empresarial y liquidación o disolución de empresa, los cuales actualmente están siendo conocidos por los jueces laborales.

4. Reflexiones finales

El coronavirus ha llegado para quedarse y formar parte de la nueva laboralidad, por ello, la asesoría y capacitación técnica especializada, así como la aplicación de medidas sanitarias preventivas no debe menguar en el transcurso del tiempo. Es indispensable que continuemos haciéndole frente y limitando la exposición al contagio de la COVID-19.

En efecto, el impacto del coronavirus en las relaciones laborales, desde el inicio hasta su fin y la dispersa regulación y medidas adoptadas de forma imprevista, han generado un panorama de incertidumbre y confusión en lo que respecta a la aplicación de disposiciones y normas laborales. Las diversas interpretaciones sobre la aplicación de las normas laborales han ocasionado conflictos jurídicos en las relaciones laborales, siendo necesario que cada caso en concreto sea analizado y resuelto de forma congruente y objetiva, teniendo en cuenta la coyuntura y la situación por la cual atraviesa trabajador y empleador.

Del mismo modo, los conflictos jurídicos y procesos laborales que se han iniciado deben ser gestionados y resueltos de una forma eficiente y adecuada, atendiendo, también, a las nuevas reglas tecnológicas. Así, puede considerarse a la solución de conflictos a través de medios alternativos como una alternativa eficiente, la cual deberá evaluarse dependiendo cada caso en concreto.

Por su parte, es necesario que se continúe reforzando las instituciones gubernamentales y administrativas, quienes además deben: (i) tramitar y resolver los conflictos a nivel administrativo y judicial enteramente de forma virtual, (ii) contar con soporte técnico y especializado (por ejemplo, la participación de epidemiólogos), precisamente para la emisión de pronunciamientos debidamente motivados y conforme a ley y, (iii) buscar resolver los vacíos jurídicos que actualmente existen por la regulación del coronavirus y las medidas dispuestas para su tratamiento en las relaciones laborales.

En conclusión, es innegable que el coronavirus continuará trascendiendo en nuestra vida cotidiana y en las relaciones laborales, situación que se traducirá en conflictos jurídicos y reclamos laborales, pero para que dichos conflictos puedan ser resueltos adecuadamente deben acompañarse de una correcta gestión y análisis técnico y especializado en la materia objeto de la controversia.

Referencias bibliográficas

Alarcón, Magaly (2020, 21 de julio). Trabajo remoto: veni, vidi, ¿venci? *Vinatea & Toyama*. Recuperado el 11 de agosto del 2020, de <https://www.vinateatoyama.com/blog/opinion/trabajo-remoto-veni-vidi-vinci-home-office-vinatea-toyama-peru/>

Apoyo Consultoría y Servicio de Asesoría Empresarial (2020, 8 de abril). Ajuste rápido y doloroso del empleo formal. *Reporte Especial*.

Banco de Central de Reserva del Perú (2019). *Variación porcentual del Producto Bruto Interno*



1997-2019. Recuperado el 10 de agosto del 2020, de <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/anuales/resultados/PM04863AA/html>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional* (Informe No. 03). Recuperado el 07 de agosto de 2020, de <http://m.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/empleo-a-nivel-nacional-9721/1/#lista>

Ministerio de Salud (2020). Resolución Ministerial 448-2020-MINSA. *Documento Técnico Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19*. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019). *Variación anual y variación promedio anual del empleo en empresas privadas formales de 10 a más trabajadores por rama de actividad económica, octubre 1998 - diciembre 2019*. Recuperado el 10 de agosto del 2020, de <http://www2.trabajo.gob.pe/promocion-del-empleo-y-autoempleo/informacion-del-mercado-de-trabajo/estadisticas-de-empleo/>

Organización Internacional de Trabajo (2020a). *El COVID-19 causa pérdidas devastadoras de empleos y horas de trabajo*. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740920/lang-es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo (2020b). *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones*

y respuestas. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_739158/lang-es/index.htm

Saco Barrios, R. (2020). PERÚ: La estabilidad en el empleo en el contexto de la pandemia. *Revista jurídica del trabajo*, 2, 56-72

Reis de Araujo, Adriane (2019). *El poder de control empresarial en la Web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos*. Editorial Bomarzo.

Revista Actualidad Laboral (2020). Efectos laborales de la pandemia por la COVID-19 en el Perú. Incertidumbre y desafíos. Recuperado el 5 de agosto del 2020, de <https://actualidadlaboral.com/efectos-laborales-de-la-pandemia-por-la-covid-19-en-el-peru/>

Salinas, Pablo. (2020). ¿La pandemia de Covid-19 es caso fortuito o fuerza mayor que justifique terminar legítimamente el contrato individual de trabajo en Ecuador? *Revista jurídica del trabajo*, 2, 82-91

Todoí, Adrian (2020). Las plataformas digitales y la ampliación del concepto de trabajador: jurisprudencia española y la nueva ley de california (AB5). *Revista jurídica del trabajo*, 1, 286-288.

Toyama, J. & Rodríguez, A. (2019). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. *Revista THEMIS*, 75, 255-266.

Vinatea & Toyama (2020). *Conoce las diferencias entre teletrabajo, trabajo remoto y trabajo a domicilio*. Recuperado el 10 de agosto del 2020, de <https://www.vinateatoyama.com/blog/actualidad/conoce-las-diferencias-entre-teletrabajo-trabajo-remoto-y-trabajo-a-domicilio-peru-vinatea-toyama-jorge/>

Werner, A. (2020, 26 de junio). FMI revisa "marcadamente a la baja" PBI de Perú en el 2020: -13.9%. Diario Gestión. Recuperado el 12 de agosto del 2020, en <https://gestion.pe/economia/fmi-revisa-sustancialmente-a-la-baja-pbi-de-peru-en-el-2020-14-noticia/?ref=gesr>



A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017^(*)

El desempeño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los grupos en situación de vulnerabilidad: Análisis de la Opinión Consultiva 24/2017

The proceeding of the Inter-American Court of Human Rights regarding vulnerable groups: An analysis of Advisory Opinion 24/2017

Mônia Clarissa Hennig Leal^()**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)

Sabrina Santos Lima^(*)**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)

Resumo: O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos está inserido em um contexto de busca pela máxima proteção e garantia de direitos humanos. Assim, além de uma Constituição Federal que traz no seu bojo a vontade de concretizar direitos humanos e fundamentais, tem-se ainda um Sistema Global e um Sistema Regional de Proteção, o que evidencia a relevância e atualidade do tema. Partindo-se dessa premissa, trabalha-se neste artigo com os conteúdos que abarcam o direito à não-discriminação e à igual proteção perante a lei, especialmente a partir da lógica da função consultiva exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, tem-se como problema o seguinte questionamento: qual o posicionamento adotado na Opinião Consultiva 24/2017 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange aos direitos da comunidade LGBT, enquanto grupo em situação de vulnerabilidade? Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, e objetiva-se, num primeiro momento, abordar a lógica de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com foco na

(*) Nota do Editor: Este artigo foi recebido em 5 de setembro de 2020 e aprovado para publicação em 29 de outubro de 2020.

(**) Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. Correio eletrônico: moniah@unisc.br

(***) Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, no eixo Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES. Professora de Direito na Faculdade Dom Alberto. Servidora Pública do Município de Santa Cruz do Sul/RS. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2863-1755>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9782118834420014>. Correio eletrônico: sa._94@hotmail.com



sua função consultiva; verificar os principais aspectos no que tange à proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade sob a ótica da Convenção Americana; e, por fim, analisar criticamente a Opinião Consultiva 24/2017, emitida pela Corte, que versa sobre a proteção que deve ser conferida pelos Estados à comunidade LGBT. Conclui-se, ao final, que a Corte compreende que os Estados devem adotar medidas de proteção a esse grupo, evitando qualquer tipo de discriminação e erradicando, ou ao menos reduzindo, as violências que decorrem da identidade de gênero e sexual.

Palavras-chave: Comunidade LGBT - Corte Interamericana de Direitos Humanos - Grupos em situação de vulnerabilidade - Função consultiva - Opinião Consultiva 24/2017 - Sistema Interamericano

Resumen: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se inserta en un contexto de búsqueda de la máxima protección y garantía de los derechos humanos. Así, además de una Constitución Federal que trae consigo la voluntad de materializar los derechos humanos y fundamentales, también existe un Sistema Global y un Sistema de Protección Regional, que resalta la relevancia y actualidad del tema. Con base en esta premisa, este artículo aborda los contenidos que engloban el derecho a la no discriminación y a la igual protección ante la ley, especialmente a partir de la lógica del rol consultivo que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, surge como problema la siguiente pregunta: ¿cuál es la posición adoptada en la Opinión Consultiva 24/2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los derechos de la comunidad LGBT, como grupo vulnerable? Para ello se utiliza el enfoque deductivo, y el objetivo es, en un primer momento, atender la lógica operativa de la Corte Interamericana, enfocándose en su función consultiva; verificar los principales aspectos relacionados con la protección de grupos en situación de vulnerabilidad bajo la perspectiva de la Convención Americana; y, finalmente, analizar críticamente la Opinión Consultiva 24/2017, emitida por la Corte, que trata sobre la protección que deben brindar los Estados a la comunidad LGBT. Se concluye, finalmente, que la Corte entiende que los Estados deben adoptar medidas para proteger a este grupo, evitando cualquier tipo de discriminación y erradicando, o al menos reduciendo, la violencia que se deriva de la identidad de género y sexual.

Palabras clave: Comunidad LGBT - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Grupos vulnerables - Función consultiva - Opinión Consultiva 24/2017 - Sistema Interamericano

Abstract: The Inter-American Human Rights System is inserted in a context of searching for the maximum protection and guarantee of human rights. Therefore, in addition to a Federal Constitution that aims to grant human and fundamental rights, there is also a Global System and a Regional Protection System, which highlights the relevance and timeliness of the matter. Based on the premise, this article studies the contents of the right of non-discrimination and equal protection before the law, especially from the logicity

of the advisory role exercised by the Inter-American Court of Human Rights. This way, the following issue arises: what is the position adopted in the Advisory Opinion 24/2017 by the Inter-American Court of Human Rights, in regard to the rights of the LGBT community, as a vulnerable group? In order to solve it, the deductive approach method is used, aiming, at first, to come to the operating logic of the Inter-American System, focusing on the advisory function of the Inter-American Court; to verify the main aspects regarding the protection of vulnerable groups from the perspective of the American Convention; and, finally, to critically analyze the Advisory Opinion 24/2017, issued by the Court, which deals with the protection that should be granted by the States to the LGBT community. At last, it is concluded that the Court understands that the States must adopt protective measures towards this group, avoiding any kind of discrimination and eradicating, or at least reducing, the violence that results from gender and sexual identity.

Keywords: LGBT community - Inter-American Court of Human Rights - Vulnerable groups - Advisory Function - Advisory Opinion 24/2017 - Inter-American System

1. Introdução

Desde meados do Século XX já se tem notícia de organismos internacionais criados com o intuito de estabelecer diretrizes e de fortalecer determinados entendimentos, no sentido de valorização da proteção de direitos humanos, perante a comunidade internacional. Citam-se, como exemplos, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Foi, contudo, com o fim da Segunda Guerra Mundial que, de fato, estruturaram-se sistemas com maior força vinculante e maior âmbito de proteção e de garantia em relação aos direitos humanos, objetivando-se, pois, evitar a repetição da violação massiva desses direitos como a que ocorreu no período sombrio da Segunda Grande Guerra.

Nesse contexto, trabalha-se com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tendo-se como foco, no presente artigo, a atuação da Corte Interamericana de



Direitos Humanos (Corte IDH), enquanto órgão de jurisdição internacional e intérprete autêntica e última do Pacto de San José da Costa Rica. A Corte Interamericana, notadamente, desempenha as funções consultiva e jurisdicional, firmando entendimentos e reforçando cada vez mais a lógica de proteção perante os países que reconhecem a sua competência. Diante desse cenário, importante trazer para a discussão a situação dos grupos em situação de vulnerabilidade, haja vista que esses, não raras vezes, encontram-se desprotegidos (e esquecidos) no contexto interno, necessitando recorrer aos órgãos internacionais de proteção.

É diante de tal quadro, portanto, que exsurge a problemática a ser trabalhada aqui: qual o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 24/2017 no que tange aos direitos da comunidade LGBT, enquanto grupo em situação de vulnerabilidade? O interesse em trabalhar com a comunidade LGBT, especificamente, emerge em razão dos debates atuais que circundam esse grupo⁽¹⁾, procurando-se, assim, averiguar como o sistema internacional vem analisando as nuances que circundam o tema, na medida em que deve o País estar atento ao corpus iuris interamericano, isto é, ao aparato jurídico e jurisprudencial internacional referente aos direitos humanos.

Assim, para responder o problema suscitado, utilizar-se-á como método de abordagem o dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular, a partir de uma análise bibliográfica e, também, da Opinião Consultiva emitida pela Corte Interamericana. O método procedimental, por sua vez, consistirá no método analítico, e a técnica de pesquisa na utilização de documentação indireta. Primeiramente, então, abordar-se-á a lógica de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com foco na sua função consultiva; num segundo momento verificar-se-ão os principais aspectos no que tange à proteção dos grupos em situação de

vulnerabilidade sob a ótica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e, por fim, analisar-se-á criticamente a Opinião Consultiva 24/2017, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratando da proteção conferida à comunidade LGBT.

2. A Corte IDH como intérprete autêntica e última da Convenção Americana e o exercício da sua função consultiva

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem como aparato institucional a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos dotados de competências específicas para a promoção e na proteção de direitos no cenário da América Latina. A Corte, em particular, é um órgão de jurisdição internacional, atua como verdadeira guardiã e intérprete última e autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A dupla função conferida à Corte IDH: consultiva e contenciosa (jurisdicional), está prevista nos artigos 64⁽²⁾ e 66, da Convenção Americana, respectivamente, vinculando os estados que reconhecem a sua competência às determinações e interpretações construídas através das sentenças contenciosas e das opiniões consultivas.

- (1) Cita-se como exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que trata da possibilidade de enquadrar a LGBTfobia como crime de racismo.
- (2) Artigo 64. 1. "Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969). https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
- (3) Artigo 29: "Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza". Organização dos Estados Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
- (4) Artigo 31. "Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77". Organização dos Estados Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm



Num primeiro momento, ainda, cabe destacar o disposto nos artigos 29⁽³⁾ e 31⁽⁴⁾ da Convenção, os quais estão atrelados à ideia de uma cláusula aberta, que possibilita diferentes interpretações do texto legal, de acordo com o contexto e com o período em que é feita a análise, sempre objetivando-se maior proteção aos direitos humanos, de modo que “toda e qualquer modificação ou alteração cultural influencia e atinge, também, diretamente, a interpretação constitucional” (Leal, 2007, p. 115). Essa ideia de “cláusula aberta” é trabalhada por Peter Häberle, ao tratar da Constituição enquanto produto cultural, inserida em um contexto de uma sociedade aberta de intérpretes (Leal, 2007), ideia que pode ser estendida, também, no cenário da Convenção Americana, cujos conteúdos não têm um sentido interpretativo fixo e rígido, mas que evolui e se transforma com o tempo, procurando a máxima garantia e efetividade dos direitos humanos. Além disso, podem ser considerados direitos humanos, protegidos e assegurados pela Convenção Americana, não somente os que estão expressamente nela elencados e definidos, mas também outros que sejam reconhecidos ao se seguir os procedimentos abarcados pelos artigos 76 e 77, da Convenção⁽⁵⁾, consubstanciando o que se convencionou chamar de *corpus iuris interamericano*.

Notadamente no que tange à função consultiva, objeto central do presente trabalho, tem-se que se trata da competência conferida à Corte IDH para “interpretar normas jurídicas internacionais, fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos” (Ramos, 2001, citado em Correia, 2008, p. 135). Assim sendo, é possível sanar dúvidas e imprecisões, junto a um órgão internacional com competência para tanto, mesmo quando não se está diante de um procedimento contencioso, o que vem a fortalecer a capacidade da Organização dos Estados Americanos, bem como do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, de solucionar problemas interpretativos concernentes à aplicação da Convenção Americana, especialmente por não haver, no procedimento consultivo, partes envolvidas, nem um litígio a resolver (Correia, 2008). Assim, por um lado, permite exercer um controle global sobre a forma como os Estados, em seu conjunto, interpretam e aplicam a Convenção, corrigindo qualquer desvio de entendimento. Por outro lado, permite esclarecer o emprego do procedimento contencioso, evitando uma confrontação com os Estados-partes (Correia, 2008, pp. 135-136).

Nessa senda, a Corte Interamericana é considerada o Tribunal internacional com a mais ampla função consultiva, de modo que la obligación de los **órganos** del Estado de respetar y garantizar los derechos, lo ha señalado directa y claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete

último de tales convenciones em el **ámbito** regional (Alcalá, 2000, p. 57).

Entretanto, alguns limites a essa competência são estabelecidos, sendo que Zovatto aponta como três principais a noção de que a Corte somente pode exercer essa função com relação à interpretação de documentos que versem diretamente sobre a proteção de direitos humanos; a inviabilidade de exercício da consulta como forma de desvirtuar ou corromper a função jurisdicional do Tribunal; e, por fim, a possibilidade da Corte abster-se diante de um caso específico, caso entenda que a consulta possa desnaturalizar a sua função consultiva. Veja-se:

El primer grupo viene dado por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que este directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del Sistema Interamericano.

Un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte o, en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos.

Finalmente, en tercer lugar, la Corte deberá considerar las circunstancias de cada caso y, si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motivada (Zovatto, 1988, pp. 46-47).

São dois os tipos de pareceres consultivos que podem ser emitidos pela Corte IDH, ambos previstos no artigo 64 da Convenção Americana, referindo-se à sua competência material. O primeiro trata-se da interpretação da própria Convenção ou de outros tratados internacionais sobre direitos humanos (artigo 64.1). Cabe, dentro do termo “outros

(5) Veja-se Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm



tratados”, conforme próprio entendimento da Corte IDH⁽⁶⁾, todo e qualquer tratado internacional “aplicável nos Estados americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja ou possam ser partes Estados alheios ao sistema interamericano” (Correia, 2008, p. 145), isto é, uma competência bastante ampla.

O segundo, por sua vez, trata da possibilidade de a Corte emitir um parecer de compatibilidade entre as leis internas de determinado Estado com os referidos documentos jurídicos mencionados (artigo 64.2)⁽⁷⁾. Confere-se aqui, também, uma competência ampla, larga, pois, ao tratar do termo “leis internas”, poder-se-ia pensar na exclusão da análise de projetos de lei, o que não foi o entendimento adotado pela Corte IDH. “Abster-se de atender à solicitação de um Governo porque se trata de um projeto de lei e não de lei em vigor poderia, em alguns casos, forçar dito Governo a violar a Convenção” (Correia, 2008, p. 146), desse modo, dá-se uma interpretação extensiva à expressão “leis internas”.

Contudo, a Corte IDH não está obrigada a atender todo e qualquer pedido de consulta, indistintamente. Poderá, quando entender cabível, negar-se a exercer tal função, a citar como exemplo quando a consulta “está sendo utilizada como instrumento de um debate político com a finalidade de afetar o resultado do processo legislativo interno” (Correia, 2008, p. 146). Foi o que ocorreu, por exemplo, quando da solicitação de emissão de opinião consultiva acerca do impeachment, solicitação que foi negada pela Corte IDH, em 29 de maio de 2018.

Indo além, refere-se que a Corte Interamericana não exerce, de ofício, a competência consultiva, sendo necessária sua provocação pelos sujeitos legitimados. Podem solicitar parecer qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos, assim como todos os órgãos mencionados no capítulo X, da Carta da OEA. Desse modo, ainda que determinado Estado não tenha ratificado a Convenção Americana, poderá encaminhar um pedido de consulta para a Corte.

Os requisitos formais da consulta estão previstos nos artigos 70 a 72 do Regulamento da Corte Interamericana, cabendo destacar os seguintes: a) os questionamentos deverão ser formulados de forma clara e precisa; b) deverão ser indicadas as disposições cuja interpretação é solicitada; c) caso a solicitação seja referente a outros tratados, o tratado deverá ser devidamente identificado e as perguntas deverão ser específicas; d) caso a solicitação seja referente a interpretação de leis internas, deverá indicar especificamente as disposições de direito interno, assim como as da Convenção ou de outro tratado referente à proteção dos direitos humanos⁽⁸⁾.

O procedimento a ser seguido está previsto nos artigos 73 a 75 do Regulamento da Corte Interamericana. Quanto a esse aspecto, ressalta-se que a Corte IDH pode optar por não responder a determinada consulta, entretanto a recusa deve ser motivada e fundamentada. Se faz importante, conforme já referido neste trabalho, uma análise minuciosa por parte do Tribunal, no sentido de averiguar se o pedido solicitado não se trata, na verdade, de um caso litigioso encoberto.

Verifica-se que, através das Opiniões Consultivas, passa-se a ter um conhecimento aprofundado e robusto da interpretação da Corte Interamericana quanto às dúvidas que surgem sobre os mais diversos temas, a citar como exemplo a pena de morte (OC 3/83), a liberdade de expressão e de pensamento (OC 5/85), e a identidade de gênero, igualdade e não-discriminação a casais do mesmo sexo

(6) Isso verifica-se, por exemplo, no Parecer Consultivo OC 21/14, ocasião em que a Corte Interamericana se manifestou no sentido de que “o artigo 64.1 da Convenção, ao referir-se à faculdade da Corte de emitir um parecer sobre “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” é amplo e não restritivo”. Complementou, ainda, ao referir a Opinião Consultiva 1/82, que “a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável aos Estados americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014c, p. 10).

(7) Veja-se Organização dos Estados Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. OEA. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Nesse sentido, interessante foi o pronunciamento da Corte Interamericana com relação à solicitação de emissão de opinião consultiva a respeito dos juízos políticos. Para tanto, veja-se: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 29 de mayo de 2018. Corte IDH. http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor_01_18_esp.pdf

(8) Veja-se Organização dos Estados Americanos (2009). *Reglamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos* OEA. http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf



(OC 24/17) (Correia, 2008, pp. 139-141). O instituto, então, vem ao encontro da lógica de integração entre o direito interno e externo, sendo importante ter claro o papel dos Estados, aqui, em estarem atentos às questões levadas ao domínio da Corte. Muito embora as Opiniões Consultivas não sejam vistas como vinculantes por alguns Estados, elas refletem o posicionamento do órgão de jurisdição internacional, o que deve motivá-los a seguir os entendimentos ali firmados⁽⁹⁾, evitando, inclusive, alguma condenação na via contenciosa. Na mesma linha, acrescentam Gomes e Gonçalves (2018, p. 140) que: (...) no caso brasileiro impõe-se reconhecer que ainda há a necessidade de se fomentar uma maior utilização das opiniões consultivas da Corte Interamericana por parte dos tribunais judiciais brasileiros, na busca por um direito dialógico, conforme denominam Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, produto da interação feita entre legislação nacional e internacional, ao invés do classista “direito dialético”.

Diante do exposto, pode-se dizer que em muito tem a contribuir as opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana, na medida em que apresentam o entendimento atual e aprofundado da mesma em relação a um tema potencialmente polêmico ou complexo, rodeado de dúvidas e incertezas. Assim, por meio delas é possível pensar-se na adequação das leis internas do País e, também, na observância, pelos juízos e tribunais internos, da interpretação dada pela Corte Interamericana, sob a ótica do Sistema Interamericano, uma vez que vem se firmando o entendimento de que a interpretação da Corte referente às “normas integrantes del *corpus iuris interamericano*, sea en el ámbito de la *ratio decidendi* de los casos contenciosos, sea en sus pareceres consultivos, vincula a todos los países sometidos a su jurisdicción” (Leal, 2018b, p.276).

No mesmo sentido, Moura (2018) afirma que os pareceres consultivos emitidos pela Corte de San José, tornam “pública e obrigatória a sua interpretação concernente a dispositivos previstos nos tratados regionais de direitos humanos, definindo sentido e alcance das normas em questão” (p.170). Dito isso, passar-se-á, agora, a expor alguns aspectos relacionados aos grupos em situação de vulnerabilidade, a partir das diretrizes abarcadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Corte Interamericana, enquanto guardiã e intérprete autêntica da Convenção e do *corpo iuris interamericano*.

3. A proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade sob a ótica da Convenção Americana sobre direitos humanos

Inicialmente, é preciso reconhecer-se a existência de diferenças entre os indivíduos que compõem a sociedade atual, marcada pela heterogeneidade, para que, então, seja possível falar na proteção de determinados grupos, mais especificamente, de grupos em situação de vulnerabilidade. A busca pela igualdade tem como nascedouro a Revolução Francesa de 1789, momento em que se passou a defender a igualdade jurídica entre os indivíduos, isto é, uma igualdade meramente formal. Com o passar dos anos, evoluiu-se para o reconhecimento de um conceito de igualdade material, a qual se consubstancia numa igualdade fática, concreta, reconhecendo que indivíduos que se encontram em uma posição desigual (de desvantagem), devem ser tratados também de forma desigual (Siqueira, 2009, pp. 227-228).

Nessa perspectiva passou-se, também, a falar em ações afirmativas, políticas públicas de inclusão, e amparo jurídico maior a esses grupos: tais medidas baseavam-se no tratamento desigual, tido como o método mais eficaz para tentar corrigir as desigualdades. As minorias ou grupos sociais mais vulneráveis receberiam, então, algumas vantagens em relação às classes privilegiadas, como forma de amenizar as diferenças gritantes na sociedade. Vale frisar que “minorias” não significa um segmento social com pouca quantidade de pessoas, mas, sim, um grupo desamparado, que fica impossibilitado de exercer direitos fundamentais e de ter seus interesses reconhecidos no âmbito social e jurídico (Leite, 2011, p. 52).

A busca pela igualdade material dá-se tanto através de uma dimensão positiva

(9) É possível pensar, a partir dessa lógica, na noção de uma dimensão objetiva no que tange aos direitos humanos que compõem o *corpus iuris interamericano*, e no que se refere à própria jurisprudência da Corte de San José, na medida em que, ao firmar entendimentos nas suas decisões contenciosas e na emissão dos pareceres consultivos, ela está traçando diretrizes e impulsos a serem seguidos por todos os Estados-partes. Seguindo essa linha, Leal afirma que “los fundamentos de la decisión sirven como directiva para los Estados, indicando el sentido en que deben actuar en la implementación y concretización de los derechos humanos protegidos por el Sistema Interamericano” (Leal, 2018b, p. 276).



quanto negativa. Positiva, pois requer a atuação estatal em determinados casos, promovendo e protegendo direitos humanos e fundamentais, e negativa no sentido de abstenção estatal, no exercício da não-discriminação. Nesse sentido vai o entendimento da Corte Interamericana, conforme exposto na Opinião Consultiva 24/2017: “Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 80).

Nesse contexto, cabe referir que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos abarca esses dois aspectos, trazendo a previsão expressa do direito à igual proteção perante a lei (artigo 24), bem como do direito de não-discriminação (artigo 1.1). Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na condição de guardiã e intérprete autêntica da Convenção Americana (artigo 67) e de todo o *corpus iuris interamericano*, exerce um papel de destaque, seja através das sentenças por ela emitidas (função contenciosa, jurisdicional), seja através das opiniões consultivas (função consultiva), vinculando todos os Estados submetidos à sua jurisdição⁽¹⁰⁾. Leal (2018b) complementa: “es posible afirmar, por lo tanto, que la Corte IDH cumple, en una perspectiva amplia, con la función de guardianía del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituyéndose, también, en protectora de los grupos en situación de vulnerabilidad, por cuanto la Convención Americana prevé, expresamente, la no-discriminación y la igual protección por la ley como elementos materiales inherentes a la dignidad humana y a la concretización de todos los demás derechos” (p. 276-277).

Verifica-se que os direitos previstos nos artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana, isto é, o direito à igual proteção perante a lei e o direito de não-discriminação, respectivamente, são tidos como inerentes ao gênero humano em si, como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana e, assim sendo, é possível concluir que, para que se concretize, de fato, o direito à igualdade, é preciso possibilitar-se o exercício de todos os direitos previstos na Convenção Americana, havendo uma relação de complementariedade entre eles, os quais devem ser reconhecidos e exercidos no que toca a todo e qualquer indivíduo, sem discriminações (Leal, 2018b, pp. 277-278).

A Corte Interamericana diversas vezes se pronunciou quanto à necessária proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, alertando, contudo, que o tratamento diferenciado aplicado a eles deve ser sempre razoável e justificado. Ademais, quando se questiona quem seriam os grupos em situação de vulnerabilidade, grupos vulneráveis ou minorias⁽¹¹⁾, isto é, indivíduos que mereceriam, em princípio, um tratamento diferenciado por se encontrarem em uma posição de desvantagem, não se vislumbra uma resposta pronta trazida pelo referido órgão de jurisdição internacional. A Corte IDH, nas decisões que versam sobre o tema, não apresenta uma classificação ou critérios objetivos de reconhecimento desses grupos. O que ocorre, pois, é o diagnóstico, diante do caso concreto a ela exposto, da situação de vulnerabilidade de determinado grupo, a partir da averiguação da situação fática em que ele se encontra naquele momento específico. Assim, de forma a

(10) Veja-se Organização dos Estados Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Derechos Humanos*. OEA. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencion_american.htm

(11) Os conceitos de “minorias”, “grupos vulneráveis”, ou ainda “grupos em situação de vulnerabilidade”, não se confundem. Apesar de serem utilizados, não raras vezes, como sinônimos, não o são. Assim, de forma sucinta, por não ser o objeto central do presente trabalho, pode-se dizer que os grupos vulneráveis são indivíduos que contam com um alto grau de chance de serem ofendidos ou atacados, entretanto, não possuem uma identidade, não detêm um traço comum entre si, ao passo que as minorias são sujeitos conectados, com um traço cultural comum, e é esse traço cultural que difere o grupo dos demais integrantes da sociedade (Siqueira & Castro, 2017, pp. 109-111). Grupos em situação de vulnerabilidade, por fim, é uma denominação utilizada especialmente pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, ao tratar de grupos que sofrem algum tipo de discriminação (racial, social, étnica, de gênero, em razão da orientação sexual, etc.), a partir de uma análise feita no caso concreto. Veja-se Leal, M. (2018). *Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In C. Landa, *Derechos fundamentales: Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (pp. 271-287). Palestra Editores. Para maiores referências acerca do tema, veja-se também Séguin, E. (2002). *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Forense.



evitar qualquer estigmatização, generalização e classificação prévia, a Corte IDH opta pela análise da situação em concreto acerca de se determinado grupo encontra-se em uma situação de vulnerabilidade que requeira um tratamento desigual e diferenciado ou especial proteção (Luna, 2009, p. 121).

Com isso, verifica-se, nas sentenças e também nas opiniões consultivas, não o reconhecimento do índio como grupo vulnerável, mas sim do índio que se encontra em uma situação em que não consegue concretizar um processo de demarcação de terras; não o reconhecimento das crianças como grupo vulnerável, mas de crianças que moram nas ruas e encontram-se desamparadas, e assim sucessivamente (Beloff & Clérico, 2016, pp. 145-146). Isso, portanto, reforça a ideia de reconhecimento da situação vulnerável através de uma dimensão concreta, e não baseada em critérios abstratos e classificações prévias, cabendo enfatizar, contudo, que “la vulnerabilidad no necesita ser “real”, bastando que sea “presunta” o apenas “percebida” (Leal, 2018b, p. 281).

A partir desse recorte, passar-se-á, agora, a analisar a Opinião Consultiva 24/2017, emitida pela Corte Interamericana em resposta a uma solicitação formulada pelo Estado da Costa Rica, no intuito de ver esclarecidos determinados dispositivos da Convenção Americana que tocam, especificamente, em direitos relacionados às pessoas LGBT.

4. Análise de caso: Opinião Consultiva 24/2017 - Identidade de gênero, igualdade e não-discriminação a casais do mesmo sexo

As discussões acerca dos direitos das pessoas LGBT são tema latente no cenário da América Latina, tendo como pauta questões tais como a possibilidade de casamento entre casais do mesmo sexo, direitos hereditários, possibilidade de alteração no nome por via administrativa e/ou judicial, cirurgias de mudança de sexo, adoção por casais LGBT, dentre outras. É nesse contexto, pois, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emite a Opinião Consultiva N° 24, a qual passou a servir de norte e parâmetro convencional para a adoção de posicionamentos por parte dos países que integram o Sistema Interamericano. Cita-se, como exemplo, o próprio caso brasileiro, que, em março de 2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) N° 4275, julgou a possibilidade de substituição do nome no Registro Civil, pela via administrativa, sem necessidade de realização de cirurgia de transgenitalização, citando a própria OC 24/2017, a qual passa-se a analisar na sequência.

A Consulta foi requerida pelo Estado da Costa Rica em 18 de maio de 2016, tendo como base o disposto nos artigos

64.1 e 64.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais tratam da competência consultiva da Corte IDH. Traz questionamentos quanto à interpretação e ao alcance dos artigos 11.2 (direito à intimidade e à vida privada); 18 (direito ao nome); e 24 (igualdade perante à lei), com relação ao artigo 1 (direito à não discriminação), todos da Convenção Americana, no que tange a questões relativas à comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e transexuais) (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2017, p.3).

Os questionamentos levados à Corte IDH foram os seguintes:

- a) Levando em consideração que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24, da Convenção Americana, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18, também da Convenção, tal proteção contempla que o Estado deva reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?
- b) Caso a resposta anterior seja positiva, poder-se-ia considerar contrário à Convenção o fato de que a pessoa interessada em modificar o seu nome somente possa fazê-lo pela via judicial, não existindo procedimento para tanto na via administrativa?
- c) Poder-se-ia entender que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a Convenção Americana, no sentido de que as pessoas que desejam mudar o seu nome a partir da sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se a um processo judicial, devendo o Estado prover um trâmite administrativo rápido, gratuito e acessível para exercer esse direito humano?
- d) Levando em consideração que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da Convenção, além do estabelecido no artigo 11.2, essa proteção contempla que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo entre pessoas do mesmo sexo?



- e) Caso a resposta anterior seja positiva, é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos entre pessoas do mesmo sexo, para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que decorrem dessa relação? (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 4-5)⁽¹²⁾.

Ao desenvolver o tema, a Corte inicialmente refere a importância da temática abordada, qual seja, a proteção dos direitos das pessoas LGBT, tendo-se em vista a sua condição de minoria, que historicamente vem sendo vítima de discriminação estrutural, estigmatização e diversas formas de violência e violações de direitos fundamentais⁽¹³⁾. Pontua ainda que, por diversas vezes, a Assembleia Geral da OEA, através de resoluções, expressou que essas pessoas estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação, condenando atos de violência, violações de direitos humanos e todas as formas de discriminação por motivos de orientação sexual e identidade ou expressão de gênero. Tais discriminações se manifestam de diversas formas, refletindo em muitos direitos como o direito à saúde, ao trabalho, à seguridade social e à educação e, não raras vezes, elas se potencializam pela ingerência de fatores como a pobreza, o sexo, a origem étnica, a religião e a idade (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 22, 26).

Nesse sentido, complementa que alguns Estados já vêm adotando políticas públicas e implementando ações no sentido de reconhecer, prevenir e reduzir essa situação de violência e discriminação que sofrem as pessoas LGBT, citando, inclusive, o Brasil como exemplo de Estado que atuou nesse sentido, através da criação, em 2010, de um Conselho Nacional de Combate à Discriminação (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 27).

No que tange ao direito à igualdade, a Corte sustenta que é uma dimensão indissociável do conceito de dignidade humana e, além disso, tanto o direito à igualdade, previsto no artigo 24, como o direito à não-discriminação, previsto no artigo 1, são considerados, pela jurisprudência do Tribunal, normas

de *jus cogens*. Nesse cenário, as questões de identidade de gênero e sexual estão intimamente conectadas com a noção de liberdade e ao direito à vida privada, devendo todo o ser humano poder autodeterminar-se da forma como se percebe e se identifica (independentemente das questões biológicas), sem que, decorrente disso, resulte qualquer tipo de discriminação ou violação, de modo que condutas nesse sentido passam a ser consideradas uma violação à Convenção Americana. É com esse viés, portanto, que devem trabalhar os Estados, adotando medidas e traçando estratégias para evitar tratamentos diferenciados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 32; 47-48).

Quanto aos questionamentos suscitados pelo Estado da Costa Rica, a Corte IDH se manifestou da seguinte forma:

- a) A mudança de nome, a adequação da imagem, bem como a retificação do sexo e do gênero nos registros e documentos de identidade, para que estejam de acordo com a identidade de gênero autopercebida, é um direito protegido por diversos dispositivos da Convenção Americana (artigos 18, 3, 7.1, 11.2). Em consequência disso e em conformidade com a obrigação de respeitar e garantir os direitos sem discriminação (artigos 1.1 e 24), e em razão do dever de adotar disposições de direito interno, os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer procedimentos adequados para tais fins.

(12) Frisa-se que as perguntas devem ser realizadas de modo claro e preciso, identificando os dispositivos que devem ser objeto de interpretação e indicar as considerações que as deram origem, requisitos que foram cumpridos na consulta ora aqui analisada. Além disso, a Corte esclarece que a competência consultiva não deve, em princípio, exercer-se sobre especulações abstratas, devendo haver aplicação previsível a casos concretos que justifiquem o interesse na emissão de uma opinião consultiva. *Veja-se Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Corte IDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

(13) Percebe-se que aqui, muito embora não tenha sido trazido nenhum caso concreto, a Corte reconhece a situação de vulnerabilidade das pessoas LGBT's, em razão dos motivos elencados acima (discriminação estruturante e diversas formas de violência que esse grupo vem sofrido ao longo dos anos), podendo-se falar em uma atribuição prévia à esse grupo do conceito de minoria, suscetível a sofrer violações, destacando, inclusive, que "la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.22). E, no mesmo sentido, expõe que: "las personas bisexuales, transgénero, mujeres lesbianas y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 23), verificando-se uma mudança de postura por parte da Corte, que vinha, conforme visto anteriormente, se manifestando no sentido de evitar classificações prévias, procurando verificar a vulnerabilidade de acordo com a situação concreta.



- b) Os Estados podem optar pelo procedimento mais adequado, levando em conta as particularidades do seu direito interno, dos trâmites para mudança de nome, adequação da imagem e retificação do sexo ou gênero, para que estejam de acordo com a identidade autopercebida, independente da natureza jurisdicional ou administrativa, devendo cumprir com os seguintes requisitos: devem adequar-se integralmente à identidade de gênero autopercebida; devem basear-se unicamente no consentimento livre do solicitante, ficando vedada a exigência de atestados médicos ou psicológicos; devem ser confidenciais, não podendo constar nos documentos a mudança realizada; devem ser gratuitos, na medida do possível; não podem exigir realizações cirúrgicas ou alterações hormonais. Em razão desses quesitos, a Corte entende que, embora não obrigatório, o procedimento administrativo parece melhor se adequar, quando comparado com o procedimento judicial.
- c) O artigo 54, do Código Civil da Costa Rica está em conformidade com a Convenção Americana, ressaltando-se que, em consequência de um controle de convencionalidade, o dispositivo deve ser interpretado em conformidade com o padrão previamente estabelecidos, podendo a Costa Rica, criar um procedimento administrativo para tanto.
- d) A Convenção Americana protege o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de casais do mesmo sexo (artigos 11.2 e 17). A Corte assevera, também, que devem ser protegidos, sem discriminação alguma, todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo (artigos 1.1 e 24). Coloca, ainda, que a obrigação internacional dos Estados ultrapassa as questões vinculadas unicamente aos direitos patrimoniais, se projetado a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, assim como a todos os direitos e obrigações reconhecidos pelo direito interno de cada Estado.
- e) Os Estados devem garantir o acesso a todas as figuras jurídicas já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias de casais do mesmo sexo, sem discriminação. Para tanto, poderia ser necessário que os Estados modifiquem as figuras existentes, para ampliá-las e estendê-las a casais homossexuais⁽¹⁴⁾.

Diante dessa conjuntura, o Tribunal, adotando uma postura inovadora, passa a reconhecer a comunidade LGBT como um

grupo em situação de vulnerabilidade *a priori*, isto é, sem a análise de um caso concreto específico. Há, na verdade, uma conjuntura interamericana que reflete um cenário de violações estruturais, isto é, um quadro de graves violações que se repetem no tempo, mas não um caso individual em análise. Tal postura adotada pela Corte IDH vai, portanto, em sentido contrário à construção jurisprudencial que vinha sendo arquitetada, a qual estava pautada na não classificação prévia dos grupos como grupos vulneráveis, a fim de evitar estigmatizações e catalogações generalistas, citando-se como exemplo, aqui, o Caso Norín Catrimán vs. Chile⁽¹⁵⁾, bem como o Caso Espinoza Gonzáles vs. Peru⁽¹⁶⁾.

Todavia, é possível perceber que o reconhecimento da vulnerabilidade da população LGBT, mesmo sem um caso individual em pauta, operou-se como estratégia no combate ao cenário de violações estruturais, e, também, como forma de atuação preventiva, ao firmar padrões de interpretação e parâmetros mínimos de proteção, fortalecendo a lógica interamericana de proteção. A partir disso, é possível pensar que nem toda a classificação prévia e abstrata tratar-se-á de uma postura estigmatizante, podendo-se revelar, como foi o caso, como um mecanismo de proteção e reconhecimento de uma situação evidente.

Diante do exposto, é importante ter clara a relevância do papel consultivo exercido pela Corte IDH e o que ele representa. A partir dos fundamentos elencados ao longo das opiniões emitidas, pode-se extrair a interpretação de dispositivos da Convenção Americana, bem como dos tratados e demais documentos que se encaixam no conceito de *corpus iuris interamericano*. Além disso, pode-se clarear questões dúbias e confirmar determinados padrões e ideias, momento a partir do qual os Estados passam a adotar uma mudança de postura, ou reforçar atitudes

(14) Veja-se Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Corte IDH, pp. 54; 69-70; 72; 79-80; 86. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

(15) Veja-se Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014, 29 de mayo). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

(16) Veja-se Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014, 20 de noviembre). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf



e estratégias que já se encontram de acordo com a lógica de proteção do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Assim, “su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.13).

Isto é, a partir do que foi dito e reforçado pela Corte ao longo da Opinião Consultiva 24/2017, pode-se extrair interpretações e compreensões a serem analisadas quando se pensarem estratégias e ferramentas de proteção à comunidade LGBT, isto é, nos momentos de criação e implementação de políticas públicas, de criação e adequação da legislação, bem como nos momentos de exercício da função jurisdicional⁽¹⁷⁾ (como, por exemplo, o que se deu no julgamento da ADI 4277), de modo que haja um diálogo entre o direito interno e o direito externo, e um fortalecimento do Sistema Interamericano como um todo.

5. Conclusão

Num primeiro momento, verificou-se que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é composto por dois órgãos que formam o seu aparato institucional: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambas exercem papéis de extrema relevância, mas, neste trabalho, cabe especial destaque para a função consultiva desenvolvida pela Corte IDH, consubstanciada na atribuição de analisar consultas solicitadas pelos Estados, referentes à interpretação de dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou sobre os demais documentos que incorporam o *corpus iuris interamericano*. A consulta reflete o posicionamento do Tribunal sobre eventuais dúvidas e interpretações a serem dadas aos dispositivos, contudo, além de sanar as incertezas, ela serve como norte para os demais Estados (dimensão objetiva) integrantes do Sistema, quando esses enfrentarem questões relacionadas, seja pela via legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No que toca ao questionamento levantado no início do presente trabalho, qual seja: qual o posicionamento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 24/2017 no que tange aos direitos da comunidade LGBT, enquanto grupo em situação de vulnerabilidade, tem-se, primeiramente, a averiguação de uma mudança de postura por parte da Corte Interamericana, que vinha, nas suas decisões, entendendo que a noção de vulnerabilidade se compreende a partir da análise de um contexto específico, isto é, a partir da

análise de uma situação concreta, evitando qualquer tipo de classificação prévia ou estigmatização. Entretanto, se verificou ao longo da Opinião Consultiva que a Corte IDH percebe a comunidade LGBT como um grupo em situação de vulnerabilidade, em razão da discriminação histórica e dos diversos tipos de violência e violação de direitos humanos que acometem esses indivíduos, pela simples razão decorrente da sua identidade de gênero ou sexual.

Assim, enfatiza a Corte que os Estados devem adotar medidas e ferramentas no sentido de proteção a esse grupo, evitando qualquer tipo de discriminação e erradicando, ou ao menos reduzindo, as violências que decorrem da identidade de gênero e sexual, sendo esse o posicionamento que está de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que se coaduna com toda a lógica de proteção fomentada pelo Sistema Interamericano de Proteção, apontamentos esses que merecem ser levados em consideração quando os demais países que integram o Sistema lidarem com situações relacionadas ao tema.

Referências bibliográficas

- Alcalá, H. (2000). *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Ingranusi.
- Beloff, M. & Clérico, L. (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 139-178. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100005>
- Correia, T. R. (2008). *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Juruá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014a, 20 de noviembre). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014b, 29 de mayo). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

(17) Isto é, de modo que todos os Poderes internos (Executivo, Legislativo e Judiciário) estejam atentos para as diretrizes firmadas pela Corte IDH, adotando-se a noção de uma dimensão objetiva dos direitos humanos.



Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014c). *Parecer Consultivo OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental Do Uruguai: direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. CIDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. CIDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, de 29 de mayo de 2018*. CIDH. http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/sor_01_18_esp.pdf

Gomes, E. & Gonçalves, A. (2018). Breves considerações da competência consultiva da Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos à luz das abordagens descolonialistas. In C. Landa, R. Sarlet, I. Wolfgang & P. Ricardo (org.), *Direitos humanos e fundamentais na perspectiva da democracia interamericana* (pp. 130-144). Instituto Memória Editora & Projetos Culturais.

Leal, M. (2007). *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Lumen Juris.

Leal, M. (2018a). Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: interconstitucionalidade e diálogo entre Cortes na

perspectiva do Supremo Tribunal Federal. In C. Landa, I. Wolfgang & P. Ricardo. (org.), *Direitos Humanos e Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana* (pp. 169-201). Instituto Memória.

Leal, M. (2018b). Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In C. Landa, *Derechos fundamentales: Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (pp. 271-287). Palestra Editores.

Leite, C. H. (2011). *Direitos humanos* (2.ª ed). Lumen Juris.

Luna, F. (2009). Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2(1), 121-139. <http://dx.doi.org/10.3138/ijfab.2.1.121>

Moura, R. (2018). Julgados da Corte Interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências. *Revista de Direito Internacional (UniCEUB)*, 15(3), 164-177. <https://doi.org/10.5102/rdi.v15i3.5683>

Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. OEA. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Organização dos Estados Americanos. (2009). *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. OEA. http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf

Séguin, E. (2002). *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Forense.

Siqueira, D. (2009). Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista USCS*, 10(16), 221-237.

Siqueira, D. & Castro, L. (2017). Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, 5(1), 105-122. <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v5i1.219>

Zovatto, D. (1988). La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 7, 43-65. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06720-3.pdf> 



Una posición con base metaética respecto del aborto y del concepto de dignidad humana^(*)

A metaethically based position on abortion and the concept of human dignity

Rafael Horacio Molina Castillo^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Un problema usual en el discurso moral es el riesgo de incurrir en regresiones infinitas. Ello, junto con otras críticas también dirigidas a las disciplinas científicas, motivó la actitud escéptica respecto de la moral aconsejada por varias teorías postmodernas. Tanto la respuesta de la filosofía moral como de la ciencia fue similar: reafirmar la posibilidad de lograr acuerdos de “verdad” o “corrección” mediante la discusión racional, la que implica a su vez un procedimiento reglado para someter teorías a cuestionamientos de la manera más libre posible. En este trabajo el autor pretende destacar algunos elementos del discurso racional que son de uso característico en el discurso práctico, para luego aplicarlo a una discusión sobre el aborto. El propósito central de esta investigación es aportar al análisis de la justificabilidad de la dignidad en el feto. Dicha discusión implica primero la identificación de una teoría de la dignidad que satisfaga apropiadamente la exigencia de universalidad de todo discurso racional, para luego aplicarla a algunos de los argumentos usuales en el debate del aborto.

Palabras Clave: Teoría del discurso - Aborto - Dignidad - Teoría de las capacidades - Postmodernismo - Escepticismo - Racionalidad - Kant - Alexy

Abstract: A common problem in moral discourse is the risk of incurring in infinite regressions. This, together with other criticisms also directed at scientific disciplines, motivated the sceptical attitude towards morality advised by several postmodern theories. The response of both moral philosophy and science was similar: to reaffirm the possibility of reaching agreements of “truth” or “correction” through rational discussion, which in turn implies a regulated procedure to submit theories to questioning in the freest possible way. In this paper the author intends to delineate some elements of rational discourse that are characteristically used in practical discourse, and then apply them to a discussion of abortion. The central purpose of this research consists in contributing to the analysis of the justifiability of the idea that the fetus can have dignity. This discussion implies first identifying a theory of dignity that appropriately satisfies the demand for universality of all rational discourse, and then applying it to some of the usual arguments in the abortion debate.

Key words: Discourse theory - Abortion - Dignity - Theory of capacities - Postmodernism - Skepticism - Rationality - Kant - Alexy

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 15 de setiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 12 de noviembre de 2020.

(**) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a LL.M. en Principios del Derecho Alemán con especialidad en Filosofía del Derecho en la Ludwig-Maximilians-Universität München. Miembro extraordinario de IUS ET VERITAS y ex Director de Investigación durante el semestre 2015-1. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9780-3023>. Correo electrónico: rafael.molina@pucp.edu.pe



1. Introducción

La discusión sobre la justicia del aborto enciende emociones morales altamente antagónicas y violentas: la supuesta opresión de la mujer y el supuesto sacrificio de una persona inocente. Se trata, no obstante, de una pregunta moral y jurídica que suele sostenerse sobre la base de la apelación al concepto de dignidad, tanto del feto como de la madre. El propósito central de este trabajo es analizar con mayor detenimiento la justificabilidad de la dignidad de un feto.

La primera sección de la investigación establece una base metaética sobre la que se puede llevar a cabo la discusión. Una pregunta previa al análisis de la justificabilidad de un juicio moral es responder si siquiera es posible justificar racionalmente premisas morales. No puedo dar una respuesta original a esta pregunta en este trabajo, por lo que esta sección de la investigación se limita a constatar algunas teorías que pueden responder a esta interrogante.

La segunda sección trata de encontrar un concepto de dignidad y sus justificaciones. Aquí analizo críticamente la tradicional teoría de la autonomía y la confronto con la teoría de las capacidades de Nussbaum, que tampoco está libre de cuestionamientos. El resultado es una propuesta del criterio de titularidad de la dignidad basado en una justificación “existencialista” propuesta por Alexy. No obstante, una fundamentación completa de esta propuesta no puede realizarse en este trabajo.

La tercera sección analiza la cuestión de si el feto puede ser considerado un ser vivo con dignidad, así como las consecuencias de prohibir el aborto respecto de la dignidad de la mujer. Estas cuestiones son altamente complejas, por los que su análisis solo puede llevar a un resultado *prima facie*, en consideración de la teoría propuesta. No obstante, varias posturas son resueltas y varias preguntas son excluidas; varias, no obstante, no pueden evitar quedar abiertas.

Este ensayo no analiza los casos de aborto en los que la vida de la madre está en peligro o que son resultado de la violencia sexual. Asumo que ya existe un consenso moral ampliamente difundido en relación con estos casos (Nussbaum, 2011, p. 7). Sin embargo, mi análisis provee argumentos aplicables a estos casos también.

2. Prefacio metaético

El propósito de esta sección es hacer explícitas algunas premisas metaéticas que utilizaré después para analizar

la situación de la dignidad en el caso del aborto. Considero que hay dos problemas que toda argumentación moral debe superar: 1) debe identificar el riesgo de la regresión infinita y proveer un cierre analítico a su argumentación; 2) debe también evitar caer en una metafísica⁽¹⁾ inconmensurable con la racionalidad. Precisamente pretendo superar estos problemas mediante la exposición de mis presupuestos en esta sección.

En la medida que el centro del artículo constituye la discusión en torno al aborto, no puedo detenerme a someter a prueba y cuestionar detenidamente las premisas que expongo en esta sección. Debe quedar presente que estas premisas no están libres de críticas, las cuales algunas serán señaladas.

Debe también tenerse presente que cuando hablo aquí de moral me refiero a la moral crítica, definida como los principios morales utilizados para cuestionar instituciones públicas, opuesta a la moral positiva, que identifica los valores fácticamente vigentes en un grupo social (Hart, 1963, p. 20).

2.1. Un concepto de verdad

La tesis principal del posmodernismo cuestiona la posibilidad de acceder a la verdad; de esta premisa suele derivarse la idea de que no pueden establecerse criterios para identificar mejores razones que otras. En consecuencia, las disciplinas científicas y académicas serían inútiles. Particularmente, en la moral, ello conlleva la idea de que no pueden identificarse mejores argumentos morales que otros. A esto se le ha llamado “escepticismo ético” (Nino, 1989, p. 54).

Existe un patrón identificable en el modo en que distintas disciplinas han respondido a la premisa escéptica: la verdad en el “resultado” ha sido reemplazada por la “verdad procedimental”. Un ejemplo se presenta en las ciencias naturales; este ejemplo sirve de comparación ilustrativa precisamente porque estas disciplinas gozan

(1) Debe entenderse que en este artículo pretendo evitar aquello que autores como Alexy (2004, p. 22) han denominado “metafísica enfática”, que implica aquello que consta de las 5 siguientes características: 1) no puede ser detectado mediante la experiencia; 2) implica explicaciones que pretenden abarcarlo todo; 3) es invariable, 4) tiene contenido normativo, 5) tiene una dimensión espiritual o religiosa.



de mayor credibilidad. En ellas no se discute que sus teorías no representan una verdad absoluta, sino un “acercamiento” a ella (o un alejamiento de la falsedad, desde el punto de vista de Popper). El acercamiento a la verdad -que es, a su vez, la razón por la que confiamos en la ciencia- se mide exclusivamente en relación a la existencia de un procedimiento riguroso de producción de conocimiento, que impone todos los esfuerzos posibles para excluir teorías falsas. En consecuencia, confiamos en la ciencia no porque sea verdadera, sino porque su método es confiable (Chalmers, 2013, p. 211). Entonces, la respuesta de las ciencias naturales a la actitud escéptica ha sido establecer una “verdad procedimental”.

Una respuesta similar es propuesta por algunos autores en la filosofía moral y en el Derecho; algunos de los más importantes son Karl-Otto Apel⁽²⁾, Jürgen Habermas⁽³⁾ y Robert Alexy⁽⁴⁾ que proponen una verdad formada mediante procedimientos discursivos. El primer paso de estas explicaciones consiste en un planteamiento del concepto de verdad.

El concepto de “verdad” clásico es la verdad como correspondencia. De acuerdo a este, un enunciado es verdadero si los hechos que describe existen en el mundo (Alexy, 2019, pp. 135-136).

Hay varios problemas con este concepto de realidad, pero aquí bastará exponer dos. En primer lugar, no puede identificar satisfactoriamente qué es aquello que debería considerarse como un “hecho”. Como ha demostrado Popper, la decisión de aislar parcelas de la realidad para imputarles la calificación de “hecho” pretende justificarse sobre la asunción de teorías de la realidad, que se asumen como ciertas. En realidad, esas teorías no pueden ser calificadas como verdaderas, ya que han sido construidas de manera inductiva, es decir, creando reglas generales a partir de observaciones particulares; como se sabe, no puede asegurarse la certeza absoluta de teorías creadas de manera inductiva, pues siempre resta la probabilidad de que un evento que escape a la regla ocurra en el universo. Entonces, los hechos, cuya identificación depende de un sistema de presuposiciones, jamás pueden ser probados como absolutamente ciertos, ya que ninguna de sus presuposiciones puede ser calificada así (Popper, 1973, p. 73). En segundo lugar, como han sostenido los antirrealistas globales, es imposible tener contacto con aquella realidad “objetiva” que existe allá afuera, con independencia de nosotros, dado que nuestros sentidos limitan la parcela de la realidad a la que podemos tener acceso; estamos irremediabilmente sesgados, pues nada

excluye la posibilidad de que la realidad se extienda más allá de lo que nuestros sentidos nos permiten percibir (Chalmers, 2013, pp. 210-211).

En oposición a esta teoría, Habermas postula la teoría del consenso (Habermas, 1973). Aquí no puedo analizar cada detalle de esta teoría, pero será suficiente sentar algunos elementos necesarios para nuestra investigación. Esta teoría acepta que los humanos no podemos aprehender directamente la realidad, sino que nuestra percepción está limitada por nuestros sentidos; para nosotros, la realidad es siempre una realidad interpretada (Freundlieb, 1975, p. 100). Esta interpretación que llamamos “realidad” es una construcción del lenguaje. El sistema de lenguaje constituye un sistema de conceptos que construimos discursivamente y que pretenden reflejar dicha realidad. Hasta aquí, se aceptan las críticas postmodernistas.

El concepto de verdad de esta teoría presupone la teoría de los “actos del habla” desarrollada por John Langshaw Austin, por lo que es preciso comprender primero este concepto. De acuerdo a esta teoría, la comunicación no solo se utiliza para construir significados o describir el mundo (algo que Austin criticó al Wittgenstein del *Tractatus Logico-Philosophicus*), sino también para realizar acciones o “actos del habla”. Por ejemplo, “dar un consejo”, “amenazar” o “prometer” son acciones que se realizan al hablar, y su calificación como tal trasciende el mero significado de aquello que se dice. ¿Cómo sabemos qué acto del habla se realiza y como distinguimos uno de otro? Un elemento importante de esta teoría implica la proposición de reglas, fácticamente existentes, que no siempre son del todo claras, que determinan cuándo se realiza un acto del habla (Austin, 1962, pp. 3-6).

En la teoría de Habermas, la verdad se entiende en el marco de la comunicación: algunos actos del habla⁽⁵⁾ -como por ejemplo

(2) Véase Karl-Otto Apel (1973). Das A priori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. En *Transformation der Philosophie* (pp. 358-435). Suhrkamp.

(3) Véase Habermas, J. (1996). Ética del discurso - notas sobre un programa de fundamentación. En *Conciencia moral y acción comunicativa* (edición original) (pp. 57-134). Ediciones Península.
Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm. En *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (pp. 53-126). Suhrkamp.

(4) Véase Alexy, (2019).

(5) Habermas denomina a este tipo como “actos constativos”; serían los únicos pasibles de ser calificados como verdaderos o falsos.



las “afirmaciones”-, implican la idea de que un enunciado es cierto respecto de todos los demás hablantes, de manera universal. Por ejemplo, cuando afirmo “el sol emite luz”, sugiero a la vez que este hecho es cierto respecto de todos los interlocutores posibles e imaginables (es decir, respecto de todos los humanos). Esta pretensión de universalidad adquiere fuerza y forma consensos cuando ella es válida intersubjetivamente (es decir, cuando su pretensión es aceptada y compartida por otros) (Habermas, 1973, p. 311).

La mera validez intersubjetiva de esta pretensión de universalidad no basta para calificar a algo como verdadero. Es posible y frecuente que la opinión de una mayoría fáctica no resista el más mínimo análisis racional. En este punto se perfila el concepto de verdad habermaseano: la verdad es un consenso justificado; un enunciado es cierto cuando es racionalmente aceptable (Habermas, 1998, p. 191). El reconocimiento de una idea como verdadera -su justificación- depende de la fuerza de convencimiento de los argumentos que se den por ella; en otras palabras, la verdad está dada por un consenso en torno a argumentos convincentes (Habermas, 1982, p. 38). Aquí se impone la pregunta: ¿cuándo es un argumento *racional*?

2.2. Racionalidad y pretensión de universalidad

En la medida que esta investigación está relacionada a una cuestión práctica -la dignidad en el aborto-, me limito aquí a la racionalidad en el discurso práctico o moral. Cabe destacar que en escritos más recientes Habermas argumenta que, aunque no puede hablarse de “verdad” moral, porque la “verdad” hace referencia al mundo físico, sí puede hablarse de corrección moral, que tiene en común con la verdad “física” criterios de racionalidad y objetividad (Habermas, 1998, p.189).

Hay varios criterios que determinan la racionalidad -u objetividad-. Tal vez el más importante sea la universalidad. En líneas anteriores, he mencionado que hay un tipo de actos del habla que involucran necesariamente una pretensión de validez universal. La única forma de comprobar esta validez es comprobar su pretensión, es decir, constar su conformidad con todos los destinatarios que pretende: todos los humanos que hayan existido y existirán; entonces, para que un argumento valga como fundamento de una “verdad”, el enunciado debe poder resistir todos los cuestionamientos que, en teoría, todo miembro de la raza humana podría increparle; debe ser reconocido como el argumento más convincente

en una “situación ideal de discusión”. Aquí se resalta el vínculo de la “verdad” con la argumentación y el discurso. Una situación ideal de discusión permite el máximo cuestionamiento imaginable de una idea: es un contexto ideal en el que todos los seres humanos pueden entrar a debatir y cuestionar una idea de manera absolutamente libre, al punto de extender el debate sin límite, hasta el momento en que todas las dudas hayan sido resueltas (Habermas, 1973, p. 255).

Naturalmente, no es posible recrear una situación ideal de discusión. Es por ello que la absoluta verdad tampoco puede ser alcanzada. No obstante, es posible acercarnos a la situación ideal, y una idea puede tener mayor carácter de verdad en la medida que haya sido discutida en un contexto que se acerque a dicha situación ideal. Incluso en el supuesto en que una idea pudiera ser sometida a una discusión ideal completa, ella tampoco adquiriría un valor de verdad inamovible, dado que nuevos argumentos pueden surgir con el paso del tiempo y el cambio de valores y tecnologías (Keuth, 1979, pp. 378-379). En ese sentido, usando la terminología de Kant, la verdad es una *idea regulativa*, en el sentido de que no representa algo existente en el mundo, sino un objetivo al que debe aspirarse⁽⁶⁾ (Höffe, 2014, p. 129).

Aquí uno podría refutar que en los juicios o normas morales no hay tales afirmaciones de universalidad. Recordemos que cuando una persona realiza el acto del habla de, por ejemplo, “afirmación” (por ejemplo, “aquella manzana es roja”), asume inevitablemente que esa descripción representa la misma “realidad” para todo observador posible (en el ejemplo, el hablante asumiría que la manzana es roja respecto de todo observador). En respuesta -siguiendo a Hare-, se debe decir que lo mismo ocurre cuando se hacen

(6) Es interesante notar la similitud de esta teoría de verdad con el falsacionismo de Popper, aplicable a la ciencia. Partiendo de una teoría de la verdad como correspondencia, Popper acepta que la ciencia no puede aspirar a establecer verdades. No obstante, el progreso científico se mide mediante la aceptación de teorías que sobreviven intentos de ser probadas como falsas. Si bien no podemos aspirar a la verdad, podemos aspirar a la mejor teoría posible. El consenso científico se forma en torno a dichas teorías (Chalmers, 2013, p. 64). Esta teoría se asemeja a la verdad como consenso racional en el hecho de identificar “las mejores verdades posibles” de acuerdo a su fuerza de convencimiento, la cual es calculada por su aptitud para tolerar contraargumentos. De hecho, Alexy considera que las reglas del discurso racional implican, de por sí, una exposición a intentos de falsacionismo (Alexy, 2019, p. 175).



afirmaciones normativas: cuando un hablante afirma que algo es, por ejemplo, *bueno*, pretende afirmar que existe un concepto de lo Bueno que califica a ese algo, en esa circunstancia específica, como *bueno* a los ojos de todo observador (Hare, 1963, pp. 10-11, 30).

Frente a esto, uno podría replicar que esta premisa escondida con pretensión de universalidad no representa objetividad alguna, sino más bien decisiones, sentimientos, gustos, arbitrariedades del hablante. A esta refutación se le responde de dos maneras:

- (i) Estudios psicológicos han descubierto que la percepción que las personas tenemos respecto de los valores morales se asemeja a la percepción que tenemos respecto de entidades físicas: creemos inevitablemente que los valores tienen ciertas características y que estas son independientes de la voluntad de uno mismo; esta percepción se aprende y puede variar mediante el aprendizaje (Habermas, 1998, p. 184).
- (ii) Existen actos del habla por medio de los cuales las personas expresamos decisiones y sentimientos, pero estos se diferencian de los actos del habla en que, como las afirmaciones, irrenunciablemente expresamos ideas con pretensión de validez universal.

La racionalidad en el discurso práctico está determinada por más criterios. No obstante, se podría decir que la pretensión de universalidad es una puerta de entrada a ellos, dado que a partir de ella varias teorías han pretendido deducir los otros aspectos. Este desarrollo de criterios suele ser agrupado en las denominadas Teorías del Discurso. Ejemplos de ellas son las propuestas por Habermas⁽⁷⁾, Karl-Otto Apel⁽⁸⁾, Neil McCormick⁽⁹⁾, entre otros. En este apartado me quiero referir principalmente a la de Robert Alexy⁽¹⁰⁾.

2.3. Teoría del discurso y racionalidad universal

Hasta ahora tenemos que el criterio de verdad (o corrección) en el discurso práctico está dado por la aceptabilidad racional de argumentos, y que la determinación de “verdades” se resuelve mediante la discusión racional. Las reglas elaboradas por la teoría del discurso pretenden aprehender aquello que hace racional a una discusión. En este segmento no pretendo exponer todas las reglas del discurso en la teoría de Robert Alexy, pues ello escaparía del centro de esta investigación; resaltaré no obstante algunos conceptos y algunas reglas que servirán para 1) exponer una posible solución a los problemas del discurso moral que expliqué al inicio de este subcapítulo y 2) más adelante serán relevantes en el debate mismo del

concepto de dignidad.

Una forma ilustrativa de exponer este tema es comenzar por la justificación de la teoría del discurso como un todo: la justificación de la teoría propone un argumento que afirma su universalidad o validez intercultural y a la vez pretende evitar los problemas de regresión infinita y justificaciones metafísicas; a la vez expone el modo en que se deducen las reglas del discurso racional de la idea misma de universalidad.

Hay bastantes formas de justificar la teoría del discurso. La forma que Alexy utiliza se caracteriza por el uso de un “argumento trascendental-pragmático”, que recoge su denominación de Kant (Alexy, 2019, p. 231). No hay una definición unívoca de “argumento trascendental”, pero para Alexy se trata de argumentos que, cuando menos, tienen las dos siguientes premisas:

- Premisa 1: Identifica el punto de partida del argumento, que consiste en señalar entidades como percepciones, ideas o actos del lenguaje, y afirma que esta entidad es necesaria de algún modo.
- Premisa 2: Argumenta que algunas asunciones o reglas son necesarias para que la entidad señalada en la Premisa 1 sea posible.
- Conclusión: Entonces, la categoría o reglas señaladas en la Premisa 2 son también necesarias (Alexy, 2016, pp. 133-134) (Alexy, 2004, pp. 19-20).

El argumento trascendental de Alexy es el siguiente (el orden de las premisas está invertido) (Alexy, 2016, p. 134) (Alexy, 2019, p. 165; p. 418).

Premisa 2: La realización de los actos del habla consistentes en afirmaciones y justificaciones implican inevitablemente la presuposición de las siguientes asunciones:

- (i) Quien afirma algo, cree irremediamente que aquello que afirma es universalmente cierto: Esta idea ya ha sido explicada en la

(7) Véase pie de página 4.

(8) Véase pie de página 3.

(9) Véase Legal Reasoning and Legal Theory (1978).

(10) Véase Alexy, (2019).



sección anterior cuando me referí a la teoría de Habermas. Aquí bastará recordar que el acto del habla de “afirmar” implica necesariamente la proposición del carácter de “verdad con validez universal” de las ideas que se afirman.

- (ii) El que afirma, cree en esa certeza o “verdad” basándose en razones.
- (iii) Los interlocutores de la persona que afirma algo tienen la expectativa de que, en principio, el que afirma podría exponer sus razones y discutir sobre ellas: En los hechos, es posible que el afirmante no desee o no pueda exponer razones; no obstante, la suposición que se propone como necesaria es que siempre que alguien afirma algo, los demás creen necesariamente que el afirmante (i) se basa en razones y que (ii) podría -en principio- exponerlas y discutir las.

Este punto expone el salto del campo individual al argumentativo-intersubjetivo. También exige ocuparnos en adelante del acto del habla de “justificar”.

Este punto también justifica una idea clave de la teoría del discurso de Alexy: que toda premisa moral es *discutible, argumentable y justificable*; ello no significa que todas las premisas del sistema moral puedan ser justificadas al mismo tiempo; solo significa que (i) siempre pueden darse argumentos por y en contra de premisas, y que (ii) la elección de mejores premisas es siempre posible en función a los argumentos que se den por ella⁽¹¹⁾ (Alexy, 2019, p. 76).

- (iv) Quien realiza el acto del habla de “justificar” una “afirmación” asume necesariamente lo siguiente:
 - Igualdad en el discurso: Que las razones en las que el hablante basa la verdad de su información son buenas razones para todos, y debe serlo también para su interlocutor. Su interlocutor solo será convencido por buenas razones, y el hablante asume que sus razones lo son respecto de él.
 - Libertad de coerción: Que las razones son ciertas y convencen sin la necesidad de ejercer coerción en el interlocutor.
 - Universalidad: Que las razones son universales en la medida que se oponen por su propio peso a las refutaciones que cualquier otra persona tendría.

Lo que aquí Alexy pretende es hacer explícito el contenido implícito de los actos del habla consistentes en “afirmar” y “justificar”. Entonces, siempre que en su teoría se mencione

esos conceptos, se debe entender que están definidos por la asunción de las suposiciones que he mencionado.

Premisa 1: Dar “justificaciones” y “afirmaciones” en el sentido descrito es imprescindible para formar parte de la “forma de vida más general” (Alexy, 2004, p. 21) (Alexy, 2016, pp. 139-140) (Alexy, 2019, p. 418).

El concepto de “forma de vida” es el utilizado por Wittgenstein⁽¹²⁾ en su teoría. Expresado de manera muy general, por “forma de vida” debe entenderse al sistema de reglas y convicciones formadas por el lenguaje en un determinado grupo, y que forman su percepción del mundo. Las “formas de vida” son diferentes entre culturas y sociedades.

El concepto de “forma de vida más general” implica el reconocimiento de que (i) si bien hay diferentes formas de vida, (ii) todas tienen necesariamente premisas con pretensión de universalidad que se evidencian mediante los presupuestos inevitables que he expuesto en la premisa anterior; (iii) todas esas premisas con pretensión de universalidad se basan necesariamente razones, que a su vez se basan en otras razones, así sucesivamente hasta llegar a razones con las que miembros de distintas formas de vida podrían estar de acuerdo; sobre este nivel de acuerdo general necesario es posible la resolución argumentativa de todas las premisas que se deriven y con las que se construye el sistema. En consecuencia, un discurso entre distintas formas de vida (culturas) es en principio posible y no hay inconmensurabilidad insalvable entre ellas.

Se forma parte de la “forma de vida más general” cada vez que se hacen afirmaciones y justificaciones en el sentido expuesto en la premisa anterior. En esa

(11) Véase aquí con Popper, también citado por Alexy, en lo que él llama “el mito del sistema teórico”: “Admito que siempre somos prisioneros atrapados en el sistema de nuestras teorías, de nuestras expectativas, de nuestras experiencias pasadas, de nuestro lenguaje. Pero (...) si intentamos, podemos escapar del sistema en cualquier momento. Pero es necesario admitir que nos encontraremos nuevamente en un sistema teórico, pero será uno más grande y espacioso”. Popper, *Normal Science and its Dangers*, en: *Criticism and the Growth of Knowledge*.

(12) Véase Alexy, (2019, p. 74).



línea, es inevitable asumir las reglas descritas, salvo que se viva en aislamiento completo de otros seres humanos. La vida en sociedad implica casi insalvablemente la asunción de esas reglas (Alexy, 2016, p. 140). Aquí yace el punto fuerte de la Premisa 1.

De las reglas (o asunciones necesarias) explicitadas en la Premisa 2 se deducen muchas reglas de la racionalidad u objetividad del discurso práctico. Por ejemplo, de la asunción 4) se sigue que los interlocutores no pueden estar sujetos a coerción (Libertad de coerción), deben tener igual participación en el discurso (Igualdad en el discurso) y que las consecuencias de los argumentos morales deben ser aceptables por todos los interlocutores (Universalidad). Estas reglas constituyen un mínimo necesario de toda argumentación y juicio moral, y sirven para identificar y excluir argumentos inaceptables.

Aquí me quiero detener para hacer explícitas dos consecuencias de esta exposición: Si se acepta la argumentación de Alexy, ella representa una solución a los objetivos que me plantee al inicio de esta sección: proveer una justificación para reglas morales que 1) no incurre en una regresión infinita, y que 2) no se basa en metafísica para justificar su carácter universal. La premisa de cierre no-metafísica de esta argumentación implica la aceptación de los presupuestos explicados en la Premisa 2, y que constituyen presuposiciones inevitables de la comunicación humana.

En este punto puede cuestionarse que, si bien las reglas existen, no todas las personas realmente se comportan de acuerdo a ellas. Muchísimas personas forman parte de discusiones y únicamente fingen objetividad con el propósito de manipular y conseguir fines egoístas. También podría cuestionarse que Alexy incurre en una falacia naturalista, al deducir de un hecho (el comportamiento humano) el carácter normativo de las reglas del discurso.

Alexy responde a estas críticas con un argumento que él llama “existencialista”, porque implica una decisión sobre quién somos. Las reglas del discurso tienen vigencia respecto de las personas que tienen un auténtico interés en la verdad y la justicia. En la medida que descubrir la verdad sea el objetivo, las reglas del discurso deberán ser cumplidas. Tener ese interés es equivalente a aceptar y llevar a la realidad el potencial discursivo de las personas. Es posible utilizar este interés como justificación, debido a que este interés no es como cualquier otro: de hecho, una mayoría sustancial de personas tienen en todas las sociedades humanas un interés en la “verdad”, al punto de obligar fácticamente a los dictadores e injustos a fingir que dicen verdades (Alexy, 2004, p. 21).

2.4. Algunas precisiones y reglas del discurso

De estas presunciones inevitables de la comunicación humana se derivan varias reglas de la racionalidad del discurso práctico. Aquí resalto solo algunas de particular importancia para este trabajo.

El principio que cae por su propio peso es el de la universalidad en el discurso práctico. Tras un análisis exhaustivo de varias interpretaciones del mismo, incluyendo el de Habermas, Alexy concluye que la universalidad implica dos reglas: (i) que el hablante considere aceptable las consecuencias de su enunciado normativo, para el caso en que ellas lo afectaran a él⁽¹³⁾, (ii) que las consecuencias del enunciado normativo sean aceptables por todos (Alexy, 2019, pp. 251-252).

Un segundo elemento de la racionalidad de la discusión moral implica dilucidar sobre qué se discute. Naturalmente, esa discusión implica una reflexión sobre enunciados normativos (enunciados valorativos). Pero, ¿de dónde surgen los valores? Su justificación no puede ser una basada únicamente en una sucesión de premisas. Ya hemos visto que ello deriva en una regresión infinita.

La postura de Habermas (1973, p. 251), que es compartida por Alexy (2019, p. 174, pp. 234-254), es que los valores y reglas morales se reconducen a una interpretación de las necesidades e intereses de las personas, y de su modo de satisfacerlas. Esta interpretación (y la discusión misma) parte de premisas históricas y culturales preexistentes, y está sujeta a su variación.

Una postura alternativa es la que tiene Nino (1989). Para exponerla, el autor se apoya en una interpretación del equilibrio reflexivo que Rawls expone en *A Theory of Justice* (1971). Según él, el objeto de la filosofía moral es ordenar nuestros juicios morales de manera sistemática y coherente (Rawls, 1971, pp. 46-47). En tal sistema habría dos elementos básicos: (i) convicciones intuitivas de justicia y (ii) principios morales, que son construcciones racionales que emanan de

(13) Esta regla es análoga al punto de vista requerido por el equilibrio reflexivo de John Rawls en “A Theory of Justice”.



dichas convicciones (Rawls, 1971, pp. 19-20). La tarea de la filosofía moral consistiría en encontrar un contrapeso entre estos dos elementos, eliminando los principios que no pueden reflejar nuestras convicciones más profundas sobre la justicia, y también eliminando las convicciones que no pueden ser justificadas por nuestros principios más fuertes (Rawls, 1971, p. 21, pp. 48-51), lo que puede hacerse mediante la discusión. Nino complementa esta teoría al sugerir que la elección entre los principios morales y las convicciones deben ocurrir en el marco de una discusión racional, que involucre reglas que aseguren su racionalidad, y estas reglas constituirían el tercer elemento (Nino, 1989, pp. 105-107).

Lo interesante del enfoque de Rawls y de Nino es que identifican a las convicciones intuitivas de justicia como un criterio del discurso moral. Estas intuiciones sin duda tienen una dimensión emocional, pues, a veces, pueden determinarse al identificar que “hay respuestas que sentimos deben ser respondidas de algún modo. Por ejemplo, estamos seguros que la intolerancia religiosa y la discriminación racial son injustas” (Rawls, 1971, p. 19). Esta posición coincide con la tesis defendida por el internalismo ético, según la cual las convicciones morales de hecho están acompañadas por emociones y una fuerza motivadora del comportamiento (Hume, 1740, parte 1, Secc. 1, párr. 8).

En comparación a la premisa aceptada por Habermas y Alexy, el reconocimiento de este elemento representa una ventaja, porque da cuenta de este rasgo innegable de la moralidad. Por otro lado, reducir los elementos mínimos del discurso moral a los intereses y necesidades de las personas no es compatible con planteamientos morales que en el pasado y en el presente han reconocido como justos los intereses y necesidades de sujetos que no pueden formar parte del discurso; un ejemplo de ello es la creciente valoración de los derechos de los animales. Tiene además una ventaja comparativa en el discurso racional: es un instrumento para criticar argumentos morales que propongan la existencia de convicciones intuitivas de justicia que, en un contexto histórico y cultural dado, constituyan obvios absurdos emocionales, como por ejemplo la del reconocimiento de un derecho a la vida de las plantas.

Al reconocimiento de las convicciones intuitivas puede cuestionársele que su aceptación rompería con la racionalidad del discurso práctico, pues permitiría la aceptación de premisas morales basadas únicamente en emociones, sin la necesidad de dar argumentos. Pero, como vimos, Nino ha precisado que *la elección de la mejor premisa moral debe decidirse en el marco de una discusión racional*. De este modo, el concepto de las convicciones intuitivas no serviría para elegir mejores argumentos morales, sino para identificar la validez de los argumentos introducidos al discurso práctico. De tener éxito en el marco de una discusión racional como ha sido expuesta hasta aquí, la mera apelación a una convicción intuitiva no basta, sino que debe basarse en razones.

Un análisis más exhaustivo de las teorías del discurso excedería los propósitos de este artículo, por lo que esta sección debe cerrarse aquí. Lo importante a rescatar, a efectos de aplicarlo a la discusión que sigue, es que las aserciones morales tienen una pretensión de validez universal, que equivale a una pretensión de “verdad”, tal cual lo hacen los enunciados descriptivos. Y así como en los enunciados descriptivos, la identificación de esa “verdad” (o, dicho con mayor propiedad, la “corrección”) moral ocurre mediante la presentación de argumentos; los argumentos más sólidos y convincentes representan nuestra mejor versión de la verdad. La solidez y el convencimiento de dichos argumentos solo puede identificarse al someterlos a un cuestionamiento máximo; el cuestionamiento ideal ocurriría en la situación ideal de discusión, que es aquella en que todos los participantes del discurso tendrían plena libertad de crítica. Como ello no existe, la mejor forma de acercarnos a la “verdad” es recrear lo mejor posible las condiciones de dicha situación ideal. Ese es precisamente el rol de las reglas del discurso racional.

Hasta ahora hemos identificado dos normas: el principio de universalidad (en sus dos manifestaciones) y la descripción de los elementos que forman parte del debate moral. Alexy ha elaborado un catálogo exhaustivo de reglas adicionales (Alexy, 2019), y Nino ha desarrollado algunas otras (Nino, 1989). Estas reglas son derivaciones de la pretensión de universalidad y la necesidad de promover la presentación de cuestionamientos con la mayor libertad posible. A continuación, menciono algunas de ellas, que son relevantes a en este ensayo:

- a) Los principios morales deben ser libremente aceptados: Esto excluye los argumentos que justifican su obediencia por miedo a las amenazas o que se basan en la mera observancia dogmática de las autoridades (como un dios) (Alexy, 2019, p. 239) (Nino, 1989, p. 109) : Este principio se deriva de la necesidad de permitir la crítica libre, con el propósito de posibilitar la presentación de cualquier duda o cuestionamiento.
- b) Publicidad de los principios: Los principios



deben ser públicos para que todos los participantes puedan conocerlos y discutirlos (Alexy, 2019, p. 252) (Nino, 1989, p. 110).

- c) Demostrabilidad fáctica: Las características y circunstancias en las que se basan los principios deben ser, en la medida de lo posible, comprobables empíricamente, para que cada participante tenga la oportunidad de cuestionar dicha comprobación (Nino, 1989, p. 110). Esta regla se deriva también del propósito de promover la libre crítica, dado que es imposible demostrar la falsedad de aquello que no se puede probar.
- d) Ningún participante del discurso puede contradecirse: La exigencia de coherencia lógica es una condición que se deriva de la pretensión de universalidad: reglas y premisas contradictorias no pueden valer universalmente, dado que no pueden aplicarse ambas al mismo tiempo para juzgar un mismo caso concreto; solo es posible la vigencia de una o de otra. Una regla lógica que vale la pena mencionar en nuestra discusión es la "Ley de Hume" (que, para efectos prácticos, se le denominará aquí como falacia naturalista)⁽¹⁴⁾: es absolutamente imposible derivar un enunciado normativo de un enunciado descriptivo (Hume, 1740, secc. 1, últ. párr.).

3. La Dignidad Humana

La discusión requiere un análisis de algunos planteamientos importantes de la dignidad. Como veremos más adelante, la cuestión de si el aborto viola la dignidad humana conduce a un conflicto de dignidad contra dignidad. Por eso debemos examinar también el contenido de este principio/derecho.

La pregunta sobre la dignidad puede entenderse de dos maneras: 1) ¿qué significa "dignidad" y quién es titular de ella? 2) ¿a qué tiene derecho un titular de la dignidad? Ambas preguntas se analizan a continuación.

3.1. Titularidad: ¿Cuándo alguien o algo posee "dignidad"?

Históricamente, podemos encontrar, según Hufen, tres categorías amplias de enfoques de la dignidad: i) las teorías de la dote, "que suponen que una cierta cualidad no disponible se da, de hecho predeterminada, al hombre desde el exterior [Dios]" ii) las teorías del logro, que más tarde fueron sustituidas por el enfoque de la autonomía humana. iii) las teorías de la comunicación, que hacen hincapié en la solidaridad y la socialidad entre los seres humanos (y otros seres vivos) (Hufen, 2016, pp. 133-134).

3.1.1. Teorías de la dote

Las teorías de la dote no requieren una discusión más profunda aquí. Según su premisa principal, la dignidad proviene de una autoridad no demostrable, y sería moldeada por ella. En

consideración de las premisas expuestas en el capítulo anterior, tales ideas no pueden ser consideradas argumentos morales válidos. Esto puede explicarse por dos razones: (i) Tales ideas violan la regla discursiva formal (antes mencionada) de la demostrabilidad de los hechos y la regla de que los principios morales deben ser libremente aceptados (y por lo tanto no pueden emanar simplemente de la autoridad). (ii) Si quisiéramos adoptar la teoría de la dote, tendríamos que renunciar a los principios morales sólidos del secularismo del estado y el tratamiento igualitario de las religiones (pluralismo de las religiones) (Hufen, 2016, p. 137).

Es pertinente resaltar que esta teoría califica como un tipo de naturalismo moral, que pretende reconocer hechos morales; por ello, merece todas las críticas que el naturalismo ha recibido. Particularmente importante es el "argumento de la pregunta abierta" de Moore, según el cual frente a hechos morales es siempre pertinente seguir formulando preguntas que derivarían en una regresión infinita (Alexy, 2019, p. 56). En el caso de la idea de una dignidad dada por Dios, podría cuestionarse por qué lo ordenado por Dios es moralmente bueno; a la respuesta podría interponerse otra pregunta, hasta llegar al infinito.

3.1.2. La autonomía humana

3.1.2.1. Planteamiento básico

Este punto de vista enfatiza típicamente la capacidad de los seres vivos de distanciarse de sí mismos y tener "la posibilidad de tomar una posición sobre sus propios deseos" (Seelmann, 2019, p. 251).

Según Nussbaum, este concepto de dignidad humana ha sido reivindicado por los defensores de las teorías contractualistas, y está muy influenciado por los estoicos (especialmente por Cicerón) y los cínicos. Para ellos, las personas eran importantes y valiosas precisamente porque tenían racionalidad práctica, capacidad moral y habilidad para tomar decisiones (Nussbaum, 2019, p. 64, pp. 69-71, pp. 75-77). Esta idea es casi totalmente visible en las ideas de Kant, Locke, Smith, Hobbes, y es evidente en el enfoque de Rawls.

(14) En realidad, la falacia naturalista es una especificación de la Ley de Hume.



Tal vez el principal exponente del planteamiento de la autonomía es Kant. Su desarrollo está concentrado en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres:

Ahora bien, no es de extrañar que al recordar todos los esfuerzos que se han hecho para conocer el principio de la moral, veamos por qué han tenido que fracasar del todo. (...) [N]unca nadie se ha dado cuenta que las personas, pese a la legislación general, estaban únicamente sujetas a sus leyes personales, y que solo estaban obligadas a actuar de acuerdo a su propia voluntad legisladora, lo cual es acorde a la naturaleza. (...) Las personas no son forzadas de actuar de algún modo por la existencia de una obligación, sino por la existencia de un interés propio (...) Por lo tanto, llamaré a este principio el principio de la autonomía de la voluntad (...). (Kant, 1797, AA IV, pp. 432-433)

(...) La autonomía es entonces el fundamento de la dignidad del hombre y de cualquier ser racional. (Kant, 1797, AA IV, p. 436)

Aquí es claro que Kant identifica la dignidad en la libertad natural que tienen los seres humanos para actuar a su propia voluntad e intereses; implica una aptitud real y actual de tomar decisiones conscientes, pues, a diferencia de los animales, los humanos son conscientes de la existencia de sí mismos. Exclusivamente tales seres conscientes serían portadores de obligaciones morales (Nussbaum, 2007, p. 51, pp.159-329).

Las teorías contractualistas clásicas se desarrollan sobre la presuposición de un concepto de dignidad como autonomía y racionalidad. Asumiendo la existencia de las "Circunstancias de la Justicia" de Hume, dichas teorías consideran que la dignidad lleva a las personas a unirse y a concluir un tratado imaginario que provoca la fundación de los estados (Nussbaum, 2007, p. 29). Las capacidades y virtudes que implica la dignidad (racionalidad), junto con el autointerés -que también sería parte de una "naturaleza humana"-, causan que todas las personas se encuentren en una situación similar. Las personas serían iguales en esta medida. Pero esta igualdad también justifica el interés que tienen las personas cooperar con otros: dado que los demás son relativamente iguales a uno (ya que son racionales, aunque tengan diferentes habilidades), cada persona tiene algo que ganar del otro (Nussbaum, 2007, p. 31). Así, de acuerdo a esta teoría, la cooperación se justificaría en el beneficio mutuo que ella conlleva. Dicho beneficio mutuo no existe respecto de otros seres vivos no racionales, por lo cual no existe necesidad alguna de introducirlos o protegerlos con los contratos.

Entonces, debe tenerse presente lo siguiente sobre este planteamiento de la dignidad como autonomía: i) su fundamento es la racionalidad y la libertad; ii) en el contractualismo juega dos papeles importantes: por un lado, explica por qué la gente

debería formar sociedades; por otro lado, el concepto identifica a quienes les corresponde ser partes del "contrato" y, por tanto, los derechos que otorga.

3.1.2.2. Otros enfoques y críticas

a) Fundamentación de los Derechos Humanos de Robert Alexy

Alexy ha desarrollado una fundamentación de los derechos humanos desde su teoría del discurso. Si bien esta fundamentación no se refiere directamente a la dignidad, los argumentos son pertinentes para ella dado que (i) se ocupan de justificar la titularidad de todos los derechos humanos, (ii) como se verá, se construyen sobre la autonomía y (iii) los derechos humanos suelen identificarse como derivaciones de la dignidad (Hufen, 2016, pp. 152-153).

Alexy identifica su propia fundamentación como kantiana, en la medida que (i) se basa en la idea de la autonomía e (ii) implica un principio de universalidad. La universalidad, en este caso, simplemente significa que los derechos humanos que emanan de la autonomía tienen validez para todas las personas, con independencia de su cultura (Alexy, 2016, pp. 127-129).

La fundamentación aquí se basa en algunas reglas de la teoría del discurso que ya he explicitado en la primera parte. Me refiero a las reglas de Universalidad, libertad de coerción e igualdad. Si uno está de acuerdo con la fundamentación que he referido en esa parte, está de acuerdo también con que las ideas liberales de *autonomía* y *universalidad* kantianas han sido justificadas en el plano discursivo (Alexy, 2016, p. 138). Es decir, siempre que haya una discusión con el propósito de ser racional y encontrar verdades, esas reglas deberían ser vigentes. El desafío de Alexy yace entonces en justificar esas reglas también en el plano de la acción; es decir, fuera del discurso.

Su estrategia es la siguiente. Afirma que siempre que uno tenga el interés en resolver siempre y todos los conflictos sociales a través de un consenso racional y discursivamente controlado, las reglas del discurso deberán tener vigencia en el plano real (Alexy, 2016, p.



149); ello es así, dado que la posibilidad continua de controlar discursiva y racionalmente los consensos sociales presupone la vigencia continua de las reglas de igualdad, universalidad y libertad de coerción en el plano de la realidad, tal como si nos encontráramos en un discurso constante. En este punto, el autor afirma que esas reglas del discurso se transforman, en el plano real, en el mismo principio de la autonomía propuesto por Nino (1989, p. 230) (Alexy, 2016, p. 148): “Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue validos”.

Aquí se podría cuestionar qué tan factible es afirmar la vigencia universal del interés en resolver todos los conflictos sociales a través de la formación de consensos racional y discursivamente controlados. La respuesta es el mismo argumento “existencialista” que se dio al responder un cuestionamiento similar respecto de las reglas del discurso: este interés se corresponde con el interés en encontrar la “verdad”, transferido al plano práctico. Siempre que la gente tenga interés en resolver conflictos de acuerdo a lo que es “verdadero”, deberá necesariamente reconocer los derechos humanos; se trata de una decisión sobre realizar la potencialidad discursiva de las personas, decisión que, en la realidad, la mayoría sustantiva de todas las sociedades humanas siempre persigue (Alexy, 2016, pp. 151-153) (Alexy, 2004, p. 21).

Surge ahora la pregunta de identificar la titularidad de la dignidad propuesta aquí por Alexy. Aunque esta pregunta no es abordada de manera directa por el autor, es fácil deducir la respuesta. Serían titulares del principio de autonomía (de la dignidad) todos aquellos seres que pueden formar parte de un discurso y que, de algún modo, puedan contribuir al control racional, discursivo y constante de los consensos sociales. En este aspecto, la titularidad no dista mucho de la original kantiana: la racionalidad.

b) Crítica: la protección de humanos no racionales y animales

Nussbaum hace una importante crítica contra estos planteamientos de la titularidad de la dignidad. Si las personas son valiosas simplemente porque son racionales, entonces este concepto excluiría algunos seres vivos que, al examinarlos más de cerca, podrían merecer (y de hecho ya lo hacen en algunas sociedades) su inclusión en el concepto de dignidad, a saber, las personas discapacitadas y los animales (Nussbaum, 2007, p. 62). Las personas con discapacidad mental reciben la misma protección que cualquier persona racional, y ello es poco discutido (Marquis, 1989, pp. 187-188). Asimismo, los animales vienen gozando de cada vez mayor protección legal en el mundo. Para decirlo con los términos de nuestra base metaética, las consecuencias de la dignidad como racionalidad no se corresponden con otros principios y convicciones de justicia sólidos. Asimismo, tampoco resisten la aplicación del principio de universalidad, pues las consecuencias de su

aceptación no parecen ser discursivamente aceptables en ningún ordenamiento jurídico liberal. Parece equivocado que la racionalidad justifique la titularidad de la dignidad.

Estrictamente hablando, la dignidad como racionalidad tampoco podría justificar directamente la protección de los niños muy pequeños. Para explicar su protección, se suele utilizar una modificación ad hoc al planteamiento de la autonomía (Marquis, 1989, p. 192). Se afirma que los bebés merecen protección porque, si bien son aun racionales, tienen la potencialidad de serlo. Es problemático contra esta defensa que los planteamientos de autonomía, de hecho, no valoran la potencialidad de la racionalidad, sino la racionalidad actual y presente. Esto es claro en Kant (Kant, 1797, AA IV, pp. 432-433) y Alexy: de sus fundamentos simplemente no se sigue la protección de una racionalidad potencial, sino actual.

c) Crítica: falacia naturalista

Marquis ofrece una versión de esta crítica. Las personas opuestas al aborto suelen alegar que la protección del embrión puede justificarse porque pertenece biológicamente a la especie humana. Frente a esto, los defensores del aborto suelen contraargumentar que sería un error inferir una norma moral a partir del fenómeno puramente biológico (la pertenencia a la especie). Este autor afirma que el concepto de autonomía merece la misma crítica, a saber, que también sería una falacia deducir una norma moral del fenómeno psicológico de poseer racionalidad (1989, p. 187).

A esta crítica ya se le ha respondido de cierto modo al exponer la justificación de las reglas del discurso, en la primera sección. Si tomamos la dignidad como ha sido fundamentada por Alexy, esta se deriva en última instancia de presupuestos irrenunciables de la comunicación humana y del concepto de verdad. Estos presupuestos son ciertamente hechos, pero a la vez tienen carácter normativo. La norma no se *deduce* de un hecho, sino que *es* un hecho en sí mismo; es un hecho y, a la vez, una norma. Aquí se podría contraargumentar que sería a la vez una falacia naturalista deducir la normatividad de una norma fáctica, y que el



hecho de que la gente se comporte de una manera no quiere decir que *debamos* comportarnos de esa manera. A esta refutación se le puede responder aduciendo que la asunción de esas reglas son parte de la naturaleza humana, en la medida que los humanos vivamos en sociedad; naturalmente podría una persona elegir no seguir esas reglas discursivas jamás, pero el costo sería vivir en aislamiento de por vida. ¿Se puede realmente tener reparos frente a esta alternativa?

d) Proposición rival de Marquis: el futuro valioso

Marquis propone una teoría que pretende reemplazar el concepto de autonomía. Trata de ejemplificarla a través de un experimento mental, y pide al lector que se pregunte qué es lo que realmente está en juego en un asesinato, cuál sería su “costo”. Concluye que aquello que realmente se valora en las personas (y que se pierde cuando se comete un asesinato) es un futuro valioso en el que desarrollarán sus intereses, experiencias y sentimientos (Marquis, 1989, p. 189). Además, señala que este criterio de valoración también podría incluir algunos animales, en la medida que identifiquemos qué futuro de qué animal podría ser similarmente valioso al futuro de los humanos (Marquis, 1989, p. 191).

Hay al menos dos puntos a criticar en esta teoría. En primer lugar, la explicación de Marquis presupone que no todo futuro es valioso en sí mismo (pese a que, literalmente, dice lo contrario), pues asume que el futuro de los seres humanos es valioso, y no explica por qué. Si no partiera de esta premisa, Marquis tendría que admitir que el futuro de todos los animales es valioso. En su lugar, utiliza el futuro humano como criterio de valoración del futuro de otras especies ¿Qué características definen un “futuro humano”? ¿Qué lo hace valioso? Estas preguntas abiertas nos llevan de nuevo a un concepto de dignidad que no se basa en el mero futuro. En segundo lugar, parece dudoso que el “costo” de matar se refiera principal o exclusivamente a la pérdida de un futuro. Parece más plausible una convicción de justicia con respecto a la destrucción de una subjetividad sensible, como se explicará a continuación en una posición defendida por Tooley.

e) Proposición rival: Subjetividad

Con un experimento mental, Tooley trata de demostrar que lo que valoramos en la vida de un ser vivo no es el mero fenómeno biológico, sino su subjetividad: nos pregunta si en caso le lavaran irremediamente el cerebro a una persona, acarreado la destrucción de su personalidad, sentimientos y recuerdos, podríamos considerar que su vida continúa. La respuesta, por supuesto, es no. Aunque la vida humana como fenómeno biológico continuara, la *persona* sería eliminada para siempre (Tooley, 1972, p. 46). Si aceptamos esta teoría como cierta, la vida de un ser vivo estaría determinada por la existencia de un ser subjetivo -es decir, que experimenta la realidad- que tiene ciertos rasgos individuales que lo identifican y que determinan la forma en que experimenta el mundo. Si el ser vivo fuera asesinado, aquello reprochable en dicho

asesinato no sería tanto la destrucción del sistema biológico que sirve de plataforma al individuo que experimenta, sino más bien la destrucción irremediable de dicho individuo. Podría teorizarse que, si fuera posible salvar la “mente” del individuo, la destrucción del cuerpo no sería calificada como asesinato (o no sería igualmente reprochable).

Partiendo de lo anterior, el propio Tooley propone una teoría de la dignidad. Sugiere que la aptitud para tener deseos es una condición necesaria para la capacidad jurídica. Sólo se pueden tener derechos si éstos se dirigen a satisfacer los deseos de un individuo. Afirma además que los deseos presuponen la capacidad de ser consciente de sí mismo y de los demás, ya que uno sólo puede desear lo que sabe y lo que puede imaginar como un objeto distinto de sí mismo (Tooley, 1972, pp. 45-47). Por lo tanto, nadie podría tener derecho a la vida si no supiera que vive y que puede morir.

La propuesta de dignidad de Tooley incurre en las mismas contradicciones de la teoría de la autonomía: excluiría a las personas con discapacidad mental, los animales y a los niños pequeños. Por ello, debemos rechazar su teoría de la dignidad; no obstante, es destacable su idea de que la dignidad de un sujeto no se calcula en función del mero fenómeno de su vida, sino de la existencia de un individuo que experimenta. Volveré más adelante a ella.

f) Proposición rival de Dworkin

Ahora analizamos la posición de Dworkin. En *Life's Dominion*, explica una teoría similar a la de Tooley. Según Dworkin, el derecho a la vida (y los derechos en general) presupone que un ser vivo tiene un interés en vivir (similar a los deseos de Tooley). A diferencia de Tooley, Dworkin afirma que el requisito para poder tener intereses no es la conciencia de uno mismo, sino la mera capacidad de sentir (Dworkin, 1993, p. 16). Sin embargo, Dworkin explica que la protección especial que los humanos merecen no se basa en la mera sensibilidad, sino en habilidades especiales: “poder disfrutar o no disfrutar, formar vínculos y emociones, esperar y esperar sufrir frustraciones y decepciones” (Dworkin, 1993, pp. 17-18). Sin embargo, más tarde sostiene



que ser humano implica poseer una gran inteligencia (al menos más alta que la de los animales), y que ello también determina su protección especial (Dworkin, 1993, pp. 22-23). Por último, afirma que, aunque los animales no son titulares de derechos, los Estados podrían protegerlos por su valor intrínseco -que no precisa- (Dworkin, 1993, p. 149).

Estrictamente hablando, la teoría de Dworkin adolece de los mismos problemas que las teorías anteriores. Si bien afirma que las personas con discapacidad mental severa y los niños tendrían dignidad, Dworkin evita explícitamente la discusión filosófica sobre este tema, y afirma que, si bien los niños no son aún conscientes de sí mismos, deben contar como seres humanos sólo por razones prácticas (Dworkin, 1993, p. 23).

3.1.3. “Teorías de la comunicación”: Enfoque de las Capacidades

Nussbaum propone una solución interesante al problema de la autonomía referido a la no-protección de humanos no racionales y animales. Adicionalmente a las críticas ya mencionadas sobre las teorías de la dignidad como autonomía, Nussbaum también critica otros dos puntos importantes:

- 1) Como se ha explicado, las “Circunstancias de la Justicia” del Contractualismo sugieren que las personas son principalmente egoístas, y que no pueden preocuparse tanto por los intereses de los demás como por sus propios intereses. Para Nussbaum, esta descripción de la naturaleza humana sería errónea. Las personas también son empáticas y se preocupan por el bienestar de los demás, o al menos lo hacen de un modo mayor que el descrito por ese planteamiento. Si esta crítica es cierta, entonces la premisa descriptiva del Contractualismo, de que la cooperación moral está motivada predominantemente en el interés de beneficio personal, sería inexacta. Asimismo, se abandonaría la exigencia de que sólo participen en el contrato social “personas racionales iguales”, ya que el objetivo del contrato no sería la pura autoprotección, sino que también podría referirse a la protección de los demás como un fin en sí mismo (a saber, los animales y los discapacitados mentales graves) (Nussbaum, 2007, p. 62).

Esta idea es compatible con una idea que hemos revisado en la parte metaética: en el discurso moral, son las convicciones de justicia y no la interpretación de los intereses de los interlocutores aquello que, en última instancia, se discute; muchas veces se discuten cuestiones de justicia que no son directamente o predominantemente reconducibles a los participantes del discurso. Un ejemplo de ello es la discusión moral sobre la protección de sujetos que no pueden formar parte del discurso: animales y personas que no tienen racionalidad.

- 2) Sería erróneo y no tendría una justificación convincente limitar la dignidad a la racionalidad. La racionalidad

es, de hecho, sólo una parte de la naturaleza humana. También forma parte del ser humano la experiencia de tener necesidades fisiológicas y emocionales, como la necesidad de atención. La naturaleza humana también está vinculada a la aptitud para desarrollar ciertas habilidades, como la capacidad de divertirse, de formar relaciones emocionales con otros seres (humanos y no humanos), de formar ideas y expectativas, de experimentar sentimientos, etc. A este respecto, la naturaleza animal de los seres humanos (o estas cualidades “no racionales”) también es valiosa en sí misma y también forma parte de su dignidad. Ser humano implicaría darse cuenta de que los seres humanos son criaturas frágiles, con un tiempo de vida limitado, y que se esfuerzan por florecer (Nussbaum, 2007, pp. 85-90; pp. 159-160).

Asumiendo que no sólo la racionalidad de los seres humanos, sino también sus necesidades, experiencias y aspiraciones generales son valiosas en sí mismas, Nussbaum explica que los animales también merecen valoración moral, dado que experimentan -en distintos grados- vidas muy similares a las humanas, y que solo difieren de ellas por su falta de racionalidad. Pero ya se ha dicho que la racionalidad no es el único elemento que determina la valoración moral. En la medida que los animales también experimentan vidas de florecimiento, lo cual es valioso en sí mismo, ello los hace merecedores de dignidad (Nussbaum, 2019, pp. 249-250). En ese sentido, para Nussbaum, el criterio que determinaría la titularidad de la dignidad es llevar una vida de florecimiento. Aunque, en principio para Nussbaum todos los seres vivientes serían titulares de la dignidad, los derechos que la dignidad conlleva respecto de cada especie serían diferentes de acuerdo a sus capacidades (Nussbaum, 2007, p. 87, p. 347).

3.1.4. Conclusión: ¿Quién tiene dignidad?

La doctrina de Nussbaum tiene la ventaja de superar los problemas en la concepción de la autonomía. Además, el enfoque de las



capacidades puede explicar la valoración moral fáctica de algunas actividades (como el entretenimiento, las actividades deportivas, los vínculos emocionales con personas y animales, etc.) que pueden corresponder hoy en día a (y por lo tanto determinar la justificación de) convicciones intuitivas de justicia.

No obstante, es problemático el establecimiento de un diálogo entre las teorías constructivistas de autores como Kant, Nino, Alexy y una teoría como la de Nussbaum, que es de tradición aristotélica y, por lo tanto, metafísica. El hecho de que Nussbaum afirme varias veces en sus obras que su intención es formar una teoría que no sea metafísica (Nussbaum, 2007, p. 182) no alcanza: la autora basa el centro de su argumentación en la idea general de que las vidas de florecimiento serían valiosas, pero no explica realmente por qué. Surge la pregunta de si su propia teoría no se basaría en una falacia naturalista.

También es problemática la amplitud de esta teoría. La identificación de la dignidad en la mera capacidad de desarrollarse no excluye la dignidad de las plantas, como incluso la propia Nussbaum ha admitido (Nussbaum, 2007, p. 447). Es dudoso que tal respeto por las plantas pueda realísticamente representar alguna convicción de justicia.

Propongo superar estos problemas de la siguiente manera. El argumento trascendental-pragmático de Alexy tiene la virtud de no ser metafísico y de permitir la fundamentación de la titularidad de la dignidad en la medida que ello contribuya a realizar la naturaleza discursiva del humano, que consiste en la construcción de “verdades objetivas”. Lo que hace es identificar un rasgo de la naturaleza humana poco discutible, y de él derivar los criterios que determinan la racionalidad y objetividad. Alexy, como Kant, distingue entre autonomía privada y autonomía pública (Alexy, 2016, p. 127). Las reglas que protegen la autonomía pública, común a todos los humanos, se construyen utilizando un criterio de racionalidad basado en la naturaleza discursiva de las personas, que también es común a todos los humanos (las reglas del discurso). Así, las verdades públicas se construyen en el marco de criterios de racionalidad que son “públicamente” -universalmente- existentes.

Surge la pregunta por el valor y la formación de las reglas que rigen la “racionalidad” de la “verdad privada”. Aquí me refiero a la moral privada: las reglas que se impone el individuo a sí mismo para guiar su vida en libertad, sin vulnerar la libertad de terceros. Si la teoría del discurso utiliza el interés por la “verdad” como criterio último para fundamentar la verdad “pública”, la fundamentación de la protección de la libertad privada no puede basarse en algo distinto. El problema de la “verdad privada” es que, a diferencia de la “verdad pública”, su criterio de racionalidad no puede construirse sobre características compartidas por todos, pues ese campo ya está tomado por esta última. Parecería entonces que la “verdad privada”, a diferencia de la “pública” no podría utilizar

un criterio de racionalidad entendido como universalidad intersubjetiva, es decir, de aceptabilidad por todos. La racionalidad de la “verdad privada” solamente podría construirse sobre factores muy particulares, profundamente distintos en cada individuo: intereses, emociones, sentimientos, etc. Sin necesidad de desviarme por esta discusión, que merece un trabajo independiente, puedo destacar lo siguiente, que es útil para mi argumento: un auténtico interés en la verdad, llevado al campo de la moral privada, justifica que se confíe al individuo la determinación de sus reglas privadas; es él quien está en mejor situación para construir “verdades” privadas, pues nadie mejor que él tiene acceso a los factores muy particulares que la construyen. En consecuencia, así como Alexy ha fundamentado la autonomía pública (y los derechos humanos) sobre un auténtico interés en la verdad, la autonomía privada también se deja fundamentar de ese modo.

De manera análoga a la fundamentación de la autonomía privada, también podría justificarse la protección de animales y personas con discapacidad mental severa en un interés en la verdad: la “verdad” práctica sería equivalente al desarrollo de vida que estos sujetos emprenderían en ausencia de condiciones limitantes.

Así como con la moral privada, respecto de estos grupos hay incluso menos criterios en común a partir de los cuales construir “verdades” en común. Falta el criterio más importante de la “verdad”, que es la racionalidad. Sin embargo, no habría una razón *ex ante* para valorar negativamente el desarrollo de “verdades no-racionales” por estos grupos; la razón por la que se valora positivamente la racionalidad entre humanos, cualquiera sea su procedencia, es porque la naturaleza humana implica inevitablemente reglas que prescriben la racionalidad entre humanos; la teoría del discurso solo hace explícitas esas reglas. En el caso de entidades no racionales, una regla de ese tipo no existe. Además, sí hay elementos en común que son de hecho considerados para la construcción de nuestras verdades racionales: nuestras necesidades, capacidades, emociones, etc. En la medida que las “verdades privadas”



no sean exclusivamente valoradas en su “verdad” por ser la expresión de una ordenación racional de intereses, sino también por ser la manifestación de emociones y necesidades “reales” (verdaderas) de un individuo, en la misma medida es valiosa también la “verdad” reflejada en la vida de animales y personas con discapacidad mental severa.

Este planteamiento no está libre de críticas. Podría refutarse, por ejemplo, que el concepto de verdad se tuerce al punto de perder su significado, ya que el concepto de verdad presupone necesariamente racionalidad. Podría responderse que su uso es correcto en la misma medida en la que “verdad” es correctamente utilizado al describir fenómenos con los que no podemos establecer un diálogo, como los fenómenos naturales. Se podría contraargumentar, también, que el interés en la verdad que justifica los derechos humanos es distinto al interés en la verdad (si es que existe alguno) que justificaría la dignidad de seres no racionales, dado que el interés del primer tipo se justifica en la participación de otros en la construcción de una verdad común, algo en lo que los seres no racionales no pueden participar.

Para responder esta crítica algo del argumento postmodernista sí podría tener utilidad: si bien es posible hablar de “verdades” racionales universalizables entre todos los humanos, esto solo es posible debido a la naturaleza racional humana, que necesariamente utiliza ideas con pretensión de universalidad en el lenguaje; fuera de la comunidad racional, nada garantiza la utilidad o superioridad de “verdades” basadas en la racionalidad. Su valor está limitado a los humanos y seres racionales y sus objetivos, y por fuera de ellos es imposible medir su valor con otras “verdades”. En estas latitudes de abstracción, puedo reconocer cualificadamente una virtud del argumento postmodernista: nos pone en una situación humilde, al recordarnos que nuestra “verdad” humana-racional, *prima facie* y en general, no es una “verdad” superior a las “verdades” y formas de vida que reconocen otras especies para sí. Un auténtico interés en la verdad, que reconoce esta premisa, no puede evitar reconocer valor en las “verdades” que seres no racionales no pueden evitar reconocer.

También surgen preguntas críticas, como por ejemplo si la dignidad de animales merecería una misma protección que la de humanos. No obstante, mi planteamiento no puede ser fundamentado completamente aquí. Ello requeriría un trabajo independiente. El esbozo aquí propuesto deberá bastar para la argumentación que sigue.

Asumiendo que mi tesis sea acertada, propongo combinarla con una idea (ya mencionada) de Tooley. Este afirma que lo que es reprochable de un asesinato es la destrucción de una “subjetividad que puede experimentar”. Este concepto engloba la mínima característica imaginable presente en sujetos con aspiraciones, emociones y necesidades: *la capacidad de*

experimentar.

Por lo tanto, habría que entender aquí que, según un enfoque de las capacidades modificado, todo ser vivo es titular de dignidad, ya que la protección de su subjetividad representa la expresión de una verdad; no obstante, dicha vida -el desarrollo de sus capacidades- debe poder ser experimentada por una subjetividad. El cambio que propongo tiene el efecto de hacer que esta tesis particular del enfoque de las capacidades sea más representativa de nuestras convicciones intuitivas de justicia, y a la vez pueda justificarse sobre una base racional no metafísica dada por la teoría del discurso.

¿Cuáles son las condiciones que determinan la existencia de una subjetividad que experimenta? En lo que respecta a nuestra investigación: en los humanos, al menos la existencia de un sistema nervioso activo. La aptitud para experimentar cualquier capacidad es tener un sistema nervioso funcional. No todo feto tiene un sistema nervioso funcional; sin embargo, hay un punto en que sí se desarrolla. Este es el momento más temprano en que algún grado de dignidad es argumentable.

3.2. ¿Qué merece un titular de dignidad?

Aquí pretendo constatar algunas consecuencias normativas de la dignidad, aunque son tal vez innumerables, puesto que, según muchas opiniones, los derechos humanos y los derechos fundamentales se derivan de ella (Hufen, 2016, pp. 152-153). No me quiero extender mucho en esta sección dado que el centro de este artículo está más cercano a la identificación de la dignidad del feto; por ello, me restringiré a constatar dos categorías de normas que pueden derivarse de la dignidad, y que no son demasiado polémicas: i) la prohibición de instrumentalizar al ser humano, y ii) el derecho a condiciones mínimas que permitan una vida digna. Estas consecuencias normativas han sido construidas exclusivamente sobre presupuestos kantianos, por lo que asumen necesariamente su correspondencia con seres racionales; no puede decirse sin más que representan las consecuencias normativas de fetos con sistemas nerviosos funcionales pero aun sin racionalidad; sin embargo, ello no es muy problemático, dado que este análisis de



la dignidad es solamente importante para analizar la dignidad de la madre.

3.2.1. La prohibición de la instrumentalización de los seres humanos

Esta idea se basa en el segundo imperativo categórico de Kant: “El hombre, y todo ser racional en general, existe como un fin en sí mismo, no sólo como un medio de uso arbitrario para tal o cual voluntad, sino que debe ser considerado en todo momento como un fin en todas sus acciones dirigidas tanto a sí mismo como a otros seres racionales.” (Kant, 1797, AA IV, p. 428). Según Dürrig, la instrumentalización se produce cuando “el hombre se degrada a un objeto, a un mero medio” (Seelmann, 2019, p. 246).

¿Cuándo se instrumentaliza a un ser humano? Nino interpreta a Kant de la siguiente manera. Kant explica literalmente: “Actúa de tal manera que trates la humanidad tanto de tu propia persona como la de todos los demás en todo momento como un fin, nunca como un mero medio”. Aquí es importante reparar en el concepto de “humanidad”: según Kant - como ya se ha explicado- la humanidad implica la aptitud de tomar decisiones libres y plantearse a sí mismo objetivos. Desde este punto de vista, Kant quiere decir (según Nino) que una persona es tratada como un ser humano (o no es instrumentalizada) si es tratada de acuerdo a sus objetivos y decisiones libres (Nino, 1989, pp. 250-251).

¿Cuándo se trata al hombre de acuerdo con sus objetivos y su libertad? Hay dos tipos de restricciones posibles:

- (i) Los objetivos y el ejercicio de la libertad (humanidad) no deben ser restringidos por el Estado, a menos que dicha restricción sea libremente aceptada por el individuo (Nino, 1989, pp. 250-251).
- (ii) Como ya se ha explicado, los Estados deben tratar y proteger por igual las diferentes libertades y planes (léase: la humanidad) de las personas, debido a que son iguales. Por consiguiente, para ello, el Estado debe limitar las libertades de algunos para preservar otras libertades (Nino, 1989, p. 212, pp. 214-215).

Por consiguiente, una persona es “utilizada” e “instrumentalizada” cuando sus objetivos y libertades son restringidos sin que la restricción sea libremente aceptada, o cuando son restringidos sin que se justifique la preservación de otras libertades.

3.2.2. El derecho a condiciones mínimas que permitan una vida digna

Según Nino, la dignidad también otorga un derecho a condiciones mínimas que permitan una vida digna. Esta conclusión normativa también procedería de la idea de Kant de que todo plan de vida es valioso en sí mismo (Nino, 1989, pp. 214-215); en la medida que un plan de vida no puede

desarrollarse si no hay condiciones mínimas que al menos hagan posible su desarrollo, se haría preciso posibilitar dicho plan mediante la facilitación de las condiciones.

Hay muchas opiniones sobre las condiciones que necesita una vida digna para desenvolverse con dignidad. De acuerdo con nuestra conclusión sobre la dignidad humana, utilizaré el planteamiento de Nussbaum.

El enfoque de las capacidades propone que las capacidades de los seres vivos (en este caso, los humanos) son importantes, y afirma que su desarrollo debe ser posible. En este contexto, Nussbaum reconoce i) “capacidades básicas”, que describen las capacidades que los humanos tienen por naturaleza; ii) “capacidades internas”, que los humanos desarrollan mediante el cuidado y la educación; y iii) “capacidades combinadas”, que se consideran “capacidades básicas” cuyo desarrollo y despliegue requieren condiciones externas (Nussbaum, 2019, p. 240).

Por supuesto, cualquier habilidad básica no es valiosa (como la capacidad de usar la violencia). La doctrina Nussbaum propone construir normativamente una lista de habilidades deseables (Nussbaum, 2019, p. 240). Naturalmente, no es imposible adentrarnos en este punto; para el propósito de este trabajo, debe tenerse en cuenta que las habilidades humanas incluyen lo siguiente para Nussbaum: 1) vida, 2) salud física, 3) integridad física, 4) sentidos, imaginación y pensamientos, 5) sentimientos, 6) racionalidad práctica, 7) relaciones sociales (“Afiliación”), 8) relaciones con otras especies, 9) entretenimiento, control sobre el propio entorno (Nussbaum, 2019, pp. 241-243).

Las consecuencias normativas de la dignidad implican que las personas no deben ser instrumentalizadas y que las personas merecen ciertas condiciones mínimas para poder desarrollar sus capacidades. Como veremos más adelante, estas dos ideas nos ayudarán a juzgar la naturaleza normativa del aborto en contra de la dignidad humana.

4. Conflicto de dignidades: ¿El aborto vulnera la dignidad humana?



4.1. La dignidad del embrión

En esta parte de la investigación describiré algunas de las posturas más importantes sobre la dignidad de los embriones y las confrontaré con las conclusiones producidas hasta aquí. Un análisis y confrontación completa de cada opinión merece un trabajo individual, por lo que los resultados de esta sección solo pueden tener valor *prima facie*. Retienen, no obstante, cierto valor, en la medida en que se ocupan de los planteamientos básicos de cada postura.

En primer lugar, siguiendo lo desarrollado arriba, debe tenerse presente que el momento más temprano desde el que el embrión tiene dignidad es el momento en que se puede presumir razonablemente el funcionamiento del sistema nervioso.

A continuación, analizaré algunos de los argumentos que afirman la dignidad del embrión en un momento anterior.

i) Argumentos basados en una versión de las teorías de la dote: Tales opiniones basadas en las teorías de la dote repiten sus problemas y, por lo tanto, deben ser rechazadas por las razones expuestas anteriormente.

ii) Argumento de acuerdo al cual “el derecho a la vida del embrión humano no sólo se justifica en su forma de ser, sino en el mero hecho de que viva”: De acuerdo a este argumento, todas las características moralmente valiosas de la persona están igualmente presentes en todos los estadios de desarrollo humano, incluyendo la etapa embrionaria. Este argumento evita así la discusión sobre la existencia de características moralmente relevantes que determinen, independientemente, el valor moral de las personas (Birnbacher, 1995, p. 360).

El problema de estos argumentos, como señala Birnbacher, es que incurren en una falacia naturalista, pues derivan la dignidad del mero fenómeno biológico de vida humana, sin identificar los elementos moralmente relevantes (Birnbacher, 1995, p. 360). Por lo tanto, debemos rechazar este argumento.

iii) Argumento de continuidad: Según este argumento, el embrión es tan digno de protección como un ser humano adulto porque el embrión y el adulto están en una relación de continuidad: uno se convierte en el otro (Birnbacher, 1995, p. 361).

Al igual que el argumento anterior, este enfoque tiene el problema de que una idea normativa se deduce sin más del mero hecho de que el embrión se convierte en un ser humano adulto; se incurre de nuevo en una falacia naturalista, y se evita discutir qué características del ser humano determinan su apreciación.

iv) El argumento del individuo: Según este, el feto tiene dignidad

porque ya está “individualizado o es un individuo” (Birnbacher, 1995, p. 362). Como Birnbacher explica correctamente aquí, es cuestionable en este argumento lo que se entiende por “individuo”.

“Individuo” podría tener una naturaleza biológico-genética: Un feto se individualizaría desde el momento de la fusión nuclear, ya que el material genético que constituye un ser humano habría sido “seleccionado” desde entonces. Este problema vuelve a cometer una falacia naturalista: una norma se desprende sin más de este hecho. Además, esta “individualización genética” llevaría a la absurda consecuencia de que “gemelos idénticos, debido a que son genéticamente idénticos, no podrían ser identificados como individuos *ni siquiera de adultos*” (Birnbacher, 1995, p. 362).

“Individuo” también podría significar “que este embrión con sus características fenotípicas concretas es único e ‘irreemplazable’, esto es innegable pero al mismo tiempo trivial. Porque en un sentido absoluto, independientemente de cualquier referencia a ciertas características, no sólo los organismos sino casi todas las cosas del mundo son únicas e ‘irreemplazable’” (Birnbacher, 1995, p. 362). La irreemplazabilidad no constituye un criterio de valoración moral para otros fenómenos de la realidad.

v) Aplicación retroactiva de la regla de oro: La “regla de oro” afirma que otros deben ser tratados como a uno le gustaría ser tratado. En el caso del embrión, este argumento dictaría que los embriones no deben ser abortados porque a nadie le habría gustado ser abortado (Birnbacher, 1995, pp. 362-363).

Dworkin responde a este planteamiento. El argumento parte de una igualación de los intereses de los fetos a los de las personas: Los intereses de los fetos serían, en teoría, igualmente valiosos a los de las personas adultas. Según Dworkin, sería un error juzgar que el embrión puede tener intereses como un ser humano. Antes de la existencia de un sistema nervioso en funcionamiento, el embrión no puede sentir ni experimentar



en absoluto (Dworkin, 1993, pp. 16-18).

Además, esa aplicación de la regla de oro justificaría también una regla de reproducción obligatoria, ya que -en teoría- todos desearíamos ser fecundados.

Finalmente, la regla de oro implica un principio de universalización incompleto: si la regla moral fuera tratar a otros como a uno le gustaría ser tratado, los suicidas o las personas que simplemente no desearían haber nacido no tendrían una prohibición moral de abortar.

- vi) Argumento de la potencialidad: Un embrión sería digno porque es un ser humano potencial (Birnbacher, 1995, p. 365). El problema de este argumento es que pasa por alto las distintas etapas del embrión durante las cuales las capacidades y características del feto cambian enormemente. Según Birnbacher, son precisamente estas características descriptivas cambiantes las que determinan las afirmaciones normativas sobre el valor de la protección de todo ser vivo (Birnbacher, 1995, p. 366).

Este argumento merece una respuesta similar a lo que ya hemos afirmado en contra de la opinión de Marquis: parece cuestionable que el futuro potencial de un ser vivo sea aquello que determine su dignidad. Aplicando la teoría de las capacidades modificada, parece ser que lo que se valora en la vida de un ser vivo es su carácter como subjetividad que experimenta, en la medida que sea actual.

Desde el punto de vista de la teoría de la dignidad como autonomía, este argumento tampoco es sostenible, pues -como he señalado más arriba- Kant considera valiosa la aptitud racional actual y presente, y no la mera aptitud para adquirirla en el futuro.

- vii) Argumento de prevención de la existencia: Según este argumento, todos estamos obligados a permitir la existencia futura de un ser humano, porque su existencia sería valiosa en sí misma. Desde este punto de vista el aborto sería injusto.

Este argumento merece la misma respuesta que el anterior, ya que reconoce el valor no en una subjetividad existente, sino ya en una existencia futura.

- viii) Pertenencia a la especie: Una versión contundente de este argumento reconoce el valor de los embriones porque pertenecen a una especie (los seres humanos) que tiene potencialidad y capacidades valiosas (Birnbacher, 1995, pp. 368-370) (a saber: la capacidad de ser consciente de uno mismo, que reconduce al concepto de dignidad como autonomía; pero este argumento también sería compatible con el enfoque de las capacidades si se refiriera a las capacidades humanas generales).

El principal contraargumento de Birnbacher es que sería

dudoso que exista una seria convicción de justicia con respecto a la mera pertenencia genérica, que reconoce la dignidad del hombre precisamente en este aspecto. El autor admite, sin embargo, que de otro modo sería un argumento de peso (Birnbacher, 1995, pp. 369-370).

La opinión de Birnbacher parece justificada después de nuestra discusión sobre la dignidad. Tanto el concepto de autonomía como el enfoque de las capacidades basan el valor de las personas y los seres vivos en su valor en *sí mismo*, y no en el hecho de que pertenezcan a un grupo biológico. La apreciación, como establecen las teorías, es siempre interna, y no depende de factores externos (ni mucho menos la pertenencia a un grupo).

En conclusión, ninguna de las posturas divergentes típicas parece *prima facie* oponerse al concepto el concepto de dignidad elaborado en este trabajo.

Nussbaum tiene una opinión en el tema. Según ella, antes de que el embrión pueda sobrevivir sin la madre, éste tiene una "dignidad potencial" (Nussbaum, 2011, p. 7). Nussbaum concluye ello, partiendo de la premisa de que no podría existir un "derecho a la dignidad" sin el correspondiente deber de respetar este derecho. Antes de que el embrión sea capaz de sobrevivir sin la madre, ella no tendría el deber de respetar la "dignidad" del embrión. Para ello, Nussbaum se basa en la teoría de Jarvis Thomson, que analiza la "dignidad" del embrión en relación con la de la madre.

4.2. Dignidad de la madre

Hasta aquí ya podemos anunciar algunos resultados intermedios. Si la discusión que he expresado respecto de la titularidad del feto es aceptable, el aborto no vulnera ninguna dignidad si se produce hasta antes de la existencia de un sistema nervioso funcional.

Surge aquí la pregunta sobre qué sucede cuando el feto ha cruzado esta etapa de desarrollo. Aquí ya hay un conflicto entre dignidades y cierto tipo de balance es requerido con la dignidad de la madre. Este problema tiene muchas aristas y una discusión suficiente no puede ser abarcada



aquí. Por ello, el propósito de esta sección es destacar algunas problemáticas y proponer soluciones; algunas preguntas deberán, no obstante, quedar abiertas.

Como he explicado, la dignidad de un ser racional tiene, cuando menos, dos contenidos normativos: Que nadie debe ser instrumentalizado, y que se deben asegurar condiciones mínimas de autodesarrollo. Por lo tanto, cabe preguntarse: ¿podría la prohibición del aborto implicar una instrumentalización de la mujer? Hemos de recordar que la instrumentalización ocurre (entre otros casos) cuando se imponen restricciones o cargas a una persona sin su consentimiento.

a) Restricciones y cargas del embarazo

El embarazo tiene efectos significativos en la madre. Por un lado, puede afectar las capacidades de salud y la integridad física. Asimismo, siempre hay riesgos para la supervivencia de la mujer (Tribe, 1992, p. 103). Los efectos emocionales y sociales también pueden afectar el margen de autodeterminación de la mujer. Aunque el embarazo y el niño no sean deseados, se suele desarrollar una fuerte relación emocional entre la mujer y el niño; ello reduce la probabilidad de que el niño sea dado en adopción. “El embarazo transforma [gradualmente] a la mujer en una madre para *siempre*” (Tribe, 1992, p. 104). Esta situación, por supuesto, limita severamente el margen de maniobra del que dispone la mujer para formar su vida, su carrera, etc.

b) La naturaleza de la instrumentalización

En un famoso ensayo, Thomson afirma que, aunque se asumiera la dignidad del embrión, la prohibición del aborto implica necesariamente una instrumentalización de la madre. Explica su argumento mediante un experimento mental.

El lector debe imaginarse una situación en la que un violinista altamente entrenado tiene una insuficiencia renal, y para sobrevivir, debe estar conectado al sistema circulatorio de otra persona sólo durante 9 meses. En este contexto, personas cercanas al violinista secuestran y conectan a una persona al violinista durante 9 meses, para salvarle la vida. Si el secuestrado se separa del violinista, este último moriría directamente. Ahora bien, la autora nos pregunta si la persona secuestrada tendría un derecho moral a separarse del violinista (Thomson, 1971, p. 55).

La respuesta intuitiva es no. En ningún estado liberal se aceptaría que una persona sea sacrificada así en beneficio de un tercero. Y este es precisamente el atractivo de la tesis de Thomson: su enfoque apela directamente a fuertes convicciones intuitivas de justicia, y lleva a muchos a creer que ni siquiera la mera supervivencia de una tercera persona podría justificar el sacrificio de la madre.

Tooley ensaya una crítica contra el enfoque de Jarvis

Thomson. Afirma que no se desprende necesariamente de la analogía que el embrión deba ser sacrificado porque el daño a la madre siempre puede ser compensado de alguna manera por el Estado (Tooley, 1972, pp. 53-54). En mi opinión, esta crítica tiene dos problemas: en primer lugar, es cuestionable que sea moralmente tolerable permitir el sacrificio de una persona de ese modo y contra su voluntad. En segundo lugar, Tooley tendría que admitir que los bienes jurídicos afectados por el embarazo no pueden ser compensados adecuadamente por dinero.

El enfoque de Thomson parece convincente. El análisis de muchas de sus críticas requeriría repetir contraargumentos parciales relativos a la dignidad *a priori* del embrión, y por lo general son superables apelando a las reglas del discurso (Wiland, 2000). Este no es lugar para profundizar en ellas. Me quiero detener en un problema con el argumento de Thomson, que ella misma también percibe sin ahondar en él (Thomson, 1971, pp. 57-58): ¿qué pasa si la madre acepta quedar embarazada? ¿Y qué sucede si la madre acepta el *riesgo* de quedar embarazada? ¿Habría todavía una instrumentalización si el Estado prohibiera el aborto?

c) Consentimiento: ¿qué sucede si la mujer acepta libremente el embarazo (o el riesgo)?

La cuestión discutida en esta parte del ensayo es crucial porque, según lo desarrollado hasta ahora, no hay instrumentalización cuando una persona acepta voluntariamente la limitación a su libertad (o, de acuerdo a sus elecciones libres, la limitación le corresponde). Entonces, si la madre aceptara quedar embarazada o asumiera el riesgo, la prohibición del aborto no implicaría una instrumentalización y habría fuertes razones para aceptarla (asumiendo además que la prohibición ocurriera solo después del momento en que es razonable contar con un sistema nervioso funcional en el feto).

Una respuesta a esta idea podría alegar que, aunque la conexión con el violinista (el embrión) fuera voluntaria al principio,



deberíamos reconocer el derecho del donante a arrepentirse y renunciar. En respuesta a esta refutación, sostengo que ese derecho de retirada sólo podría reconocerse si el donante no supiera de antemano que su arrepentimiento causaría la muerte del violinista. Sin embargo, si el donante lo supiera antes de su consentimiento, no tendría justificación para sacrificar la vida de aquél. Esa justificación sólo se podría basar en la instrumentalización/decisión no tomada libremente, y no existiría aquí, dado que la mujer sabría desde el inicio que la muerte sería una consecuencia de su arrepentimiento. Por lo tanto, en este caso, la supervivencia del otro ser vivo tendría un mayor peso relativo, ya que ninguna instrumentalización se opondría.

¿Sería entonces plausible aceptar la prohibición del aborto siempre y cuando (i) exista un consentimiento del embarazo o de sus riesgos y (ii) el embrión pueda contar como un sujeto digno?

Esto lleva a la problemática pregunta sobre qué debe contar como consentimiento. Eso es particularmente ambiguo cuando se discute si correr el riesgo de quedar embarazada debe contar como consentimiento. No toda asunción de riesgo es considerada como consentimiento. En este respecto, hay varios criterios en la teoría de responsabilidad que normativamente suelen utilizarse para defender “aceptación ficta”. Uno de los criterios más importantes es la probabilidad de que determinados actos den lugar a determinada consecuencia.

Es común que las mujeres queden embarazadas, aunque no lo deseen. Incluso el uso acumulativo de anticonceptivos no puede excluir el embarazo con un 100% de certeza⁽¹⁵⁾. En el caso de uso de anticonceptivos, podría ser tentador afirmar que no se debería considerar la existencia de algún consentimiento en tales casos, ya que el comportamiento de la mujer revelaría su voluntad de no quedar embarazada, y además reflejaría un comportamiento prudente. ¿Pero qué pasaría en otros casos?

Incluso si no se usaran anticonceptivos al tener relaciones sexuales, las posibilidades de quedar embarazada son muy bajas, con un máximo del 9% cuando se produce la ovulación⁽¹⁶⁾. Siendo ello así, es altamente cuestionable imputar la responsabilidad por las consecuencias de un fenómeno muy improbable, que al mismo tiempo podría muy bien no haber sido deseado.

Comparto la opinión de Sunstein sobre este problema: determinar si se puede asignar la responsabilidad en

estas circunstancias requiere el análisis de diferentes teorías de asignación de responsabilidad, lo que excede el propósito de este trabajo (Sunstein, 1992, p. 41).

En este punto un argumento consecuencialista de Sunstein es destacable: aunque se aceptara la atribución de una responsabilidad diferenciada según los anticonceptivos o las estrategias anticonceptivas utilizadas, y por lo tanto el permiso o la prohibición de abortar debiera determinarse de acuerdo a ella, sería extremadamente caro y tal vez imposible probar todos los aspectos (Sunstein, 1992, p. 42) dichos supuestos. Por lo tanto, no valdría la pena prohibir el aborto a esta escala.

5. Conclusiones

El principal propósito de la sección metaética era sugerir una base argumentativa que permitiese una discusión moral que (i) evitara incurrir en una regresión infinita y que (ii) no se basara en ideas metafísicas. Creo haber cumplido con estos propósitos al proponer las teorías constructivistas de Habermas y Alexy, con algunas modificaciones trasladadas de la teoría de Nino y Rawls. La fundamentación y reglas de la teoría del discurso sirven para criticar algunos argumentos durante el trabajo, como para servir de base a la fundamentación de un concepto propio de la dignidad.

Al analizar los planteamientos de la dignidad humana, en la segunda sección he expuesto el planteamiento básico kantiano de la dignidad como autonomía y una fundamentación reciente por Alexy inspirada en Nino. He confrontado este planteamiento a algunas críticas. La más importante proviene de Nussbaum, cuyo planteamiento pretende resolver con la teoría de las capacidades. La teoría de las capacidades es, no obstante, de índole metafísica. He sugerido una solución a

(15) Véase Planned Parenthood. If you use both a condom and birth control, are you 100% protected from getting pregnant? <https://www.plannedparenthood.org/learn/teens/ask-experts/if-you-use-both-a-condom-and-birth-control-are-you-100-protected-from-getting-pregnant>

(16) Véase The Emergency Contraception Website. What is my risk of getting pregnant if I have sex without using contraception or my birth control fails? <https://ec.princeton.edu/questions/risk.html>

(17) Véase American Pregnancy Association. 'Can You Get Pregnant With Precum?' <https://americanpregnancy.org/getting-pregnant/can-you-get-pregnant-with-precum/>



los problemas de ambas teorías, al proponer un criterio de dignidad que también puede basarse en el argumento trascendental pragmático de la teoría del discurso, llevando a consecuencias normativas similares a las propuestas por la teoría de las capacidades. No obstante, esa solución sugerida está solo planteada, y una fundamentación completa requiere de un trabajo independiente.

Según el concepto de dignidad que he propuesto, el embrión sólo tendría cierto grado de dignidad humana si se puede demostrar en él un sistema nervioso que funcione. Sólo a partir de este momento se podría considerar la posibilidad de prohibir el aborto. Este resultado, no obstante, solo tiene valor *prima facie*, pues un análisis más profundo de cada una de las posturas divergentes típicas sobre la dignidad del feto es requerido.

Si no queremos vulnerar la dignidad de la madre, la prohibición del aborto tendría que limitarse a los casos en que (i) el feto tenga un sistema nervioso funcional y (ii) la madre haya elegido libremente quedar embarazada. De lo contrario, sería instrumentalizada.

Es problemático vincular el concepto de “libre decisión” o “consentimiento” con las normas de asignación de responsabilidades. Esto es particularmente problemático si la madre, aunque no quería el embarazo, fue “negligente”. Estos problemas deben ser examinados con más detalle en investigaciones posteriores.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2004). Menschenrechte ohne Metaphysik?. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52(1), 15-24. <https://doi.org/10.1524/dzph.2004.52.1.15>
- Alexy, R. (2016). Diskurstheorie und Menschenrechte. En *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (pp. 127-164). Suhrkamp.
- Alexy, R. (2019). *Theorie der juristischen Argumentation*. Suhrkamp Verlag.
- Austin, J. L. (1962). *How to do things with Words* (1.ª ed.). Harvard University Press.
- Birnbacher, D. (1995). Gibt es rationale Argumente für ein Abtreibungsverbot?. *Revue Internationale de Philosophie*, 49(193), 357-373. <https://www.jstor.org/stable/23954801?seq=1>
- Chalmers, A. (2013). *What is this thing called science?* (4.ª ed.). University of Queensland Press.
- Dixon, R. & Nussbaum, M. (2011). Abortion, Dignity and Capabilities Approach. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, (345), 1-19. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511980442.006>
- Dworkin, R. (1993). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1.ª ed.). Alfred A. Knopf.
- Freundlieb, D. (1975). Zur Problematik einer Diskurstheorie der Wahrheit. *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, 6(1), 82-107. <https://www.jstor.org/stable/25170345?seq=1>
- Habermas, J. (1973). Wahrheitstheorien. En H. Fahrenbach & W. Schulz, *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag* (pp. 253-266). Neske.
- Habermas, J. (1982). *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Habermas, J. (1998). Richtigkeit vs. Wahrheit. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 46(2), 179-208. <https://doi.org/10.1524/dzph.1998.46.2.179>
- Hare, R. (1963). *Freedom and Reason*. Oxford University Press.
- Hart, H. (1963). *Law, Liberty and Morality* (1.ª ed.). Oxford University Press.
- Höffe, O. (2014). *Immanuel Kant* (8.ª ed.). C.H. Beck
- Hufen, F. (2016). *Staatsrecht II, Grundrechte*. C.H. Beck.
- Hume, D. (1740). *Traktat über die Menschliche Natur*.
- Kant, I. (1797). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.
- Keuth, H. (1979). Erkenntnis oder Entscheidung? Die Konsensatheorien der Wahrheit und der Richtigkeit von Jürgen Habermas. *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, 10(2), 375-393. <https://www.jstor.org/stable/25170520?seq=1>
- Marquis, D. (1989). Why Abortion is Inmoral. *The Journal of Philosophy*, 86(4), 183-202. <https://doi.org/10.2307/2026961>
- Nino, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Editorial Astrea.
- Nussbaum, M. (2007). *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership (The Tanner Lectures on Human Values)*. Harvard University Press.
- Nussbaum, M. (2019). *The Cosmopolitan Tradition: A Noble but Flawed Ideal*. Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
- Popper, K. (1973). *Logik der Forschung*. Mohr Siebeck Verlag.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjf9z6v>
- Seelmann, K. (2019). *Rechtsphilosophie*. C.H. Beck.
- Sunstein, C. (1992). Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy). *Columbia Law Review*, 92(1), 1-52. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12371&context=journal_articles
- Thomson, J. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy & Public Affairs*, 1(1), 47-66. <https://www.jstor.org/stable/2265091>
- Tooley, M. (1972). Abortion and Infanticide. *Philosophy & Public Affairs*, 2(1), 37-65. <https://www.jstor.org/stable/2264919>
- Tribe, L. (1992). *Abortion, The Clash of Absolutes*. W.W. Norton & Company. <https://doi.org/10.1215/03616878-17-1-177>
- Wiland, E. (2001). Unconscious violinists and the use of analogies in moral argument. *Journal of Medical Ethics*, 26(6), 466-468. <http://doi.org/10.1136/jme.26.6.466>





Técnicas normativas y aplicativas en las medidas laborales ante el COVID 19 en España^(*)(**)

Legislative and application techniques in labour measures at COVID 19 in Spain

Jesús Cruz Villalón^(***)

Universidad de Sevilla (Sevilla, España)

Resumen: La declaración del estado de alarma por el Gobierno español en marzo de 2020, que ha confinado a la población en sus domicilios, con efectos muy intensos de paralización de la actividad empresarial, ha tenido un impacto muy notable en el ámbito de lo laboral, con medidas muy relevantes, de fuerte impacto tanto sobre el mercado de trabajo como sobre la legislación laboral. Entre las medidas más destacadas señalaríamos las siguientes: (1) reglas de preferencia del trabajo a distancia para aquellas empresas que se vieran obligadas a cerrar los centros de trabajo y en la medida de lo posible se evitara la destrucción de esos empleos; (2) establecimiento de un sistema de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor, favorable tanto para las empresas como para los trabajadores, que igualmente evitase la adopción de despidos masivos; (3) declaración del carácter injustificado de los despidos que pretendiesen motivarse por la paralización de la actividad productiva derivada de la crisis sanitaria; (4) fórmulas favorecedoras de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales durante el desarrollo de las medidas frente a la pandemia; (5) fórmula excepcional de permiso retribuido recuperable; (6) medidas económicas de atención a los trabajadores sin actividad laboral a través de prestaciones de Seguridad Social; (7) introducción de una prestación nueva de Seguridad Social como Ingreso Mínimo Vital.

El presente estudio, dejando de lado el análisis en detalle del contenido de las medidas adoptadas, pretende analizar el proceso de elaboración de estas normas de urgencia, la intervención de los diversos poderes públicos tanto en el proceso de aprobación como de aplicación, así como el protagonismo de la concertación social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la empresa. Desde este enfoque, se afrontan las especialidades de las medidas desde la perspectiva del juego de las reglas relativas a Fuentes del Derecho, así como del papel desempeñado por los actores protagonistas habituales en el desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Palabras claves: Técnica normativa laboral - Legislación de urgencia - Concertación social - Facultades administrativas laborales

Abstract: The declaration of the state of alarm by the Spanish Government in March 2020, which has confined the population to their homes, with very intense effects of paralyzing business activity, has had a very notable impact in the field of work, with very

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 30 de abril de 2020 y su publicación fue aprobada el 14 de agosto de 2020.

(**) Artículo actualizado hasta el 30 de julio de 2020.

(***) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla, España. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la misma casa de estudios. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1275-5289?lang=en>. Correo electrónico: jesuscruz@us.es



relevant measures, with a strong impact on both the labour market and labour legislation. Among the most important measures are the following: (1) rules of preference for distance working for those companies that were forced to close their work centres and, as far as possible, avoid the destruction of these jobs; (2) establishment of a system of suspension of employment contracts due to force majeure, favourable to both companies and workers, which would also avoid the adoption of mass redundancies; (3) declaration of the unjustified nature of redundancies that were intended to be motivated by the cessation of productive activity due to the health crisis; (4) formulas favouring the conciliation of family and work responsibilities during the development of the measures against the pandemic; (5) exceptional formula of recoverable paid leave; (6) economic measures to attend to workers without work activity through Social Security benefits; (7) introduction of a new Social Security benefit as Minimum Life Income.

The present study, leaving aside the significance and scope of the measures adopted in this context, aims to analyze the process of elaboration of these emergency regulations, the intervention of the various public powers both in the process of approval and application, as well as the marginal role of social consensus, collective bargaining and the participation of workers in the company. In this way, the specialties of the measures are addressed from the perspective of the game of the rules related to Sources of Law, as well as the role played by the habitual protagonists in the development of our system of labour relations.

Keywords: Technical labor regulations - Emergency legislation - Social agreement labor - Administrative powers

1. Las medidas laborales y sociales como referente central: un análisis desde la técnica jurídica

El fortísimo impacto de la pandemia en España ha exigido que la declaración del estado de alarma por el Gobierno⁽¹⁾, a mediados de marzo de 2020, haya provocado medidas de enorme repercusión en la vida cotidiana del conjunto de la población. La imposición de un confinamiento en los domicilios particulares de la práctica totalidad de los residentes en todo el territorio español ha tenido un impacto sobre muy diversos aspectos de la vida cotidiana, entre los que destacan, a los efectos que nos interesa tener en cuenta en estos momentos, los que afectan

a la suspensión de la actividad económica, lo que, por efecto derivado, ha desencadenado, automáticamente, una importante alteración o interrupción de multitud de trabajos. Como de manera plástica se ha descrito bien, la efectividad del confinamiento ha requerido que desde el poder público se produzca un modo de “coma inducido” de la actividad económica. Se trata de algo que, dentro de la ortodoxia de las políticas económicas, se presenta como una medida contra natura, dado que la práctica universal es que el poder público actúe a favor de la dinamización económica y de establecer mecanismos que promuevan el desarrollo económico al máximo nivel posible.

En todo caso, la profundidad del confinamiento ha tenido un efecto automático sobre el empleo, de modo que prácticamente todos los trabajadores ocupados se han visto afectados por las medidas de confinamiento. Unos porque han debido seguir prestando sus servicios en sus domicilios a distancia cambiando no sólo el lugar de realización de su trabajo, sino que, además, como efecto reflejo, han visto modificadas muchas de sus condiciones de trabajo; se calcula que en torno a tres millones de trabajadores han pasado a prestar servicios a distancia, lo que representa en torno al 16,2% de la población ocupada, cuando previamente en 2019 el trabajo a distancia sólo representaba el 4,8%. Otros porque se ha paralizado por completo la actividad productiva de sus empresas, lo que les ha dejado sin trabajo, por mucho que se hayan establecido medidas laborales orientadas a favorecer que ello no produzca una destrucción de sus empleos sino exclusivamente un paréntesis temporal en tanto que dure la situación de excepcionalidad; las suspensiones de los contratos de trabajo ha superado los 3,4 millones de trabajadores, lo que viene a representar el 25% de los ocupados en el sector privado, al tiempo que se ha

(1) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el RD 465/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), estado de alarma prorrogado por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), prorrogado por segunda vez por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE 11 de abril); prorrogado por tercera vez por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE 25 de abril); prorrogado por cuarta vez por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE 9 de mayo 2020); prorrogado por la quinta vez por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE 22 de mayo); y por sexta y última vez por el Real Decreto 463/2020, de 5 de junio (BOE 6 de junio), hasta el 20 de junio.



destruido del orden de 1,35 millones de empleos. Finalmente, aquellos que han seguido trabajando en sus centros de trabajo, porque realizan tareas en servicios esenciales o en sectores críticos donde la trascendencia de su trabajo se ha visto exponencialmente incrementada, o bien porque se ha permitido un mínimo de actividad productiva en algunos sectores (construcción e industria), incluso éstas durante un pequeño lapso de tiempo también interrumpidas, pero que, en todo caso, han tenido que reforzar las medidas de prevención de riesgos laborales a efectos de evitar la propagación del contagio.

Todo ello ha exigido la adopción de medidas laborales de reacción, orientadas a priorizar el teletrabajo, a canalizar las paradas de la producción a través de suspensiones de los contratos de trabajo en las que el empleador no debe abonar su salario y ello viene compensado porque la Seguridad Social abona el 70% de la retribución dejada de percibir, intentando evitar los despidos, adoptar medidas reactivas frente a la fuerte destrucción del empleo temporal, atender las paradójicas carencias de empleo en la actividad agrícola, así como establecer reglas singulares para quienes siguen trabajando, especialmente en sectores críticos o especialmente sensibles⁽¹⁾. Posteriormente, vendrían medidas orientadas a sostener la economía y, especialmente, a favorecer la reincorporación al trabajo de los trabajadores que tenían sus contratos suspendidos, especialmente a través de la flexibilidad en la recuperación del empleo y en reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social⁽²⁾.

Como complemento imprescindible a todo lo anterior, el número de personas que se han quedado sin trabajo, sea temporal o por tiempo indefinido, es muy elevado y, especialmente, ha supuesto una intensificación muy notable

de situaciones de necesidad económica por pérdida de ingresos que incluso han afectado al acceso a bienes y servicios básicos⁽⁴⁾. Por tanto, desde el primer momento se detectó que las prestaciones económicas proporcionadas por nuestro sistema de Seguridad Social y, más ampliamente, de todo el entramado de nuestro modelo de protección social no llegaba a muchas de las situaciones de desamparo económico que se han producido y, por ello, la incorporación de nuevas medidas de carácter social en este terreno ha sido importante y decisiva para compensar los perjuicios provocados por la paralización de la actividad económica. Las medidas en el ámbito de la Seguridad Social se han dirigido esencialmente a garantizar prestaciones económicas suficientes a quienes ha dejado de trabajar por suspensiones o despidos, así como por reducciones de jornadas. Todo ello se ha materializado en el dato de que, durante el período álgido del confinamiento, el sistema de Seguridad Social ha llegado a abonar prestaciones económicas a un total de 6,3 millones de personas. Como medida estructural de particular impacto de encuentra la introducción de una nueva prestación de Seguridad Social, denominada Ingreso Mínimo Vital, dirigida a atender a las situaciones de pobreza extrema, con particular impacto en quienes tradicionalmente quedan fuera del ámbito de protección de la Seguridad Social, por

- (2) Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE 11 de marzo), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (BOE 13 de marzo), por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19; Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril (BOE 8 de abril), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario; Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril (BOE 22 de abril), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. C. Alfonso Mellado y G. Fabregat Monfort, COVID-19: Medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral. Doctrina, legislación y formularios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020. C. H. Preciado Domènech, Aspectos laborales y de Seguridad Social del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. J. Mercader Uguina, Compromiso de empleo en los ERTES por fuerza mayor y COVID-19: más dudas, más incertidumbre, Foro de Labos. E. Rojo Torrecilla, Aula Iuslaboralista UAB. Dos meses que cambiaron las relaciones laborales. J. A. Fernández Avilés, Un repaso de síntesis a las modificaciones operadas en el DTSS desde el Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma. ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?, CEF 445 (2020).
- (3) Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo (BOE 13 de mayo), de medidas sociales en defensa del empleo; Real Decreto-Ley.
- (4) Además de las normas mencionadas en la nota precedente, véase. Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo (BOE 1 de abril), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.



encontrarse en la economía informal o fuera por completo del mercado de trabajo⁽⁵⁾.

En definitiva, la actuación en el campo de lo laboral y de la Seguridad Social ha constituido uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno para contrarrestar los efectos de la paralización económica, a su vez impuesta como necesaria a resultas de la obligada limitación de la movilidad de los ciudadanos en el marco del estado de alarma. Dicho de otro modo, las medidas laborales y sociales no han constituido un mero elemento de acompañamiento a la actuación para hacer frente a la crisis sanitaria, sino que han conformado un referente básico dentro del conjunto de las medidas adoptadas en este complejo escenario.

En todo caso, no pretende ser el objetivo inmediato de este trabajo el análisis del contenido de las medidas laborales y sociales que se han adoptado desde la perspectiva material, su alcance e impacto. Dejando al margen la importancia de la anterior perspectiva, a la que hemos dedicado su atención a través de otros textos⁽⁶⁾, en esta ocasión nuestra pretensión es de enfoque más general en el plano de lo técnico jurídico y del juego de las Fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico aplicadas a un contexto difícilmente previsible, pero para el que se presupone que nuestro sistema debe tener instrumentos jurídicos con los que actuar.

El punto de partida a estos efectos, es que la declaración del estado de alarma no constituye, ni mucho menos, una excepcionalidad en la aplicación de nuestro sistema normativo y, mucho menos, en las previsiones constitucionales contempladas al efecto. En concreto, el estado de alarma no puede constituir un fundamento para alterar nuestro sistema normativo y, en particular, nuestro sistema de Fuentes del Derecho.

Eso sí, el propio ordenamiento jurídico contempla vías singulares de actuación frente a situaciones de cierta excepcionalidad y la derivada de la crisis sanitaria es emblemática a estos efectos. De este modo, sin haberse alterado las bases conforme a las que se construye nuestra legislación laboral y de protección social, las medidas adoptadas en este terreno, tanto en el ámbito normativo como en el ejecutivo o aplicativo, han presentado significativas especialidades, que merece la pena analizar. Esas especialidades no presentan un

alcance menor, aunque sin llegar a alterar el diseño constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera el modelo práctico desarrollado a lo largo de todas estas décadas de funcionamiento democrático de las relaciones laborales. Eso sí, presentan una trascendencia que merece la pena analizar, a pesar de su impacto en principio limitado en el tiempo, dado que es la primera ocasión en la que se ha presentado un panorama de esta envergadura en la ya larga experiencia democrática de nuestro país, que ha requerido adoptar medidas excepcionales, que necesariamente van a dejar su poso. Incluso, lo extraordinario de la situación vivida, provoca que se acuñe la idea de que volveremos a una “nueva normalidad”. Sin lugar a dudas, el impacto económico, social y cultural será indiscutible para el futuro, al punto que ello obliga a reflexionar hasta qué punto esa posible “nueva normalidad” puede incluso incidir en la perspectiva jurídica, para desembocar en una “nueva normalidad jurídica”.

2. La limitación de derechos fundamentales y de derechos constitucionales

Por su trascendencia, el primer interrogante es el de hasta qué punto el estado de alarma ha limitado o impedido el ejercicio de derechos fundamentales o, más ampliamente, constitucionalizados desde la perspectiva laboral. Desde el punto de vista formal, lo que se contempla en la Ley Orgánica reguladora del estado de alarma es que éste podrá “limitar la circulación o permanencia de personas”, aparte de poderse adoptar otras medidas que pueden afectar al derecho de propiedad, a la libertad de empresa o al acceso a servicios o productos⁽⁷⁾. De este modo, se podría decir

(5) Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo (BOE 1 de junio), por el que se establece el ingreso mínimo vital; Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio (BOE 10 de junio), de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio (BOE 27 de junio), de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial; Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio (BOE 6 de julio), de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo.

(6) Para mayor información, véase. Cruz Villalón, J. (2020). Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 406-418. Véase Cruz Villalón, J. (2020). El ERTE en la fase de retorno a la normalidad, *Actum Social*, 158, 48-54. Véase Cruz Villalón, J. (en prensa). Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ante la emergencia sanitaria: incentivos al retorno del empleo y sanciones frente a la resolución contractual. *Bomazo*.

(7) Artículo 11 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE 5 de junio), de los estados de alarma, excepción y sitio.



que la declaración del estado de alarma no puede afectar de manera directa al disfrute y ejercicio de ninguno de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, ni en su perspectiva individual ni en la colectiva.

A pesar de ello, la intensidad de la limitación de la libre circulación ha sido de tal grado que ha provocado un impacto reflejo inmediato sobre el derecho al trabajo y el deber de trabajar; lo primero, en la medida en que ha impedido la continuidad de multitud de trabajos, lo segundo, en cuanto que se han desarrollado en este contexto los deberes de ejecución de prestaciones personales obligatorias⁽⁸⁾. En paralelo ha limitado sustancialmente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE), en la medida en que ha obligado al cierre de negocios. Más aún, el efecto reflejo es de tal magnitud que, aunque no limita otros derechos laborales, especialmente de carácter colectivo, los hace especialmente complicados en su ejercicio. Baste, sólo a título de ejemplo, tener presente cómo las imposiciones derivadas de la necesidad de mantener distancia de seguridad interpersonal dificulta el desarrollo de reuniones presenciales tanto sindicales como asamblea de trabajadores, lo sean a efectos de negociación colectiva, de actividad sindical, de desarrollo de los procesos de consultas en los procedimientos de suspensión de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; sin olvidar tampoco cómo las actividades consideradas como críticas o esenciales durante el período de emergencia hace presumir que las mismas tienen igualmente el carácter de mínimos esenciales a efectos del posible desarrollo del derecho de huelga.

En todo caso, sin poder entrar en el análisis de los aspectos anteriores que, por muy importantes que puedan ser, se van a circunscribir en el ámbito temporal extraordinario del período correspondiente al estado de alarma. Más allá de lo anterior, me interesa llamar la atención acerca de los importantes desafíos que para el futuro y de posible alcance permanente puedan tener esa anunciada “nueva normalidad” tras la superación de la emergencia sanitaria. En este otro territorio de lo que puede surgir como un debate más en el medio y largo plazo, me parecen especialmente significativas ciertas medidas que se barruntan en orden a controlar futuros contagios o diseminación

del virus, que pueden afectar al derecho a la privacidad de las personas y, en particular, de los trabajadores (artículo 18 CE). En este ámbito van a resurgir con fuerza los debates en torno a los controles de la vigilancia de la salud de los trabajadores, incluidos, por ejemplo, la extensión de controles cotidianos a la totalidad de la plantilla de la temperatura al ingreso en el centro de trabajo⁽⁹⁾. Esto último entraría dentro de la categoría de lo que se denominan controles biométricos, cuyo tratamiento de datos se encuentra significativamente limitado por la normativa sobre protección de datos, si bien la misma abre paso a ciertas excepciones justificadas, entre las que se encontrarían, a nuestro juicio, las que estamos comentando en este momento⁽¹⁰⁾. A estos efectos, la voluntariedad del consentimiento como regla general cede en la regulación vigente cuando su estado de salud “puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”⁽¹¹⁾. No ya es sólo que los controles de verificación de si el trabajador da positivo en el contagio del virus puedan ser realizados por la autoridad pública sanitaria, sino incluso si pueden ser exigidos por el empleador a todos sus empleados, en el ejercicio de sus facultades de revisión del estado de salud del trabajador, especialmente a la vista de que los asintomáticos también pueden transmitir la enfermedad. Ciertamente, cuando está en juego el derecho a la vida y a la salud de todos, este tipo de controles resultan plenamente justificados, pero ello debe conciliarse con el derecho a la privacidad del trabajador y, por ende, deberán establecerse los necesarios protocolos en cuanto al modo de realizarlos y a la gestión de las bases de datos que se traten y mantengan al efecto.

(8) Artículo. 8 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo).

(9) Véase Ministerio de Sanidad (2020). *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*. https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf.

Un comentario a ello en Mercader, J. (2020). ¿Quién puede controlar la temperatura de los trabajadores? Comenzando a pensar en el desescalado, *Foro de Lab*

(10) Artículo.9.2 incisos b y h Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

(11) Artículo 22 Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE 10 de noviembre), de Prevención de riesgos Laborales, en conexión con la disposición adicional. 17ª Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (BOE 6 de diciembre), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.



Como contrapunto a lo anterior, como algo claramente diferenciado a los controles de salud, se encontraría la hipótesis de solicitar al trabajador un certificado de inmunidad frente al virus, a modo de lo que se ha venido denominando el “pasaporte de inmunidad”, particularmente delicado en la hipótesis de que está práctica se extienda en los momentos de desarrollo de los procesos de contratación laboral. Esta es una práctica que, a nuestro juicio, iría frontalmente contra la normativa europea y nacional en materia de protección de datos personales, sin perjuicio de que, como excepción ello, pudiera ser admisible para ciertos trabajos para los cuales el trabajador debe superar determinadas condiciones de salud y ausencia de riesgos de diseminación de contagios víricos en particular⁽¹²⁾.

3. Efectividad y eficacia de las medidas legislativas

Uno de los rasgos más extendidos entre la legislación laboral reside en la dificultad de que sus reglas resulten de real aplicación y cumplimiento (efectividad), así como que cumpliéndose logren sus objetivos y fines (eficacia)⁽¹³⁾ Más allá de la obligada hermenéutica más formal de análisis de las normas jurídicas, al estudioso le corresponde adentrarse en la no fácil tarea de comprobar hasta qué punto las normas laborales se cumplen efectivamente, del mismo modo que diagnosticar si el proceso aplicativo de la norma ha desembocado en el logro de los objetivos que realmente pretendía el legislador con ello⁽¹⁴⁾.

Desde esta perspectiva, la contundencia de las normas laborales aprobadas en el contexto de un escenario de crisis sanitaria de esta envergadura, así como de la intensidad de los controles desarrollados para asegurar su cumplimiento, permiten adelantar que el grado de cumplimiento y de eficacia de las medidas adoptadas ha sido casi universal. Naturalmente, en este contexto hay que diferenciar entre eficacia de la finalidad central y de los fines instrumentales para lograr la anterior, en el sentido de que la finalidad central no es otra que el confinamiento de la población con vistas a lograr la contención de la diseminación del virus, mientras que el objetivo instrumental lo constituye lo pretendido con las medidas laborales orientadas a lograr dicho confinamiento, así como con las medidas sociales dirigidas a contrarrestar los efectos negativos derivados de la pérdida de ingresos a resultas de la paralización de la actividad empresarial provocada igualmente para asegurar el confinamiento.

Pues bien, centrados en las medidas laborales y sociales, puede afirmarse, en una primera aproximación, que su nivel de eficacia ha sido considerablemente elevado. Desde el punto de vista laboral, la aplicación de la prioridad del teletrabajo y la centralidad adquirida por el procedimiento de suspensión del contrato de trabajo resulta indiscutible, mientras que desde el punto de vista social ha resultado igualmente plenamente efectiva la ampliación de las prestaciones de Seguridad Social a ciertos colectivos que con la regulación establecida hasta ahora no percibirían prestaciones económicas. Se trata de medidas de enorme envergadura en cuanto a su implementación, tanto desde el punto de vista de los trabajadores que se han visto afectados por las mismas, como desde la perspectiva de las cantidades destinadas a la ampliación de la protección social de estos trabajadores, incluidos los medios materiales y personales puestos al servicio de la gestión administrativa de tales medidas. Eso sí, un análisis más profundo y completo de la efectividad y eficacia de las medidas laborales y sociales requiere también señalar algunos aspectos que matizan e incluso pueden llegar a corregir la conclusión precedente.

Por lo que se refiere al teletrabajo, más allá de la declaración formal como una cuasi obligación de empleador y trabajador de adaptarse a un régimen de trabajo a distancia en la medida en que técnica y económicamente ello sea posible, así como de alguna flexibilización en el cumplimiento de las exigencias relativas a la prevención de riesgos laborales, la normativa ha establecido pocas novedades. De este modo, esas pocas novedades es difícil que hayan sido las determinantes de un efecto tan impactante como el de que varios millones de trabajadores en un tiempo muy breve hayan pasado a ejecutar su prestación en régimen a distancia. Posiblemente el cambio ha derivado normativamente sobre todo de la regla de orden público que ha impuesto

(12) Véase. Cruz Villalón, J. (2019). *Protección de datos personales en el proceso de contratación: facultades y límites de actuación del empleador*. Bomarzo.

(13) Véase. Cruz Villalón, J. (coord.) (2011). *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*. Tirant lo blanch.

(14) Véase. Cruz Villalón, J. (2016). La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo. *Temas Laborales*, 132, 73-121.



el confinamiento, unido a los esfuerzos por parte de las empresas de no provocar la paralización total de su actividad productiva. A la postre, puede afirmarse que la eficacia de la medida ha residido más en la capacidad tecnológica de las empresas y, en concreto, en el grado de digitalización de sus medios técnicos y productivos, que son los que han propiciado un cambio organizativo de tanto calado como el que se ha producido y además en un lapso de tiempo tan breve. Dos matices importantes adicionales han de ser introducidos al respecto. Primero, que una cosa es que se haya extendido a muchos empleados el régimen del teletrabajo y otra diferente, difícil de ponderar, es hasta qué punto ello ha logrado realizarse con grados de eficiencia y productividad suficiente para las empresas. Segundo, que el proceso de cambio ha sido más fácil entre las grandes empresas, mientras que ha sido más complejo y difícil entre las pequeñas y micro empresas.

En cuanto a la canalización preferente de las interrupciones del trabajo a través de los procedimientos de suspensión de los contratos de trabajo, con vistas a contener los despidos también la eficacia de la medida requiere de dos precisiones de notable importancia. Por un lado, ha de tenerse presente que, a pesar del número tan elevado de trabajadores afectados por las suspensiones de contrato, también ha sido muy intenso el número de extinciones contractuales detectadas a partir de la declaración del estado de alarma. En particular, la suspensión contractual no ha sido vehículo de contención de las denuncias *ante tempus* de los contratos temporales, de modo que más de medio millón de contratos de trabajo temporales se han extinguido en apenas quince días. Ello no constituye ninguna novedad, sino que muestra una vez más el uso desviado de la contratación temporal dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, cómo se utiliza más como instrumento de ajuste de empleo ante las situaciones de crisis que como institución destinada a atender las necesidades de trabajo coyunturales en la actividad empresarial.

Por otro lado, la eficacia real de la suspensión contractual ante la emergencia sanitaria sólo se podrá diagnosticar debidamente cuando transcurra el ciclo completo de reactivación económica y, en la medida en que la misma se verifique una cierta inmediatez y celeridad. En concreto, lo que está por ver es si, una vez levantado el estado de alarma, es posible retornar a un escenario de vuelta dentro de un tiempo razonablemente breve al nivel de actividad empresarial precedente a la emergencia sanitaria. Lo que se puede señalar en el momento de cierre de este trabajo, es que a mediados de julio de los 3,4 millones de trabajadores que se han visto afectados por una suspensión del contrato de trabajo durante el estado de alarma, se han llegado a reintegrar a sus puestos de trabajo del orden de la mitad de ellos y todavía la otra mitad se encuentra en la incertidumbre de si podrán reincorporarse en el corto plazo o acabarán por ser despedidos. Desde luego, que se desemboque en uno u otro

escenario respecto de los que todavía están en la expectativa de reincorporarse o verse despedidos dependerá de muchos factores, probablemente los más relevantes ajenos a las medidas legislativas laborales adoptadas o que se puedan adoptar.

Ciertamente se han adoptado medidas legislativas en este orden, como reducir los costes empresariales en las cotizaciones sociales empresariales si se produce la reincorporación al trabajo, la declaración como injustificado de un despido intentando motivarlo en los efectos laborales de la paralización de la actividad económica por la pandemia, la prohibición de realizar horas extraordinarias, de incrementar los procesos de tercerización o de realizar nuevas contrataciones laborales hasta tanto no se hayan reincorporado todos los trabajadores con sus contratos en suspenso. En todo caso, este tipo de medidas tienen un impacto limitado en la práctica, pues el margen de gestión del mercado de trabajo por parte de la norma laboral aisladamente considerada en este escenario resulta claramente limitada: a nuestro juicio, parece indiscutible que el panorama de futuro se decante más por la recuperación de la situación precedente que por una fuerte destrucción de empleo puede depender sobre todo de políticas económica generales, más de carácter extralaboral, sin perjuicio de que también serán necesarias medidas adicionales que propicien una más fácil transición desde la paralización profunda de la economía a su necesaria progresiva recuperación.

En lo que se refiere a las medidas sociales adoptadas, en concreto las relativas a la ampliación de la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social, especialmente desde el punto de vista subjetivo, puede afirmarse que se han detectado bastante bien los ámbitos en los que la regulación precedente dejaba fuera de la acción protectora a importantes grupos de trabajadores que veían interrumpidos sus ingresos a resultas de la imposibilidad de seguir trabajando: trabajadores sin el período de cotización suficiente para percibir la prestación por desempleo (tanto a efecto de la suspensión de los contratos de trabajo como de las extinciones de los contratos temporales), personal del servicio doméstico



no protegido frente al desempleo, trabajadores autónomos que cesan en su actividad o que ven intensamente reducidos sus ingresos. Incluso, en términos intuitivos, si bien ello requerirá en su momento realizar la valoración más ajustada, se puede barruntar que la eficiencia de estas medidas ha sido bastante notable, entendido el término eficiencia en la noción clásica de los economistas de la relación existente entre el costo de una medida y el impacto material que la misma tiene en orden a lograr el objetivo pretendido con la misma.

Eso sí, también en este terreno se han detectado ciertas bolsas de población marginal que han quedado fuera, cuando menos hasta el momento presente, de ser atendidas frente a una situación de necesidad surgida una vez más a resultas de la paralización de la actividad económica. Se trata de bolsas de población que ya con anterioridad detectaban insuficiencias en su atención por el conjunto del sistema de protección social, derivado bien lo sea por su ubicación en el ámbito de la economía informal, por sus fuertes responsabilidades familiares que sólo le permite una incorporación marginal al mercado de trabajo, o bien por la mera realización de micro empleos que lo sitúan dentro del perfil de los denominados como trabajadores pobres. Todo ello ha provocado la ya mencionada aprobación de un Ingreso Mínimo Vital como nueva prestación económica de la Seguridad Social, para hacer frente especialmente a la situación de extrema pobreza, con particular atención a la pobreza infantil.

4. Unas medidas para la emergencia: una normativa transitoria

Uno de los rasgos caracterizadores más destacados de las medidas laborales y sociales adoptadas con ocasión del estado de alarma reside en el dato de tratarse de medidas “para” la emergencia, adoptadas “ante” la emergencia.

Es importante resaltar la diferencia frente a actuaciones del pasado, incluso algunas de ellas en las que se utilizaba una expresión muy similar como era la de Derecho del Trabajo “de” la emergencia, para reaccionar precisamente a un escenario crítico en la evolución del empleo y del mercado de trabajo. En muchas otras ocasiones, incluso diríamos en la mayoría de las ocasiones, las reformas laborales más profundas y de carácter estructural se han producido como reacción frente a un proceso de intenso deterioro del empleo. Ahora bien, en esta ocasión nos encontramos ante un contexto cualitativamente diferente, por mucho que haya ese elemento común de una fuerte tendencia a la destrucción del empleo. Lo cualitativamente diferente es que ahora se trata de reaccionar frente a una causa externa a lo económico situada en el terreno de la tutela del derecho a la salud, en tanto que en las situaciones precedentes se actuaba frente a escenarios depresivos del ciclo económico, donde, por añadidura, prevalecía una idea

de que la rigidez de la norma laboral era un obstáculo no sólo para hacer frente a la crisis de empleo y a la sucesiva reactivación de la economía; más aún, donde subyacía la consideración de que esa normativa laboral había devenido inadecuada para responder a un nuevo modelo económico más globalizado, competitivo, más cambiante en situaciones incluso de crecimiento del ciclo económico y, por ende, necesariamente más flexible. En definitiva, las experiencias precedentes de reformas legislativas, por mucho que se afirmase que se adoptaban en el marco “de” la emergencia, acababan no siendo unas reformas “para” la emergencia, sino que se incorporaban para quedarse y, como tales, se hacían estructurales para un nuevo marco estable del ordenamiento laboral.

Como contraste a ello, las medidas laborales, pero también las de Seguridad Social adoptadas, no es sólo que formalmente se presenten como actuaciones “para” la emergencia, sino que, en correspondencia con ello, su configuración jurídica es de manera prácticamente universal para tener una vigencia muy limitada en el tiempo, sin pretender efectuar modificación alguna a los textos de nuestra legislación laboral. Dicho plásticamente, las medidas en su conjunto constituyen una gran “disposición transitoria”, llamadas a agotarse en su vigencia apenas se supere la situación de emergencia derivada de la declaración del estado de alarma. De manera expresa así lo indican todas las medidas tanto laborales como de Seguridad Social, o bien, cuando así no se indica en el precepto concreto a través del cual se introduce la reforma, sí que lo hace la concreta norma en la que se incorpora, norma ésta en su totalidad de vigencia limitada en el tiempo.

Por añadidura, conviene recordar que este Gobierno de coalición recién acababa de tomar posesión e iniciar una legislatura, donde se contemplaban unos compromisos de reforma de la legislación laboral, no sólo orientada a corregir la normativa introducida por la reforma laboral de 2012 en el contexto de la última crisis económica, con la que manifestaba su oposición, sino que pretendía acometer todo un ambicioso proyecto de elaboración de un “nuevo” Estatuto de los



Trabajadores⁽¹⁵⁾. Lo más destacable a estos efectos es que en ningún caso, salvo algún aspecto muy secundario (en concreto, lo relativo a la determinación del interlocutor en representación de los trabajadores en las consultas en los expedientes temporales de suspensión por causas económicas⁽¹⁶⁾), ninguna de las medidas adoptadas se conecta con los elementos proyectados de reforma estructural de la legislación laboral contenidos en el acuerdo de programa de Gobierno de la coalición de partidos actual. Más aún, puede afirmarse que el escenario de emergencia ha provocado una completa paralización de la implementación de las reformas legislativas estructurales que se pensaban adoptar.

5. Elementos de posible impacto estructural

Eso sí, ese carácter de gran “disposición transitoria” que caracteriza al conjunto de las medidas laborales y sociales adoptadas, puede que no se detenga por completo en un resultado de impacto limitado en el tiempo de las medidas. Más que las medidas en sí mismas, lo que se advierte es que el escenario presentado posiblemente va a tener una proyección en el tiempo desde la perspectiva del empleo mayor de la inicialmente esperada y, sobre todo, que la implementación de las medidas ha evidenciado en la práctica ciertas deficiencias de nuestra normativa. Se trata de unas deficiencias que con seguridad auguran cuando menos un debate con proyección más en el largo plazo; debate que puede dar lugar a reformas de carácter estructural, que, por añadidura, alguna de ellas ni siquiera se encontraban dentro de la relación de modificaciones incluidas dentro del actual programa de gobierno.

Por mencionar sólo dos de los aspectos más señalados, uno en el ámbito de lo laboral y otra en el ámbito de lo social, merece la pena destacar los siguientes.

Por lo que refiere al ámbito laboral, se han detectado de manera inmediata las insuficiencias y la manifiesta pobreza de la normativa existente en torno al teletrabajo. El cambio en las empresas a estos efectos ha sido tan vertiginoso y ha manifestado algunas ventajas cualitativas, que es previsible un protagonismo muy superior del trabajo a distancia en nuestras

empresas. Para que con seguridad esa expansión no se produzca en los términos en los que se ha desarrollado durante el estado de alarma, que determina una fórmula excepcional de teletrabajo a distancia a tiempo completo, sino que es previsible se extiendan fórmulas intermedias de trabajo semipresencial o semi a distancia; en todo caso, de fórmulas para las que se advierte la clara insuficiencia de la regulación actual⁽¹⁷⁾. De igual forma, la amplia expansión de los procedimientos de suspensión de los contratos de trabajo ha manifestado el alto consenso en cuanto a su utilidad en situaciones de crisis temporales de empleo, lo que puede aconsejar una adaptación con más precisión de algunos de sus aspectos regulativos.

Por lo que afecta a las medidas sociales, ya hemos señalado cómo se han detectado bolsas de población desasistida por la actuación integrada de la acción protectora de la Seguridad Social junto con la intervención de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social, cuando menos de un tratamiento de garantía de umbrales mínimos comunes para todos los territorios, que ha provocado la decisión de completar las prestaciones no contributivas de Seguridad social de manera permanente, por vía de la introducción del Ingreso Mínimo Vital. Se trata de una medida que perfila con precisión las situaciones de necesidad a las que se pretende hacer frente, para garantizar que sus destinatarios sean aquellas personas y hogares que efectivamente lo precisan, estableciendo las necesarias reglas a efectos de conjurar riesgos tanto de que estos beneficiarios queden atrapados en el desempleo o subempleo, así como de no provocar un efecto indirecto indeseado de anclaje de estas personas en la economía informal.

(15) Para más información véase. Cruz Villalón, J. (2020). Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores. *Revista Trabajo y Derecho*, 63, 28-ss.

(16) En concreto, el cambio consiste en que para aquellas empresas y centros de trabajo donde no se hayan celebrado elecciones de designación de comités de empresa y delegados de personal, la obligada consulta con los representantes de los trabajadores para estas suspensiones contractuales se articulaba a través de una representación designada ‘ad hoc’ de manera directa por la planilla de los trabajadores y con escasa intervención de los sindicatos. La modificación consiste en otorgar más protagonismo a los sindicatos más representativos en la designación de estos representantes y, con ello, establecer unos interlocutores más auténticos ante la dirección de la empresa en este procedimiento de consultas.

(17) Véase. Cruz Villalón, J. (2020). Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 406-418.



6. El uso generalizado del Real Decreto-Ley

En clara correspondencia con el carácter de emergencia, inesperadamente sobrevenida y que requiere de la adopción de cambios legislativos urgentes, que, por añadidura, afectan a materias para las que rige la correspondiente reserva de ley, las medidas tanto laborales como sociales adoptadas se producen todas ellas a través del instrumento del Real Decreto-Ley. Debe tenerse en cuenta, además, que esta práctica de introducir reformas laborales en escenarios de crisis económicas por vía de Real Decreto-Ley tiene una larga tradición entre nosotros, en las más de las ocasiones avaladas por nuestro Tribunal Constitucional, de modo que se trata de un fenómeno al que estamos bastante acostumbrados en el ámbito de la legislación laboral, por mucho que en reiteradas ocasiones resulta abusivo y contrario al protagonismo que le debe corresponder al Parlamento y el resto de instituciones que colaboran en el proceso de elaboración normativa.

Es cierto que lo anterior no es referible a las normas de urgencia que estamos analizando en el presente estudio. A pesar de que el poder ejecutivo en reiteradas ocasiones ha adoptado una actitud claramente expansiva del uso del instrumento del Real Decreto-Ley, en muchas ocasiones forzando el cumplimiento de los requisitos exigidos constitucionalmente para poder adoptar una norma de esta naturaleza, con toda seguridad se puede afirmar que en esta ocasión nos encontramos ante una situación fáctica y frente a un tipo de cambios legales para los que queda plenamente justificado el uso del Real Decreto-Ley. En otros términos, se trata de un uso del Real Decreto-Ley que se atiene sin ninguna duda a los requisitos constitucionales, tanto en su vertiente formal (extraordinaria y urgente necesidad) como material del tipo de materias objeto de atención (artículo 86.1 CE). En esta ocasión, las sucesivas exposiciones de motivos con clara contundencia y facilidad aportan las razones que avalan en estos casos la aprobación de las medidas por medio de la vía del Real Decreto-Ley.

Por lo demás, constituye práctica muy habitual en la técnica legislativa, de nuevo reiterado en las reformas laborales de urgencia, que la convalidación del correspondiente Real Decreto-Ley venga sucedido de un acuerdo de la mesa del Congreso de los Diputados por medio del cual su tenor es convertido en un proyecto de ley. Proyecto de Ley que, a partir de ese instante, se somete al procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria y, con ello, recuperando el Parlamento su plena capacidad legislativa, especialmente por lo que supone de posibilidad de enmendar el texto inicial del Gobierno. Pues bien, por lo que afecta

a las medidas laborales y sociales, la práctica totalidad de los Reales Decretos-Ley citados han sido transformados en proyectos de Ley⁽¹⁸⁾. No obstante, salvo para algún asunto puntual, la decisión de conversión tiene un alcance más simbólico o de valor político, por cuanto que es bastante previsible que tales iniciativas van a decaer a lo largo de su tramitación parlamentaria. En efecto, por acelerada que sea dicha tramitación parlamentaria y a pesar, por tanto, de que haya decidido tramitarse con atribución de competencia plena a la Comisión del Congreso correspondiente por el procedimiento de urgencia, lo más probable es que el levantamiento del estado de alarma provoque la pérdida de vigencia de la práctica totalidad de las medidas, con lo cual carezca de sentido una aprobación de una Ley ordinaria con contenido vacío en su dinámica temporal y sin posibilidades de que a las medidas se le atribuyan efectos retroactivos. La plena transitoriedad de las medidas así lo augura.

7. Con alguna precisión reglamentaria menor, pero desorbitante

Otro de los elementos más significativos, por lo llamativo y singular desde el punto de vista de las Fuentes del Derecho, es el recurrente uso que se ha hecho de decisiones de rango reglamentario inferior, como es el acudir de manera muy recurrente a la aprobación de Órdenes Ministeriales, a través de las cuales se desarrolla el contenido tanto del Real Decreto de estado de alarma como de los Reales Decretos-Ley, a través de las que se implementa este último. Incluso a veces se trata de decisiones que presentan dudas de su carácter reglamentario, en la medida en que se dictan por medio de simples Resoluciones de órganos administrativos inferiores al propio Ministro. A mayor abundamiento, se trata de una actuación conforme a la delegación a los cuatro Ministerios designados como autoridades competentes delegadas: Defensa, Interior, Transportes y Sanidad⁽¹⁹⁾. Por tanto, esa

(18) En el momento de redactar el presente trabajo ya se había adoptado por la Mesa del Congreso la decisión de conversión en Proyecto de Ley respecto de los Reales Decretos-Ley 8/2020, 9/2020, 10/2020, 11/2020, 13/2020, 15/2020, 16/2020, 18/2020 y 20/2020.

(19) Artículo 4 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.



profusión de Órdenes Ministeriales en ningún caso se produce respecto del Ministerio de Trabajo y Economía Social, si bien es cierto que las aprobadas por los Ministerios mencionados sí que inciden en algunos casos de manera directa o indirecta sobre el desarrollo o el impedimento del trabajo en determinados sectores⁽²⁰⁾.

Una vez más, esta actuación sólo se puede contemplar desde la perspectiva de la situación de emergencia derivada de la declaración del estado de alarma, por tanto, entendido como una actuación excepcional y transitoria, que en modo alguno puede marcar un precedente al objeto de deslegalizar cierto tipo de materias, ni tampoco de reducir las exigencias de que el ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter general le corresponde al Consejo de Ministros, a través de la aprobación de los correspondientes Reales Decretos. Especialmente es obligado tener en cuenta que constitucionalmente la reserva de ley ordinaria se encuentra perfectamente delimitada y no puede ser eludida en situaciones de excepcionalidad, como son los estados de alarma, cuyo respeto se puede canalizar en todo caso a través del instrumento del Real Decreto-Ley. A mayor abundamiento, debe tenerse presente que constitucionalmente la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno (artículo 97 CE), que está compuesto por el Presidente, Vicepresidente, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley. A estos efectos, ninguna Ley en estos términos ha ampliado la composición del Gobierno más allá de lo previsto constitucionalmente⁽²¹⁾. A tenor de ello, si bien los Ministros, a través de órdenes Ministeriales pueden aprobar disposiciones de carácter reglamentario, que en modo alguno pueden invadir la reserva de Ley Ordinaria constitucionalmente establecida, ello no cabe realizarlo por vía de Resoluciones administrativas por parte de autoridades ministeriales inferiores al Ministro. A tenor de todo lo anterior, debe concluirse necesariamente que en algunos casos se han producido indiscutibles excesos, que no pueden justificar ni la

excepcionalidad del momento ni la urgencia en la adopción de cierto tipo de decisiones, bien porque han sido adoptadas por parte de autoridades inferiores al Ministro, bien porque adoptadas por vía de Orden Ministerial han invadido el territorio correspondiente a la reserva de ley ordinaria, en los términos constitucionalmente previstos⁽²²⁾. Por último, no está de más destacar que en lo que afecta a la legislación laboral en España el espacio normativo asumido por las disposiciones reglamentarias, como criterio general, es muy reducido, en la medida en que se prevé que “las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar” (artículo 3.2 ET)⁽²³⁾.

8. Imprecisión normativa y sucesiva interpretación administrativa: ¿técnica de soft law?

Resulta cada vez más habitual que la técnica jurídica de redacción de los textos legales adolezca de dosis elevadas de falta de precisión en el mandato legal, lo que como efecto derivado provoca una enorme incertidumbre legislativa, con efectos negativos sobre la seguridad jurídica como uno de los principios informadores básicos de cualquier Estado de Derecho (artículo 9.3 CE)⁽²⁴⁾. No cabe la menor duda de que

(20) Véase a título de ejemplo la prohibición de desarrollo de actividades de construcción o de reparación en las viviendas o locales donde estén presentes personas ajenas a la obra (OM SND de 12 de abril, BOE 12 de abril), o bien a la exención temporal del cumplimiento de las normas de conducción y descanso en los transportes de mercancías (Resolución de la dirección General de Transporte Terrestre de 14 de abril de 2020, BOE 15 de abril).

(21) Artículo 1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (BOE 28 de noviembre), de Gobierno.

(22) Por poner un ejemplo concreto, véase. La Orden Ministerio Sanidad SND/458/2020, de 30 de mayo (BOE 30 de mayo), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, cuyo artículo 3 establece medidas regulativas del teletrabajo que no le competen abordar al Ministerio de Sanidad y mucho menos a través de una disposición de rango tan bajo modificando normas de rango jerárquico superior.

(23) Véase. Valdés Dal-Ré, F. (1989). La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 26.

(24) Baste con citar algunos ejemplos elocuentes a estos efectos: ¿quiénes son los sujetos afectados y cuáles son los efectos y alcance del compromiso de mantenimiento del empleo a las empresas que acudan a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral legalmente previstas?; ¿se establece un deber formal tanto para empleador como para trabajadores de adaptar su actividad a un régimen de trabajo a distancia?; estableciéndose el carácter voluntario de la autoevaluación de riesgos laborales por parte del trabajador a distancia, ¿qué consecuencias tiene la ejecución del trabajo a distancia sin tal autoevaluación, especialmente para el empleador?; ¿resulta de aplicación la regla general del silencio administrativo cuando se supera el plazo máximo de cinco días para que la autoridad laboral dicte resolución de constatación de la fuerza mayor respecto de los procedimientos de suspensión de



en ocasiones resulta imprescindible que el legislador acuda al uso tan extendido de conceptos jurídicos indeterminados, que siempre aportan un halo de incertidumbre necesario para lograr contemplar un amplio abanico de situaciones, lo que no aconseja una rigidez en la objetivización de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de la regla laboral; fenómeno este que puede resultar plenamente compatible con las exigencias constitucionales de seguridad jurídica. Pero, en este caso no nos estamos refiriendo al uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, sino de otro tipo de defectos técnicos de mayor gravedad, que provocan auténticas situaciones de inseguridad jurídica, difícilmente justificables.

Esta inseguridad jurídica, a su vez, da lugar en unas ocasiones a un incremento de la litigiosidad judicial y en otros casos a una intensificación del margen de actuación de la Administración laboral en su labor de ejecución de la legislación laboral y, en todo caso, coloca a los destinatarios de esas normas en una posición de notable dificultad a la hora de decidir cómo adaptan sus comportamientos a los efectos de un correcto cumplimiento de las medidas legislativas adoptadas. Analizada desde esta perspectiva, la de redacción de las normas aprobadas para introducir las medidas laborales y sociales de actuación frente a la emergencia sanitaria, puede afirmarse que en este caso este tipo de imprecisiones técnicas se perciben como más reiteradas, incluso cabe aventurar que, en algunos casos, conscientemente introducidas por el legislador y no atribuibles a la mera celeridad con la que se ha producido la elaboración de estas medidas legislativas.

Es cierto que, en varios de estos supuestos, una labor hermenéutica integrativa del conjunto del ordenamiento jurídico, más o menos sencilla, permite dar respuesta a algunos de los interrogantes previamente identificados. Ahora bien, incluso en algunos casos en los que a mi juicio personal la respuesta resultaría sencilla e indiscutible, se pueden detectar opiniones doctrinales de contrario, que ya de por sí muestran los riesgos de legislar de este modo.

Esta conducta que, por lo demás es recurrente en muchas ocasiones en la técnica regulativa entre nosotros desde hace ya bastante tiempo, tiene consecuencias más graves en la coyuntura actual, por diversas razones acumuladas: unas

medidas que se van a aplicar en masa a un número muy elevado de supuestos; medidas que se van a implementar de manera inmediata; medidas que tienen consecuencias muy graves para las empresas y trabajadores en caso de no acertar en la interpretación correcta; medidas cuya implementación en ocasiones se lleva a cabo a través de una intervención por parte de la Administración laboral en el ejercicio de sus facultades de ejecución de la legislación laboral que, como se sabe, se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas, lo que añade incertidumbre a resultados de que la interpretación de la normativa corre el riesgo de que sea diferencia por parte de cada autoridad autonómica; y, finalmente, porque el canal ordinario de superación de la incertidumbre vía la conformación de una asentada jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo se producirá tras un largo período aplicativo de las medidas, en la práctica totalidad de los casos cuando dicha normativa ya se encuentre derogada.

Consciente de la imposibilidad de esperar a una unificación de doctrina interpretativa por parte de los Tribunales de Justicia, se ha acudido a otra fórmula, cuya significación conviene resaltar. Me refiero, en concreto, a una actuación en la mayoría de los casos por parte de la Administración laboral, que a través de diversos instrumentos ofrece la que a su juicio es la interpretación más adecuada. Desde luego, ello se puede producir frente a muchos de los interrogantes inicialmente señalados, pero no en todos los casos.

A tal efecto, en unas ocasiones, la Administración ha aprobado Guías orientativas o protocolos de actuación, que se sitúan en el territorio típico de los

los contratos de trabajo?; en caso de contratos de obras y servicios concertadas con las Administraciones Públicas, la suspensión del contrato administrativo pero con el deber impuesto a la Administración contratante de compensar a la contratista por los gastos salariales efectivamente abonados ¿supone imposibilidad de suspender estos contratos de trabajo por causas de fuerza mayor o económicas?; en el caso de suspensiones de contratos de trabajo por causas económicas, cuando no hay representantes de los trabajadores elegidos en la empresa, ¿cómo debe gestionarse la constitución de la comisión negociadora prevista legalmente?; ¿la declaración de que no constituye causa justificativa para despedir ante causas justificadas de suspensión con motivo del Covid 19, supone que en caso de que se despidamos ante un despido improcedente o nulo?; ¿Qué efectos tiene la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales sobre hechos sobrevenidos posteriormente de llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria para ciertos contratos de duración determinada que manifiestan desaparición de la causa justificativa de la contratación temporal?; las empresas sometidas al régimen del permiso obligatorio retribuido recuperable en esas situaciones ¿pueden optar alternativamente por suspender los contratos de trabajo?; ¿hasta cuándo se extiende el subsidio extraordinario por falta de actividad para los empleados de hogar?.



instrumentos de “soft law”. Desde el punto de vista práctico sí que se trata de documentos de una trascendencia muy superior a lo que suponen desde el punto de vista formal. En efecto, dichas Guías o Protocolos funcionan como importantes pautas orientativas de actuación para las empresas, que no puede descartarse que después las utilicen a efectos de justificar su comportamiento, especialmente relevante en una hipótesis de apertura de un expediente sancionador en el ámbito administrativo. Más aún, incluso el seguimiento de dichas pautas puede servir de importante asidero argumental posterior en sede judicial, caso de que sus decisiones se judicialicen en el ámbito del orden social de la jurisdicción.

En ese marco, también han sido relevantes las cuestiones planteadas por particulares, que han dado lugar a respuestas formales por parte de la propia autoridad laboral, en términos de criterios interpretativos por vía de un oficio, casi siempre por parte de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, siempre resaltando que tales criterios tienen “un mero carácter informativo”.

Se trata nuevamente de instrumentos que cabría incardinar en la categoría de fórmulas de “soft law” que, a pesar de su naturaleza menor dentro de cualquier sistema jurídico, desde el punto de vista material y práctico están adquiriendo una enorme relevancia, tanto por lo que suponen de unificación posterior de la actuación administrativa aplicativa de toda esta normativa, como de pauta interpretativa influyente en la práctica para los Tribunales de Justicia. Posiblemente no se trata del instrumento más deseable para dar respuesta a algunos de los interrogantes tan significativos enumerados al principio de este apartado, pero teniendo en cuenta el importante juego que han tenido en este caso y, probablemente, su afianzamiento de futuro en la fase post-emergencia, cuando menos serían exigibles procedimientos de amplia transparencia pública de este tipo de instrumentos. En concreto, sería oportuno que todo este tipo de actuaciones “intra-administrativa” o de respuesta individualizada a ciertos particulares, encontrase un vehículo oficial de conocimiento por parte de todos, a los efectos de que el conjunto de los destinatarios de las normas correspondiente pueda tener un conocimiento preciso de este tipo de interpretaciones administrativas, por lo que suponen de orientación de la actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias, como incluso de instrumento de sucesiva defensa judicial.

9. La intervención judicial de ejercicio de la actividad jurisdiccional

A pesar de la siempre más que relevante trascendencia de la intervención de los Juzgados y Tribunales de Justicia, en este caso la gran dificultad de su actuación en relación con las medidas laborales y sociales se encuentra en que su intervención de unificación doctrinal es lenta y en este caso lo será claramente tardía. A mayor abundamiento, el propio estado de alarma ha provocado una importante paralización de muchas actuaciones judiciales, sin perjuicio de que hayan tenido un papel destacado respecto de algunos asuntos de urgencia, que no permitirían demora en el contexto de la emergencia sanitaria. Llama la atención que hasta el último momento no se hayan adoptado medidas específicas frente al colapso judicial⁽²⁵⁾, más allá de las adoptadas en el terreno de la gestión por parte del Consejo General del Poder Judicial⁽²⁶⁾.

La actuación más relevante a estos efectos se ha producido a resultas de demandas y recursos presentados frente a las Administraciones Públicas, especialmente frente a las competentes en materia de gestión de la asistencia sanitaria pública, en orden a las medidas especiales que se deberían adoptar para proteger frente al posible contagio del virus por parte del personal sanitario. Se trata de una actuación que en muchas ocasiones ha venido precedida por denuncias ante la Inspección de Trabajo, que ha desplegado una labor encomiable de asesoramiento y vigilancia de la salud en momentos tan delicados y complejos, pero que igualmente en paralelo ha provocado la existencia de importantes resoluciones judiciales en esta materia. Se trata de decisiones judiciales que en algunos casos se han adoptado como medidas cautelares en unos procesos que no permitían desarrollar

(25) Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Acuerdo Comunidad Valenciana, de 13 de marzo de 2020, recurso 57/2020.

(26) Para más información, véase. Instrucciones de 11 de marzo de 2020, del Consejo General del Poder Judicial, relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el COVID-19. file:///C:/Users/Jesús/Downloads/INSTRUCCIÓN%20COVID-19.pdf



con plenitud el correspondiente proceso judicial, particularmente abordando la necesidad de suministrar equipos de protección individual para el personal sanitario⁽²⁷⁾. Desde luego, se trata de una labor encomiable abordada por los Juzgados de lo Social, en una materia ciertamente compleja y delicada, para la que no existían apenas criterios interpretativos por parte de los Tribunales Superiores.

Por otro lado, se sucederán otra serie de pronunciamientos en lo que afecta a la interpretación y aplicación de las medidas laborales, especialmente respecto de los procedimientos de suspensión de los contratos de trabajo durante la pandemia, a resultas de la autorización administrativa imprescindible en estos casos por parte de la Administración laboral al fundarse en causas de fuerza mayor, como las entidades gestoras de la Seguridad Social por las consecuencias que estos procedimientos tienen en el derecho a percibir la prestación por desempleo. A estos efectos, aunque sea algo tardía, se han establecido ciertas preferencias en la tramitación procesal de los procedimientos relacionados con el COVID-19⁽²⁸⁾.

10. El espacio de influencia de la concertación social

A resultas de la aprobación de las medidas a través de Reales Decretos-Ley de auténtica en un contexto de aguda emergencia sanitaria, el procedimiento legislativo ha sido acelerado al máximo, con el evidente efecto derivado de una marginalidad muy perceptible de la concertación social en la fase inicial de adaptación de las medidas.

Antes de adoptarse las medidas laborales y sociales de referencia, las organizaciones sindicales y empresariales acordaron un documento consensuado por medio del cual trasladaban al Gobierno un conjunto de medidas orientativas al respecto, solicitando que estas medidas extraordinarias fueran discutidas en el seno de la mesa de diálogo social⁽²⁹⁾. Se

trata de un documento que contenía medidas que en muchos de sus aspectos coincidían con las posteriormente adoptadas por el Gobierno: fomentos de la vía de la suspensión de los contratos de trabajo, protección de los trabajadores fijos-discontinuos, situaciones de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras, cierre de centros escolares, centros de día y restricciones de movilidad, teletrabajo. Sin haberse llegado a elevar dichas propuestas a la mesa de diálogo social, no haber existido canales informales de concertación social con el Gobierno, en la práctica las propuestas sindicales y empresariales tuvieron una importancia significativa, cuando menos respecto de las primeras medidas adoptadas. Esta circunstancia, aparte de la gravedad de la situación provocada por la diseminación del Covid-19, determinó en líneas generales un apoyo por parte tanto de las organizaciones sindicales como de las asociaciones empresariales más representativas a las medidas que se adoptaron desde el primer momento. Sucesivamente, otra serie de medidas gubernamentales fueron más criticadas, especialmente desde las esferas empresariales en el momento de acordar las medidas de reforzamiento más intenso de la paralización de la actividad económica. Me refiero en particular, a la introducción de un sistema de permisos retribuidos recuperables durante la primera quincena de abril, que recibió un fuerte rechazo por parte empresarial⁽³⁰⁾.

Por otra parte, como un efecto reflejo derivado de lo anterior, el proceso de concertación social que se estaba

- (27) A título ejemplificativo, véase. Auto TSJ, Cataluña, 2 de abril de 2020, demanda 8/2020; Auto JS, Tenerife, de 23 de marzo de 2020, rec. 276/2020, ECLI: ES:JSO:2020:2ª; Auto JS, Guadalajara, 27 de marzo de 2020, rec. 235/2020, ECLI: ES:JSO:2020:5ª; Auto JS nº 41, Madrid, 19 de marzo de 2020, res. 30/2020, ECLI: ES:JSO:2020:3A; JS nº 39, Madrid, 1 de abril de 2020, rec. 370/2020, ECLI: ES:JSO:2020:21ª; Auto JS, Castellón de la Plana, 27 de marzo de 2020, rec. 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:9ª; Auto JS nº 1, León, 27 de marzo de 2020, rec. 239/2020, ECLI: ES:JSO:2020:10ª; Auto JS, Segovia nº 1, 27 de marzo, rec 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:6ª; Auto JS, Santander, 27 de marzo, rec 193/2020, ECLI: ES:JSO:2020:15ª; Auto JS, Plasencia, 1 de abril de 2020, rec. 148/2020, ECLI: ES:JSO:2020:23ª; Auto JS nº 5, Valladolid, 15 de abril de 2020, ECLI: ES:JSO:2020:43A. Cfr. C. Molina Navarrete, EPI para Letrados de la Administración de Justicia; no y sí para el personal sanitario: ¿dobles varas de evaluar el riesgo?, CEF, <https://www.laboral-social.com/COVID-19-EPI-para-letrados-administracion-justicia-no-y-si-para-personal-sanitario-dobles-varas-de-evaluar-el-riesgo.html>
- (28) Artículo 7.1.d Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.
- (29) Para más información, véase. Documento de propuestas conjuntas de las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, y empresariales, CEOE y CEPYME, para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus, 12 de marzo de 2020.
- (30) Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo (BOE 29 de marzo), por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.



desarrollando con carácter previo a la declaración del estado de alarma, orientado a las reformas estructurales de la legislación laboral en el marco de la puesta en práctica del programa del Gobierno de coalición, quedó totalmente interrumpido, en la medida en que las prioridades del conjunto de los poderes públicos e incluso sociales se habían alterado por completo.

Conforme la situación se “normalizó” desde el punto de vista de institucionalización de las decisiones políticas por parte del Gobierno, se han retomado los encuentros periódicos de celebración de la mesa de diálogo social, ahora desde la perspectiva de permitir un seguimiento del proceso de recuperación de la actividad económica y del empleo, una vez concluida la fase dura de actuación frente a la expansión del virus. Se trata de una recuperación del diálogo social que pasa a tener mayor contenido sobre todo en lo que afecta a la recuperación de la actividad productiva por parte de las empresas y, especialmente, en el modo de programar de forma paulatina la vuelta al trabajo en términos de lograr proporcionar efectividad al objetivo de reducir al máximo los riesgos de fuerte e irreversible destrucción del empleo. En definitiva, conforme la situación se “normalizó” desde el punto de vista institucional, se han retomado los procesos de diálogo social, alcanzándose dos importantes acuerdos a nivel general respecto de las medidas a adoptar para el proceso de recuperación de la actividad económica y del empleo, una vez concluida la fase dura de actuación frente a la expansión del virus. En concreto, me refiero al I Acuerdo Social en Defensa del Empleo de 11 de mayo de 2020, que sobre todo garantizó la continuidad de las medidas de protección a las suspensiones contractuales hasta finales de junio de 2020 y diseño el fomento de la reincorporación de al trabajo efectivo⁽³¹⁾ y al II Acuerdo Social en Defensa del Empleo de 25 de junio de 2020, con medidas ampliatorias de las precedentes hasta finales de septiembre de 2020⁽³²⁾.

Igualmente, el diálogo social se ha retomado en relación con las medidas de reforma legislativa ya de carácter estructural, como son emblemáticamente las relativas a la nueva regulación en materia de teletrabajo.

11. Marginal intervención de la negociación colectiva y de la consulta a los representantes de los trabajadores en la empresa

Igualmente, dentro del ámbito del desarrollo de la autonomía colectiva, la urgencia con la que se han tenido que adoptar todas las medidas de referencia ha provocado que también

haya pasado a un muy segundo plano la intervención tanto de la negociación colectiva como del ejercicio de las facultades de consulta a los representantes de los trabajadores.

De un lado, recordar cómo una de las señas de identidad del ADN del sistema español de relaciones laborales se encuentra en el intenso diálogo entre normativa estatal y negociación colectiva, con reiteradas remisiones por parte de la Ley a la intervención de la negociación colectiva, a los efectos de que ésta última desempeñe un papel relevante en el desarrollo y aplicación al caso concreto de las medidas laborales establecidas legalmente. Pues bien, esta estrecha relación entre Ley y convenio colectivo ha desaparecido prácticamente por completo en la técnica jurídica de implementación de las medidas laborales para hacer frente al Covid-19. Cuando nos encontrábamos en una fase de recuperación del protagonismo de la negociación colectiva, tras la superación de la precedente crisis económica⁽³³⁾, la necesidad de establecer una normativa de aplicación inmediata, sin poder esperar a la intermediación de complemento de la negociación colectiva, ha provocado una práctica desaparición de la intervención de los convenios colectivos, de modo que es un protagonista casi inexistente en la legislación laboral para la emergencia.

Más aún, la negociación colectiva ordinaria, que habitualmente tiene su momento más intenso en la primavera de cada año, se ha visto en la práctica suspendida en multitud de empresas e igualmente a nivel de rubro nacional. Prueba elocuente de ello es el reducido número de convenios colectivos registrados y publicados en los Boletines oficiales a partir de la declaración del estado de alarma, requisito forma de eficacia jurídica en España de los convenios colectivos. Los efectos reflejos derivados de la libre circulación dificultan con mucho la continuidad de los procesos negociales en marcha. En todo caso, no es

(31) Véase <https://www.lamondcloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/110520-%20Acuerdo%20Social%20en%20defensa%20del%20Empleo.pdf>

(32) Véase. Baylos, A. (2020). El II Acuerdo Social en Defensa del Empleo y el Real Decreto-Ley. *Nueva Tribuna*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/ii-acuerdosocial-defensa-empleo-rdl-24-2020-26-junio/20200629191354176682.html>

(33) Véase Gómez, R. (2019). La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019. *Temas Laborales*, 147, 151-174.



sólo que las limitaciones de la libre circulación hayan tenido un impacto indirecto en la práctica, sino que, por añadidura, han primado las urgencias derivadas de la necesidad de que las empresas, organizaciones empresariales e incluso de las propias representaciones sindicales hayan debido concentrar todos sus esfuerzos en el modo de actuar frente a un escenario económico, empresarial y laboral que se ha alterado sustancialmente. Tal lógica preferencia por la reacción frente al modo de actuar frente al Covid-19, ha provocado con naturalidad un impacto automático sobre los procesos ordinarios de negociación colectiva. Por último, vertiente probablemente más decisiva aún, el profundo cambio del escenario económico, empresarial y del empleo a resultas de la crisis económica derivada de la paralización de la actividad económica, con un panorama de enorme incertidumbre exigen un cambio en el diagnóstico de la situación y, por ende, un cambio en las posiciones de las partes respecto de los que pueden reclamar o aceptar en una mesa de negociación colectiva.

En definitiva, resulta más que comprensible y razonable que se haya abierto un paréntesis y, con el mismo, un temporal bloqueo de la negociación colectiva. Hasta tanto no se supere mínimamente los elementos de incertidumbre respecto del inmediato futuro, incluso a la espera de un posible Acuerdo interconfederal de negociación colectiva de gestión futura de las relaciones laborales. Posiblemente ese hipotético acuerdo interconfederal, de alcanzarse, será decisivo a los efectos de la reconstrucción económica del país, al extremo que constituirá una pieza clave de las medidas de reconstrucción, en su caso a consensuar en el ámbito político general, que, por tanto, igualmente volverán a atribuir una función decisiva a la negociación colectiva dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

De otro lado, destacar igualmente cómo la participación de los trabajadores en la empresa constituye un elemento central de nuestro sistema de relaciones laborales, con atribución de muy importantes competencias de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la empresa, especialmente ante escenarios en los que las empresas se ven abocadas a adoptar medidas de reestructuración empresarial. Pues bien, también desde esa perspectiva se aprecia una marginalidad de los procesos de consultas con la representación de los trabajadores, respondiendo a ello una vez más el tipo de medidas laborales adoptadas en este contexto del estado de alarma. Una vez más las razones de urgencia y el superior protagonismo atribuido a la autoridad laboral en este contexto, como efecto derivado, ha provocado un venir a menos de la intervención de los representantes de los trabajadores en esta primera fase de respuesta a la paralización de la actividad productiva.

Finalmente, el hecho de que el establecimiento del trabajo a distancia como fórmula prioritaria en la medida en que sea

posible, se ha introducido imponiendo un directo doble deber empresarial y de los trabajadores, que remite a una reorganización implementada por la vía estrictamente individual y, por tanto, sin contemplar nuestra legislación previa ni la de emergencia fórmula de intervención por parte de los representantes de los trabajadores. A estos efectos, la ausencia de protagonismo de los representantes de los trabajadores en los procesos de adaptación hacia trabajos a distancia, particularmente a fórmulas de trabajo semipresencial, constituye una gran carencia de nuestro ordenamiento jurídico, elemento que debería ser reconsiderado para la fase de la post-emergencia.

Por contraste con esa marginalidad de la intervención en clave de información y consulta a los representantes en la fase dura de la emergencia, y a pesar de todo lo anterior, es previsible que la siguiente fase, en la que se va produciendo la paulatina vuelta a la actividad económica y, con ella, una progresiva reincorporación al trabajo de quienes se encontraban con su relación laboral en suspenso, está propiciando ya una recuperación del protagonismo que le debe corresponder a los representantes de los trabajadores. En esta fase sucesiva, por varias razones, es lógico pensar que se produzca una intensificación de los procesos de información y consulta a los representantes de los trabajadores.

12. Resumen conclusivo

La declaración del estado de alarma por parte del Gobierno español en el marco de la pandemia ha provocado un impacto muy intenso sobre el empleo, que ha determinado la adopción de medidas de gran calado en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Especialmente las medidas laborales han ido dirigidas a evitar la destrucción del empleo, por medio del favorecimiento del trabajo a distancia y de la suspensión de los contratos de trabajo, seguida tras el levantamiento del estado de alarma de medidas de fomento de la reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo. Desde el punto de vista social, las medidas han ido dirigidas



esencialmente a establecer un amplio sistema de prestaciones económicas para atender la pérdida de rentas salariales por parte de quienes se han vistos impedidos de trabajar, así como hacer frente a las situaciones de pobreza extrema.

En el terreno de la garantía de los derechos fundamentales, la declaración del estado de alarma sólo podía provocar una limitación del derecho de circulación de los trabajadores, sin posible impacto sobre los derechos constitucionales de los trabajadores. Sin embargo, como efecto reflejo se han producido importantes limitaciones en el ejercicio de tales derechos, como son los relativos al derecho de manifestación pública, como igualmente en el campo de la efectividad de nuevos derechos como son los relativos a la protección de datos personales.

Para la valoración de la significación de las medidas adoptadas resulta de particular importancia en detectar hasta que puntos las mismas han resultado de real aplicación y cumplimiento (efectividad), así como que con su cumplimiento se ha logrado sus objetivos y fines (eficacia), dentro de un equilibrio razonable entre efectos y costes (eficiencia). En una primera aproximación puede afirmarse que la efectividad de las medidas a corto plazo ha sido muy elevado, manifestada sobre todo en que por primera vez en España ante una fuerte crisis de empleo se ha logrado canalizar las dificultades de empleo por vía de las suspensiones de los contratos en lugar de a través de los despidos, así como en el terreno social porque se ha contenido la caída del consumo de la población de los bienes de primera necesidad por el fuerte incremento del gasto social en prestaciones económicas de Seguridad Social. No obstante, el panorama, junto a sus luces, también ha tenido sus sombras, centradas especialmente en una fuerte destrucción de empleo de quienes se encontraban contratados temporalmente, sin dejar de señalar que la valoración definitiva debe esperar a que transcurra todavía un tiempo y se pueda comprobar, de un lado, si el grueso de los trabajadores que han visto suspendidos sus contratos logran reincorporarse efectivamente a sus anteriores empleos, y, de otro lado, cuál es el impacto real de la implantación del Ingreso Mínimo Vital en reducir las situaciones de extrema pobreza y, en particular, de la pobreza infantil.

Las medidas han tenido un carácter esencialmente coyuntural, concebidas para durar tan sólo el tiempo imprescindible en el que se prolongue el estado de crisis sanitaria. Sin embargo, las mismas han dejado su poso, de modo que han tenido un efecto de puesta en marcha de reformas legislativas de alcance temporal, para introducir regulaciones permanentes en el tiempo. Desde el punto de vista laboral, destaca el proyecto del Gobierno de aprobar una regulación completa del trabajo a distancia. Desde el punto de vista social sobresale la medida ya adoptada de introducción dentro del sistema de Seguridad Social de una

nueva prestación, denominada Ingreso Mínimo Vital, que pretende garantizar una renta de subsistencia para todos aquellos que demuestren un estado de necesidad objetiva no cubierto por los mecanismos hasta ahora existentes de protección social.

Desde el punto de vista de las Fuentes del Derecho contempladas en el ordenamiento jurídico laboral, en base a las razones de urgencia concurrentes ante la crisis sanitaria, la totalidad de las medidas, tanto laborales como sociales, han sido aprobadas por medio del instrumento del Real Decreto-Ley. Ello supone aprobación inmediata por el poder ejecutivo, Consejo de Ministros, con una intervención muy limitada por parte del Congreso de los Diputados, como depositario constitucional del poder legislativo, que se limita a ratificarlo o derogarlo en una inmediata votación de conjunto. Aunque se ha acudido sucesivamente a la técnica habitual de convertir el Real Decreto-Ley en proyecto de ley de tramitación ordinaria, que otorga mayor protagonismo en la práctica al Parlamento, en la práctica ello va a tener un simbolismo puramente político, porque en la práctica no va a existir tiempo material de actuación del Parlamento, ya que el contenido de las medidas va a agotarse en el tiempo de vigencia previsto antes de que se debate en sede parlamentaria.

Otro de los elementos más significativos ha sido el recurrente uso que se ha hecho de decisiones de rango reglamentario inferior, como es el acudir de manera muy recurrente a la aprobación de Órdenes Ministeriales. Incluso a veces se trata de decisiones que presentan dudas de su carácter reglamentario, en la medida en que se dictan por medio de simples Resoluciones de órganos administrativos inferiores al propio Ministro, algo poco admisible desde el punto de vista constitucional.

La de redacción de las normas aprobadas para introducir las medidas laborales y sociales de manera más que reiterada se encuentran rodeadas de imprecisiones técnicas, incluso cabe aventurar que, en algunos casos, conscientemente introducidas por el legislador y no atribuibles a la mera celeridad con la que se ha producido la



elaboración de estas medidas legislativas. Ello ha provocado una inseguridad jurídica que, a su vez, da lugar en unas ocasiones a un incremento de la litigiosidad judicial y en otros casos a una intensificación del margen de actuación de la Administración laboral en su labor de ejecución de la legislación laboral y, en todo caso, coloca a los destinatarios de esas normas en una posición de notable dificultad a la hora de decidir cómo adaptan sus comportamientos a los efectos de un correcto cumplimiento de las medidas legislativas adoptadas. Para superar estos problemas en ocasiones la Administración ha aprobado Guías orientativas, de protocolos de actuación, o bien de resoluciones de respuestas a consultas de particulares, que se sitúan en el territorio típico de los instrumentos de “soft law”, pero que han tenido una enorme relevancia práctica. La actuación judicial más relevante durante la pandemia se ha producido a resultas de reclamaciones presentadas frente a las Administraciones Públicas, especialmente frente a las competentes en materia de gestión de la asistencia sanitaria pública, en orden a las medidas especiales que se deberían adoptar para proteger frente al posible contagio del virus por parte del personal sanitario. En muchas ocasiones ha

venido precedida por denuncias ante la Inspección de Trabajo, que ha desplegado una labor encomiable de asesoramiento y vigilancia de la salud en momentos tan delicados y complejos, pero que igualmente en paralelo ha provocado la existencia de importantes resoluciones judiciales en esta materia.

La urgencia en la intensa actividad desplegada por el Gobierno en la primera fase de implementación del estado de alarma provocó que no funcionasen los mecanismos habituales de concertación social, ante decisiones de tanto calado en el ámbito tanto laboral como de Seguridad Social. No obstante, las propuestas conjuntamente formuladas por las organizaciones sindicales y empresariales tuvieron su impacto, al tiempo que fue decisivo el apoyo público que tales asociaciones otorgaron a las medidas gubernamentales. Conforme la situación se “normalizó” desde el punto de vista institucional, se han retomado los procesos de diálogo social, alcanzándose dos importantes acuerdos a nivel general respecto de las medidas a adoptar para el proceso de recuperación de la actividad económica y del empleo, una vez concluida la fase dura de actuación frente a la expansión del virus. Igualmente se ha recuperado el proceso de diálogo social respecto de las medidas estructurales de reforma laboral, como han sido las relativas a la nueva regulación del teletrabajo.

Igualmente, dentro del ámbito del desarrollo de la autonomía colectiva, la urgencia con la que se han tenido que adoptar todas las medidas de referencia ha provocado que también haya pasado a un muy segundo plano la intervención tanto de la negociación colectiva como del ejercicio de las facultades de consulta a los representantes de los trabajadores. 



Derecho y Planificación Urbana. Problemas actuales de la planificación de Lima Metropolitana^(*)(**)

Law and Urban Planning. Current problems in the planning of Metropolitan Lima

Iván Ortiz Sánchez^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

José Carlos Fernández Salas^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Andrés Devoto Ykeho^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Si bien la legislación urbana es un pilar fundamental para mejorar las condiciones de habitabilidad de las ciudades peruanas, en el caso de Lima Metropolitana el marco normativo de la planificación es, por decir lo menos, caótico e ineficaz. Por ello, el objetivo de este texto es describir y analizar el marco normativo del desarrollo urbano a nivel metropolitano con miras a que la legibilidad de las normas ayude a mejorar la formulación de políticas públicas y lineamientos para la planificación de la ciudad. Mediante análisis de gabinete, talleres y entrevistas no estructuradas hemos estudiado los antecedentes, actores e instrumentos del marco normativo de planificación urbana de Lima Metropolitana. Concluimos que actualmente este marco jurídico enfrenta desafíos críticos como la fragmentación administrativa y falta de visión de ciudad, la debilidad institucional y la carencia de sistematicidad en la normativa.

Palabras clave: Lima Metropolitana - Derecho urbanístico - Planificación urbana - Zonificación - Gobernanza

(*) Nota del editor: Este artículo fue recibido el 1 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 26 de noviembre de 2020.

(**) El presente artículo tiene su origen en una investigación realizada por encargo del Instituto Metropolitano de Planificación de Lima durante la gestión del director ejecutivo Augusto Mendoza Castillo. Asimismo, se nutrió del aporte del profesor Jorge Danós Ordoñez, del equipo de trabajo del Instituto Metropolitano de Planificación liderado por el director ejecutivo Augusto Mendoza Castillo, del equipo de trabajo de la Dirección de Urbanismo y Desarrollo Urbano de la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento liderado por la directora Tamara Alva Olórtégui y del abogado Ramón Chehade Herrera.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Constitucional y candidato a Doctor en Derecho de la PUCP. Profesor del Departamento de Derecho y Escuela de Posgrado de la PUCP donde enseña Derecho, Derecho Urbanístico y Legislación del Agua. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura. Coordinador del Grupo de Investigación CONURB-PUCP. Miembro ordinario del Instituto Riva Agüero de la PUCP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4096-2442>. Correo electrónico: iortiz@pucp.edu.pe

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Planificación Urbana por la Universidad de Harvard. Profesor en la Facultad de Derecho de la PUCP y en las Facultades de Arquitectura de la PUCP y de la UNI. Investigador Principal del Grupo de Investigación CONURB-PUCP, del Grupo de Investigación Patrimonio Arquitectónico PUCP y del Grupo Peruano de Historia del Derecho del Instituto Riva-Agüero. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2371-2161>. Correo electrónico: josec.fernandez@pucp.edu.pe

(*****) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia en el curso Derecho Urbanístico en la Facultad de Derecho de la PUCP. Investigador Asociado del Grupo de Investigación CONURB-PUCP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2309-0155>. Correo electrónico: adevotoy@pucp.edu



Abstract: Although urban legislation is fundamental to improve the living conditions of Peruvian cities, in the case of Metropolitan Lima the regulatory framework for urban planning is, to say the least, chaotic and ineffective. For this reason, in this paper we describe and analyze the regulatory framework of urban development at the metropolitan level with the objective that the legibility of the regulations helps to improve the design of public policies and guidelines for the planning of the city. Through cabinet analysis, workshops and unstructured interviews, we studied the history, actors and instruments of the urban planning regulatory framework of Metropolitan Lima. We conclude that this legal framework currently faces critical challenges such as administrative fragmentation and lack of vision of the city, institutional weakness and the lack of systematicity in the regulations.

Keywords: Lima - Zoning Law - Urban planning - Zoning - Governance

1. Introducción

Cuando los abogados repiten la famosa frase de Kirchmann de que tres palabras rectificadoras del legislador convierten en desperdicio a bibliotecas enteras⁽¹⁾, tienen en mente textos como este artículo. En las secciones siguientes describiremos el marco regulatorio de la planificación urbana en Lima Metropolitana, una normativa tan cambiante que en unos pocos años podría haber sido completamente reemplazada por nuevas normas. Sin embargo, sería un acontecimiento feliz que este marco regulatorio ya no se encuentre vigente, puesto que es posible que las normas de reemplazo sean instrumentos normativos más ordenados y sistemáticos como una Ley de Suelos, una Ordenanza Reguladora Metropolitana y un Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima. Una normativa más ordenada y entendible será un paso importante para conseguir que las autoridades locales puedan realizar un manejo adecuado de una ciudad tan compleja como es el área metropolitana de Lima.

Lo que intentaremos hacer en este artículo es describir la situación actual de las normas que tienen que ver con la planificación urbana en Lima e identificar los problemas más críticos que requieren corregirse. En otros ámbitos normativos es sencillo proceder directamente a las críticas y propuestas que uno puede hacer para mejorar las instituciones jurídicas involucradas. No obstante, en el ámbito de la normativa metropolitana sobre planificación urbana creemos que antes de trabajar propuestas en concreto se requiere una previa descripción de las normas e instituciones en juego. Así, el objetivo de este artículo no es todavía el de desarrollar detalladamente las propuestas de reforma, lo que dejaremos para una segunda publicación. El objetivo del artículo es realizar

un diagnóstico de la situación presente del marco regulatorio de la planificación urbana de Lima Metropolitana. Buscamos que este artículo sirva como base para facilitar una discusión más fructífera sobre este marco regulatorio entre los abogados especialistas y con profesionales de otras disciplinas.

Para cumplir con este objetivo el análisis no solo incluyó una revisión de escritorio de las ordenanzas de Lima metropolitana y las normas del gobierno nacional sobre planificación urbana. También incluyó la realización de entrevistas semiestructuradas con actores importantes en la gestión urbana de la ciudad, tanto del sector privado como de entidades del gobierno local y nacional. La investigación también se nutrió de la realización de talleres de discusión y análisis de la normativa metropolitana llevados a cabo con la participación de funcionarios de la Municipalidad Metropolitana de Lima y del Instituto Metropolitano de Planificación.

Los resultados de esta primera etapa de la investigación se desarrollan en este texto de la siguiente manera. En primer lugar, se incluyen unas breves notas sobre la situación de la planificación urbana en el Perú. Luego, se describe la evolución histórica de los planes de desarrollo urbano que se dieron para la ciudad de Lima. Posteriormente, se hace un análisis detallado de cuáles son los actores principales que tienen un rol en la planificación urbana y cuáles son los instrumentos técnico-normativos con los que estos cuentan. Finalmente, terminamos identificando cuáles son los principales desafíos de la normativa metropolitana de planificación, así como formulando algunos lineamientos y recomendaciones que serán materia de desarrollo en futuras publicaciones.

Somos de la idea que un marco regulatorio caótico y poco entendible (incluso para los especialistas) hace extremadamente difícil que la población pueda hacer suyas las normas y aplicarlas en su vida cotidiana. Esperamos que este artículo contribuya en ese acercamiento del Derecho con los ciudadanos.

(1) "Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur".



2. La planificación urbana en el Perú

Las ciudades son una de las manifestaciones centrales de la vida en sociedad. Como tal, los problemas de las ciudades son tan complejos como los problemas de las sociedades mismas. Dicha complejidad se agrava por el hecho de que las decisiones de los residentes individuales de la sociedad se contraponen con los paradigmas a los que quiere tender una ciudad como conjunto. Por poner un ejemplo, es posible que la ciudad requiera que una zona incremente su densidad poblacional para dar una respuesta al incremento poblacional. Sin embargo, los ciudadanos de la zona pueden tener una oposición entendible a la densificación en razón a la pérdida de algunas comodidades que anteriormente gozaban en el área. La compatibilización de dichos intereses individuales con los fines de la ciudad como conjunto se da a través de la planificación urbana y esta última se materializa a través de un conjunto de instrumentos urbanos y jurídicos (Fernandez, 2018).

Desde el lado jurídico, la planificación urbana (o planeamiento urbano) es uno de los mejores ejemplos de ordenación del territorio que constituye una de las funciones que tiene el Estado. Así, podemos definir la planificación urbana como una competencia que ejerce la administración pública mediante procesos preestablecidos y sirve para definir objetivos, estrategias, metas y proyectos en cuanto a lo que será la ciudad o el espacio territorial que esta ocupa. Se manifiesta en planes y normas que tienen naturaleza pública por estar diseñadas en función al interés de la colectividad en general. El plan en sus diferentes modalidades y escalas es el instrumento básico de la ordenación del territorio y es sobre el que también se construye la función pública de la planificación en nuestro país (Ortiz, 2017, p.51). En ese sentido, los planes son la base necesaria y fundamental de toda ordenación del uso del espacio y del aprovechamiento de los recursos naturales.

En el aspecto jurídico, un sector de la doctrina propone que los planes tienen naturaleza de acto administrativo; sin embargo, no queda duda que en el ordenamiento jurídico peruano los planes tienen naturaleza de norma jurídica. Esto debido a que tienen la vocación de aplicación a una generalidad de casos y no a la situación particular de personas determinadas. Así, los instrumentos jurídicos de planificación urbana son aprobados por ordenanza municipal, instrumento que tiene el mayor rango normativo en el ámbito de su jurisdicción.

Por otra parte, una distinción que resulta importante hacer es entre la acción de planificar y la de gestionar. Como bien afirma Calderón (2017):

Planificar remite siempre al futuro, prever la evolución de un fenómeno o, más específico, simular el desdoblamiento de un proceso con el objetivo de prevenirse contra los probables problemas o, inversamente, sacar partido de los probables

beneficios. La gestión, a diferencia, remite al presente, a administrar una situación dentro de los marcos de los recursos disponibles y en vista de las necesidades inmediatas. La gestión es la administración de los recursos y de las relaciones de poder aquí y ahora. En teoría la planificación define y marca el camino de la gestión (pp. 225-226).

En ese marco conceptual, pertenece al ámbito de la planificación el desarrollo de instrumentos normativos como los planes de acondicionamiento territorial, los planes de desarrollo metropolitano, los planes de desarrollo urbano y los planes específicos de una ciudad. Dichos instrumentos normativos tienen la vocación de establecer los lineamientos obligatorios bajo los cuales se tiene que producir el crecimiento y desarrollo de un área urbana. Por otro lado, pertenece al ámbito de la gestión urbana la actividad de otorgamiento de títulos habilitantes autorizando a los privados a habilitar o a edificar, así como la de controlar el cumplimiento de las referidas autorizaciones.

Evidentemente, planificación y gestión se encuentran íntimamente relacionadas, ya que la actividad de controlar y fiscalizar las acciones particulares de los ciudadanos se hace en base a los planes a corto, mediano y largo plazo que la ciudad haya establecido. En la línea de lo señalado, en este artículo nos vamos a referir principalmente a la actividad de planificación a cargo de los gobiernos locales y, en particular, de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

3. El marco normativo de la planificación en Lima Metropolitana

Como una cuestión previa, hay que mencionar que, además del marco metropolitano de planificación, existe un marco normativo nacional, que se basa en las siguientes normas: la Constitución Política Peruana (1993), la Ley Orgánica de Municipalidades (2003) y el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible - RATDUS (2016). En cuanto a la Constitución, esta determinó una estructura donde los gobiernos locales promueven el desarrollo



y la economía local en armonía con las políticas y planes nacionales (Artículo 195). Para ello, tanto municipalidades provinciales como locales son competentes para planificar el desarrollo urbano y rural dentro de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial (artículo 195, numeral 6).

Asimismo, la Constitución es importante porque le da a Lima, como Capital de la República, un régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades. Lima como Capital (Artículo 198) no integra ninguna de las regiones del Perú. Así, la Municipalidad Metropolitana de Lima es el equivalente a una municipalidad provincial que, además, ejerce competencias de gobierno regional sin constituirse propiamente en una región. Por lo demás, de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución, la propiedad es un derecho limitado, que debe ejercerse en armonía con el bien común y cuyas limitaciones de orden urbanístico se encuentran desarrolladas incluso en el propio Código Civil (Fernández & Pinedo, 2020).

Luego tenemos la Ley Orgánica de Municipalidades. Esta norma desarrolla constitucionalmente las funciones y competencias urbanas de los gobiernos locales y forma parte del bloque de constitucionalidad. A grandes rasgos, esta ley ha establecido que las municipalidades provinciales planifiquen el territorio aprobando instrumentos como el Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT), Planes de Desarrollo Urbano (PDU), Planes Específicos y demás. Por su parte, las municipalidades distritales aprueban sus Planes Urbanos Distritales en sujeción a los planes aprobados por las municipalidades provinciales y tienen como función específica exclusiva el otorgamiento de actos administrativos como licencias de habilitación urbana, edificación y funcionamiento.

Finalmente tenemos al RATDUS (2016). Este dispositivo es el que orienta los procedimientos técnicos y administrativos que deben seguir las municipalidades para ejercer sus funciones, a fin de garantizar la correcta aprobación de los planes de desarrollo que regulan el ámbito urbano. En este reglamento, al igual que sus antecedentes, se regula los distintos planes urbanísticos, sus contenidos, los procesos de aprobación, la zonificación y el procedimiento de cambio de zonificación. Con base en este contexto normativo, pasaremos a concentrarnos en el caso particular de Lima Metropolitana.

3.1. Antecedentes al marco metropolitano

Desde el punto de vista histórico, existen cuatro momentos claves que marcaron un hito en la evolución de la planificación de nuestra área metropolitana. El primer momento es la estructuración del Plan Sada-Meiggs de 1876, uno de los primeros planes de Lima. Dados los problemas de hacinamiento y tugurización en la segunda mitad del siglo XIX que derivaron en problemas sanitarios, el gobierno del presidente José Balta

y Montero encargó al agrónomo Sada di Carlos la elaboración del plano topográfico de Lima y de su plan regulador. Posteriormente, el gobierno contrataría al ingeniero Henry Meiggs para elaborar y ejecutar la propuesta del plano topográfico de Lima. Dada la alta congestión de actividades, personas y tráfico en centro de la ciudad, este plan pretendió ordenar el crecimiento y desconcentrar la ciudad, definiendo así la primera expansión de Lima hacia el sur y el suroeste del valle del Rímac (Vega et al., 2019, pp. 26-27).

El segundo momento clave para entender la planificación metropolitana es la aprobación del Plan Piloto de Lima. Este fue elaborado por la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo (en adelante, ONPU) y aprobado por la Resolución Suprema 258 del Ministerio de Fomento y Obras Públicas en setiembre de 1949. Para entender el contexto, la ONPU fue creada mediante la Ley 10723 del Congreso de la República un 30 de diciembre de 1946 durante el gobierno del presidente José Luis Bustamante y Rivero. Según Harris y Hosse, citados por Kahatt (2015) la ONPU fue uno de los primeros organismos nacionales de planificación física establecidos en América Latina (p.110). Esta Oficina, parte del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, fue un ente coordinador y dirigía la labor urbanística de las reparticiones técnicas del gobierno y los municipios. Asimismo, mientras la ONPU se encargaba de estudiar y formular los planes reguladores y de extensión de las ciudades y pueblos de la República, el entonces vigente Consejo Nacional de Urbanismo, conformado por distintos órganos del gobierno como por la sociedad civil, es el que examinaba, observaba y aprobaba los proyectos de planes con carácter de recomendación técnica que trabajaba la ONPU.

Así, en un contexto posterior al terremoto de 1940 y de clara influencia del urbanismo funcionalista de principios del siglo XX, este incide básicamente en aspectos físico-funcionales y de diseño urbano (Castillo, 2013, p. 23). Dos características importantes del Plan Piloto fueron que, primero, las avenidas adquirieron gran relevancia como ejes articuladores de la expansión urbana y, segundo, se definieron usos del suelo según



grandes funciones: habitar, trabajar y recrearse, conectados por la circulación (Vega et al., 2019, p. 27).

El tercer momento clave es el nacimiento del Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima-Callao 1968-1980, formulado también por la ONPU entre 1965 y 1968, pero ahora en convenio con la Municipalidad de Lima durante la administración de Luis Bedoya Reyes. Este plan se planteó en un contexto de crecimiento expansivo de la ciudad causado por la explosión demográfica de las migraciones hacia Lima y la fuerte escasez de servicios básicos y equipamientos urbanos. Como consecuencia de ello, una de las propuestas de este plan fue permitir el uso urbano a los valles próximos de Lima, fomentando así una expansión sin precedentes, y de muy baja densidad (Vega et al., 2019, p. 25). Como veremos posteriormente, este tipo de crecimiento urbano pondrá a prueba los tres niveles de regulación de los suelos metropolitanos.

De los tres planes descritos hasta el momento, una característica común que encontramos es que fueron formulados por instancias ajenas al nivel local. Los tres fueron fomentados y formulados por las instancias más altas de gobierno. El primero, por una decisión política de alto nivel. Los dos siguientes, por la ONPU, que formaba parte del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Asimismo, en la formulación de los planes antes descritos, estos sugerían en los planos de zonificación mayores densidades en los distritos de menor valor comercial y no en las “mejores zonas”. Según Calderón, ello era una clara muestra de la influencia del modernismo del arquitecto Le Corbusier y el Congreso Internacional de Arquitectura Moderna en las entidades antes mencionadas, pues tanto el Concejo Nacional de Urbanismo como la ONPU creían que la solución a los problemas de vivienda eran los edificios en departamentos (2017, p. 127).

El cuarto y último hito en este recuento histórico es el Plan de Estructuración Urbana Metropolitana de Lima 1986-1996. Este plan elaborado esta vez por la Municipalidad Metropolitana de Lima fue aprobado mediante Acuerdo de Concejo 270-1986 durante la administración de Alfonso Barrantes Lingán. Según Dorich, citado por Vega y otros (2019, p. 25) fueron 3 rasgos que distinguen a este instrumento. En cuanto a su formulación, este consideró una metodología participativa en su elaboración. En cuanto a sus propuestas, si bien estuvo orientado principalmente a subsanar el déficit de vivienda y de servicios básicos, también planteó la idea de corredores para el transporte público. Sin embargo, respecto a sus deficiencias, esta propuesta se hizo sin una idea de metrópoli. Asimismo, tuvo importantes limitaciones para implementarse debido a la violencia política de la década de los 1980s. Por el contrario, para Castillo (2013, p. 24) este constituyó un proyecto piloto que no llegó a ser un plan metropolitano propiamente. Se critica, además, que la dimensión ambiental y de seguridad

física ante desastres no se hayan desarrollado como ejes centrales. Se señala que las propuestas del plan se centraron en algunas políticas respecto del suelo y respecto de infraestructura de servicios.

Es así como llegamos al último plan aprobado en Lima Metropolitana que es el Plan de Desarrollo Metropolitano Lima - Callao (PLANMET 1990-2010), que con sustanciales transformaciones rige hasta la actualidad. Este plan fue formulado entre 1987 y 1989 por el Proyecto Especial PLANMET de la Municipalidad de Lima, aprobado mediante Acuerdo de Concejo 287-1989 durante la gestión del alcalde Jorge del Castillo. Este plan sería puesto en vigencia por Decreto de Alcaldía 127-1992 durante la administración del alcalde Ricardo Belmont y ratificado por Ordenanza 099-1996 durante la gestión del alcalde Alberto Andrade (Castillo, 2013, p. 24).

Según Dorich, citado por Vega y otros (2019, p. 25), este plan siguió una lógica expansiva urbana que reiniciaría la dinámica inmobiliaria, dejando al mercado gran parte del ordenamiento de la ciudad, pero considerando como principales polos de desarrollo de la ciudad los centros industriales. Para Castillo (2013, p. 24) este fue el primer antecedente de planificación urbana ambiental por haber incorporado un enfoque de desarrollo urbano sostenible. Es importante mencionar que fue con motivo de este plan que también entró en funciones el actual organismo encargado de la planificación urbana en Lima que es el Instituto Metropolitano de Planificación.

La vigencia de este plan ha sido prorrogada tres veces en la gestión de la alcaldesa Susana Villarán mediante las Ordenanzas Municipales 1505, 1604 y 1702. La última prórroga establecida por la Ordenanza 1702 estableció la vigencia del PLANMET 1990-2010 hasta la aprobación del nuevo Plan de Desarrollo Metropolitano. Así, la propuesta conocida como el PLAM2035 en la que trabajaba la gestión de Susana Villarán nunca llegó a ser un instrumento aprobado debido al cambio de gestión municipal. Por ello, el PLANMET 1990-2010 es el instrumento vigente en nuestra ciudad hasta que tengamos la aprobación de un nuevo Plan Metropolitano, tarea en la que se encuentra



embarcado el Instituto Metropolitano de Planificación en la gestión del actual alcalde Jorge Muñoz.

3.2. Actores de la planificación metropolitana

Los actores que juegan un rol clave en el desarrollo de la normativa metropolitana sobre planificación urbana son (i) el Instituto Metropolitano de Planificación (en adelante, IMP), el (ii) Concejo Metropolitano y la (iii) Gerencia de Desarrollo Urbano (en adelante, GDU). El 07 de febrero de 1991, mediante Acuerdo de Consejo 032, se creó el Instituto Metropolitano de Planificación. Posteriormente, mediante Acuerdo de Concejo 119 se aprobó su estatuto. Fue el PLANMET 1990-2010 el que recomendó la necesidad de constituir un organismo técnico encargado de la planificación urbana. Así, se decía en esos años que con el IMP:

(...) se cristaliza una de las propuestas importantes del Plan de Desarrollo Metropolitano 1990-2010, que establece la necesidad de crear un organismo técnico permanente que se encargue de formular, evaluar y actualizar los Planes de Desarrollo Local que señala la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, a fin de promover un desarrollo planificado de la Provincia de Lima (Municipalidad Metropolitana de Lima, 1992, p. 44).

En ese sentido, en la actualidad es a través del IMP que la Municipalidad Metropolitana de Lima planifica el desarrollo urbano territorial. Según el artículo 5 de su Reglamento de Organización y Funciones, el IMP promueve, formula, conduce, supervisa y evalúa permanentemente la gestión, ejecución y/o actualización de los planes de desarrollo local. En otras palabras, el IMP es el organismo técnico que lidera el proceso de elaboración de los distintos planes de alcance metropolitano. Asimismo, monitorea y hace el seguimiento a la implementación de los planes ya existentes. Ahora bien, aunque el IMP es fundamental para el proceso de formulación de planes metropolitano, este organismo requiere del Concejo Metropolitano para la aprobación política y normativa de los instrumentos oficiales de planificación.

El Concejo Metropolitano de Lima es el máximo órgano representativo de la comuna. El Concejo Metropolitano está conformado por el pleno y sus comisiones. Así, en primer lugar, el pleno está integrado por el alcalde y los 39 regidores electos por la ciudadanía. Según el Reglamento Interior del Concejo Metropolitano de Lima (Ordenanza 571), este órgano tiene principalmente dos funciones: la función normativa y fiscalizadora. Respecto a la primera, esta comprende la iniciativa legislativa, debate y aprobación de ordenanzas, acuerdos, resoluciones y otros instrumentos, para materias de distinto tipo entre las que se incluye el acondicionamiento territorial y el desarrollo urbano.

En relación a las comisiones, estas son grupos de trabajo conformados por regidores y establecidos por el pleno del

Concejo. Las comisiones tienen 2 funciones básicamente: (i) estudio y elaboración de propuestas y (ii) absolución de consultas en los asuntos de su especialidad. En la misma línea, las comisiones pueden ser ordinarias y especiales. Mientras las primeras están encargadas del estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda del Concejo, las segundas se instauran con fines protocolares, de estudios e investigaciones y también pueden avocarse a actividades de fiscalización de carácter puntual según acuerde el pleno.

La comisión ordinaria que es competente para ver los temas relacionados a la planificación urbana es la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura. El artículo 34 del Reglamento Interior del Concejo Metropolitano de Lima contiene una lista detallada de asuntos de su competencia. Cuadro 1:

Estos temas mencionados en el cuadro no son una lista cerrada. El mismo Reglamento Interior del Concejo establece la posibilidad que la Ley Orgánica de Municipalidades, otras normas de carácter municipal o regional o el mismo Concejo amplíen la lista de asuntos que requieren pronunciamiento de la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura. Con relación a estos asuntos mencionados y los futuros por establecer, esta comisión ordinaria puede ejercer las siguientes funciones específicas:

- Dictaminar sobre proyectos normativos; informes, proposiciones y pedidos de regidores; e iniciativas de organismos vecinales.
- Elaborar, actualizar, revisar y propone políticas generales y normas necesarias del Concejo.
- Efectuar investigaciones y estudios.
- Demás que le encargue el Concejo.

Ahora bien, al ser la aprobación de planes urbanos y las asignaciones de zonificación en la ciudad un acto de gobierno y no un acto administrativo, se requiere la intervención directa del Concejo Metropolitano para dichas aprobaciones. Luego de que el IMP hace las evaluaciones técnicas pertinentes y finalice los procedimientos de consulta



Cuadro 1

Asuntos	Detalle
Acondicionamiento Territorial, Planificación Urbana Metropolitana y zonificación	▪ Acondicionamiento Territorial a nivel provincial ▪ Planificación Urbana Metropolitana, integrando el desarrollo urbano de los distritos que conforman la metrópoli ▪ Expansión y desarrollo urbano ▪ Zonificación ▪ Usos del Suelo
Planes Metropolitanos Complementario	▪ Plan Metropolitano de Vías e Infraestructura Urbana ▪ Plan Metropolitano de Equipamiento y Servicios Urbanos ▪ Plan Metropolitano de Parques y Recreación
Áreas de Tratamiento Especial	▪ Desarrollo del Centro Histórico de Lima y de los Centros Históricos Distritales ▪ Zonas Monumentales y Monumentos Culturales, Históricos Arquitectónicos. ▪ Renovación Urbana ▪ Zonas y áreas ribereñas del litoral de la Metrópoli ▪ Proyecto de la Costa Verde
Títulos habilitantes y procedimientos Administrativos Urbanos	▪ Habilitaciones Urbanas ▪ Licencias de obra de construcción, remodelación, restauración y demolición ▪ Anuncios y publicidad exterior ▪ Asistencia técnica, capacitación, investigación científica y tecnológica en materia de construcción, habilitación urbana y saneamiento
Vivienda	▪ Políticas, planes y programas de vivienda y de saneamiento en la Metrópoli, priorizando a los sectores en riesgo social ▪ Proyectos habitacionales del sector público y privado ▪ Asentamientos Humanos Marginales
Sistemas de Información Urbana y Nomenclatura	▪ Catastro Urbano Metropolitano ▪ Sistemas de información sobre planificación, zonificación y administración del desarrollo urbano de la Metrópoli ▪ Nomenclatura de la red vial metropolitana, parques, áreas verdes y de recreación pública
Bienes de Dominio Público	▪ Terrenos Eriazos ▪ Bienes de propiedad Estatal
Demarcación Territorial	▪ Delimitación de jurisdicciones distritales

respecto a los procesos de planificación, es el Concejo el que procede con la aprobación de normativa de la ordenanza en la que un determinado plan está contenido. Abordaremos esto detalladamente más adelante.

Por último, la GDU es un órgano de línea que tiene dos tipos de funciones y atribuciones. Por el lado de las atribuciones relacionadas directamente a la planificación, vemos que la GDU puede formular y evaluar planes urbanos específicos. Antecedente ello fue el Proyecto de Plan Específico de Barrios Altos (Cercado de Lima y El Agustino) 2014-2025. Pero, si

bien la GDU tiene posibilidad de formular propuestas y estrategias de intervención en áreas de tratamiento especial, este es un órgano principalmente de gestión urbana abocado al “día a día”.

A diferencia del IMP que tiene una mirada prospectiva y a largo plazo, la GDU mediante sus 4 subgerencias conduce y supervisa, por ejemplo, procedimientos para la obtención de títulos habilitantes como los de habitación urbana y edificaciones, aprueba independizaciones de terrenos rústicos y estudios de impacto vial, gestiona procesos de saneamiento físico legal y renovación urbana, otorga certificaciones urbanas, entre otras funciones.

Si bien estas funciones son de gestión urbana, la GDU tiene atribuciones que tienen repercusiones directas y de gran relevancia en la planificación a nivel metropolitana. Así como el IMP define y marca el camino de la gestión metropolitana, la GDU debe aprobar licencias o dar certificados de conformidad con los planes y ordenanzas formuladas por el IMP y aprobadas por el Concejo Metropolitano. Un óptimo desempeño de este órgano de línea puede contribuir en gran medida a la consecución de las metas y objetivos de largo de plazo aprobados por los distintos instrumentos de planificación.

3.3. Instrumentos de planificación y gestión urbana

Como se ha señalado previamente, en la actualidad se encuentra vigente el Plan de Desarrollo Metropolitano Lima-Callao (PLANMET 1990-2010), el mismo que ha sido objeto de una serie de modificaciones en las últimas décadas. Sin embargo, para entender la metodología bajo la cual se da la regulación sobre la planificación y gestión urbana es necesario tomar en cuenta las Ordenanzas 620-MML y 1862-MML.

La Ordenanza 620-MML, publicada el 4 de abril del 2004, fue la norma reglamentaria de proceso de aprobación de instrumentos de planificación y actualización de la zonificación de los usos del suelo de Lima Metropolitana. Esta ordenanza reguló principalmente el contenido y proceso de aprobación de cuatro instrumentos de planificación urbana: el plan



metropolitano de acondicionamiento territorial, el de desarrollo urbano, los planes específicos y los urbanos distritales. Asimismo, la ordenanza dispuso lineamientos generales de la zonificación de los usos del suelo y reglamentó los procedimientos de cambio de zonificación y los reajustes integrales de zonificación. La Ordenanza 620-MML fue derogada y dejada sin efecto por la Ordenanza 1862 a excepción de su artículo 30, que se refiere a las características técnicas para el uso del suelo en las distintas zonas de la ciudad.

Publicada el 28 de diciembre del 2014, la Ordenanza 1862-MML es el dispositivo de mayor importancia para la planificación urbana en el área metropolitana de Lima en la actualidad. Esta norma, en contraste con su predecesora, regula no solo instrumentos de planificación urbana sino también instrumentos de gestión urbana. Sobre los últimos, la norma ha previsto el desarrollo de 4 temas primordiales para la gestión como son la (i) coordinación metropolitana, el (ii) control y fiscalización, el (iii) financiamiento y los proyectos urbanos y el (iv) equipamiento urbano. En la misma línea, la Ordenanza 1862 ya no regula el procedimiento de cambio de zonificación. Actualmente esta regulación es materia de una ordenanza independiente⁽²⁾, la cual detallaremos posteriormente.

El procedimiento establecido normativamente para formular y aprobar planes urbanos en nuestra capital varía dependiendo del instrumento que se aprueba; sin embargo, hay muchos aspectos en común. A grandes rasgos podríamos afirmar que estos procedimientos tienen dos fases: la exhibición y aprobación.

La fase de exhibición es dirigida por los gobiernos locales⁽³⁾ y tiene un plazo de 30 días calendario⁽⁴⁾. En este corto plazo, se deben realizar dos acciones en concreto. En primer lugar, se debe exhibir las propuestas preliminares de los distintos planes urbanos físicamente en los locales municipales y sedes de organizaciones vecinales; y virtualmente en las páginas web institucionales de las municipalidades. En segundo lugar, en estos mismos 30 días calendario el municipio correspondiente debe realizar audiencias o exposiciones técnicas con actores involucrados⁽⁵⁾ con el objetivo de socializar la propuesta y

recibir sus observaciones y recomendaciones debidamente sustentadas.

Finalizados los 30 días calendario para la exhibición, el Equipo Técnico de la municipalidad responsable de la elaboración del plan, en un plazo de 15 días calendario, debe analizar las recomendaciones y observaciones recibidas con la finalidad de incluirlas o desestimarlas en un pronunciamiento fundamentado. Vale recalcar que las opiniones que ejerza la ciudadanía no son de carácter vinculante. Este pronunciamiento contenido en un informe se envía a los órganos deliberativos del gobierno local correspondiente, dando fin a la fase de exhibición.

Respecto a la fase de aprobación, a diferencia de la fase de exhibición, esta no tiene un plazo establecido en la normativa urbana porque, como mencionamos anteriormente, es un acto de gobierno. Asimismo, esta fase se encuentra enteramente en el Concejo Metropolitano, máximo órgano deliberativo de la corporación metropolitana conformado por representantes políticos directamente elegidos por la ciudadanía.

Las propuestas enviadas por el IMP o la municipalidad distrital correspondiente, antes de ser aprobadas mediante Ordenanza, deben pasar por la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura para su estudio y posterior dictamen⁽⁶⁾. Esta comisión emitirá un dictamen que debe contener una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizaron sobre la proposición de Ordenanza que apruebe los distintos planes urbanos; así como conclusiones y recomendaciones

(2) Ordenanza 2086-MML

(3) El IMP es exhibe la propuesta de PMDU y de Planes Específicos. Respecto al Plan Urbano Distrital, la exhibición es dirigida por la municipalidad distrital correspondiente.

(4) Literal a del artículo 11 de la Ordenanza 1864-MML, numeral 1 del artículo 25 de la Ordenanza 1864-MML y literal a del artículo 30 de la Ordenanza 1864-MML.

(5) La normativa metropolitana menciona una multiplicidad de actores muy diversos, entre los cuales están organizaciones de la sociedad civil; instituciones representativas del sector empresarial, laboral y profesional; propietarios y usuarios de inmuebles localizados dentro del área del plan, otros gobiernos locales; etc.

(6) El literal a del artículo 83 del Reglamento Interno del Concejo permite que otra Comisión, aparte de la Comisión Metropolitana de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura, solicite estudiar la proposición. Lo normal es que lo vea solo una Comisión; sin embargo, el Concejo puede decidir lo contrario. Un ejemplo reciente de ello es el pedido de la Comisión de Medio Ambiente, Salud y Bienestar Social de revisar la propuesta de cambio de zonificación del distrito de Lurín. Este cambio fue criticado por afectar gravemente el paisaje, los humedales y las tierras agrícolas del último valle verde de Lima en el entorno del Santuario de Pachacamac (SPDA Actualidad Ambiental, 2020).



derivadas de este estudio⁽⁷⁾. Estos dictámenes pueden concluir aprobar el plan urbano, aprobarlo con modificaciones, desaprobarlo, requerir un estudio más profundo o solicitar un plazo adicional para expedirlo. Emitido el dictamen y agendado el punto en la agenda del Concejo, este pasará a debatir y votar por la propuesta de ordenanza que contiene el plan urbano.

Siendo los gobiernos locales canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, estos actúan en base a una legislación que de facto no permite un proceso real de participación. En una ciudad con casi 10 millones de habitantes, 30 días calendario parece ser un plazo inadecuado para recoger las opiniones de la ciudadanía⁽⁸⁾. Otro punto importante a comentar es que el plazo de 30 días calendario aplica para todos los planes, independientemente de la escala de acción u objeto de regulación. Convendría analizar si cada proceso requiere plazos diferenciados dependiendo la escala o complejidad del plan. Por lo tanto, urge sincerar estos plazos para que la ciudadanía sea realmente escuchada. Solo así los planes dejarán de ser documentos inoperantes sin legitimidad para convertirse en verdaderos pactos o acuerdos entre todos los actores involucrados (sociedad civil, Estado, sector empresarial).

3.4. Clasificación del uso del suelo

La legislación urbana metropolitana, con el objetivo de regular el uso del suelo e intervenir en el territorio, clasifica y ordena el espacio de Lima en tres niveles. El primero de todos son las Condiciones Generales de Uso. El primer antecedente de este concepto lo encontramos en el PLANMET 1990-2010, donde se clasificó el suelo del área metropolitana en (i) urbano, (ii) urbanizable y (iii) no urbanizable. Posteriormente, la Ordenanza 228-MML cambió esta clasificación por una división que define (i) áreas urbanas y de (ii) expansión urbana.

El Área Urbana es considerada como tal por estar definida en el Plano de Zonificación General de Lima Metropolitana y por ende destinarse a usos residenciales, comerciales industriales, recreacionales, parques zonales, equipamiento urbano, ZRE y otros. Por el contrario, se considera *Área de Expansión Urbana a toda aquella que comprende territorios previstos para el futuro crecimiento de la Metrópoli*, así como aquellos territorios de entorno necesarios para proporcionar a su población las mejores condiciones ambientales, de seguridad y de habitabilidad.

Adicionalmente, las Áreas de Expansión Urbana se subclasifican en tres tipos de áreas. La primera es el Área

de Crecimiento Urbano para la expansión a corto, mediano y largo plazo. Las siguientes dos áreas son de carácter no urbanizable. Por un lado, tenemos las Áreas de Protección por Función Ambiental y Recreativa, pertenecientes a los ecosistemas de los valles de los ríos Chillón, Rímac y Lurín. Estas áreas actúan como fuentes de oxigenación y recarga del acuífero y deben ser destinadas a fines agrícolas, forestales, recreativos y culturales, de investigación, paisajísticos y aquellos que definan los estudios posteriores.

Por otro lado, tenemos las áreas de Amortiguamiento, Seguridad y Paisaje Natural. Esta área es definida por la Ordenanza 229-MML como aquella franja que bordea el área urbana y de crecimiento urbano de Lima. La Ordenanza determinó que estas áreas solo podrán destinarse a arborización, paisajismo, turismo y otras obras de defensa con fines de protección física y control de eventos de geodinámica externa.

El reto que enfrenta la aplicación de estas clasificaciones es el crecimiento informal que ha configurado la forma urbana de nuestra capital. Según el Primer Reporte Nacional de Indicadores Urbanos 2018, Lima ha añadido 907 hectáreas por años de suelo urbano en el periodo de 2009-2018 (Zucchetti & Freundt, 2019, p. 67). Otros estudios estiman que, en términos absolutos, entre 2000 y 2018 Lima generó 25.000 has de suelo urbano, siendo la ciudad que más suelo urbano generó en el país (Espinoza & Fort, 2020, p. 8). Actualmente, Lima tiene una superficie urbana equivalente a la suma de la superficie de las 18 ciudades capitales que la siguen en tamaño (Zucchetti & Freundt, 2019, p. 67). La magnitud del crecimiento informal y desordenado pone en cuestión todas estas calificaciones, en especial las áreas de carácter no urbanizable que puede ser presionada por el crecimiento mencionado.

3.5. Áreas de tratamiento normativo

Como segundo gran nivel de clasificación tenemos a la estructuración urbana del área

(7) Literal a del artículo 77 de la Ordenanza 571.

(8) La derogada Ordenanza 620-MML establecía plazos más realistas. Para la aprobación del Plan Metropolitano se estipulaba 150 días calendario para su aprobación, de los cuales 90 días calendario eran solo para la exhibición. Posteriormente, la municipalidad tenía 60 días calendario para desestimar o incluir recomendaciones. Para los planes específicos y urbano distritales se daba 90 días calendario, de los cuales 60 eran solo para exhibición y 30 para desestimar o concluir recomendaciones.



de la metrópoli. De conformidad con el RATDUS, entendemos que dicha estructuración responde a la identificación de áreas homogéneas y a la clasificación del suelo que permita orientara las áreas para actuaciones e intervenciones urbanísticas.

Actualmente la estructuración urbana metropolitana se materializa en cuatro áreas de tratamiento normativo (ATN I, ATN II, ATN III y ATN IV). El Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos del Suelo de Lima Metropolitana, aprobado por las Ordenanzas 620-MML y 719-MML, fue el documento que propuso estas cuatro áreas, las cuales dividen las zonas de la ciudad según su consolidación urbana, la especialización funcional y el grado de residencialidad. Estas áreas se aplicaron a partir del último Reajuste Integral de Zonificación de los Usos que abarcó todos los distritos de Lima Metropolitana en el periodo 2005-2008. Sus características son las siguientes:

Área I	- Densificación regulada - Mayor compatibilidad con otras actividades	Distritos: Carabaylo, Puente Piedra, Comas, Los Olivos, Independencia, San Martín de Porres, Rimac (P), Cercado de Lima (P), El Agustino, San Juan de Lurigancho, Ate (P), Santa Anita, San Juan de Miraflores, Villa María del Triunfo, Villa El Salvador	Ámbito de aplicación de la Ordenanza No. 620
Área II	- Mayor densificación - Compatibilidad regulada con otras actividades	Distritos, San Miguel, Pueblo Libre, Magdalena (P), Breña, Lince, Jesús María, La victoria, San Luis, Cercado (P), Barranco, Cforrillos (P), Surquillo (P), Rimac (P), San Borja (P), Santiago de Surco (P).	
Área III	- Densificación regulada - Restricción a la compatibilidad con otras actividades	Distritos: La Molina, Santiago de Surco (P), San Borja (P), San Isidro, Miraflores, Magdalena (P), Surquillo (P).	
Área IV	- Reglamentación especial - Centro histórico - Zonas Monumentales - Zonas de Valles - Zonas Ecológicas - Zonas de Balnearios	Distritos: Cercado (P), Rimac (P), Chorrillos (P), Carabaylo, Puente Piedra, Lurigancho (P), Chaclacayo (P), Lurin (P), Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, Santa María, Pucusana, Pachacamac, Cieneguilla, Ancón (P), Santa Rosa (P).	Ámbito de aplicación de normas específicas

(P) = Parcial

En cuanto a las ATNs, Mendoza (2020) afirma que, si bien estas no han sido conceptualizadas ni definidas, en las Ordenanzas Metropolitanas 912, 1015, 1076 y 1146 se han determinado parámetros urbanísticos diferenciados para cada una de ellas. Respecto a la racionalidad detrás de este tipo de estructuración urbana, Mendoza (2020) comenta lo siguiente:

La lógica no explícita detrás de la diferenciación de ATNs es el rol que deberían cumplir cada una de ellas según sus condiciones de desarrollo urbano. Así, la ATN I corresponde

a las áreas de la ciudad con menor nivel de consolidación, en proceso de desarrollo y que se encuentran a las zonas de la periferia de la ciudad (...). La ATN II, en cambio, corresponde a las áreas de la ciudad que se encuentran consolidadas, concentran la localización de zonas comerciales y de servicios importantes de la ciudad (...). La ATN III también corresponde a porciones de la ciudad con mayor nivel de consolidación y una gran concentración de áreas comerciales y servicios metropolitanos, así mismo, son las porciones de la ciudad con el mayor valor de suelo urbano, sin embargo, son los parámetros urbanísticos limitan la altura y densidad, el índice de usos de suelo es limitado (...). La ATN IV corresponde a todo lo que no es lo anterior, básicamente dos grandes tipos: el centro histórico y las áreas de ocupación semi rural.

Visto de una manera crítica, según la propia Municipalidad de Lima en un documento resumen sobre la propuesta del PLAM2035, en la actualidad las ATN son agrupaciones muy generales que no consideran la complejidad urbana de Lima Metropolitana (Municipalidad Metropolitana de Lima, 2016, p. 26).

Para Fernández (2020), hay dos problemas adicionales que presenta esta estructuración. El primero es que la definición formal de estas áreas de tratamiento normativo no dice nada realmente respecto a su contenido. Para el autor, distinciones como “mayor densificación” o “densificación regulada” no solo son cuestionables, sino que parecen ser una forma de distinguir (tal vez de manera discriminatoria) entre la zona “moderna” de la ciudad a la que se le exige densificar y la zona “no moderna” a la que sí se le impone la densificación. El segundo problema es que parecen ser una manifestación de una pretensión de categorizar en extremo espacios de la ciudad que son inevitablemente heterogéneos. Así, señala Fernández (2020) que:

(...) con las ATNs, por la existencia de alguna cuestionable característica común, un área en el distrito de Comas y una en el distrito de Villa María del Triunfo



recibirían la misma regulación. Esto a pesar de lo diferentes que puedan ser estas áreas en sus respectivas dinámicas. Lo mismo cabría decir con respecto al tratamiento de un inmueble en San Isidro y un inmueble en La Molina, que han sido agrupados solo por tener alguna característica en común (posiblemente el valor elevado del suelo)

El tercer y último nivel de clasificación en la ciudad está determinado por la zonificación, clasificación que detallaremos a continuación.

3.6. Zonificación y Cambios de Zonificación

A nivel normativo, la zonificación de los usos del suelo se conceptualiza como el instrumento técnico-normativo que orienta, regula y organiza la localización de actividades urbanas en concordancia con los objetivos y políticas de desarrollo metropolitano⁽⁹⁾. Este instrumento tiene como finalidad condicionar y reglar el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto al uso y ocupación que se le pueda dar y puede decirse que tiene su reconocimiento en el artículo 957 del Código Civil. Es el instrumento que regula de manera más minuciosa y directa las acciones de los propietarios como veremos a continuación.

La Ordenanza 1862 establece que la zonificación regula la densidad urbana (número de personas que pueden habitar en una unidad, metros cuadrados, de superficie urbana) y la intensidad del suelo. Según Ortiz (2017, p. 85), este objetivo estaría basado en la premisa de que el suelo es un recurso escaso y, por lo tanto, se le debe dar una mayor intensidad a su uso en la medida de lo posible. Un ejemplo de la manifestación de este objetivo específico es la regla que prohíbe que, tanto los Reajustes Integrales de Zonificación como los Cambios de Zonificación establezcan zonificaciones con una intensidad menor de uso de los predios.

De igual forma, otro objetivo específico es la integración de actividades urbanas compatibles y flexibilización del uso del suelo. En otras palabras, las normas de zonificación suelen establecer que ciertas actividades pueden aprobarse a pesar de que la zonificación en estricto se haya previsto otro uso. Esto se justifica porque permite la generación de diversidad de usos y edificios en el tejido urbano.

Al final de todo, los múltiples objetivos que pueda tener la zonificación se materializan en tres documentos: (i) Plano de Zonificación de los Usos del Suelo, (ii) Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas y el (iii) Reglamento de Zonificación de los Usos del Suelo. El primero es el documento gráfico que forma parte de los diferentes

instrumentos de planificación. El segundo es una lista que define las actividades que es posible realizar en los diferentes sectores, avenidas o calles. Estas actividades que se encuentran en los índices se establecen de acuerdo a la Clasificación Industrial Internacional-CIIU. Finalmente, tenemos al Reglamento de Zonificación que regula el detalle de los parámetros urbanísticos y edificatorios. Siguiendo el marco del Reglamento Nacional de Edificaciones, estos reglamentos son aquellas disposiciones técnicas que establecen las características que debe tener un proyecto de edificación o de habilitación urbana. Por ejemplo, señala el uso del suelo, las dimensiones del lote normativo, el coeficiente de edificación, la densidad neta de habitantes por hectárea, la altura del lote normativo, retiro, porcentaje del área libre, número de estacionamientos y otras condiciones que debe ser respetadas por los administrados.

A nivel metropolitano⁽¹⁰⁾ existen dos reglamentaciones de parámetros vigentes. Por un lado, el artículo 30 de la Ordenanza 620-MML, que es el único artículo vigente de dicha ordenanza y que contiene disposiciones relativas a la identificación, calificación y características técnicas para el uso del suelo, según las distintas zonas urbanas residenciales, comerciales e industriales. Esta norma debe leerse en concordancia con la posterior Ordenanza 719-MML que incorporó algunos cambios y precisiones. Todo lo señalado está referido a la normativa general a nivel metropolitano, pero no debe perderse de vista que la regulación detallada para cada zona de la ciudad se encuentra en las ordenanzas de reajuste integral de zonificación que existen para los distritos en específico y que son aprobadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Por último, tenemos el cuarto nivel de Aspectos Técnicos Complementarios encontrados en normas distritales. Si bien la zonificación es competencia de las Municipalidades Provinciales, existen normas

(9) Artículo 12 de la Ordenanza 1862-MML

(10) El último antecedente de parámetros urbanísticos y edificatorios en Lima son los parámetros generales contenidos en el Reglamento de Zonificación General de Lima Metropolitana aprobados por la Resolución Suprema 045-79-VC-5500. Hay que tomar en cuenta que a la fecha en la que se publicó esta resolución, era de competencia del Ministerio de Vivienda y Construcción realizar y actualizar estudios urbanísticos para el desarrollo de centros poblados del país.



de elaboración distrital que desarrollan los alcances concretos, así que deben ser tomadas en cuenta para procedimientos administrativos de Anteproyecto en Consulta, Licencias de Edificación y Licencias de Funcionamiento (Chehade, 2008, p. 2010). Los distritos solo por excepción pueden regular aspectos como la zonificación, las alturas y los usos cuando esto se da en el marco de delegaciones dispuestas por la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En el caso de nuestra capital se han dado delegaciones en cinco distritos: Miraflores⁽¹¹⁾, La Molina⁽¹²⁾, Santiago de Surco⁽¹³⁾, San Isidro⁽¹⁴⁾ y San Borja⁽¹⁵⁾. No obstante, la Municipalidad Metropolitana de Lima⁽¹⁶⁾ hace ya seis años que derogó toda disposición municipal que disponga la delegación de competencias metropolitanas a las municipalidades distritales en materia de organización del uso del suelo, planificación y desarrollo urbano. Esto implica que en la actualidad la competencia en materia de zonificación se encuentra enteramente en la Municipalidad Metropolitana de Lima. Así, hay casos donde los Municipios Distritales han publicado sus Parámetros Urbanísticos Específicos sin tener una delegación de competencias de por medio lo cual determina que estos parámetros sean ilegales. Un ejemplo de ello son los parámetros ilegales de Pueblo Libre⁽¹⁷⁾.

En la actualidad, hay dos vías para proponer nuevas zonificaciones en las áreas conurbadas de nuestra metrópoli. Cada una de estas vías tiene diferentes características, escalas, procedimientos y responsables. Las vías son, además de la propia aprobación de un nuevo plan de desarrollo metropolitano: los Cambios de Zonificación y los Reajustes Integrales de Zonificación General. Tanto la elaboración de planes como los reajustes integrales no pueden ser propuestos por particulares, a diferencia de los Cambios de Zonificación que sí admiten propuestas de entidades públicas como de personas jurídicas privadas.

Los Cambios de Zonificación en Lima están regulados por la Ordenanza 2086. La norma los define como peticiones de gracia que tiene por objeto solicitar de manera excepcional el cambio de zonificación de determinada área. Solo será

atendible la petición si coincide con el objetivo de desarrollo de la zona y de la ciudad, análisis que recae en el ente especializado que es el Instituto Metropolitano de Planificación. Sobre la extensión del cambio de zonificación, la Ordenanza 2086 (Artículo 11) solo permite aprobar cambios de un solo predio cuando el cambio sea para Equipamientos Urbanos de Educación, Salud y Otros Usos y en ciertos supuestos especiales debidamente sustentados. La regla será que las modificaciones se hagan extensivas como mínimo a todo el frente de la manzana, a los dos frentes de la vía, a toda la manzana, o al sector urbano en donde se ubica el inmueble materia de la solicitud.

Sobre la naturaleza de petición de gracia, nuestra Constitución⁽¹⁸⁾ reconoce como derecho de toda persona la posibilidad de formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito antes la autoridad competente. En este sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) especifica que estas peticiones administrativas comprenden facultades como la de presentar solicitudes de gracia⁽¹⁹⁾. Esta petición viene a ser la facultad por la cual el administrado solicita al titular de la entidad la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación. Los pedidos de cambio de zonificación son peticiones de gracia ya que la Municipalidad de Lima, a pesar de pedir requisitos técnicos, opiniones, y plazos, puede a su libre apreciación aceptar el cambio o no. La zonificación es, al fin y al cabo, un instrumento normativo y no un acto administrativo.

Respecto a los Reajustes Integrales de Zonificación (RIZ), estamos ante el proceso

(11) Artículo 7 de la Ordenanza 920-MML

(12) Artículo 6 de la Ordenanza 1144-MML

(13) Artículo 8 de la Ordenanza 912-MML

(14) Artículo 6 de la Ordenanza 950-MML

(15) Artículo 6 de la Ordenanza 1063-MML

(16) Segunda Disposición Derogatoria de la Ordenanza 1862-MML

(17) Ordenanza 485-MPL

(18) Art. 2 20

(19) Art 106.2

(20) Por ejemplo, San Miguel, Santa Rosa o San Juan de Lurigancho.

(21) Por ejemplo, el caso del Reajuste Integral del distrito de San Isidro y un sector del distrito de Magdalena del Mar que son parte del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana.

(22) Por ejemplo, el Reajuste de Punta Hermosa, Punta Negra, Santa María del Mar y Pucusana.

(23) Por ejemplo, el reajuste integral de la zona de reglamentación especial de los Pantanos de Villa.



técnico de racionalizar la actual calificación adecuándola a la realidad urbanística, constructiva y funcional que hoy en día registra la ciudad metropolitana. En nuestra ciudad, los reajustes pueden hacerse para un solo distrito⁽²⁰⁾, un distrito y un sector de otro⁽²¹⁾, más de dos distritos⁽²²⁾ e incluso puede abarcar un territorio menor a un distrito⁽²³⁾. Como podemos apreciar, a diferencia de los Cambios de Zonificación, estos se hacen en una extensión mucho mayor y a propuesta de la Municipalidad Distrital. El Instituto Metropolitano de Planificación revisa estos Reajustes y luego de un procedimiento de análisis se aprueba un Plano con la nueva Zonificación Distrital mediante Ordenanza del Concejo Metropolitano de Lima. Estas reglas que rigen antes mencionadas también se chocan con una realidad adversa.

4. Desafíos de la normativa metropolitana de planificación

Después de haber realizado una revisión de la planificación urbana en el Perú, el marco normativo de la planificación urbana de Lima Metropolitana, en esta parte abordaremos los principales desafíos de las políticas y las normas sobre la planificación urbana metropolitana de Lima.

4.1. Fragmentación administrativa y falta visión de ciudad

La Municipalidad Metropolitana de Lima tiene 43 distritos más la Provincia Constitucional del Callao que tiene 7 distritos. En total se tienen 50 distritos cada uno con su propio alcalde y su propia estructura administrativa. Existe, por tanto, una gran fragmentación administrativa y de competencias entre el municipio metropolitano y los distritales, así como entre los Municipios de Lima y del Callao. Ello sin contar con la coordinación que se requería tener con otras provincias de la región Lima y con el propio gobierno regional de Lima Provincias.

A nivel comparativo, de las 64 áreas metropolitanas de ciudades de América latina y Caribe estudiadas por Lanfranchi y Bidart (2016, p. 42) podemos afirmar que Lima comparte junto a Belo Horizonte el puesto como la segunda área metropolitana con mayor número de municipios considerados oficialmente, siendo parte del 6% de casos de áreas metropolitanas con escenarios muy fragmentados.

De otro lado, algo que agrava más esta fragmentación, es que en Lima Metropolitana ha existido delegación de competencias de la Municipalidad Metropolitana sobre aprobación parámetros edificatorios y urbanísticos hacia algunas municipalidades distritales que establecen diferentes criterios y normas, generándose contradicciones y desorden normativo. Además, se ha presentado una problemática de municipios distritales que han realizado estas intervenciones sin delegación de competencias.

Adicionalmente, los problemas de demarcación territorial distrital en Lima Metropolitana presentan un gran desafío, pues los límites jurisdiccionales, determinados por nomas de demarcación territorial, ajenas al urbanismo, dificultan la implementación de medidas de gestión y planificación urbana. Los límites distritales jurisdiccionales no se condicen con los sectores funcionales de la ciudad.

¿Qué tipo de ciudad están promoviendo las normas nacionales y metropolitanas, una ciudad difusa o una ciudad compacta? ¿Hacia dónde debe dirigirse nuestra visión de ciudad y con ello de las políticas y las normas urbanas, la planificación y la gestión urbana? Estas preguntas son esenciales en la planificación metropolitana y deben incorporarse en los instrumentos normativos que Lima requiere.

4.2. Debilidad institucional de la planificación urbana

La planificación para Lima ha sido un instrumento débil en la medida que aparentemente, el Estado decidió no asumir el liderazgo del crecimiento de la ciudad, lo que termina favoreciendo la iniciativa privada o informal (Vega et al., 2019, p. 47). El plan de desarrollo (PLANMET) debía estar vigente en Lima hasta el año 2010, por lo que en la gestión de la alcaldesa Susana Villarán se elaboró una propuesta de plan hacia el año 2035 pero que lamentablemente no fue aprobado por el Concejo Metropolitano.

En este contexto, podemos apreciar una debilidad institucional del Instituto Metropolitano de Planificación de Lima. La planificación urbana metropolitana se encuentra debilitada no solamente porque no existe un plan metropolitano vigente, sino porque los organismos que se encargan de la planificación urbana enfrentan desafíos complicados en cuanto a presupuesto y asignación de competencias. Por lo tanto, consideramos de vital importancia el fortalecimiento del Instituto Metropolitano de Planificación de Lima mejorando sus presupuestos y dándole más fuerza en los procesos de aprobación de normas y procedimientos relacionados a la planificación urbana y la zonificación.



Adicionalmente, consideramos que sería muy importante vincular la planificación urbana y, en especial, la metropolitana, con los presupuestos públicos. Un tema muy importante en las áreas metropolitanas y ciudades de nuestro país es que no se encuentran articulados los presupuestos públicos con los planes urbanos. Es cierto que los presupuestos por incentivos sí se aplican también a nivel metropolitano. Sin embargo, estos presupuestos se centran más que todo en el aspecto de gestión y ejecución de proyectos y no en el aspecto de la elaboración de planes de desarrollo urbanos.

De otro lado, se debe promover una gobernanza metropolitana integrada sobre la base de los principios dispuestos en la Nueva Agenda Urbana de Habitat III. La normativa de planificación urbana metropolitana debe basarse en los principios de equidad, el uso eficaz y sostenible del suelo, la compacidad, el policentrismo, la conectividad y las densidades adecuadas y los múltiples usos del espacio; así como los usos sociales y económicos mixtos en las zonas construidas, a fin de reducir los problemas y las necesidades de movilidad y los costos per cápita de la prestación de servicios y aprovechar la densidad y las economías de escala y de aglomeración (basado en la nueva Agenda Urbana [2016] Hábitat III-Quito).

4.3. Normativa confusa y desordenada

Como parece evidente del recuento que se ha hecho en secciones anteriores, las sucesivas modificaciones y derogaciones parciales, así como el tratamiento de la zonificación por distritos han generado una regulación metropolitana confusa y poco clara. No hay sistematización o un equivalente a un texto único ordenado. No hay, tampoco, estudios e investigaciones sobre la calidad regulatoria respecto a la planificación urbana, la zonificación metropolitana o mínimamente sobre la predictibilidad que los administrados buscarían tener para sus actividades.

Un ejemplo es la relación entre las Ordenanzas 1862 MML y 2086 MML, pues no existe razón para que se encuentren separadas las regulaciones de los instrumentos de planificación y los cambios de zonificación. Para complicar aún más este problema sigue vigente el artículo 30 de la Ordenanza 620 MML para efectos de los parámetros urbanísticos y edificatorios.

Ante este contexto, es necesario ordenar, integrar, centralizar y sistematizar el marco normativo urbano nacional y metropolitano de la planificación urbana. Es necesario, para ello, un instrumento normativo a nivel nacional como una Ley del Suelo, Ley de Desarrollo Urbano o Código Urbano, así como un instrumento a nivel metropolitano, que vendría a ser una ordenanza metropolitana que ordene, sistematice e integre la planificación urbana, zonificación y las áreas de tratamiento en un solo cuerpo normativo metropolitano.

Consideramos también que se debe establecer la estructuración urbana a través de las áreas de tratamiento

normativo. Sin embargo, estas deben actuar como un instrumento para establecer regulaciones urbanas homogéneas con el objetivo de usar las centralidades del área metropolitana de Lima como variable de análisis y superar los límites jurisdiccionales. En tal sentido, en lugar de tener solamente cuatro áreas de tratamiento normativo como se tiene en la actualidad, debería establecerse un área de tratamiento normativo por cada centralidad y su área de influencia que el análisis urbano identifique en la ciudad. Este esquema permitiría hacer una planificación coherente que no se vea limitada por los límites jurisdiccionales de los distritos. Asimismo, una vez aprobado el plan de desarrollo metropolitano, esta sería la escala correcta para el análisis de modificaciones progresivas del plan. Por ejemplo, de darse modificaciones del plan a través de reajustes integrales, lo recomendable no sería hacerlos inorgánicamente sino tomando en cuenta la escala del área de tratamiento normativo. Se evita con ello las decisiones puntuales y aisladas respecto del uso del suelo.

Finalmente, es imprescindible fomentar el fácil acceso y entendimiento de las normas jurídicas de planificación mediante estrategias digitales, interactivas y de sistematización con el propósito de darles legitimidad y predictibilidad. La poca eficacia de los instrumentos legales de planificación en Lima Metropolitana tiene que ver no solo con la falta de normas adecuadas, sino también con la dificultad de acceder a dichas normas. Por ello, se tiene que buscar instrumentos y plataformas por los cuales los usuarios del sistema de planificación que son los ciudadanos puedan acceder a las normas que regulan la planificación de un modo que permita su familiaridad y entendimiento de las mismas. Esta es una tarea que se debe desarrollar tanto en la producción de futuras normas como también en la sistematización de las normas actuales.

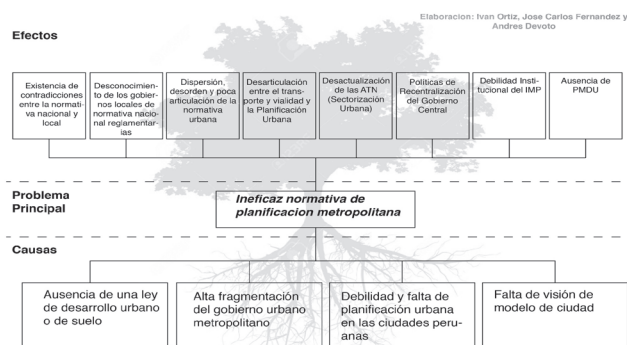
La sistematización y ordenación de las normas no solamente ayudará a los ciudadanos sino también a las funciones que cumplen la Municipalidad Metropolitana de Lima y, en particular, el Instituto Metropolitano de Planificación. Procesos como los de aprobación de licencias o cambios de



zonificación se beneficiarán de tener normas sistematizadas y en plataformas que sean accesibles por distintos profesionales. Lo propio sucederá con el proceso de desarrollo de un plan metropolitano y sus respectivas actualizaciones hacia futuro.

Presentamos a modo de resumen un árbol de problemas elaborado por los autores del presente artículo:

Árbol de Problemas



5. Reflexiones finales

La planificación urbana es esencial para un desarrollo ordenado y sostenible de las ciudades. Esta, además, constituye una función pública como parte importante del rubro del urbanismo y como expresión del ordenamiento territorial que se prevé en nuestra constitución política vigente. En el ámbito jurídico lo dicho se materializa a través de las distintas instituciones jurídicas que forman parte del campo del derecho urbanístico.

Como se ha descrito, la planificación urbana en el Perú está compuesta por diversos tipos de planes de desarrollo como el plan de acondicionamiento territorial, el plan de desarrollo metropolitano y el plan de desarrollo urbano. La función pública de la elaboración y aprobación de estos planes es competencia municipal provincial y son aprobadas por ordenanzas municipales, es decir, son instrumentos que tienen naturaleza normativa. El instrumento central de los planes para asignar y ordenar los usos del suelo es la zonificación.

En el desarrollo de nuestra investigación, concluimos que la normativa y el marco jurídico de planificación urbana metropolitana de Lima enfrenta diversos desafíos críticos: la fragmentación administrativa, la falta de visión de ciudad, la debilidad institucional y la carencia de sistematicidad en la normativa.

La fragmentación del gobierno urbano metropolitano de Lima se expresa en la ausencia de un gobierno metropolitano sobre el área de Lima-Callao, con la conjunción de diversos gobiernos regionales, municipales y 50 municipios distritales que participan en la gestión urbana metropolitana. Se tiene

también una falta de visión de un modelo de ciudad para el área metropolitana de Lima-Callao que ordene y oriente la acción pública y privada sobre el suelo urbano. Por otra parte, la planificación urbana en el Perú es débil, según datos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Navarro Franco, 2020) dado que solo 46% de los municipios tienen plan de acondicionamiento territorial y 13% tienen plan de desarrollo urbano.

Además, Lima, la capital del país y el espacio en que habita la tercera parte de la población nacional, carece de un plan metropolitano de desarrollo vigente desde el año 2010. La normativa metropolitana de Lima sobre planificación urbana y zonificación es confusa y desordenada pues presenta una carencia de sistematicidad de las normas. Así, las ordenanzas metropolitanas que regulan dichas funciones públicas deben ser articuladas e integradas en un cuerpo normativo unitario y orgánico.

Aunque el objetivo de este texto ha sido el de comenzar con un diagnóstico del marco regulatorio de la planificación urbana en Lima Metropolitana, aquí planteamos algunos lineamientos introductorios que seguiremos desarrollando como parte de esta investigación. Estos lineamientos buscan aportar al debate y discusión de políticas públicas para superar los desafíos críticos de la normativa de planificación urbana de Lima Metropolitana:

- Consideramos necesario ordenar, integrar, centralizar y sistematizar el marco normativo urbano nacional, a través de una Ley del Suelo y el marco normativo metropolitano de la planificación urbana a través de una Ordenanza que integre la planificación y zonificación metropolitana en un marco normativo integrado y sistematizado.
- En el mismo sentido, a nivel nacional será importante fortalecer el principio de subordinación del interés privado al interés general que se exprese en limitaciones del derecho de propiedad sobre el suelo al bien común por razones del urbanismo y el ordenamiento territorial en el marco constitucional y evaluar



la incorporación del derecho a la ciudad en nuestro ordenamiento jurídico.

- Fortalecer el Instituto Metropolitano de Planificación de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Además, creemos que se debe vincular la planificación urbana y, en especial, la metropolitana con los presupuestos públicos.
- Desarrollar una institucionalidad pública adecuada que supere la fragmentación del gobierno del área conurbana de Lima y Callao y permita una planificación urbana con una escala adecuada y eficaz. Asegurar la articulación de la Municipalidad Metropolitana de Lima con entidades que generen coordinación entre los ámbitos como la Autoridad Única de Transporte y SEDAPAL, a fin de armonizar sus intervenciones e inversiones relacionadas a la provisión de servicios e infraestructura pública con las estrategias de densificación urbana en la conurbación.
- Fomentar el fácil acceso y entendimiento de las normas jurídicas de planificación mediante estrategias digitales, interactivas y de sistematización con el propósito de darles legitimidad y predictibilidad.
- Repensar la normativa urbana metropolitana en el contexto de informalidad que atraviesa nuestra capital. Al igual que la mayoría de las ciudades peruanas⁽²⁴⁾, Lima cuenta con preocupantes cifras de informalidad. El 90% de la expansión urbana de Lima ha sido informal, es decir mediante lotizaciones informales y ocupaciones ilegales (Espinoza y Fort 2020, p.17). En la actualidad el 54% del Área Metropolitana de Lima está ocupada por asentamientos humanos surgidos de estas ocupaciones (Torres 2018, p.15). Respecto a las edificaciones, 7 de cada 10 viviendas han sido construidas de manera informal⁽²⁵⁾. Por lo tanto, se debe tomar en cuenta que la normativa actualmente aplica para una cantidad reducida de personas y, no solo se necesita mayor nivel de cumplimiento, sino que se debe buscar acercar la normativa a la realidad urbana.

Finalmente, es importante terminar de elaborar el plan de desarrollo metropolitano al 2040, en cuyo proceso se encuentra la Municipalidad Metropolitana de Lima, a fin de que sea participativo y democrático y oriente la gestión metropolitana municipal hacia un desarrollo urbano sostenible. Nuestra gestión municipal no puede continuar sin un plan que oriente el desarrollo en Lima metropolitana hacia el futuro.

Referencias bibliográficas

- Calderón, J. (2017). La insoportable levedad de la Planificación Urbana y lo legal informal en el Perú. *El arte del desgoberno. Serie: Perú Hoy* (31), 221-235. http://www.desco.org.pe/recursos/site/files/CONTENIDO/1118/12_Calderon_PHJ17.pdf
- Castillo, R. (2013). La planificación urbana de Lima - Callao 1949 - 2013: del urbanismo funcionalista a la planificación del Desarrollo Urbano Sostenible. *Paideia XXI* 3(4), 20-32. <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Paideia/article/view/925/842>
- Chehade, R. (2008, 5 de julio). El nuevo uso de los suelos en Lima. *Diario El Comercio*. <http://www.ipdu.pe/web/index.php/actualidad/articulos/290-el-nuevo-uso-de-los-suelos-en-lima>
- Espinoza, A. y Fort, R. (2020). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú*. GRADE.
- Fernández, J. (2018). 3D Titling: Comments on the Introduction of the Transfer of Development Rights to Peru. *Latin America Policy Journal* (8). <https://lapj.hkspublications.org/3d-titling-comments-peru/>
- Fernández, J. (2020). Las Áreas de Tratamiento Normativo de Lima y el Cientificismo de la Planificación Urbana. *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/05/04/las-areas-de-tratamiento-normativo-de-lima-y-el-cientificismo-de-la-planificacion-urbana/>
- Fernández, J. y Pinedo, K. (2020). Entre la visión civil y la visión urbanística del derecho de propiedad: apuntes sobre el caso del Hotel Sheraton del Cusco. En Puertas Villavicencio, Gonzalo et al. (Coord.). *Propiedad. Enfoque Urbanístico y Registral*. Themis Editorial Jurídica.
- Instituto Metropolitano de Planificación (2020). *Modelo de Desarrollo Urbano y Territorial: Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano Lima al 2040* [presentación de diapositivas].
- Kahatt, S. (2015). *Utopías Construidas, Las Unidades Vecinales de Lima*. Fondo Editorial PUCP.
- Lafranchi, G & M Bidart. (2016). *Gobernanza metropolitana en América Latina y el Caribe*. Centro de Implementación de Políticas Públicas para Equidad y el Crecimiento. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1069.pdf>

(24) Según últimos estudios de Espinoza y Fort, el 93 % del nuevo suelo urbano creado desde el 2001 corresponde a urbanizaciones informales, es decir asentamientos que no cuenten con habilitación urbana completa (2020, p. 10).

(25) Informalidad en el sector construcción: ¿Por qué las edificaciones se caen? ¿Cómo evitarlo? <https://rpp.pe/seamos-peruanos-de-calidad/informalidad-en-el-sector-construccion-por-que-las-edificaciones-se-caen-como-evitarlo-noticia-1078284>



Mendoza, A. (2020, 12 de enero). La regulación urbanística de la provincia de Lima. *Urbanismo y Economía*. <https://urbanismoyeconomia.wordpress.com/2020/01/12/la-regulacion-urbanistica-de-la-provincia-de-lima/>

Municipalidad Metropolitana de Lima. *Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano PLAM* [presentación de diapositivas]. Municipalidad Metropolitana de Lima. <http://www.munlima.gob.pe/images/descargas/region-lima/asamblea-metropolitana/PLAN-METROPOLITANO-DE-DESARROLLO-URBANO.pdf>

Navarro, H. (2020). *Taller de Presentación de la Propuesta de Política Nacional de Vivienda, Urbanismo y Desarrollo Sostenible*. Universidad del Pacífico.

Ortiz, I. (2017). *Introducción al Derecho Urbanístico*. Fondo Editorial PUCP.

Ortiz, I. (2019). Los planes urbanos en nuestro ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional. *Revista Gaceta Constitucional* 138. (pp. 119-129).

SPDA Actualidad Ambiental (2020). *Organizaciones sociales solicitan a la Municipalidad de Lima no cambiar zonificación del valle de Lurín*. SPDA Actualidad Ambiental. <https://www.actualidadambiental.pe/organizaciones-sociales-solicitan-a-la-municipalidad-de-lima-no-cambiar-zonificacion-del-valle-de-lurin/>

Torres, D. (2018). *Titulación de tierras sin ciudad, del bien colectivo al privado*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Vega, P., Dammert, M., Moschella, P., Vilela, M., Bensus, V., Fernandez de Cordova, G. y Pereyra, O. (2019). *Las Centralidades de Lima Metropolitana en el Siglo XXI. Una Aproximación empírica*. Facultad de Arquitectura y Urbanismo PUCP.

Zucchetti, A. y Freundt, D. (2019). *Ciudades del Perú: Primer Reporte Nacional de Indicadores Urbanos 2018*. Periferia. 





La Antítesis del Sistema Acusatorio. Una propuesta sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa y Justificada hacia una justicia digital y acorde a los Derechos Humanos^(*)()**

The Antithesis of the Accusatory System. A proposal on the regulation of the Informal and Justified preventive prison towards a digital justice and according to the Human rights

Victor Manuel Solís Buitrón^(*)**

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

Resumen: El pasado mes de agosto del presente año la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de la Facultad de Derecho, por iniciativa del Colegio de Profesores de Derecho Penal, atendiendo a la suspensión de actividades académicas como consecuencia de la pandemia que aqueja al mundo derivado del virus SARS-Cov2, aprovechando las plataformas digitales al alcance de las personas en estos momentos tan socorridas como instrumentos de uso para comunicarnos a distancia, organizó el Primer Congreso Virtual Internacional de Derecho Penal.

En este evento participaron más de 130 académicos de diferentes Universidades de Iberoamérica en calidad de ponentes, quienes expusieron sobre temas de la realidad jurídica penal, sustantiva y adjetiva, en las mesas que se organizaron por temáticas que abordaron diferentes conceptos de estas especialidades. El Congreso fue engalanado por Conferencias Magistrales emitidas por Maestros Eméritos y Decanos de la Facultad de Derecho de la UNAM y de otras escuelas de Derecho de países invitados.

La trascendencia del Congreso sorprendió al Foro Académico, casi veinte mil personas inscritas y aproximadamente dos millones de ellas accedieron al evento que fue transmitido y difundido en redes sociales a través de la plataforma Facebook Live Streaming.

De los planteamientos que más destacaron en las ponencias nace la inquietud del presente artículo. Específicamente resalta la preocupación al respecto del ejercicio arbitrario del derecho penal por su naturaleza punitiva y la importancia de limitar el exceso en su aplicación respetando en forma general los Derechos Humanos de las personas y de manera particular los reconocidos a las partes en las reglas procesales, esto en equidad con los Principios Fundamentales de los Sistemas de Enjuiciamiento en el modelo acusatorio, adoptados prácticamente ya en todos los países democráticos en América Latina.

Aquí resalta la necesidad de una nueva definición de la figura de la prisión preventiva, concebida ahora como una medida cautelar y su íntima relación con el principio de la "Presunción de Inocencia", en cuya aplicación debe existir una comunión absoluta,

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 15 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 12 de noviembre de 2020.

(**) Este trabajo tiene su antecedente en la ponencia del autor en la Mesa 15 sobre el tema: Prisión Preventiva y Medidas Cautelares, realizada el día 07 de agosto de 2020, en el Primer Congreso Internacional Virtual de Derecho Penal, organizado por la Facultad de Derecho de la UNAM.

(***) Titular de la Materia de Juicios Orales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5339-7393>. Correo electrónico: v.solis@sbam-abogados.com



condición necesaria en orden a una visión profunda y definitiva en la tutela de los derechos humanos.

Palabras clave: Derecho penal - Prisión preventiva - Presunción de inocencia - Sistema acusatorio - Prisión preventiva oficiosa

Abstract: Last August of this year, the Universidad Nacional Autónoma de México, through the Law School, by initiative of the College of Professors of Criminal Law, in response to the suspension of academic activities, as a result of the pandemic that afflicts the world arising from the SARS-Cov2 virus, taking advantage of digital platforms available to people at this time as a tool to use to communicate at a distance, organized the First International Virtual Congress of Criminal Law.

In this event, more than 130 academics from different Latin American Universities participated as speakers, who presented on topics of the criminal legal reality, both substantive and adjective, in the panels that were organized by themes that addressed different concepts in these specialties. The Congress was embellished by Magisterial Conferences issued by Masters Emeritus and Deans of the Faculty of Law of the UNAM and other law schools of invited countries.

The importance of the Congress surprised the Academic Forum, almost twenty thousand people registered and approximately two million of them accessed the event that was transmitted and broadcast on social networks through the Facebook platform "Live streaming".

From the approaches that were most emphasized in the presentations, the concern of the present article is born. Specifically, it highlights concerns about exercise, it highlights the concern about the arbitrary exercise of criminal law due to its punitive nature and the importance of limiting the excess in its application, respecting in general the human rights of individuals and, in particular, those recognized for the parties in the procedural rules, this in equity with the Fundamental Principles of the Prosecution Systems in the accusatory model, already adopted in practically all democratic countries in Latin America.

This highlights the need for a new definition of preventive prison, conceived now as a precautionary measure and its intimate relation with the principle of the "Presumption of Innocence", in whose application there must be absolute communion, a necessary condition in order to have a profound and definitive vision in the protection of Human rights.

Keywords: Criminal Law - Preventive prison - Presumption of innocence - Accusatory system - Informal preventive prison

1. Introducción

Los sistemas de justicia penal, hoy en Latinoamérica, debaten en el universo ideológico de los valores que componen su esencia producto de la idiosincrasia y tradición jurídica de

sus normativas heredadas por regímenes en esencia autoritarios o dictatoriales en contraposición con los nuevos paradigmas que se han adoptado consecuencia de la influencia internacional y entre la necesidad de proteger los derechos humanos reconocidos en sus constituciones, como en los tratados integrados a sus órdenes jurídicos nacionales vigentes, vinculados al Sistema de Convencionalidad Americano de Derechos Humanos, frente a la amenaza de la delincuencia que innegablemente avanza en forma casi incontrolable retando a los órganos de seguridad pública, de procuración y administración de justicia, los que se muestran cada día más impotentes para combatir este fenómeno social, siendo en muchos casos rebasados en su funcionamiento estructural, para quedarse rezagados de los reclamos y exigencias de ciudadanos que en calidad de víctimas, han resultado afectados por esta realidad coyuntural.

A este fenómeno delincuencial, hay que agregar la influencia que está generando en nuestras vidas el virus SARS-CoV2, clasificada como "pandemia" por la Organización Mundial de la Salud ⁽¹⁾, por los efectos que provoca en la salud de los individuos. Por ello ha sido imprescindible que las autoridades de los países ordenen medidas de contención para evitar su propagación y proteger la salud de los ciudadanos, entre otras el distanciamiento social y la concentración de personas en lugares públicos, así decretaron la suspensión de actividades "no esenciales" ⁽²⁾, generando una reducción en los índices microeconómicos que ha llevado al cierre de negocios, a la disminución de los ingresos en la población económicamente activa, e incluso en miles de casos hasta el desempleo.

En la macroeconomía también ha repercutido considerablemente, los gobiernos tienen menos captación de contribuciones, el cierre de fronteras ha desacelerado las importaciones y exportaciones de productos e incluso la demanda de servicios turísticos casi nula, ha golpeado seriamente esta actividad que a muchos países les generaba uno de sus principales ingresos, así el gasto público

(1) Véase OPS (2020, 11 de marzo). La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. *Pan American Health Organization*.



deberá priorizar los servicios de salud principalmente para atender la pandemia y las actividades esenciales como son la educación, seguridad pública y justicia entre otros.

Además, todo apunta a que la pandemia se mantendrá por un tiempo mayor a lo esperado, quizá hasta su desenlace final cuando se logre controlar o extinguir el virus, probablemente con su mutación natural o derivado de la invención de la vacuna que imploramos resulte la solución a la tragedia que hoy vivimos. Aún no tenemos plena certeza, no obstante, sabemos que el mundo ya no será igual y se estima que los problemas entre las personas aumenten por las razones apuntadas, estando latente el riesgo del rompimiento al tejido social.

Ante ello reconocemos que el reto es complejo, estriba en la necesidad de adaptar un sistema de justicia penal sólido y efectivo, que atienda a sus necesidades y requerimientos, equilibrado en el ejercicio del poder punitivo en igualdad de partes, distinguiendo plenamente las facultades de investigación propias de una fiscalía respecto de las funciones de juzgar, las que deben depositarse en un poder judicial independiente y autónomo del órgano investigador⁽²⁾, atento a los principios más elementales que justifican su actuación para ser garantes que la aplicación de las penas y la restricción de la libertad se realice de manera justa y con respeto a los derechos fundamentales de los actores en juicio durante todas sus etapas procesales, desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de las sanciones.

Adicionalmente es absolutamente fundamental que los gobiernos implementen las medidas y mecanismos hacia una justicia digital o “en línea”. Sin duda alguna la pandemia desnudó lo arcaico de la forma en que tradicionalmente hemos asumido la administración de justicia en todas sus ramas y especialidades. Resulta por demás inadmisibles que a pesar de los avances tecnológicos y con los sistemas informáticos propios de esta modernidad, los tribunales tuvieran que suspender actividades como medida de contención para evitar la propagación del virus, quedando dormido momentáneamente el sueño de

los justiciables en los casos en trámite y sobre las diferencias ocurridas entre los individuos durante la época del confinamiento obligatorio, salvo para algunos casos de excepción, en los demás simplemente no hubo un Tribunal competente al alcance ciudadano para atender los reclamos del justiciable por conductas transgresoras de la ley, esto en total omisión al principio de “Tutela Judicial”.

El proceso de modernización de los sistemas a los que aspiramos en orden a una nueva justicia en línea, también exigirá adecuar sus formalidades acatando los principios torales y absolutos del Sistema Acusatorio, en específico “Oralidad”; “Contradicción”; “Inmediación”; “Continuidad”; “Concentración”; “Igualdad de Partes”; “Legalidad”; “Presunción de Inocencia” y “Debido Proceso”, ya que constituyen la columna vertebral de un sistema de justicia adversarial acorde a las circunstancias que exige la actualidad.

Para llegar a ese objetivo, no basta simplemente criticar destruyendo al sistema acusatorio señalándolo como disfuncional desde su propia esencia bajo el argumento de la “puerta giratoria”⁽⁴⁾, ya que esto exhibe la incapacidad del Estado en el efectivo ejercicio del poder punitivo y de su obligación constitucional para cumplir con la seguridad hacia los ciudadanos, lo que debe ser ajeno a los partidos políticos, o a la ideología del grupo gobernante. El orden jurídico es un elemento del Estado que tiene como finalidad resolver y solucionar los conflictos individuales

(2) Véase Presidencia Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (2020, 31 de marzo). Acuerdo DOF 31/03/2020. *Por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario Oficial de la Federación. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020. En este se menciona lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Se establece como acción extraordinaria, para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, que los sectores público, social y privado deberán implementar las siguientes medidas:

I.- Se ordena la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020 al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional; (...)”

(3) Véase Solís, V. (2018). Fiscalía General con Reforma Constitucional Sí o sí. *Revista Barra Mexicana de Abogados*, número 106, 28-32. <http://www.bma.org.mx/assets/la-barra-1062.pdf>. En esta fuente, el autor menciona: “Esta reforma además modificó el procedimiento para la designación del titular de la Fiscalía haciendo más exigente y riguroso el nombramiento, no obstante ello, la enmienda constitucional se quedó corta en orden a la expectativa de garantizar la autonomía plena y absoluta que la Institución requiere en su relación con el Jefe del Ejecutivo Federal, lo que se evidencia desde el momento en que el Presidente de la República conservó la facultad de remoción del fiscal por causas graves establecidas en la ley” (p. 28).

(4) Véase Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Observaciones a México de la ONU-DH sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa*. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136357/681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>. En esta fuente, se menciona: “Desde esta perspectiva, la inaplicación de



y sociales, que, tratándose de la aplicación de Ley Penal dada su naturaleza sancionadora, en las repúblicas modernas y progresistas se instituye en un mecanismo entendido y aplicado como la última razón del poder político destinado a cumplir dicha encomienda.

A su vez tampoco es coherente retornar al sistema tradicional, de corte mixto (acusatorio con rasgos inquisitivos), porque históricamente arrastra la sombra de prácticas oscurantistas y violatorias de los derechos fundamentales, aplicación que hoy resultaría retrógrada en función de la evolución democrática de los sistemas y del desarrollo institucional producto de las repúblicas constitucionales que buscan su pleno perfeccionamiento, cuyas reglas lógicamente no podrían armonizarse con los parámetros y requisitos de una justicia en línea.

2. Prisión Preventiva

Desde nuestro punto de vista el aspecto más crítico y complejo de los sistemas de enjuiciamiento penal estriba en la prisión preventiva, que ha sido su eterno dilema independientemente de la naturaleza inquisitiva, acusatoria o mixta, figura por demás controvertida debido a su condición restrictiva de la libertad. En su origen la prisión preventiva se concibió como un mecanismo del orden jurídico punitivo para garantizar que el procesado no se sustraiga de la acción de la justicia y por lo tanto el proceso pueda cumplir con su finalidad.

Son lamentables tantos casos históricamente documentados en los que el acusado fuera privado de la libertad mediante la aplicación de la figura de prisión preventiva durante su proceso y después de meses o años en el interior de un centro de reclusión social, fuera declarado inocente en la causa penal instruida en su contra, lo que seguramente debió provocar sendos daños a su esfera económica, familiar, social, a su dignidad y a su ánimo psicológico emocional. Esta realidad persistió lamentablemente justificada ante la ley con el pretexto de que no existía una medida sustitutiva de la prisión como mecanismo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del acusado en el proceso, ante todo siempre reconocimos que sin justiciable no hay procedimiento y sin procesamiento

no hay pena justa, condición equivalente a la impunidad.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha reconocido que la prisión preventiva se traduce en una condena anticipada⁽⁵⁾, por medio de la cual el acusado es condenado a una prisión y sometido a la restricción de la libertad, sin la existencia de una sentencia en la que se acredite la plena comisión del hecho delictivo y el reproche de su culpabilidad, a priori al desahogo de un juicio agotado de conformidad a las formalidades esenciales del procedimiento, en el que se le otorgue al imputado la oportunidad de ejercer su defensa para la demostración de su inocencia.

Esta crítica también se apunta en el sentido de la tergiversación de la prisión preventiva cuya naturaleza esencialmente es procesal, por tal motivo solamente debería aplicarse durante las etapas de investigación, procesamiento o enjuiciamiento, dependiendo de las reglas procesales de cada sistema, de lo contrario se convierte en una medida punitiva que pierde el verdadero sentido cautelar, criterio también postulado por este organismo defensor de derechos humanos⁽⁶⁾.

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la prisión preventiva atenta en contra de los principios y lineamientos que rigen la imposición de dicha figura, convirtiéndose este mecanismo por lo tanto en una forma de detención arbitraria que violenta el debido proceso de los gobernados⁽⁷⁾.

Aquí hay un paralelismo absoluto entre los conceptos de prisión preventiva y debido proceso. No podemos omitir que el principio mencionado, está integrado por el conjunto de formalidades procesales que deben

la prisión preventiva en procedimientos penales llevar a crear una supuesta "puerta giratoria" en la que "los delincuentes" que son arrestados quedan en libertad, con lo que se estarían generando condiciones de inseguridad e impunidad. Sin embargo, esto no está respaldado por la evidencia empírica; al contrario, se ha demostrado que en México la supuesta "puerta giratoria" y los motores de la impunidad se encuentran en el actuar deficiente de las Fiscalías, especialmente en las primeras etapas de la investigación criminal" (cursivas añadidas) (p. 9).

- (5) Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006, 1 de febrero). Caso López Álvarez vs Honduras. Asimismo, véase los hechos de la Ficha Técnica: López Vs. Honduras en https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=322
- (6) Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, 17 de noviembre). Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Asimismo, véase los hechos de la Ficha Técnica: Barreto Leiva Vs. Venezuela en https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=357&lang=e
- (7) Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013, 27 de noviembre). Caso J vs Perú. Asimismo, véase los hechos de la Ficha Técnica: J Vs. Perú en https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=370



invertir los actos de autoridad como parte de la exigencia de la legalidad para su validez. Así considerando entonces que la prisión preventiva ha sido utilizada como un mecanismo privativo de la libertad con fines procesales, es imprescindible que el mandato que lo ordene, además de fundarse en la ley, debe ajustarse al debido proceso.

Sin embargo, principalmente la prisión preventiva indudablemente que violenta el principio de inocencia, concebido como un Derecho Humano de protección y tutela en favor de las personas, por medio del cual se asegura que el ciudadano en calidad de acusado, sea considerado inocente durante su procesamiento, hasta en tanto no sea declarada su culpabilidad mediante una sentencia firme e irrevocable y derivado de un Juicio en el que se cumpla con el debido proceso.

El Dr. Miguel Ángel Aguilar López (2015) opina que:

El principio de inocencia tiene como base angular considerar que por naturaleza todos los hombres son inocentes, no culpables, consecuencia de lo cual es dable determinar: toda persona sujeta a un procedimiento o proceso penal no se considera responsable de la comisión del ilícito hasta que exista una sentencia firme que la declare culpable. Se afirma que se le atribuye que es constitutivo de delito sin que, de oficio, se advierta causa de exclusión del mismo. La afirmación de delito requiere de una acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directo o eventual) o culposa (previsible o imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito.

El imputado desde el momento en que se le atribuye una conducta delictiva goza de derechos tendientes a resguardar su persona, dignidad, libertad, honra y buen nombre, se garantiza su calidad de sujeto en la investigación y no de objeto de la misma. Es importante mencionar que el objetivo de tutela es la calidad jurídica del sujeto, con respeto en todo momento a su derecho de presunción de inocencia. Esto es, en tanto, no se pruebe su culpabilidad, es inocente sin importar la etapa del procedimiento en la que se encuentre, con protección irrestricta a sus derechos que se encuentran en el apartado B de su artículo 20 Constitucional (Aguilar, 2015, p. 96)

De esta manera el concepto de principio de presunción de inocencia ha evolucionado más allá de una simple protección individual conferida al imputado para otorgarle un trato como no culpable ante la ley y su proceso, ello se debe a que su concepto es mucho más amplio, por lo que su interpretación y aplicación debe extenderse en todos sus aspectos y reglas procesales.

Sobre este particular el Dr. Aguilar López considera que la presunción de inocencia como tutela efectiva del inocente, está integrado por los siguientes elementos:

I. Es un derecho humano del imputado, que puede calificarse de poliédrico, de carácter:

a. Convencional ante su tutela constitucional y en Tratados Internacionales.

b. Regla de trato en todas las etapas del procedimiento (dignidad humana).

c. Incluso, su respeto en la etapa pre o para procesal.

d. Regla de valoración de la prueba en donde:

- El juez es quien la valora.

- La debe realizar de manera lógica y libre.

- Sólo se considera como prueba la que se desahoga en juicio (a excepción de la prueba anticipada).

- La presentación de la prueba es:

1. Ante un juez que no haya conocido del juicio previamente.

2. Desarrollo Público, contradictorio y oral.

3. Respeto al principio de contradicción.

II. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del imputado corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal (artículo 20, inciso A, fracción V, constitucional). Es el ministerio público como encargado de la investigación de los delitos, el único facultado para asumir la carga probatoria del acusado.

III. Conforme a los principios de igualdad procesal, contradicción, presunción de inocencia y tutela efectiva del Estado, hace enervar en favor del imputado el principio a una defensa adecuada (inciso b, fracciones de la II a la IX, del artículo 20 constitucional).

IV. La prueba de cargo debe ser lícita. Cualquier prueba obtenida con violación a los derechos humanos (Constitución Federal, Tratados Internacionales, jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana), es nula.

V. La sentencia condenatoria debe sustentarse en la convicción de culpabilidad del imputado. Más allá de toda duda razonable.



VI. No se acreditan de oficio procesalmente, las causas de exclusión del delito o de responsabilidad penal.

a. Atipicidad.

b. Causas de justificación.

c. Causas de inculpabilidad o exclusión. (Aguilar, 2015, pp. 75-76)

El concepto propuesto por el autor citado define de manera muy completa a la presunción de inocencia en su condición de principio general del derecho, motivo por el que decidimos retomarlo a través de la cita correspondiente, sin embargo para efectos de este trabajo debe entenderse solamente como referente ilustrativo, ya que en el tema que nos ocupa el enfoque se constriñe de la influencia y vínculo que guarda la presunción de inocencia con la prisión preventiva y sus dos diferentes formas de aplicación en el sistema actual, esto es oficiosa y justificada.

3. Evolución del Principio de Presunción de Inocencia En México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada en el año de 1917, producto de una revolución armada de corte social que recogió los principales reclamos de los ciudadanos como lo fueron educación pública, laica y gratuita; los derechos de los trabajadores y el reparto agrario entre otros. A pesar de contener una parte dogmática sobre las garantías constitucionales de los individuos, resulta paradójico el desconocimiento por casi un siglo del principio de presunción de inocencia, esto se debe a la tradición autoritaria del régimen político que gobernó en forma hegemónica por casi todo el siglo XX.

Por lo que hace al sistema de justicia penal se reconoció desde la Constitución de 1917 la figura de la prisión preventiva, incluso se aducía que en México operaba un sistema de presunción de culpabilidad, desde el momento en que la prisión preventiva se encontraba legitimada por la Carta Magna, no obstante que a partir del año de 1981, el Estado Mexicano suscribió la Convención Americana de los Derechos Humanos por la adhesión a dicho Tratado, instrumento que como sabemos reconoce el principio de presunción de inocencia integrado al orden jurídico vigente en el Estatuto Nacional, sin embargo éste siempre fue letra muerta en el Derecho Positivo Mexicano por dos motivos:

En primer lugar, conforme al artículo 133 de la Carta Magna que prevé la jerarquía normativa del orden jurídico vigente,

en él se establece que la Constitución es la ley suprema de toda unión y por debajo de ella todos los demás ordenamientos jurídicos, leyes, Reglamentos, decretos y acuerdos en sus diferentes niveles y ámbitos de competencia. Por lo tanto, desde el momento en que la presunción de inocencia como principio general del derecho fuera reconocido en un Tratado Internacional, al ser los Instrumentos Convencionales estatutos jurídicos inferiores a la norma fundamental, su aplicación resultaba entonces contraria al Mandato Supremo.

En segundo lugar, en aquella época el contenido del concepto de soberanía como elemento del Estado, desconocía cualquier poder exterior sobre el Estatuto Fundamental, atendiendo a que la soberanía reside esencialmente en el pueblo y se instituye mediante su expresión en la Carta Magna. La política exterior mexicana tiene como eje principal los principios de “No Intervención” y “Pacta Sunt Servanda”. Así el estado mexicano ha suscrito a lo largo de la historia múltiples tratados internacionales bilaterales y multilaterales, cuyas obligaciones en atención al segundo de los principios antes mencionados, fueron interpretadas como vinculantes sólo entre los Estados parte y no respecto de los ciudadanos, motivo por el cual el principio de presunción de inocencia también fue letra muerta en el Orden Jurídico vigente.

Esta posición se transformó con el paso del tiempo, para ello tuvieron que transcurrir al menos tres décadas y ocurrir sendas modificaciones normativas que llevaron al reconocimiento constitucional del principio de presunción de inocencia.

Iniciado el presente siglo la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se instituye por el Tribunal Constitucional Supremo, a través de los criterios emitidos⁽⁸⁾, reposicionó a los tratados internacionales a un nivel superior al reconocido por el Estatuto Supremo en equidistancia con el mismo. De esta forma las convenciones de derecho internacional

(8) Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2007). Tratados Internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. *Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralIV2.aspx?ID=172650&Clase=DetalleTesisBL>



por tratarse de instrumentos jurídicos suscritos por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República, al estar apegados a la Carta Magna, se convirtieron en Ley Suprema de toda la Unión por encima de cualquier normativa, superándose la visión retrógrada que desconocía la obligación de los Estados parte a dar cumplimiento de las obligaciones contraídas por sus órganos de gobierno competentes, en los instrumentos jurídicos internacionales. De esta forma se han modificado las leyes domésticas que contravienen a las disposiciones de los tratados y convenciones ajustándose a los parámetros constitucionales y convencionales supremos.

Fue a partir de la Reforma Constitucional en materia de justicia penal y de seguridad pública publicada en el año 2008, cuando México implementó el sistema penal acusatorio, momento que rompe el oscurantismo de aquella tradición autoritaria sobre la presunción de culpabilidad, recogiendo por fin al principio de presunción de inocencia en el Estatuto Supremo. Sin embargo, su aplicación quedó condicionada a dos circunstancias, la primera una “vacatio legis” por un periodo de ocho años, lapso que se otorgó para la discusión, debate y capacitación de los actores del sistema sobre las nuevas reglas y para la redacción de la legislación adjetiva que rige el enjuiciamiento; y la segunda a los cambios de los paradigmas en materia de derechos humanos que se dieron como consecuencia de la reforma al artículo 1 de la Carta Magna.

Así en junio de 2011 entró en vigor la reforma constitucional de Derechos Humanos, que transformó el concepto tradicional de garantías constitucionales por el de derechos fundamentales, entendidos como prerrogativas de los hombres por su condición de humanos y que se conciben intrínsecos a las personas, reconocidos en la Carta Magna y en los Tratados Internacionales de esta materia en los que el Estado Mexicano es parte, al igual que las garantías constitucionales que son los mecanismos creados por la norma fundamental para asegurar el irrestricto respeto y cuidado de los derechos humanos y su aplicación absoluta a través del ejercicio del control convencional difuso, que obliga a todas las autoridades independientemente de su jurisdicción, a respetar y a cumplir en atención a los principios de “Progresividad” y “Pro Homine”.

4. La Prisión Preventiva en el Sistema Tradicional

En el proceso tradicional de enjuiciamiento en México, regulado por el Código Federal de Procedimientos Penales, entrado en vigor desde el año de 1931 y que fuera abrogado con el Decreto de reforma de ley del año de 2016 que aprobó el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en la actualidad, la aplicación de la prisión preventiva se sujetó a la calificación de los delitos reconocidos como graves. En la legislación procesal

se clasificaron las figuras delictivas por su trascendencia en delitos graves y no graves. Los primeros se caracterizaron por limitar al acusado a ejercer el derecho para solicitar la libertad provisional bajo caución, invocando la fracción I del artículo 20 Constitucional vigente en la época, que al calificarse como delitos graves restringía al acusado el derecho a la libertad a través de la prisión preventiva.

En contraposición tratándose de los delitos conocidos como no graves, el acusado podía atender su proceso en libertad, condicionado a garantizar dos conceptos: a) la sanción pecuniaria integrada por la eventual reparación del daño en el supuesto de que la figura delictiva así lo admitiera y la eventual multa decretada en sentencia para el caso de así ocurrir, una vez sustanciado el juicio y ante la condena del sentenciado y; b) las obligaciones procesales como medidas económicas impuestas por el Juez para hacer cumplir al acusado con el propio proceso.

De esta forma se dispuso en el Código Federal de Procedimientos Penales bajo el criterio de *numerus clausus*⁽⁹⁾, qué delitos son considerados como graves y por exclusión aquellos no contenidos en dicha disposición se identificaron como no graves, procediendo en tales supuestos la libertad provisional bajo caución. Esta concepción autoritaria emanada de la naturaleza de un sistema penal de corte mixto, prevaleció hasta la entrada en vigor de las reglas del procedimiento acusatorio.

Previamente a la transición hacia el nuevo procedimiento adversarial, los precursores de este sistema fueron severos críticos a la Institución de la prisión preventiva y en específico al catálogo de delitos, señalando que esta conceptualización resultaba contraria a los principios del acusatorio que postularon, esencialmente por dos motivos fundamentales: (i) porque limita el ejercicio de la función judicial para valorar con plenitud de jurisdicción, en qué casos resulta procedente la restricción de la libertad en forma provisional, ya que la identificación de las figuras delictivas como graves dentro de un catálogo, provoca que la prisión preventiva se aplique por disposición de ley, en contraposición a la función discrecional a

(9) Véase artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos.



cargo del órgano judicial solventada en la valoración probatoria sobre la causa probable y; (ii) porque dicha aplicación de restricción de la libertad no era producto de la decisión judicial previo al debate entre las partes en una audiencia que se desahogue con apego a los Principios del Sistema Acusatorio y al respecto de la solicitud de la fiscalía con apoyo a los datos de prueba que lo sustentan.

De las discusiones en torno a la implementación de la reforma penal, se postuló que con el nuevo sistema de justicia se erradicaría el catálogo de delitos y las consecuencias de su arbitraria aplicación, superando la identificación de las figuras calificadas en graves y no graves, reconociendo que además de la prisión preventiva existen otras formas para asegurar que el procesado cumpla con sus obligaciones ante la ley, el proceso y el ofendido. Aquí nace el concepto de “medidas cautelares”, proponiéndose así catorce diferentes figuras, unas personales y otras económicas. De esta forma a la prisión preventiva se le confirió tal carácter, cuyas bases quedaron impuestas desde la Constitución y reguladas en la legislación secundaria.

También se consideró que la aplicación de las medidas cautelares siempre y en todo momento deben atenderse en orden a los principios de “Proporcionalidad”, “Excepcionalidad” y “Mínima Intervención”. No obstante ello, en una incorrecta interpretación al principio de “Excepcionalidad”, en atención a las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)⁽¹⁰⁾, se recomendó que esta figura fuera solamente aplicable sobre conductas delictivas de trascendencia mayor. Así en la redacción de la reforma penal del modelo acusatorio a estas conductas se les denominó *delitos de alto impacto*, los que fueron recogidos en el artículo 19 Constitucional, que por excepción serían considerados delitos de prisión preventiva Oficiosa, cuyo efecto como sabemos es la restricción de la libertad del imputado desde la etapa de investigación inicial formalizada y hasta el desahogo del juicio oral que concluye con la sentencia dictada por el Tribunal de Enjuiciamiento.

La ONU a través de las Observaciones a México sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, ha considerado que esta figura no necesariamente es violatoria de los Derechos Fundamentales. Este organismo señala:

Es importante señalar que la prisión preventiva *per se* no es violatoria de derechos humanos. Empero, en tanto

medidas restrictivas de derecho a la libertad personal, la misma debe partir del reconocimiento de su carácter excepcional y debe aplicarse de conformidad con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

La prisión preventiva es una medida cautelar (la más restrictiva de las medidas cautelares a disposición del Estado- que siempre debe atender un fin legítimo de carácter procesal: asegurar la comparecencia de la persona imputada al procedimiento penal y controlar otros riesgos procesales como lo son la obstaculización de las investigaciones y la puesta en riesgo de la integridad de víctimas y testigos, tal y como lo establece la primera parte del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional (...)) (ONU, s/f, p. 3)

Adicionalmente también se incluyó en la Reforma Constitucional la figura de la prisión preventiva justificada. De esta forma el acto privativo de la libertad además de operar oficiosamente por los delitos expresamente señalados en la norma fundamental, también se extendió a cualquiera otro siempre y cuando se acredite el concepto de *necesidad de cautela*, esto es para cualquier figura delictiva prevista y sancionada por las leyes penales con pena privativa de la libertad.

En ese sentido el concepto necesidad de cautela universalmente conocido y reconocido en las legislaciones de corte acusatorio, quedó integrado en México por: a) el riesgo de fuga del imputado; b) el riesgo ante el proceso, las pruebas y su protección y; c) el riesgo hacia el ofendido y la víctima, esto significa legal y materialmente que hoy el imputado puede ser privado de su libertad por cualquier figura delictiva independientemente si se califica como oficiosa o justificada.

(10) Véase Asamblea General de la ONU. (1990, 14 de diciembre). *Resolución 45/110, Reglas de Tokio*. https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/legislacion_internacional/Reglas%20Minimas%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20Reglas%20Tokio.pdf. En las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) se señala:

6. La prisión preventiva como último recurso

6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. (...) (p. 116).



En cuanto al tratamiento que le confiere la ley a la figura de la prisión preventiva justificada cabe hacer los siguientes apuntes:

- (i) Es producto de la solicitud de la Fiscalía como órgano acusador, petición que debe realizar en audiencia pública y en ejercicio del control horizontal entre las partes, no olvidemos que ello ocurre durante la Audiencia Inicial y en el momento específico del debate respecto a la aplicación de las medidas cautelares, en concreto en torno a la prisión preventiva que en México a diferencia de los demás países de Latinoamérica y de las reglas propias de los sistemas acusatorios ocurre con posterioridad a la vinculación a proceso⁽¹¹⁾ dictada por el Juez de Control, producto del establecimiento de datos de prueba que presumen la participación del imputado en hechos con apariencia de delitos, previamente expuestos por la fiscalía en la misma audiencia con la formulación de la imputación y que si bien es cierto para demostrar la necesidad de cautela, no se sustenta sobre los mismos datos de la vinculación a proceso, obra de antemano una carga valorativa en el juez al conocer los hechos y las circunstancias de su autor producto de la inmediatez, a partir de la exposición de las proposiciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano acusador y valoradas por la autoridad judicial en el Auto de Vinculación a Proceso.
- (ii) El Fiscal es el órgano acusador, por lo tanto hay que tomar en cuenta que los sistemas de enjuiciamiento latinoamericanos hoy esencialmente acusatorios, tienen su antecedente en los procedimientos de corte mixto o inquisitivo, en los que se depositó el monopolio del ejercicio de la acción penal en la Institución del Ministerio Público, otorgándole facultades exclusivas para la persecución de los delitos y los delincuentes⁽¹²⁾ y no obstante los principios de “Objetividad”; “Deber de Lealtad”; y “Debida

Diligencia” conferidos a la fiscalía en el Estatuto actual, existe el riesgo de que se imponga la tradición autoritaria depositada entonces en el Ministerio Público.

- (iii) Los datos de prueba para demostrar la necesidad de cautela son esencialmente subjetivos, ante todo están relacionados con el sujeto imputado, su riesgo ante el proceso, hacia las pruebas y la víctima, lo que redundan en orden al peligro sobre estos elementos. Prueba de ello es la evaluación de riesgo en el informe emitido por el área correspondiente, que supuestamente valora la necesidad de cautela con elementos objetivos, pero que materialmente está basado en elementos subjetivo ya que todos ellos redundan en relación al imputado en su calidad de sujeto, de ahí resaltamos el *concepto de peligrosidad*, parámetro de la evaluación de riesgo que nos lleva a sostener su incorrecta utilización, que puede provocar un retroceso en el espíritu del Derecho Penal porque sanciona a los individuos más allá del hecho cometido por su condición de autor.

5. Conclusiones

En primer lugar, criticamos del sistema tradicional el catálogo de delitos, actualmente no lo denominamos así, pero entonces qué entendemos o cómo definimos a los delitos sancionados bajo la modalidad de prisión

- (11) Véase artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Respecto a este, el sector dominante de la doctrina del Derecho Penal en México, opuso su resistencia para eliminar el periodo de la pre-instrucción etapa procesal integrada en el procedimiento tradicional de corte mixto reconocida por la Constitución Política vigente en la época y regulada por la legislación adjetiva, periodo de setenta y dos horas iniciado a partir de la puesta a disposición del indiciado ante el Juez y concluido con la definición de su situación jurídica por medio del Auto de Formal Prisión; Sujeción a Proceso o Auto de Libertad con las Reservas de Ley según fuera el caso, con la posibilidad de su ampliación por el término de 144 horas, a petición de la defensa para el ofrecimiento y el desahogo de pruebas tendientes a desvirtuar el hecho delictivo y los elementos del injusto penal atribuido al acusado. Este periodo es parcialmente equivalente al que hoy transcurre en el debate de la Audiencia Inicial o de Formulación de Imputación, de cuya resolución el juez se pronuncia sobre la Vinculación o no Vinculación a Proceso en contra del imputado. Este posicionamiento se fijó atendiendo a la tradición autoritaria aplicada en el sistema anterior, en el que se integraban Averiguaciones Previas a oscuras del indiciado, negándosele el derecho de conocer la acusación, las pruebas que obraban en su contra y la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa durante la investigación a cargo del Ministerio Público en su calidad de autoridad como titular exclusivo del monopolio en el ejercicio de la acción penal.
- (12) Véase artículo 21 derogado de la Constitución Política en los Estados Unidos Mexicanos vigente en la época. “(...) La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato (...)”. Respecto a este, a pesar del cambio de paradigma sistemático que elimina la facultad monopólica del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, de facto la Fiscalía heredó la tradición autoritaria de la persecución punitiva, como lo comento con mis alumnos: “si es alacrán, tiene cola y veneno, va a picar”, analógicamente siendo órgano acusador y como parte de su naturaleza, por regla general solicitará la aplicación de la prisión preventiva justificada.



preventiva oficiosa en términos del artículo 19 de la Constitución Política.

En lo particular desde mi punto de vista, no existe diferencia alguna entre la denominación de delitos graves y la calificación de figuras delictivas llamadas de alto impacto. A nuestro juicio la única diferencia que radica entre ambos conceptos, es que tratándose del primero los delitos se encuentran establecidos en el Código Procesal tal y como ha quedado manifiesto en el presente documento, y en el segundo dichas figuras fueron redactadas en la Constitución, siendo ello más delicado por tratarse de una norma de aplicación federal que hoy se encuentra regulada por un Código Procesal Nacional.

En segundo lugar, en la nueva reforma se estableció que la prisión preventiva oficiosa sería de aplicación excepcional, sin embargo, desde su primera publicación, su entrada en vigor en el año 2016 y hasta la fecha, se han aumentado en más de 20 los delitos sancionados bajo la modalidad de prisión preventiva oficiosa, en adición a los que se acumulen⁽¹³⁾ como parte de las políticas persecutoras del Estado para prevenir y controlar la criminalidad, actuación ante todo autoritaria.

Incluso es del conocimiento público que recientemente se presentaron en el Congreso Federal, sendas iniciativas que consideran otras figuras además de las ya reconocidas como delitos de prisión preventiva oficiosa lo que implica la ampliación de la lista a la que no puede negársele el carácter de catálogo, condición similar a la regulada en el sistema anterior y que para darle la vuelta a ello, ahora se pretende regular en el Código Nacional de Procedimientos Penales, de aprobarse la reforma en cuestión, en el sistema penal mexicano tendremos delitos de prisión preventiva oficiosa calificados como tales en la Constitución y también en la ley adjetiva⁽¹⁴⁾.

Por ello el pasado 30 de julio de 2020, se presentó ante el Congreso Federal una iniciativa que reforma el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para incluir en esta disposición la aplicación de la prisión preventiva oficiosa

para “los delitos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas, y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, de la salud” (Secretaría de la Gobernación, 2020).

En tercer lugar, además de la prisión preventiva oficiosa, en la legislación penal vigente, tenemos la prisión preventiva justificada, ambas figuras operan como mecanismos de restricción de la libertad, la primera de ellas por disposición de ley y la segunda como medida cautelar justificada, la que si bien es cierto su aplicación emana de la decisión judicial previo al debate en el ejercicio del control horizontal, su determinación atiende y se apoya en elementos subjetivos cuya aplicación a nuestro juicio impone la restricción de la libertad del acusado sustentada en la condición de autor y no en el hecho atribuido. Sin embargo, principalmente la aplicación de esta medida constituye

(13) Véase artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto original de la Iniciativa de Reforma del año 2008): “(...) Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, *en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas de fuego y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud* (...)” (cursivas añadidas).

(14) Véase artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “(...) El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas, y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, de la salud (...)”.



un arma peligrosa del poder punitivo para restringir la libertad del acusado más allá del Estado de Derecho, motivada por intereses diversos a los principios y valores axiológicos de la justicia penal.

Por lo tanto, es momento de replantear la regulación sistemática y funcional de los mecanismos de la prisión preventiva oficiosa y justificada a fin de que sea armónica con los derechos humanos y los principios generales del derecho penal moderno estructurados y reconocidos en el nuevo paradigma del sistema acusatorio.

Referencias bibliográficas

Aguilar, M. (2015). *Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio (1.ª ed.)*. Instituto de la Judicatura Federal 2015. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2015/Presuncion%20web.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Observaciones a México de la ONU-DH sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa*. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136357/681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>.

Secretaría de la Gobernación. (2020, 3 de marzo). Iniciativa que reforma el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, suscrita por el Diputado Ricardo Flores Suárez e integrantes del grupo parlamentario del PAN. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4015908_20200310_1583272529.pdf 





The Antithesis of the Accusatory System. A proposal on the regulation of the Informal and Justified preventive prison towards a digital justice and according to the Human rights^(*)()**

La Antítesis del Sistema Acusatorio. Una propuesta sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa y Justificada hacia una justicia digital y acorde a los Derechos Humanos

Victor Manuel Solís Buitrón^(*)**

Universidad Nacional Autónoma de México (Mexico City, Mexico)

Abstract: Last August of this year, the Universidad Nacional Autónoma de México, through the Law School, by initiative of the College of Professors of Criminal Law, in response to the suspension of academic activities, as a result of the pandemic that afflicts the world arising from the SARS-Cov2 virus, taking advantage of digital platforms available to people at this time as a tool to use to communicate at a distance, organized the First International Virtual Congress of Criminal Law.

In this event, more than 130 academics from different Latin American Universities participated as speakers, who presented on topics of the criminal legal reality, both substantive and adjective, in the panels that were organized by themes that addressed different concepts in these specialties. The Congress was embellished by Magisterial Conferences issued by Masters Emeritus and Deans of the Faculty of Law of the UNAM and other law schools of invited countries.

The importance of the Congress surprised the Academic Forum, almost twenty thousand people registered and approximately two million of them accessed the event that was transmitted and broadcast on social networks through the Facebook platform "Live streaming". From the approaches that were most emphasized in the presentations, the concern of the present article is born. Specifically, it highlights concerns about exercise, it highlights the concern about the arbitrary exercise of criminal law due to its punitive nature and the importance of limiting the excess in its application, respecting in general the human rights of individuals and, in particular, those recognized for the parties in the procedural rules, this in equity with the Fundamental Principles of the Prosecution Systems in the accusatory model, already adopted in practically all democratic countries in Latin America. This highlights the need for a new definition of preventive prison, conceived now as a precautionary measure and its intimate relation with the principle of the "Presumption of Innocence", in whose application there must be absolute communion, a necessary condition in order to have a profound and definitive vision in the protection of Human rights.

Keywords: Criminal Law - Preventive prison - Presumption of innocence - Accusatory system - Informal preventive prison

(*) Editor's Note: This article was received on September 15, 2020 and was approved for publication on November 12, 2020.

(**) This paper has its antecedent in the author's presentation at Panel 15 on the topic: preventive prison and Cautionary Measures, held on August 7, 2020, at the First International Virtual Congress of Criminal Law, organized by the Faculty of Law of the UNAM.

(***) Head of the Oral Trials Department, School of Law, Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5339-7393>. Electronic mail: v.solis@sbam-abogados.com



Resumen: El pasado mes de agosto del presente año, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de la Facultad de Derecho, por iniciativa del Colegio de Profesores de Derecho Penal, atendiendo a la suspensión de actividades académicas como consecuencia de la pandemia que aqueja al mundo derivado del virus SARS-CoV2, aprovechando las plataformas digitales al alcance de las personas en estos momentos tan socorridas como instrumentos de uso para comunicarnos a distancia, organizó el Primer Congreso Virtual Internacional de Derecho Penal. En este evento participaron más de 130 académicos de diferentes Universidades de Iberoamérica en calidad de ponentes, quienes expusieron sobre temas de la realidad jurídica penal, sustantiva y adjetiva, en las mesas que se organizaron por temáticas que abordaron diferentes conceptos de estas especialidades. El Congreso fue engalanado por Conferencias Magistrales emitidas por Maestros Eméritos y Decanos de la Facultad de Derecho de la UNAM y de otras escuelas de Derecho de países invitados. La trascendencia del Congreso sorprendió al Foro Académico, casi veinte mil personas inscritas y aproximadamente dos millones de ellas accedieron al evento que fue transmitido y difundido en redes sociales a través de la plataforma Facebook Live Streaming. De los planteamientos que más destacaron en las ponencias nace la inquietud del presente artículo. Específicamente resalta la preocupación al respecto del ejercicio arbitrario del derecho penal por su naturaleza punitiva y la importancia de limitar el exceso en su aplicación respetando en forma general los Derechos Humanos de las personas y de manera particular los reconocidos a las partes en las reglas procesales, esto en equidad con los Principios Fundamentales de los Sistemas de Enjuiciamiento en el modelo acusatorio, adoptados prácticamente ya en todos los países democráticos en América Latina.

Palabras clave: Derecho penal – Prisión preventiva – Presunción de inocencia – Sistema acusatorio – Prisión preventiva oficiosa

1. Introduction

The criminal justice systems in Latin America today are debating in the ideological universe of the values that make up their essence, which are the product of the idiosyncrasy and legal tradition of their regulations inherited by regimes that are essentially authoritarian or dictatorial, as opposed to the new paradigms that have been adopted as a result of international influence and between the need to protect the human rights

recognized in their constitutions, as well as in the treaties integrated to their national legal orders in force, linked to the American System of Human Rights Conventions, in the face of the threat of crime that undeniably advances in an almost uncontrollable manner, challenging the organs of public security, the Attorney General's Office and the Administration of Justice, which are increasingly powerless to combat this social phenomenon, being in many cases surpassed in their structural functioning, to fall behind the claims and demands of citizens who, as victims, have been affected by this circumstantial reality.

To this criminal phenomenon, we must add the influence that the SARS-CoV2 virus, classified as a "pandemic" by the World Health Organization⁽¹⁾, is having on our lives due to the effects it causes on individual's health. For this reason, it has been essential that the authorities of the countries order containment measures to prevent its spread and protect the health of their citizens, including social distancing and avoiding the concentration of people in public places, thus decreed the suspension of "non-essential" activities⁽²⁾. This has led to a reduction in microeconomic indices that has led to the closure of businesses, a decrease in income in the economically active population, and even in thousands of cases to unemployment.

It has also had a considerable impact on the macroeconomy, as governments are less able to collect contributions, the closure of borders has slowed down imports and exports of products and even the supply of tourism, so public spending should prioritize health services mainly to address the pandemic and essential activities such as education, public safety and justice, among others.

Furthermore, everything points to the fact that the pandemic will last longer than

(1) See OPS (2020, March 31). La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. Pan American Health Organization.

(2) See Constitutional Presidency of the United Mexican States. (2020, March 31). Acuerdo DOF 31/03/2020. *Por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario Oficial de la Federación. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020. It mentions the following: "ARTICLE ONE - It is established as an extraordinary action, to attend the sanitary emergency generated by the SARS-CoV2 virus, that the public, social and private sectors must implement the following measures
I.- It is ordered the immediate suspension, from March 30 to April 30, 2020 to April 30, 2020, of the non-essential activities, in order to mitigate the dispersion and transmission of the SARS-CoV2 virus, in the community, to reduce the burden of disease, its complications and the death by COVID-19 in the population residing in the national territory; (...)"



expected, perhaps until its final end when the virus will be controlled or extinguished, probably with its natural mutation or derived from the invention of the vaccine that we implore will be the solution to the tragedy we are living today. But we are still not completely sure, however we know that the world will no longer be the same and it is estimated that the problems among people will increase for the reasons mentioned, being latent the risk of breaking the social network.

In view of this, we recognize that the challenge today is complex, and lies in the need to adapt a solid and effective criminal justice system, which meets the needs and requirements of the parties, balanced in the exercise of the punitive power in equity, fully distinguishing the investigative powers of a public prosecutor's office, with respect to the functions of judging, those that must be deposited in a judicial branch that is independent and autonomous from the investigating body⁽³⁾, attentive to the most elementary principles that justify its action in order to guarantee that the application of the penalties and the restriction of freedom are carried out in a fair manner and with respect for the fundamental rights of the actors on trial during all their procedural stages, from the beginning of the investigation to the execution of the sanctions.

Additionally, it is absolutely fundamental that governments implement measures and mechanisms towards digital or "online" justice. There is no doubt that the pandemic stripped the archaic from the way in which we have traditionally assumed the administration of justice in all its branches and specialties. It is inadmissible that despite the technological advances and the computer systems of this modernity, the courts had to suspend activities as a measure of containment to prevent the spread of the virus, falling asleep momentarily the sleep of the defendants in the cases in process and the differences between individuals during the time of compulsory confinement. Save for some exceptions, in the rest of the cases there was simply no competent court within the reach of the citizenry to deal with the claims of the defendant for transgressive conduct, this in total omission of the principle of "Judicial Guardianship".

The process of modernization of the systems to which we aspire in order to a new online justice, will also demand

to adapt its formalities obeying the total and absolute principles of the Accusatory System, specifically "Orality"; "Contradiction"; "Mediation"; "Continuity"; "Concentration"; "Equality of Parties"; "Legality"; "Presumption of Innocence" and "Due Process", since they constitute the backbone of an adversarial justice system according to the circumstances demanded by the present time.

To reach that goal, it is not enough to simply criticize by destroying the accusatory system by pointing out that it is dysfunctional under the argument of the "revolving door"⁽⁴⁾, since this exhibits the State's inability to effectively exercise punitive power and its constitutional obligation to provide security to the citizens, which must be alien to the political parties or to the ideology of the governing group. The legal order is an element of the State that aims to resolve and settle the individual and social conflicts, which, in the case of the application of Criminal Law, given its punitive nature, in modern and progressive republics is instituted in a mechanism understood and applied as the ultimate reason for the political power destined to fulfill this task.

At the same time, it is not coherent to return to the traditional system, of mixed court (accusatory with inquisitive features), as historically it drags the shadow of obscurantist practices and violations of the fundamental rights, an application that today would be retrograde in function of the democratic evolution of the systems and the institutional development product of the constitutional republics that seek their full perfection, whose rules logically could not be harmonized with the parameters and requirements of an online justice.

-
- (3) See Solís, V. (2018). Fiscalía General con Reforma Constitucional Sí o sí. *Revista Barra Mexicana de Abogados*, 106, 28-32. <http://www.bma.org.mx/assets/la-barra-1062.pdf>. He says: "This reform also modified the procedure for the appointment of the head of the Public Prosecutor's Office, making the appointment more demanding and rigorous; notwithstanding this, the constitutional amendment fell short of the expectation of guaranteeing the full and absolute autonomy that the Institution requires in its relationship with the Federal Chief Executive, which is evident from the moment that the President of the Republic retained the power to remove the public prosecutor for serious reasons established by law" (p. 28).
- (4) See United Nations. (n.d.). *Observaciones a México de la ONU-DH sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa*. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136357/681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>. In mentions that: "From this perspective, the non-application of preventative detention in criminal proceedings leads to the creation of a supposed "revolving door" in which "the criminals" who are arrested are freed, thus generating conditions of insecurity and impunity. However, this is not supported by empirical evidence; on the contrary, it has been demonstrated that in Mexico the supposed "revolving door" and the drivers of impunity are found in the deficient actions of the Prosecutor's Offices, especially in the early stages of criminal investigation" (italics added) (p. 9).



2. Preventive Prison

From our point of view, the most critical and complex aspect of the criminal prosecution systems lies in the preventive prison, which has been its eternal dilemma regardless of the inquisitorial, accusatory or mixed nature, it is very controversial due to its restrictive condition of freedom. Originally, the preventive prison was conceived as a mechanism of the punitive legal order to guarantee that the defendant does not escape the action of justice and therefore the process can fulfill its purpose.

It is regrettable that there are so many historically documented cases in which the accused was deprived of his liberty through the application of the preventive prison figure during his trial and after months or years inside a social confinement center, he was declared innocent in the criminal case against him, which surely must have caused damage to his economic, family, and social sphere, to his dignity and his psychological and emotional mood. This reality persisted, unfortunately justified by the law on the pretext that there was no alternative to prison as a mechanism to ensure compliance with the obligations of the accused in the process. Above all, we have always recognized that without a defendant there is no procedure and without a trial there is no just punishment, a condition equivalent to impunity.

The Inter-American Court of Human rights has recognized that the preventive prison is translated into an anticipated sentence⁽⁵⁾, by means of which the accused is condemned to a prison and submitted to the restriction of the freedom in confinement, without the existence of a sentence in which the full commission of the delictive fact and the reproach of his guilt is accredited, a priori to the relief of an exhausted trial in conformity with the essential formalities of the procedure, in which the accused is granted the opportunity to exercise his defense for the demonstration of his innocence.

This criticism is also aimed at the distortion of the preventive prison, which is essentially procedural in nature and should therefore only be applied during the investigation, prosecution, or trial stages, depending on the procedural rules of each system, otherwise, it becomes a punitive measure that loses the true sense of caution, a criterion also postulated by this human rights body⁽⁶⁾.

Furthermore, the Inter-American Commission on Human Rights has recognized that the preventive prison violates the principles and guidelines that govern the imposition of this

figure, this mechanism therefore becomes a form of arbitrary detention that violates the due process of the governed⁽⁷⁾.

Here there is an absolute parallelism between the concepts of preventive prison and due process. We cannot omit that the mentioned principle, is integrated by the set of procedural formalities that must invest the acts of authority as part of the requirement of the legality for its validity. Thus, considering that the preventive prison has been used as a mechanism for deprivation of liberty for procedural purposes, it is essential that the mandate that orders it, in addition to being based on the law, must be in accordance with due process.

But mainly the preventive prison undoubtedly attempts against the principle of innocence, conceived as a Human Right of protection and guardianship in favor of the people through which it is ensured that the citizen as an accused, is considered innocent during his prosecution, until his guilt is declared by a firm and irrevocable sentence and derived from a trial in which the due process is fulfilled.

Dr. Miguel Angel Aguilar Lopez (2015) says that:

The principle of innocence has as an angular basis to consider that by nature all men are innocent, not guilty, consequence of which is dabble to determine: any person subject to a criminal procedure or process is not considered responsible for the commission of the illicit until there is a signed sentence that declares him guilty. It is stated that it is attributed to him that it is a crime without, ex officio, any cause for its exclusion. The assertion of a crime requires an act or omission (simple or improper) that is malicious (direct or eventual) or culpable (foreseeable or unforeseeable) and that is exactly appropriate to the legal description as constituting a crime.

(5) See Inter-American Commission on Human Rights. (2006, February 1). Case of López Álvarez vs Honduras. Also, see the facts in the Technical Sheet: López Vs. Honduras in https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=322

(6) See Inter-American Commission on Human Rights. (2009, November 17). Case of Barreto Leiva vs Venezuela. Also, see the facts in the Technical Sheet: Barreto Leiva Vs. Venezuela in https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=357&lang=e

(7) See Inter-American Commission on Human Rights. (2013, November 27). Case of J vs Perú. Also, see the facts in the Technical Sheet: J Vs. Perú in https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=370



The accused from the moment a criminal conduct is attributed to him, he enjoys rights that tend to protect his person, dignity, freedom, honor and good name, and his quality as a subject in the investigation and not as the object of the investigation is guaranteed. It is important to mention that the objective of protection is the legal quality of the subject, with respect at all times to his right of presumption of innocence. That is, as long as his guilt is not proven, he is innocent regardless of the stage of the procedure in which he is, with unrestricted protection of his rights that are found in Section B of its article 20 Constitutional (Aguilar, 2015, p. 96)

In this way, the concept of presumption of innocence has evolved beyond a simple individual protection conferred to the accused to treat him as not guilty before the law and his process. This is due to the fact that its concept is much broader, so its interpretation and application must be extended in all its aspects and procedural rules.

In the opinion of Dr. Miguel Angel Aguilar Lopez, the principle of innocence as effective protection of the innocent, is composed of the following elements:

I. It is a human right of the accused, which can be described as polyhedral, of:

- a. Conventional before its constitutional guardianship and in International Treaties.
- b. Rule of treatment at all stages of the procedure (human dignity).
- c. Even, their respect in the pre or procedural stage.
- d. Test evaluation rule where:

- The judge is the one who values it.
- He must do it in a logical and freeway.
- Only the evidence that is given in court (with the exception of the anticipated evidence) is considered to be evidence.
- The presentation of the evidence is:

1. Before a judge who has not known about the trial previously.
2. Public Development, contradictory and oral.
3. Respect for the principle of contradiction.

II. The burden of proof to prove the guilt of the accused lies with the prosecution, as established by the criminal law (article 20, Paragraph A, Section V, of the Constitution). The public ministry, as the body responsible for investigating the crimes, is the only body empowered to assume the burden of proof on the accused.

III. In accordance with the principles of procedural equality, contradiction, the presumption of innocence, and effective State protection, the principle of adequate defense is enervated in favor of the accused (section b, fractions II to IX, of article 20 of the Constitution).

IV. Proof of charge must be lawful. Any evidence obtained through the violation of human rights (Federal Constitution, International Treaties, national and Inter-American Court jurisprudence) is null and void.

V. The conviction must be based on the conviction of guilt of the accused. Beyond all reasonable doubt.

VI. The causes for the exclusion of the crime or the criminal responsibility are not accredited ex officio.

a. Atypicality

b. Causes for justification

c. Causes for incrimination or exclusion (Aguilar, 2015, pp. 75-76)

The concept proposed by the cited author defines presumption of innocence in a very complete way in its condition of general principle of law, which is why we decided to take it up again through the corresponding quotation, however, for the purposes of this work it should be understood only as an illustrative reference, since in the subject under discussion the approach is constrained by the influence and linkage of the presumption of innocence with preventive prison and its two different forms of application in the current system, i.e., informal and justified.

3. Evolution of the Principle of Presumption of Innocence in Mexico

The Political Constitution of the United Mexican States was promulgated in 1917, the product of an armed revolution of a social nature that gathered the main demands of the citizens, such as public, secular and free education, the rights of workers and the agrarian distribution, among others. In spite of containing a dogmatic part on the constitutional guarantees of individuals, it is paradoxical the lack of knowledge for almost a century of the principle of presumption of innocence, this is due to the authoritarian tradition of the political regime that governed in a hegemonic way for almost all the 20th century.

As for the criminal justice system, the figure of preventive prison was recognized



since the 1917 Constitution, and it was even argued that a presumption of guilt system was operating in Mexico, since it was legitimized by the Constitution, even though it had been since 1981, The Mexican State signed the American Convention on Human rights by adhering to this Treaty, an instrument that, as we know, recognizes the presumption of innocence as such, it is integrated into the current legal order in the National Statute. However, this was always a dead letter in Mexican Positive Law for two reasons:

Firstly, in accordance with article 133 of the Constitution, which provides for the normative hierarchy of the legal order in force, it establishes that the Constitution is the Supreme Law of every Union and, below it, all other legal systems, laws, regulations, decrees, and agreements at their different levels and in their areas of competence. Therefore, from the moment that the presumption of innocence as general principle of law was recognized in an international treaty, since the Conventional Instruments were legal statutes inferior to the fundamental rule, their application was contrary to the Supreme Mandate.

Secondly, at that time, the content of the concept of sovereignty as an element of the State, ignored any external power over the Fundamental Statute, given that sovereignty resides essentially in the people and is instituted through the latter expressed in the Constitution. Mexico's foreign policy is based on the principles of "Non-Intervention" and "Pacta Sunt Servanda". Thus, throughout history, the Mexican State has signed multiple bilateral and multilateral international treaties, whose obligations, in view of the second of the aforementioned principles, were interpreted as binding only between the States Parties and not with respect to the citizens, which is why the principle of presumption of innocence was also a dead letter in the current Legal Order.

This position was transformed with the passage of time, but at least three decades had to pass and two normative modifications had to occur to reach the constitutional recognition of the principle of presumption of innocence.

At the beginning of this century, the Supreme Court of Justice of the Nation, which was instituted by the Supreme Constitutional Court, through the criteria issued⁽⁸⁾, repositioned international treaties at a higher level than that recognized by the Supreme Statute, in equidistance with it. In this way, the conventions of International Law, being legal instruments signed by the Federal Executive and ratified by the Senate of the Republic, being attached to the Constitution, become Supreme Law of the whole Union above any regulation, overcoming the retrograde vision that ignored the obstruction of States parties to comply with the obligations assumed by their

competent governing bodies, in international legal instruments. In this way, domestic laws that contravene the provisions of treaties and conventions have been modified in accordance with the constitutional and conventional supreme parameters.

It was after the Constitutional Reform in matters of criminal justice and public security published in 2008, when Mexico implemented the accusatory criminal system, that the obscurantism of that authoritarian tradition on the presumption of guilt was broken by finally including the principle of innocence in the Supreme Statute. However, its application was conditioned to two circumstances, the first was a "*vacatio legis*" for a period of eight years, a period granted for discussion, debate and training of the actors of the system on the new rules and for the drafting of the adjective legislation that governs the prosecution and the second to the changes in the paradigms in the field of human rights that occurred as a result of the reform of article 1 of the Constitution.

Thus, in June 2011, the constitutional reform of Human Rights came into force, transforming the traditional concept of constitutional guarantees into that of fundamental rights, understood as the prerogatives of men because of their human condition and which are conceived as intrinsic to people, recognized in the Constitution and in the International Treaties on this subject to which the Mexican State is a party, as well as the constitutional guarantees that are the mechanisms created by the fundamental norm to guarantee the unrestricted respect and care of the human rights and of its absolute application through the exercise of the diffuse conventional control that obliges all the authorities, independently of its jurisdiction, to respect and to comply in attention to the principles of "Progressivity" and "Pro Homine".

4. Preventive Prison in the Traditional System

In the traditional process of trial in Mexico, regulated by the Federal Code of Criminal

(8) See Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2007). *Tratados Internacionales*. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. *Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=172650&Clase=DetalleTesisBL>



Procedures, come into force since 1931 and which was abrogated with the reform decree of law of 2016 that approved the National Code of Criminal Procedures currently in force, the application of preventive prison was subject to the qualification of the crimes recognized as serious. In the procedural legislation, the crimes were classified by their transcendence in serious and not serious crimes. The former was characterized by limiting the defendant to exercise the right to request provisional liberty on bail, by invoking fraction I of article 20 of the Constitution in force at the time, which, by qualifying as serious crimes, restricted the defendant's right to freedom through preventive prison.

In contrast, in the case of crimes known as non-serious crimes, the defendant could attend his trial at liberty, provided that he guaranteed two concepts: a) the pecuniary sanction comprised of the eventual reparation of damages in the event that the criminal figure so admitted, and the eventual fine decreed in the sentence in the event that this occurred, once the trial had been held and the defendant had been convicted; and b) the procedural obligations as economic measures imposed by the judge to make the defendant comply with the process itself.

Thus, the Federal Code of Criminal Procedures establishes, under the criterion of *numerus clausus*⁽⁹⁾, which crimes are considered serious and, by exclusion of those not contained in such provision were identified as non-serious crimes, and in such cases, it proceeds to provisional release on bail. This authoritarian concept, which arose from the nature of a mixed criminal justice system, prevailed until the new accusatory criminal justice system came into force.

Prior to the transition to the new adversarial procedure, the precursors of this system were severely critical of the institution of preventive prison and specifically of the catalog of crimes, pointing out that this conceptualization was contrary to the principles of the accusatory that they postulated essentially for two fundamental reasons: (i) because it limits the exercise of the judicial function to assess with full justice in which cases it is appropriate to restrict freedom on a provisional basis, since the identification of crimes as serious within a catalog causes the application of preventive prison by law as opposed to the discretionary function of the judicial organ solved in the evidentiary evaluation on the probable cause and; (ii) because such application of a restriction of freedom was not the result of a judicial decision prior to the discussion between

the parties in a hearing that was conducted in accordance with the principles of the Accusatory System and in respect of the request by the prosecutor's office supported by the evidence on which it is based.

Thus, from the discussions surrounding the implementation process, it was postulated that the new criminal justice system would eradicate the catalog of crimes and the consequences of their arbitrary application, going beyond the identification of the crimes as serious and not serious, recognizing that in addition to preventive prison there are other ways to ensure that the defendant complies with his obligations before the law, the process and the offended. From here is born the concept of *precautionary measures* establishing fourteen different figures, some personal and others economic. In this way, the preventive prison was conferred such character, whose bases were imposed from the Constitution and regulated in the secondary legislation.

It was also established that the application of precautionary measures must always and at all times be in accordance with the principles of "Proportionality", "Exceptionality" and "Minimum Intervention". However, the principle of "Exceptionality" was incorrectly interpreted, in view of the United Nations Minimum Rules for Non-custodial Measures (Tokyo Rules)⁽¹⁰⁾, it was recommended that this figure should only apply to criminal conduct of major importance. Thus, in the drafting of the criminal reform of the accusatory model, these behaviors were referred to as *high impact crimes*, which were included in article 19 of the Constitution, which by exception would be considered crimes of informal preventive prison, the effect of which, as we know, is to restrict the freedom of the accused from the stage of the initial formalized investigation and

(9) See article 194 of Federal Code of Criminal Procedures of the United Mexican States.

(10) See UN General Assembly. (1990, December 14). *Resolution 45/110, Tokyo Rules*. https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/legislacion_internacional/Reglas%20Minimas%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20Reglas%20Tokio.pdf. The United Nations minimum rules on non-custodial measures (the Tokyo Rules) state:

6. Pre-trial detention as a last resort.

6.1 In Criminal Procedure, Preventive Prison shall be used only as a last resort, taking due account of the investigation of the alleged crime and the protection of society and the victim.

6.2 The alternative measures to Preventive Prison shall be applied as soon as possible. Preventive Prison shall not last longer than is necessary for the achievement of the objectives indicated in Rule 6.1 and shall be applied with humanity and respect for the dignity of the human being. (...) (p. 116).



until the oral trial which concludes with the sentence handed down by the Court of Proceedings.

The UN, through its Observations to Mexico on the regulation of informal preventive prison, has considered that this figure does not necessarily violate Fundamental Rights. UN says:

It is important to point out that the preventive prison per se is not a violation of human rights. However, as measures restricting the right to personal liberty, they must be based on the recognition of their exceptional nature and must be applied in accordance with the principles of legality, necessity and proportionality.

Preventive prison, the agency states, “is a precautionary measure (the most restrictive of the precautionary measures available to the State) that must always serve a legitimate procedural purpose: to ensure the appearance of the person charged with the criminal procedure and to control other procedural risks such as the obstruction of investigations and the endangerment of the integrity of victims and witnesses, as established in the first part of the second paragraph of article 19 of the Constitution (...) (ONU, n.d., p. 3).

In addition, the Constitutional Reform also included the figure of justified preventive prison. In this way the act of deprivation of liberty in addition to operating informally for the crimes expressly indicated in the fundamental norm, was also extended to any other as long as the concept of *the need for caution* is accredited, that is for any criminal figure foreseen and sanctioned by the criminal laws with a penalty of deprivation of liberty.

In this sense, the concept of the need for caution, which is universally known and recognized in accusatory legislation, is made up of: a) the risk of the accused escaping; b) the risk to the process, the evidence, and its protection; and c) the risk towards the offended and the victim, this means legally and materially that today the accused can be deprived of his or her liberty by any criminal figure regardless of whether it qualifies as informal or justified.

With regard to the treatment that the law confers on the figure of justified preventive prison, the following notes should be made:

- (i) This is the result of a request by the Prosecutor's Office as the accusatory body, a request that must be made in a public hearing and in the exercise of horizontal control between the parties. Let us not forget that this occurs during the Initial Hearing and at the specific time of the debate regarding the application of precautionary measures, specifically with regard to the preventive prison, which in Mexico, unlike other Latin American countries and the rules of the accusatory systems, occurs after the link to the process⁽¹¹⁾ issued by the Control Judge, as a result of the establishment of evidence that presumes the participation of the accused in acts with the appearance of crimes, the prosecutor's office has previously stated at the same hearing that the charges are based on the same information as in the process link, the judge has a prior obligation to assess the facts and circumstances of the perpetrator as a result of the immediate surroundings, based on the presentation of the factual or legal proposals made by the accusatory body and assessed by the judicial authority in the Order of Attachment to the Process.
- (ii) The Prosecutor is the accusatory organ, therefore it is necessary to take into account that the Latin American systems of prosecution today essentially accusatory, have their antecedents in mixed or inquisitorial court systems, in which the monopoly of the exercise of criminal action was deposited in the institution of the Public Ministry, granting it exclusive faculties of the prosecution of crimes and criminals⁽¹²⁾ and notwithstanding the principles of “Objectivity”; “Duty of Loyalty”; and “Due Diligence” conferred on the Public

(11) See article 19 of the Political Constitution of the United Mexican States. Regarding this, the dominant sector of the science of Criminal Law in Mexico, opposed its resistance to eliminate the period of the pre-trial stage integrated in the traditional procedure of mixed court recognized by the Political Constitution in force at the time and regulated by the procedural legislation, period of seventy-two hours initiated from the availability of the defendant before the Judge and concluded with the definition of his legal situation by means of a formal order of imprisonment, Subject to trial or release with the reservations of law as the case may be, with the possibility of extension for a period of 144 hours, at the request of the defense to offer and release evidence to distort the criminal act and the elements of the unjust criminal attributed to the accused. This period is partially equivalent to the period that currently elapses during the debate of the initial hearing or the formulation of the charges, in which the judge rules on whether or not the defendant is to be tried. This position was established in accordance with the authoritarian tradition applied in the previous system, which included prior investigations in the dark of the accused, denying him the right to know the accusation, the evidence against him and the opportunity to exercise his right to defense during the investigation stage in charge of the Public Ministry as the exclusive holder of the monopoly on the exercise of criminal action.



Prosecutor's Office in the current Statute, there is a risk that the authoritarian tradition then deposited with the Public Prosecutor's Office will be imposed.

- (iii) The evidence to demonstrate the need for caution is essentially subjective, first and foremost related to the accused, his risk to the process, to the evidence and to the victim, which results in order to the danger on these elements. Evidence of this is the risk assessment in the report issued by the corresponding area, which supposedly assesses with objective elements the need for caution. Therefore, we highlight the *concept of dangerousness*, a parameter of risk assessment, which leads us to believe that its incorrect use can lead to a regression in the spirit of criminal law, because it punishes individuals beyond the act committed as a result of their status as a perpetrator.

5. Conclusions

First, we criticize the traditional system's catalog of crimes, we do not currently call it that, but then what do we understand or how do we define the crimes sanctioned under the modality of informal preventive prison in terms of article 19 of the Political Constitution.

In particular, from my point of view, there is no difference between the denomination of serious crimes and the qualification of so-called high-impact crimes. In our opinion, the only difference between the two concepts is that in the former case, the crimes are established in the Procedural Code, as has been shown in this document, and in the latter, the said figures were drafted in the Constitution, which is more delicate since it is a federally applicable rule that is currently regulated by a National Procedural Code.

Second, in the new reform it was established that the Informal preventive prison would be of exceptional application, however since its first publication, its entry into force in the year 2016 and up to date, there has been an increase of more than 20 crimes punished under the modality of informal preventive prison, in addition to those that accumulate⁽¹³⁾, as part of the State's persecution policies to prevent and control crime, which are primarily authoritarian in nature.

It is even public knowledge that recently were presented in the Federal Congress, two initiatives that consider other figures in addition to those already recognized as crimes of informal preventive prison which implies the expansion of the list that cannot be denied the character of catalog, similar condition to that regulated in the previous system and that it is now intended to regulate in the National Code of Criminal Procedures, in this way to approve the reform in question, in the Mexican Criminal System we will have crimes of Informal preventive prison qualified as such in the Constitution as well as in the adjective law⁽¹⁴⁾.

Therefore, on July 30, 2020, an initiative was presented to the Federal Congress to reform article 167 of the National Code of Criminal Procedures, to include in this provision the application of informal preventive prison for the "crimes of abuse or sexual violence against minors, organized

- (12) See article 21 repealed from the Political Constitution in the United Mexican States in force at the time. "(...) The imposition of penalties is proper and exclusive to the judicial authority. The investigation and prosecution of the crimes is the responsibility of the Public Ministry, which will be assisted by a police force that will be under its authority and immediate command (...)". Regarding this, despite the systematic change of paradigm that eliminates the monopoly power of the Public Prosecutor's Office to exercise criminal action, the Prosecutor's Office has inherited the authoritarian tradition of punitive prosecution, as I have commented to my students: "if it's a scorpion, it has a tail and poison, it's going to sting", analogically being an accusatory organ and as part of its nature it will generally request the application of justified preventive detention.
- (13) See article 19 of the Political Constitution of the United Mexican States (original text of the 2008 Reform Initiative). "(...) The Public Prosecutor's Office may only ask the judge for preventive detention when other precautionary measures are not sufficient to guarantee the appearance of the accused in court, the development of the investigation, the protection of the victim, the witnesses or the community, as well as when the accused is being processed or has been previously sentenced for the commission of a fraudulent crime. The judge will order the preventive detention informally, in cases of organized crime, intentional homicide, rape, kidnapping, trafficking in persons, crimes committed with violent means such as firearms and explosives, as well as serious crimes determined by law against the security of the nation, the free development of the personality and health (...)" (italics added).
- (14) See article 19 of the Political Constitution of the United Mexican States. "(...) The judge will order the preventive prison informally, in the cases of abuse or sexual violence against minors, organized crime, intentional homicide, femicide, rape, kidnapping, human trafficking, robbery of a house, use of social programs with electoral purposes, corruption in the case of crimes of illicit enrichment and abusive exercise of functions, robbery in the transportation of cargo in any of its modalities, crimes in the matter of hydrocarbons, The following crimes have been committed in the past: crimes against the security of the nation, the free development of the personality, and health, as well as serious crimes determined by law against the security of the nation, the free development of the personality, and health (...)".



crime, intentional homicide, femicide, rape, kidnapping, human trafficking, burglary of a home, use of social programs for electoral purposes, corruption in the case of crimes of illicit enrichment and abusive exercise of functions, theft of cargo in any of its forms, crimes in the area of hydrocarbons, oil or petrochemicals, crimes in the area of forced disappearance of persons, and disappearances committed by individuals, crimes committed with violent means such as weapons and explosives, crimes in the area of firearms and explosives for the exclusive use of the Army, Navy, and Air Force, as well as serious crimes determined by law against the security of the nation, the free development of the personality, and health". (Secretaría de la Gobernación, 2020)

Third, in addition to informal preventive prison in the current criminal legislation, we have justified preventive prison, both of which operate as mechanisms for restricting freedom, the first of which is provided for by law and the second as a justified preventive measure, which, while it is true that its application stems from the judicial decision prior to the debate on the exercise of horizontal control, its determination is based

on subjective elements whose application, in our opinion, imposes a restriction on the freedom of the accused based on the condition of the author and not on the attributed act. But mainly the application of this measure constitutes a dangerous weapon of the punitive power to restrict the freedom of the accused, beyond the Rule of Law, motivated by interests diverse to the principles and axiological values of criminal justice.

Therefore, it is time to rethink the systematic and functional regulation of the mechanisms of informal and justified preventive prison in order to make it harmonious with the human rights and the general principles of modern criminal law structured and recognized in the new paradigm of the accusatory system.

Bibliographic references

Aguilar, M. (2015). *Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio* (1.st ed.). Instituto de la Judicatura Federal. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2015/Presuncion%20web.pdf>

Secretaría de la Gobernación. (2020, March 3). Iniciativa que reforma el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, suscrita por el Diputado Ricardo Flores Suárez e integrantes del grupo parlamentario del PAN. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4015908_20200310_1583272529.pdf

United Nations. (n.d.). *Observaciones a México de la ONU-DH sobre la regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa*. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136357/681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>



El Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC): Análisis preliminar en torno a una posible prórroga^(*)(**)

Fast-Track Insolvency Refinancing Procedure (PARC): preliminary analysis regarding a possible extension

Sol Ivanna Aragón Samanez^(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Nicole Alexandra Sierra Roque^(**)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Milagros Alexandra Condezo Trinidad^(***)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La creación del Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC) no ha sido fortuita. Ante una crisis sanitaria mundial, el Gobierno peruano no solo ha tenido que adoptar medidas excepcionales respecto al sector sanitario, sino también en referencia al sector empresarial. Es así que este procedimiento nace como una medida complementaria para refinanciar las obligaciones de las empresas afectadas por la pandemia del COVID-19 y evitar la quiebra de las mismas. Además, al presentarse como el primer procedimiento concursal enteramente virtual, y por desarrollarse en un período de tiempo menor en comparación a los dos procedimientos ya existentes en nuestro país, se convierte en el único con estas singulares características.

Debido a estos factores, el presente trabajo tratará de explicar por qué el PARC no solo debería cumplir su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, sino que su continuidad post-pandemia es necesaria, pues, está fuera de dudas que la crisis económica tendrá efectos a largo plazo. No obstante, surgen una serie de cuestionamientos respecto a su necesidad en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente por la similitud que mantiene con uno de los procedimientos concursales ya regulados por la Ley General del Sistema Concursal y otras “falencias” administrativas que serán desarrolladas a lo largo del texto.

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 13 de septiembre de 2020 y su publicación fue aprobada el 28 de noviembre de 2020.

(**) El presente artículo fue realizado bajo la asesoría del Mg. Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad EAN, además, cuenta con un Postgrado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido docente del curso de Derecho Concursal de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Asimismo, es autor del libro “La Ineficacia Concursal: Estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano”. Miembro de INSOL International, International Insolvency Institute y the Younger Academics Network of Insolvency Law (YANIL). Asimismo, ha sido seleccionado como miembro del Next Generation Class IX (2020) por el International Insolvency Institute. Actualmente, es socio y director del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & amp; Herrera abogados.

(***) Alumna de octavo ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de Cátedra del curso de Instituciones del Derecho Privado 2 en la misma casa de estudios. Miembro ordinaria de IUS ET VERITAS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3145-047X>. Correo electrónico: aragon.sol@pucp.edu.pe

(****) Alumna de octavo ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro ordinaria de IUS ET VERITAS. <https://orcid.org/0000-0003-4594-514X>. Correo electrónico: a20171971@pucp.edu.pe

(*****) Alumna de octavo ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro ordinaria de IUS ET VERITAS. <https://orcid.org/0000-0001-8059-5216>. Correo electrónico: mcondezo@pucp.edu.pe



Palabras clave: Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC) - Sistema concursal peruano - Crédito - Liquidez - Empresa- COVID-19 - Derecho Concursal - Sistema romano-germánico

Abstract: The arrival of the Fast-Track Insolvency Refinancing Procedure (PARC for its initials in spanish) was not fortuitous. In order to face the global health crisis, the Peruvian government not only has been taking exceptional actions related to the sanitary system, but also has been concerned about the businesses affected by the COVID-19 pandemic. Likewise, this procedure has been created as a complementary action, with the purpose of refinancing the obligations of the companies that suffered the effects of the pandemic. Furthermore, as the first entirely virtual fast-track procedure, and also because of its development in a shorter time compared to the other existing procedures in Perú, the PARC is unique.

Due to these advantages, this article will try to explain why the PARC should not only be valid until December 31st, 2020. The continuity of this procedure in the post-pandemic stage is necessary, since the economic crisis will doubtlessly have long-term effects. Nonetheless, different questions arise regarding the permanence of this procedure in our legal system. Among these, the main questions are related to the similarity of the PARC with the Preventive Bankruptcy Procedure and also some administrative "flaws". This will be analyzed throughout the text.

Key Words: Fast-Track Insolvency Refinancing Procedure (PARC) The Peruvian insolvency system- Credit - Liquidity - Company - COVID-19 - Bankruptcy Law - Civil Law

1. Introducción

Dentro de un contexto global en donde la situación económica mundial se ha venido agravando a raíz de la aparición del virus del COVID-19, queda fuera de dudas que, en el Perú, uno de los sectores más afectados por las medidas que se han tomado para enfrentar la pandemia ha sido el sector empresarial. Y es que, basta dar una mirada a nuestro alrededor para observar las consecuencias que el cese de un sector que, por su naturaleza, nunca se detiene, ha traído: despidos masivos de los trabajadores de las grandes empresas, reconversión de los objetos sociales de estas, liquidación de grandes cadenas de *retail* y de pequeñas y medianas empresas familiares, etc.

Ante dicho escenario, y antes de que se agrave aún más la situación del sector empresarial, el Poder Ejecutivo emitió el pasado 11 de mayo el Decreto Legislativo 1511 mediante el cual se creó el nuevo Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (en adelante "PARC"), el cual entró efectivamente en vigencia el 8 de junio de este año con la aprobación y

publicación de su respectivo reglamento⁽¹⁾.

Sin embargo, la aparición de este nuevo procedimiento, que se suma a los ya regulados por la Ley General del Sistema Concursal (en adelante "LGSC"), no solo se enfrenta con el desafío de luchar contra una situación que exige (urgentemente) mayor eficacia y celeridad; sino que, así como toda norma, el PARC debe probar la necesidad de su existencia; es decir, demostrar que se trata de un procedimiento con características suficientemente distintivas a los procedimientos ya existentes que fundamenten su necesidad. Y es que, de demostrarse que los procedimientos concursales ordinario y preventivo bastan para poder hacer frente a la situación de crisis, su promulgación vendría a ser en vano y, peor aún, inservible a las necesidades actuales de las empresas.

En ese sentido, el objetivo del presente trabajo es responder si es que, en primer lugar, el PARC, efectivamente, contiene las herramientas necesarias para enfrentar, dentro del novedoso contexto, la crisis que viene afrontando el sector empresarial. Mientras que, por otro lado, se analizará si es que, además, este procedimiento contiene suficientes características distintivas como para poder sostener su necesidad frente a los procedimientos ya existentes.

Para tales efectos, iniciaremos el trabajo haciendo un breve análisis de la situación actual que atraviesan las empresas en el país, pues esta realidad es la que ha conllevado a que se promulgue y sostenga la necesidad del PARC. Seguidamente, como preámbulo al tema concursal, nos parece necesario hablar del tema del financiamiento empresarial, pues el sistema concursal puede utilizarse, únicamente, cuando existen supuestos en los que el deudor no puede hacer frente a las deudas que mantiene con sus acreedores a propósito de la obtención de créditos. Posteriormente, abordaremos el tema de los procedimientos concursales, primero desarrollando los dos procedimientos concursales regulados por la LGSC, para que luego podamos desarrollar al PARC a partir

(1) Promulgado mediante Decreto Supremo 102-2020-PCM, cuya entrada en vigencia fue el 08 de junio del 2020.



de las similitudes y diferencias que mantienen con aquellos dos procedimientos. A partir de ello, también será conveniente analizar cómo es que la legislación comparada ha tomado medidas concursales para poder hacer frente a la crisis que también enfrentan.

Una vez analizadas todas las cuestiones anteriormente señaladas, tendremos suficientes elementos para poder responder las dos cuestiones planteadas párrafos atrás. En otras palabras, lo que podremos responder es si es que el hecho de que se haya promulgado un mecanismo tal como el PARC, el cual, en teoría, busca hacer frente a una situación de crisis, realmente ayuda a la situación actual, o, simplemente, forma parte de la lista de normas que le son al ordenamiento inservibles.

No obstante, antes de empezar con la redacción, debemos precisar en este punto que, en vista de que se trata de un procedimiento que es -relativamente- nuevo y, por ende, tiene poco tiempo desde su entrada en vigencia⁽²⁾, este trabajo es solo un primer análisis preliminar a dicha norma que espera servir a la comunidad académica a acercarse más a este nuevo procedimiento.

En vista de la novedad del tópico, se trata de una primera opinión que las autoras de este artículo tenemos a partir del presente análisis. Sin perjuicio de ello, alentamos a que, a futuro, se realicen más trabajos académicos que aborden el tema, pues, no se puede descartar que dichos estudios puedan servir a una futura mejora del mismo.

2. La pandemia y la crisis del sector empresarial: Contextualización del problema

El pasado 11 de marzo del 2020, la Organización Mundial de la Salud anunciaba que el COVID-19 calificaba como una pandemia. Ante una situación sin precedentes, las medidas tomadas por los gobiernos para mitigar los efectos de la enfermedad también son extraordinarias, generando estrategias de control de la pandemia y grandes cambios en las políticas públicas. Dentro de las medidas comunes⁽³⁾ están el aislamiento de las personas infectadas en centros de salud o sus respectivos hogares; la cuarentena, como restricción o limitación al desplazamiento; el distanciamiento social; y el

Estado de Emergencia, junto a una completa inmovilización.

Sin embargo, si bien es evidente que los efectos se han visto reflejados en una emergencia sanitaria mundial al poner en grave riesgo la vida de las personas, esta crisis no es la única. Además de colapsar el sistema de salud, la pandemia también ha puesto en peligro a la economía y las empresas. La economía política nos dice que las decisiones tomadas por el gobierno tienen incidencia en la economía y viceversa. Teniendo ello en cuenta, desde las medidas de confinamiento, las restricciones y los nuevos protocolos, hasta las medidas laborales (sea el trabajo remoto, vacaciones sin goce, suspensión perfecta o incluso el cese colectivo) y de cualquier otra índole, que hayan sido tomadas como respuesta a la pandemia, tienen un efecto en la economía, y por supuesto, en los agentes económicos.

Dentro de los indicios de una crisis económica encontramos el detrimento del Producto Bruto Interno (PBI), la pérdida de empleos, negocios que se ven obligados a cerrar, el incremento de los niveles de pobreza, entre otros (Heath, 2012, pp.1-5). El mismo Banco Mundial estimó una caída del PBI latinoamericano de un 5%, advirtiendo que incluso el porcentaje podría ser mayor⁽⁴⁾. Basta con tener una mirada al panorama actual para confirmar varios de los indicios antes mencionados. Internamente, las restricciones de circulación han generado un cambio de intensidad en la actividad productiva y económica de determinados sectores, sean proveedores de bienes o servicios, como es el caso del sector educación, transporte, turismo, etcétera.

Siendo las cosas así, lo que ha venido sucediendo en ciertos sectores empresariales es que casi todo el conglomerado de actividades que conlleva la administración

(2) A la fecha en la que el presente artículo fue remitido para su publicación, apenas contaba poco más de dos meses de vigencia y solo uno de estos procedimientos fue iniciado por Indecopi.

(3) Entre las medidas tomadas en nuestro país se encuentran los Decretos Supremos que declaraban el Estado de Emergencia que impedían la movilización social. Entre ellos están 044-2020-PCM ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083-2020-PCM, 094-2020-PCM y 116-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos 045-2020-PCM, 046-2020-PCM, 051-2020-PCM, 053-2020-PCM, 057-2020-PCM, 058-2020-PCM, 061-2020-PCM, 063-2020-PCM, 064-2020-PCM, 068-2020-PCM, 072-2020-PCM, 083-2020-PCM, 094-2020-PCM, 110-2020-PCM, 116-2020-PCM y 117-2020-PCM.



y funcionamiento de una empresa, quedaron completamente estancados por las distintas medidas adoptadas por el Gobierno. Durante el camino de este abrupto proceso de adaptación a las nuevas condiciones, encontramos tres situaciones que aclaran el panorama. En primer lugar, están las empresas que han tenido que cesar completamente sus actividades. En segundo lugar, las que se han quedado a medio camino y están estancadas en su proceso de adaptación y recomposición (no pueden iniciar actividades por la dificultad que tienen para adaptarse a los protocolos que se han establecido para que puedan iniciarlas). Finalmente, se encuentra un reducido porcentaje de empresas que, si bien sí se han podido adaptar, lo han hecho a grandes costos.

Las empresas no solo han tenido que hacer grandes esfuerzos para lograr atravesar la transición de un escenario anterior a la pandemia a un escenario que se ha denominado como “nueva realidad”, sino que, el mayor problema que se deriva de todo el contexto es que las empresas han visto sus ingresos sumamente afectados. En el marco de dicha situación, lo que sucede actualmente es que un gran número de empresas ven imposibilitada su capacidad de hacer frente a las deudas que mantienen con sus acreedores. Es decir, las empresas se encuentran en una situación de iliquidez, en la cual se ve gravemente afectada “la capacidad de pago de las obligaciones vencidas y exigibles más las que devendrán (...)” (López & Nubia, 2018, p. 18).

3. Financiamiento empresarial: El rol del crédito y las consecuencias de su incumplimiento

El financiamiento empresarial es una de las formas comunes que utilizan los empresarios para desarrollar actividad empresarial. Los mecanismos “permiten a una empresa contar con los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de sus objetivos de creación, desarrollo, posicionamiento y consolidación empresarial” (Rodríguez, 2012, p. 109). Estos a su vez exigen que, quien los solicite, cumpla con pagar la deuda por la cual los adquirió de acuerdo a los términos y condiciones de cada contrato.

En el ámbito económico, es esencial que una empresa

tenga una estructura de financiamiento⁽⁵⁾. Asimismo, los mecanismos de financiamiento que provienen los agentes superavitarios (prestamistas) pueden ser utilizados cuando la empresa se encuentra en una situación de completa iliquidez para realizar sus actividades como también cuando un empresario no desee usar su capital. Los agentes económicos superavitarios son aquellos que no realizan un consumo total de sus ingresos generando así excedente (más ingresos que gastos) también llamado superávit. Por otro lado, en materia económica también existe el agente deficitario quien tiene más gastos que ingresos ocasionando su falta de capital o no tiene la suficiente o si la tiene, no desea utilizarla.

En el año 2018, se registró que en el Perú existen 2’393,033 empresas⁽⁶⁾. Lamentablemente, en la actualidad, muchas de estas han detenido el curso normal de sus actividades y, por ende, no han podido obtener los ingresos que en una situación normal habrían obtenido. Esto ha derivado en dos situaciones. Por un lado, nos encontramos con que muchas empresas no pueden cumplir con obligaciones que previamente a la pandemia habían contraído con diferentes agentes superavitarios. Por otro lado, están las empresas que, para asegurar su existencia en el contexto actual han accedido a algún mecanismo de financiamiento empresarial. Uno de ellos es el crédito, el cual es uno de los principales medios que permite acceder a capital para financiar la actividad comercial.

3.1. El rol del crédito como principal mecanismo de financiamiento empresarial

Debemos precisar que, el término “crédito” proviene del latín “*crēdere*”, que en su forma verbal infinitiva significa “creer”. Este no

(4) Véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52495362>

(5) Por un lado, el Teorema de Modigliani & Miller define la estructura sobre la base de la relación deuda/capital de la misma, es decir, se analiza el costo de la deuda sobre el costo del capital. Así, cuando el primero es menor que el segundo, las empresas optarán por el financiamiento, pues, al no existir deuda, el valor de la empresa se repartirá entre los accionistas y el Estado (impuestos). En cambio, en una empresa financiada, su valor se dividirá entre los accionistas, inversores (acreedores) y el Estado, pero en menor medida por los impuestos que sirven de escudo fiscal (Modigliani & Miller, 1958, pp. 261-297, citado de Lizárraga, 2016, p. 328).

(6) Estas unidades empresariales están conformadas en un 94,9% por microempresas, un 4,2% por pequeñas empresas, un 0,6% por la gran y mediana empresa y un 0,3% por empresas que pertenecen a la administración pública (INEI, 2018). Como se observa, la actividad empresarial es desarrollada en un 99,1% por las micro y pequeñas empresas (MYPE). Es claro entonces que, por consiguiente, estas ocupan un lugar relevante en la estructura económica del país, pues generan “empleos en los distintos sectores de la economía; destacando, sobre todo, el sector agropecuario y el sector de servicios y comercio” (Mares, 2013, p. 2).



consiste solo en un cambio de bienes, sino que tiene como base una promesa que vincula a las partes, en tanto esta debe cumplirse. Por ello es que, cuando hablamos de crédito, hablamos de confianza en esta promesa. Un ejemplo común sería la promesa de devolver una suma de dinero con un interés adicional. Teniendo en cuenta que el crédito implica confianza, y que esta no puede ser unilateral, sino que esta se forja al relacionarse con otras personas, la “reputación” que posee un sujeto también es relevante.

Aquel que muestra una imagen de solvencia (y que la tiene) es confiable para acceder a un crédito, puesto a que existen menores riesgos de incumplimiento de pago. Sucede lo contrario ante la insolvencia, donde hay mayores riesgos y menor confianza, por lo que el acceso al crédito puede complicarse. Entonces, tenemos que a más cualidades que generen confianza en el acreedor, mayor posibilidad de que este nos confíe (valga la redundancia) un capital o monto específico.

Si nos centramos en el ámbito empresarial, el crédito es de vital importancia. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) presenta una clasificación de ocho tipos de créditos⁽⁷⁾, los cuales podrían agruparse en créditos comerciales (corporativos, a grandes empresas, a medianas empresas, a pequeñas empresas y a microempresas), créditos de consumo (revolventes y no revolventes) y créditos hipotecarios.

Cuando hablamos de financiamiento empresarial, nos referimos principalmente a los créditos comerciales. Mediante el crédito, las compañías pueden gozar de mayor liquidez para obtener recursos, pagar servicios, proveedores, refinanciar deudas, cubrir el capital de trabajo, entre otros, siendo una de las fuentes de financiamiento empresariales indispensables.

Ante la pandemia que estamos viviendo, el papel de los bancos y entidades financieras es vital, ello debido a que en sus manos se encuentra asegurar la estabilidad del sistema financiero, y por lo tanto, la liquidez de las empresas y la no interrupción de la cadena de pagos. Entonces, el papel de estas entidades como principales acreedoras es sumamente importante, ya que, de generarse complicaciones en el sistema financiero, estaríamos ante una crisis peligrosa. El economista Juan Torres (2012) señala:

Una crisis financiera es una perturbación más o menos repentina que produce una pérdida considerable de valor en instituciones o activos financieros que tienen influencia decisiva en la marcha de los negocios y de la actividad financiera y económica general y que provoca un desequilibrio fundamental entre la demanda de medios de financiación que realizan los sujetos económicos y la oferta que hacen las entidades o intermediarios financieros (p. 2).

Si bien, como se ha mencionado anteriormente, la pandemia y las medidas necesarias para evitar el incremento de contagios han desacelerado la economía, esta situación no se ha expandido al sector financiero de la misma forma. En un contexto de pandemia, una crisis financiera sumada a la empresarial empeoraría aún más la situación actual de las empresas:

(...) en un contexto de crisis empresarial son múltiples las razones que cabe traer a colación a fin de justificar la dificultad de encontrar financiación externa adecuada y suficiente, no obstante, siendo así, una de estas razones resulta especialmente constatable: si el propio empresario o el círculo de las personas próximas al mismo ya no confían en el proyecto empresarial, ¿quién o quiénes van a confiar para realizar nuevos ingresos de tesorería en un momento tan delicado? (...) (Guasch, 2015, p. 166).

Tenemos entonces que, el papel del otorgamiento de los créditos es fundamental en el ámbito empresarial, y con mucho más énfasis en estos tiempos. Volviendo a la confianza, para ayudar a forjarla, es importante que los deudores cumplan con sus obligaciones. El cumplimiento oportuno de las obligaciones que tienen los deudores no solo les genera confianza, una buena calificación crediticia, reputación empresarial y credibilidad frente a sus demás acreedores, sino que mantiene el orden del sistema financiero. Por ello, tan importante como los créditos y el papel de los acreedores del sistema financiero, que benefician a las empresas, es que estas obligaciones no sean incumplidas.

Si aplicamos el principio de universalidad de Kant, no sería permisible ni ético admitir que todos los deudores del mundo dejen impagas sus obligaciones. En primer lugar, puesto que los acreedores no recuperarían ni el monto de préstamo, ni los intereses, generándoles pérdidas que podría llevarlos a la insolvencia si estas no son cubiertas a tiempo, o no tener capacidad para generar créditos. En segundo lugar, porque las condiciones de acceso al crédito serían más rígidas.

(7) Véase <https://intranet2.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2015/Setiembre/SF-0002-se2015.PDF>



Las consecuencias se dan, entonces, tanto para acreedores, deudores y la sociedad, ya que, todo aquel que necesite liquidez ya no podrá obtenerla con la misma facilidad anterior al incumplimiento, y sus proyectos de emprendimiento caerán. Asimismo, se generaría una ruptura en la cadena de pagos, donde las empresas no podrían pagarles a sus proveedores, estos no podrían pagarles a sus trabajadores, y los últimos tampoco podrían cubrir sus gastos, deudas y necesidades, afectando la economía familiar. Se convertiría en una especie de caos del circuito económico, donde todos sus agentes se ven afectados de alguna forma.

Ciertamente se ha planteado un caso límite, pero nos ayuda a comprender mejor el importante rol de los acreedores, del crédito y de su cumplimiento, para evitar que el sistema financiero y la economía se conviertan en un caos. Por ello, el siguiente punto abordará a más detalle las consecuencias del incumplimiento.

3.2. El incumplimiento del crédito como preámbulo al sistema concursal

La empresa, como unidad básica de explotación económica, se encuentra encargada de satisfacer las diversas necesidades del mercado mediante la utilización de recursos materiales y humanos. Es así que está conformada por tres elementos indispensables para su creación y funcionamiento: capital, trabajo y recursos materiales (Rodríguez, 2012, p. 109). Respecto al primer elemento, debemos entender que, sin este, la empresa no podría funcionar; es decir, no podría iniciar, ni cumplir con las actividades económicas que se proponga, pues el capital es un elemento indispensable para que la empresa pueda ingresar y desenvolverse en cualquier mercado. Entonces, siendo un elemento indispensable, el empresario debe acudir a los distintos tipos de financiación que en el apartado anterior señalamos.

No obstante, nos concentraremos en qué es lo que sucede cuando al empresario se le hace imposible responder a las deudas que mantiene frente terceros, pues es con estos con los que –usualmente– hay vinculaciones jurídicas (por ejemplo, por medio de contratos) en los que el ordenamiento puede actuar para dar una respuesta a sus acreedores. Y es que, si como sucede frecuentemente, hay acreedores que buscan el pago de su crédito, el ordenamiento es el que debe poder darnos luces a lo que deben hacer.

Para tales efectos, el ordenamiento ofrece una serie de herramientas que, ante los incumplimientos del deudor, el acreedor puede desplegar. Entre ellas, podemos encontrar a las ejecuciones del patrimonio, las medidas cautelares, la incautación de bienes, entre otras. Todas ellas reguladas desde la lógica de las relaciones contractuales de los sujetos.

Sin embargo, puede darse el caso de que –excepcionalmente– los acreedores (o deudores) que cumplen con una serie de

requisitos indispensables, puedan optar por la opción de acogerse al sistema concursal. Y es que esta posibilidad se debe a la prevalencia que el ordenamiento le otorga al crédito.

Conforme a lo anterior, cobra vital importancia hablar de los procedimientos concursales (tema que se desarrollará en el siguiente apartado); sin perjuicio de ello, es preciso señalar que conforme al artículo II del Título Preliminar la LGSC, la finalidad señalada es “la protección del crédito, ya sea facilitando la negociación colectiva (...) o bien permitiendo la asignación eficiente del recurso concursal ante los acreedores, en el caso de liquidación” (Puelles, 2013, p. 39).

Esta finalidad se deduce de dos supuestos: El primero de ellos, tiene que ver con el hecho de que

El modelo económico peruano se adhiere a la idea del libre mercado y de la competencia como presupuesto para el desarrollo de la sociedad, sin perder algún ideal de equidad en la distribución de riqueza y en la generación de oportunidades de éxito para los actores sociales. Dentro de una economía como esta, es importante proteger al crédito, en tanto institución. Esto puede ser tanto más importante en países emergentes (...). En esos contextos, la legislación en general debe facilitar el amplio acceso al crédito y procurar crear un contexto ideal para que las tasas de interés aplicables a tales créditos sean razonables y asequibles (...) (Puelles, 2013, p. 38).

Con relación a lo anterior y como segundo supuesto, debemos pensar en que si ya de por sí son altos los costos de coordinación entre acreedores y deudores antes del estado de insolvencia, surgido este, la cuestión es más compleja y no deja de serlo, a pesar de contar con un primer compromiso de cumplimiento de obligaciones y buen perfil empresarial (Del Águila, 2015, p. 316). En otras palabras, en este supuesto la empresa no tiene tampoco el poder legal para compeler a los acreedores para estar de acuerdo con ella” (Schwartz, 2002, p. 128).

En vista de ello, el siguiente apartado abordará de manera muy concreta al Sistema Concursal, pues, como ya mencionamos es un mecanismo que, excepcionalmente, nos ofrece el ordenamiento para garantizar el



crédito. Además de ello, una breve introducción a los procesos concursales existentes, nos dará luces acerca de cuál es su importancia y cuánta es su necesidad dentro de nuestro ordenamiento.

4. El sistema concursal peruano: Procedimiento Concursal Preventivo vs. Ordinario vs. el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal

Desde la aparición de la primera Ley General de Quiebras (hace aproximadamente cien años) hasta la actualidad, se ha desarrollado un Sistema Concursal que ha ido adaptándose a las necesidades de las empresas y entidades de nuestro país. Tal ha sido el desarrollo y acierto que nuestro sistema concursal ha tenido, que —a pesar de que dista de ser perfecto y posea ciertas falencias— la doctrina lo ha caracterizado como un sistema más atractivo y ventajoso que la de los otros países⁽⁸⁾.

Algunas características que resaltan dentro nuestro sistema concursal (entre ellas, las derivadas de los principios que la rigen) son las de universalidad, proporcionalidad y colectividad (todos estos principios se encuentran especificados en el Título Preliminar de la LGSC). No obstante, una que merece especial mención es aquella de la cual se deriva que los procedimientos concursales, se tratan de procedimientos *sui generis* de doble naturaleza: privatista y administrativista. Es decir que, conforme a esta última se trata de un procedimiento desjudicializado, siendo Indecopi la autoridad administrativa encargada que ha venido regulando los procedimientos concursales desde 1992.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, la aparición del COVID-19 ha traído una serie de inconvenientes en materia de financiamiento para las empresas peruanas⁽⁹⁾. Tal es el punto de crisis y problemas desatados dentro del sector empresarial, que el gobierno, en vista de la situación de iliquidez e insolvencia en la que muchas de las empresas peruanas clamaban encontrarse, decidió crear el PARC, un procedimiento temporal y distinto a los otros ya regulados en la LGSC (el procedimiento ordinario y el preventivo), el cual tendría la finalidad de “poder proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel”⁽¹⁰⁾.

En ese sentido, para poder entender cuáles son las novedades que trae consigo el PARC, no basta con realizar un análisis a la propia norma, sino que es preciso compararlo con los dos procedimientos ya existentes, pues de dicha comparación, se desprenderá la respuesta planteada a un inicio del trabajo. Y es que creemos que, una norma, para poder sustentar su eficacia, no solo debe ser coherente con el contexto dentro del cual se promulga, sino que también debe poder diferenciarse de los otros ya existentes, pues, de no hacerlo, su existencia sería en vano. El presente punto trata de demostrar ello.

4.1. Procedimiento Concursal Ordinario

De acuerdo a las publicaciones de inicio de concursos realizadas en el Boletín Concursal del Indecopi del año 2019, el Procedimiento Concursal Ordinario (en adelante “PCO”) es el más utilizado por las empresas que se acogen al sistema concursal. Esto se debe a que, se trata de un procedimiento, que puede ser iniciado por cualquiera de los sujetos concursales (acreedor o deudor). Además, cuenta con las características suficientes como para poder entrar a mediar directamente problemas de iliquidez y en caso haya una situación patrimonial seriamente afectada (Puelles, 2013, p. 50).

4.1.1. ¿Cuándo y quién lo solicita?

Por la propia naturaleza de este sistema y bajo ciertas condiciones, hay dos sujetos posibilitados a promover el PCO: El propio deudor o los acreedores de aquel⁽¹¹⁾. No obstante, hay ciertos requisitos específicos que tanto los deudores como los acreedores deben cumplir para que Indecopi proceda a validar el inicio del mismo.

Por un lado, respecto a los procedimientos concursales iniciados por los deudores, de acuerdo al artículo 24 de la LGSC, deben de cumplir al menos dos de los siguientes requisitos: “a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas

(8) Véase Ezcurra, H. (2018). La muerte del Sistema Concursal. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 7(12), 157-169.

(9) Este punto ha sido detallado en el apartado 2.

(10) Véase el artículo 1 del PARC.

(11) Véase el artículo 23 de la LGSC.



e impagas por un período mayor a treinta días calendario; o b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado”.

En cuanto a los procedimientos concursales que son impulsados por los acreedores del deudor, el artículo 26.1 establece: “Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor (...)”.

4.1.2. El reconocimiento de créditos

Una vez firme la resolución de Indecopi que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concuriales dispone de su publicación en el Boletín Concursal del Indecopi. En ella, se pretende el apersonamiento de los acreedores al concurso, con el fin de que soliciten el reconocimiento de sus respectivos créditos⁽¹²⁾.

Realizado el apersonamiento con la documentación correspondiente, Indecopi corroborará los datos y se pronunciará respecto a los acreedores que podrán formar parte de la Junta de Acreedores. Sin embargo, esto no significa que los acreedores que soliciten el reconocimiento tardío, no tengan derecho a cobrar su respectivo crédito, sino que no tendrán derecho a participar con voz y voto en la Junta de Acreedores⁽¹³⁾.

4.1.3. Junta de Acreedores

La Junta de Acreedores dentro de este procedimiento tiene dos facultades que tienen que ver con la permanencia o salida ordenada del deudor del mercado: (i) puede decidir o bien una reestructuración patrimonial o (ii) una disolución y liquidación.

De ser el caso que se decida una reestructuración, la Junta de Acreedores tiene una serie de atribuciones inéditas que no se repiten en los otros dos procedimientos⁽¹⁴⁾. Y es que esta puede decidir si el deudor puede mantener la administración, ser removido o administrar conjuntamente con un tercero (administración mixta). Asimismo, lo que se busca en esta etapa es aprobar el Plan de Reestructuración. Este incluiría un cronograma de pagos con las respectivas acciones que la empresa realizaría para poder cumplir con sus pagos.

En cuanto al caso de la disolución y liquidación, el liquidador será la persona encargada de realizar todos los activos del deudor y cancelar a los acreedores de acuerdo al orden de preferencia⁽¹⁵⁾. Por otro lado, la conclusión de la disolución y

liquidación se da cuando: (i) el liquidador haya cancelado todos los créditos; (ii) cuando no haya activos con que pagar a los acreedores, donde el liquidador solicitará la quiebra judicial; o, (iii) no exista liquidador interesado en llevar un proceso de liquidación conducido por la autoridad concursal.

4.1.4. Plazos procedimentales

En cuanto al plazo procedimental estipulado para el PCO, se debe tomar en cuenta que no es posible determinar con exactitud el tiempo total que toma a los acreedores aprobar el instrumento concursal. Por ejemplo, los acreedores cuentan con cuarenta y cinco días hábiles para aprobar el destino del deudor y en caso de adoptar la reestructuración sesenta días hábiles para aprobar el plan y en una liquidación treinta para aprobar convenio. Sin embargo, no estamos contabilizando las impugnaciones de acuerdos de juntas o pedidos de nulidades que harían que los plazos sean más extensos sin una fecha determinada.

4.2. Procedimiento Concursal Preventivo

El sistema concursal peruano, con la finalidad de generar un espacio adecuado a partir del cual se puedan asignar eficientemente los recursos respecto al patrimonio del deudor, como lo señala el artículo II del Título Preliminar de la LGSC, no solo ofrece un PCO, sino también un procedimiento concursal preventivo (en adelante “PCP”). Este segundo tipo de procedimiento concursal busca evitar que el deudor se vea inmerso en una insolvencia mayor. Sus características se explicarán a continuación.

4.2.1. ¿Cuándo y quién lo solicita?

Según el artículo 103 de la LGSC, este procedimiento, a diferencia del ordinario, puede ser únicamente iniciado por el deudor. Ello se puede explicar principalmente por el interés del deudor en evitar un trágico panorama para su empresa antes de que sea demasiado tarde.

(12) Véase el artículo 32.2 de la LGSC.

(13) Véase el artículo 34. 1 de la LGSC.

(14) Véase el artículo 63 de la LGSC.

(15) Véase el artículo 42.1 de la LGSC.



Asimismo, el artículo referido señala que es importante que, quien solicita el inicio de este procedimiento, no se encuentre en ninguno de los supuestos del artículo 24 de la misma norma. Estos supuestos son específicamente los que indican cuándo es factible recurrir a un procedimiento ordinario. En otras palabras, no es posible que una empresa con una situación calificada para un procedimiento ordinario pueda recurrir a uno preventivo.

4.2.2. El reconocimiento de créditos

El artículo 105 de la LGSC, que tiene la finalidad de señalar qué acreedores son aptos para participar de la Junta de Acreedores en un PCP, se remite a dos artículos de la misma norma. En su primer inciso se remite al artículo 34 inciso 1. En su segundo inciso, se remite al artículo 38. Puesto a que ambos artículos son aplicados también para el PCO.

4.2.3. El rol de la Junta de Acreedores

A diferencia del PCO, en el PCP el deudor ofrece una propuesta de refinanciamiento o un calendario de reprogramación de pagos, el cual se denominará Acuerdo Global de Refinanciación (en adelante "AGR"). Al ser preventivo, la Junta de Acreedores puede suscribir o no el AGR, pero no puede recurrir directamente a un PCO. El artículo 107 de la LGSC señala que es posible prorrogar la aprobación del AGR. Se entiende en tal situación que la Junta queda suspendida hasta la fecha acordada. El plazo máximo de suspensión es de 15 días después de que la Junta de Acreedores haya sido instalada.

De no suscribir el AGR, "(...) la Junta de Acreedores, siempre que representen más del 50% de los acreedores reconocidos o asistentes en la misma Junta que se desaprobó el AGR, podrá acordar su sometimiento al procedimiento concursal ordinario" (Lizárraga, 2020)⁽¹⁶⁾ Además de ello, a diferencia de otros procedimientos, en el preventivo, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones es facultativa. Por ello, si no se aprueba el AGR y la Junta de Acreedores decide iniciar un procedimiento ordinario, el patrimonio del deudor sigue protegido y las obligaciones suspendidas hasta que se emita una resolución de inicio de procedimiento.

Asimismo, el artículo 106 señala los efectos una vez que el AGR es aprobado. El segundo inciso indica: "El Acuerdo Global de Refinanciación deberá contemplar necesariamente todos los créditos reconocidos, así como aquellos que sin haber sido verificados por la autoridad concursal se hubiesen devengado hasta la fecha de difusión del procedimiento, y será oponible a sus titulares para todos los efectos establecidos en la ley". El tercer inciso fija un porcentaje obligatorio de 30% a ser repartido en partes iguales a los acreedores laborales. De no fijar este porcentaje, el AGR es nulo.

(16) Véase el artículo 109 de la LGSC.

(17) Véase el artículo 107 de la LGSC.

4.2.4. Plazos procedimentales

Como se ha mencionado previamente, no existe un plazo específico de tiempo en el que todo PCO se desarrolle. De la misma forma sucede con los procedimientos preventivos, no existe un plazo homogéneo, puesto a que los procedimientos pueden extenderse en el tiempo debido a impugnaciones u otros recursos. Sin embargo, la LGSC señala algunos plazos respecto de este procedimiento. Uno de los plazos ya señalados en el anterior punto es el de suspensión de la aprobación del AGR, de quince días como máximo⁽¹⁷⁾.

Asimismo, la LGSC contiene un artículo de suma importancia en su Título IV, referido exclusivamente al PCP. Este es el artículo 113 sobre aplicación complementaria de normas, que señala: "En todo lo no previsto en el presente Título será de aplicación las Normas Generales de la Ley, así como las disposiciones que regulan el Procedimiento Concursal Ordinario, en lo que resulte aplicable". En otras palabras, los plazos establecidos para el PCO pueden ser aplicados de forma supletoria en un procedimiento preventivo, tomando en cuenta los artículos 34 y 137.1.

4.3. Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)

La pandemia del coronavirus generó que gran parte de la actividad empresarial se viera reducida y paralizada en su totalidad. Así, muchas empresas nacionales, debido a las consecuencias económicas dadas -y por darse en el país-, corren el riesgo de salir del mercado al optar por disolver y liquidar la empresa.

Como ya hemos venido mencionado, para hacer frente a estos acontecimientos, el Poder Ejecutivo, el 11 de mayo de 2020, mediante Decreto Legislativo 1511, creó el PARC, un procedimiento concursal distinto al de los dos regulados en la LGSC analizados anteriormente, debido a que se caracteriza por su celeridad y por realizarse virtualmente. No obstante a que su promulgación se haya dado en mayo, el PARC entró en vigencia con el



Decreto Supremo 102-2020- PCM, que aprueba el Reglamento del PARC. Por consiguiente, las entidades calificadas podrían acogerse al PARC desde el lunes 8 de junio de 2020.

Finalmente respecto a lo general de este procedimiento, no se puede dejar de lado que el PARC tiene una vigencia que es temporal. Y es que, en base al artículo 4 del Decreto Legislativo 1511 se menciona que “las entidades calificadas pueden acogerse al PARC hasta el 31 de diciembre de 2020”. Por ende, luego de esa fecha en el ordenamiento peruano seguirá rigiendo solamente el PCO y el preventivo.

4.3.1. ¿Cuándo y quién lo solicita?

El PARC puede ser solicitado e iniciado únicamente por las entidades calificadas (o deudoras)⁽¹⁸⁾ como las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas. Sin embargo, “(...) no se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación las personas naturales, las sociedades conyugales o sucesiones indivisas, sociedades conyugales o sucesiones indivisas, sea que realicen o no actividad empresarial; así como, las entidades o patrimonios excluidos según el artículo 2 de la Ley General del Sistema Concursal”⁽¹⁹⁾.

Quizá esta es una de las características que más polémica ha desatado respecto al PARC; y es que, desde nuestro punto de vista, no encontramos motivo suficiente por el cual las personas naturales sin importar si realizan o no actividad empresarial, sociedades conyugales o sucesiones indivisas no puedan acceder a este procedimiento. Más aún, parece incorrecta tomando en cuenta que el 73.6% de las empresas en el Perú se registran como personas naturales⁽²⁰⁾. Debido ello, solo podría acceder al PARC un 26.4% de empresas con diferente organización jurídica. Esta situación da como resultado la desprotección a un gran número de empresas que, actualmente, se ven afectados por la pandemia y que, sin razón suficiente, se ven imposibilitados de acceder a un procedimiento que podría ayudarlos a lidiar con la severa situación que enfrentan a causa de las diferentes medidas que se tomaron a consecuencia de la pandemia.

En cuanto a cuándo se puede iniciar el procedimiento, el artículo 5 del Reglamento del PARC establece cinco requisitos: (i) estar clasificada en el Sistema Financiero, en la categoría de “Normal” o “Con Problemas Potenciales”; (ii) no encontrarse sometida a un procedimiento concursal; (iii) no tener pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado; (iv) no encontrarse en los supuestos de disolución establecidos en el artículo 407 de

la Ley General de Sociedades⁽²¹⁾; y, (v) que el origen de la crisis se deba al impacto del COVID-19⁽²²⁾. En vista de ello, el PARC es un procedimiento excepcional permitido solo para los sujetos específicos que, ante la pandemia, hayan padecido de problemas económicos.

4.3.2. El reconocimiento de créditos

Tanto el artículo 8 del PARC, como del Reglamento del mismo, detallan el procedimiento del reconocimiento de créditos. En base a estos artículos, los terceros acreedores al procedimiento tienen un plazo máximo de diez días hábiles contados desde el día siguiente de realizada la publicación en el Boletín Concursal para apersonarse al procedimiento a fin de solicitar el reconocimiento de sus créditos, vencido el plazo se declara improcedente las solicitudes. Una crítica en este procedimiento, es el no reconocimiento de los créditos laborales y de consumo.

Al respecto, por el lado de los créditos laborales se sabe que, en la línea de orden de los otros procedimientos concursales, estos son los primeros en el orden de preferencia. Esto debido a que tienen reconocimiento constitucional al establecerse que “el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador”. Asimismo, dentro de los créditos laborales también se incluyen el pago de los aportes al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Por otro lado, en cuanto al crédito de consumo, este se otorga a las personas naturales para atender el pago de bienes, servicios o gastos que no están relacionados con una actividad empresarial.

Respecto al artículo 8, podría pensarse que este podría vulnerar el principio de colectividad al no reconocer los créditos laborales ni de consumo. Sobre ello, Sonia

(18) Véase el artículo 3.1 del PARC.

(19) Véase el artículo 3.3 del PARC.

(20) Véase https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1703/libro.pdf

(21) Véase Artículo 407 del Código Civil.

(22) Véase <https://lpderecho.pe/necesario-procedimiento-acelerado-refinanciacion-concursal-analisis-comparativo-procedimiento-concursal-preventivo/>



Alva menciona que la vulneración se da al no tener justificación para privar a estos acreedores al derecho a participar en la toma de decisiones, pues son los acreedores laborales quienes tienen mayores incentivos para la aprobación del PRE, si se toma en consideración la situación económica del país⁽²³⁾.

Sin embargo, consideramos que lo anterior no es del todo cierto, ya que una característica del PARC es el tratamiento especial que les da a ambos créditos en base al artículo 10 del mismo. En este se detalla que “de los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 40% de asigna en partes iguales al pago de obligaciones laborales adeudadas a los trabajadores (...) y un 10% se asigna en partes iguales al pago de obligaciones de acreedores titulares de créditos derivados de una relación de consumo con la Entidad Calificada”.

Así, a pesar de no tomar participación los acreedores de créditos laborales y de consumo en la Junta de Acreedores, no se les deja sin protección, debido a que el PRE tiene la obligación de tomar en cuenta un cierto porcentaje de los fondos para el pago de los créditos al año. Del mismo modo, lo establecido por el PARC es adecuado si se quiere garantizar la celeridad de este procedimiento concursal, porque, con la inclusión de estos créditos, Indecopi tardaría una mayor cantidad de meses en el proceso de reconocimiento de créditos imposibilitando esto el tener un PRE célere para los agentes económicos.

Cabe señalar que los créditos contingentes tampoco son reconocidos, pero en caso se levante la contingencia de estos, luego de aprobado el PRE, son incorporados al cronograma de pagos según el orden de agrupación de acreedores prevista en el PRE como lo establece el inciso 1 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1511. Luego del reconocimiento de créditos, sólo los acreedores reconocidos en este son los que integran la Junta de Acreedores. Estos cuentan con el derecho de voz y voto para la aprobación o desaprobación del PRE, instrumento concursal por aprobar en este Procedimiento.

4.3.3. El rol de la Junta de Acreedores

En comparación con el PCO y el PCP, la Junta de Acreedores en el PARC es realizada virtualmente en su totalidad y, en adición, contando con la participación de un notario público. Durante su realización, el único tema de agenda es la discusión sobre la aprobación o desaprobación del PRE. Asimismo, tiene una similitud con el PCP respecto a la instalación de la Junta, ya que la instalación de la junta, en ningún caso implica un desapoderamiento de la administración de la entidad calificada,

ni la facultad de realizar un cambio en la administración de la Entidad⁽²⁴⁾.

No obstante, si bien es cierto que las reuniones de la Junta de Acreedores en los otros dos procedimientos también son virtuales (su implementación y formalidades, están regularizadas en base a la Directiva N° 001- 2020- DIRCORD-INDECOPI), estas se tratan de medidas temporales. Esto, en tanto que, una vez que culmine el periodo de virtualidad de dichos procedimientos (31 de diciembre del 2020), se espera que vuelvan a su modalidad presencial. Por el contrario el PARC, es un procedimiento que no puede desentenderse de la característica virtual.

En cuanto al PRE, debemos señalar que (i) se trata del mecanismo a través del cual la entidad calificada obtendrá el refinanciamiento de sus obligaciones económicas; (ii) posee carácter obligatorio tanto para la entidad calificada, como para sus acreedores sin importar si los votos para la aprobación del PRE fueron a favor o en contra; (iii) si un acreedor no realiza el trámite de reconocimiento de créditos en el plazo establecido, el PRE le seguiría siendo obligatorio y; (iv) el rechazo o aceptación del PRE culmina con el procedimiento concursal⁽²⁵⁾.

4.3.4. Plazos procedimentales

Un aproximado sobre el plazo procedimental dentro del PARC encuentra su base en el Reglamento del mismo. Así en este se señala que el procedimiento debe tener una duración sesenta y cinco días hábiles a la que se le podría sumar una posible extensión de treinta y nueve días más. Sin duda alguna, esta cantidad de días es sustancialmente menor si se le compara con los otros dos procedimientos concursales. Sin embargo, existe todavía un vacío respecto a algunas etapas del PARC que dan como resultado que este pueda extenderse más allá de lo señalado en su respectivo reglamento.

Así, si bien parece que los plazos en el PARC sí se encuentran previstos, realizando

(23) Véase <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/15/contribuye-el-procedimiento-acelerado-de-refinanciacion-concursal-parc-al-cumplimiento-de-la-finalidad-del-sistema-concursal/>

(24) Véase el artículo 9.5 del PARC.

(25) Véase el artículo 10 del PARC.



un análisis de este, se llega a la conclusión de que no hay un plazo completamente certero. Y es que, si se toma en consideración el tiempo transcurrido desde el inicio del concurso hasta la Junta en base al flujograma del Reglamento del PARC da como resultado sesenta y cinco días hábiles, en la práctica el plazo es un aproximado de once meses, pues no hay una exactitud de cuánto será la duración de la primera junta en este procedimiento. Asimismo, el plazo a tomar en cuenta en la totalidad del PARC debe ser aumentado si existe una prórroga de dicha Junta. No obstante, de todas formas, seguiría teniendo un plazo menor que los otros dos procedimientos.

Otro motivo por el cual no existe un plazo con exactitud es debido a la nulidad pedida del PRE. Si la entidad calificada realiza una impugnación de la PRE para declarar su nulidad a pesar que la Comisión resuelva esto en un plazo de diez días hábiles como lo señala el artículo 10.4 del Reglamento, aún existe una posibilidad de impugnar dentro de quince días hábiles. Si en la apelación se declara fundada la nulidad incluso en esta etapa se puede apelar dentro de quince días hábiles de acorde al artículo 10.5 del mismo.

Una vez vistas las características de los tres procedimientos concursales que actualmente se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento, el apartado 5 se enfocará en analizar el PARC. Sin perjuicio de ello, para poder realizar un análisis adecuado y poder responder las interrogantes planteadas en un inicio del trabajo, será útil comparar este procedimiento con otras medidas adoptadas por distintos ordenamientos. Ello con la finalidad de entender que la magnitud de la crisis económica y, además, para analizar qué tan adecuadas han sido las diferentes medidas adoptadas para afrontar tal situación.

5. La respuesta concursal latinoamericana: medidas y acciones de Colombia y México

Perú no es el único país que ha buscado mitigar los efectos de la crisis económica. Por ello, consideramos que es adecuado tener un panorama de las medidas tomadas por otros países, para así realizar una comparación con el PARC. En ese sentido, en las siguientes líneas, haremos mención especial a dos países latinoamericanos que han abordado de manera distinta la crisis desatada por la pandemia: Colombia y México.

Por un lado, se sabe que Colombia introdujo un nuevo procedimiento para flexibilizar el régimen de insolvencia

y hacer frente a la crisis. Así, junto con nuestro país, fue uno de los primeros en incluir un régimen concursal especial, en atención a la desafortunada situación de las empresas y acreedores. No obstante, el sistema concursal colombiano se caracteriza por emplear, principalmente, los procesos judiciales⁽²⁶⁾; en comparación, a nuestro sistema peruano que utiliza solo procedimientos administrativos. No hace falta señalar que el tiempo invertido en un proceso judicial es mayor al de un procedimiento administrativo, razón por la cual este país decidió crear un Procedimiento de Reorganización Abreviado⁽²⁷⁾. Los nuevos procedimientos se llevan a cabo en las Cámaras de Comercio de Colombia (en centros de conciliación y con apoyo de mediadores). Estos se caracterizan principalmente por desarrollarse en períodos de tiempo más cortos; sin embargo, a pesar de ello, los acuerdos deben ser validados judicialmente, a diferencia del PARC donde basta la aprobación del PRE.

Además de ello, se realizaron modificaciones al régimen de insolvencia vigente sobre procesos, donde prima la digitalización de documentos -un aspecto que Perú dista de desarrollar adecuadamente- y, en adición, se introdujo la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización⁽²⁸⁾. Notamos entonces que Colombia parece haber tomado medidas adecuadas al contexto, y que se desarrollan con menos falencias respecto a la virtualidad.

Por otro lado, en el otro extremo tenemos a México. Los procedimientos concursales mercantiles mexicanos se rigen bajo los procedimientos concursales mercantiles mexicanos se rigen bajo la Ley de Concursos Mercantiles (en adelante "LCM"), que data del año 2000. Una empresa en estado de insolvencia puede optar por el procedimiento concursal mercantil para reprogramar el pago de sus obligaciones y; así, lograr salvar a la

(26) Se debe tomar en cuenta que el sistema concursal colombiano es mixto; es decir, utiliza tanto los procesos judiciales como los administrativos. Estos procesos tienen base legislativa en la Ley 1116 del año 2006. Para mayor información. Véase https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Ley_1116_2006.pdf

(27) La Superintendencia de Sociedades de Colombia (organismo técnico) emitió el reglamento de este nuevo procedimiento, que fue introducido al ordenamiento por la Ley 560 del 2020 para establecer medidas transitorias por la emergencia.

(28) Ambas medidas reguladas por las leyes 1116 del 2006 y 560 del 2020, respectivamente.



empresa, o puede decidir la quiebra y liquidación ordenada de esta.

Así, el fin de las normas concursales mexicanas es la subsistencia de las empresas, dándoles protección a sus bienes y derechos antes que velar por los créditos de los acreedores. Esto debido a que las primeras dan subsistencia laboral a los ciudadanos y aporta beneficios a la economía. Teniendo esto en cuenta, cabe señalar que, la normativa del PARC va más en línea con las normas mexicanas a diferencia de las normas concursales peruanas del PCO y PCP que tienen como propósito proteger el crédito del acreedor.

En contraste con el uso del procedimiento concursal peruano, el uso de procedimientos de quiebra en México es encargado mediante un juez en virtud del artículo 7 de la LCM. Por tanto, no existe una entidad administrativa concursal mexicana (en nuestro caso es INDECOPI) para realizar el trámite. Sin embargo, una ventaja concursal mexicana a resaltar es el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros con base en el artículo 281 de la LCM, procedimiento que no existe en Perú.

Ante la situación de emergencia dada producto del coronavirus, como sabemos, en Perú se implementó el PARC. Por otro lado, en México se realizó la iniciativa de reforma a la LCM para establecer un Régimen Concursal de Emergencia, que al cierre del presente trabajo; lamentablemente, sigue en debate. Este régimen permitiría a los comerciantes (en el caso peruano la Entidad Calificada) acceder a un procedimiento concursal “flexibilizado” y virtual en su totalidad.

Por todo lo mencionado, se puede observar que la base de la normativa concursal mexicana es diferente a la normativa concursal peruana en cuanto a la finalidad y el alcance de los procedimientos concursales en el estado de emergencia. Este último punto se da porque nuestros procedimientos concursales reconocidos en la LGSC por el momento pueden ser virtuales y; además, contamos con un nuevo procedimiento: el PARC, en aras de garantizar la celeridad y virtualidad en sí misma que está tratando de conseguir México con el Régimen Concursal de Emergencia.

Tomando en cuenta que las medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico colombiano y mexicano se encuentran en extremos opuestos, parece ser que las medidas adoptadas por el Perú aparecen en medio de estas. Es decir, si bien coincidimos con que presenta algunas características de celeridad que Colombia también ha incluido, aún presentamos ciertas falencias en otros aspectos (como la virtualización de expedientes). No obstante, tampoco podemos decir que nos encontramos en una situación de falta de regulación adecuada al contexto, como el caso de México. Ante ello, a primera

vista, el PARC parece ser un procedimiento necesario; sin embargo, para poder demostrar ello, quedan pendientes ciertos puntos que serán desarrollados en el siguiente apartado.

6. ¿El PARC como solución a la crisis empresarial?: Apuntes en torno a su necesidad

Ya hemos mencionado líneas arriba el contexto en el que el PARC surgió: uno de crisis y emergencia en ciertos sectores empresariales. No obstante, el hecho de que haya surgido con la finalidad de apoyar una situación sin precedente, no es motivo suficiente para poder alegar que era un procedimiento necesario. Y es que, lo que además de ello se debe analizar es si es que se trata de un procedimiento que presenta, cuando menos, ciertas características, que lo diferencien de los otros procedimientos ya existentes.

Para tal efecto, a continuación se analizará si su existencia era realmente necesaria y, además, si consiste en un procedimiento idóneo para conseguir el fin que se propone. Para ello, trataremos de contraargumentar las principales críticas que se hacen en torno a este y, en adición se explicará cuál podría ser su utilidad, de darse el supuesto de que continúe en vigencia más allá del tiempo previsto.

6.1. Críticas y contraargumentos a favor de la necesidad del PARC

Se han venido formando una serie de críticas en contra del PARC. Sin embargo, consideramos que todas se reconducen a una sola: la escasez de acogimiento a este procedimiento presentado hasta la fecha⁽²⁹⁾. Y es que, dentro de esta escasez encontramos tres argumentos que tienen como común denominador tal característica: (i) la similitud del PARC con el PCP; (ii) la carencia de una directiva que establezca con claridad el procedimiento y el pago de los derechos administrativos (tasas) de los procedimientos administrativos al interior del PARC y; (iii)

(29) Fecha en la que se remitió el presente artículo a la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS- 13 de septiembre de 2020.



el hecho de que, ante la situación actual, el Gobierno haya adoptado medidas de apoyo a las empresas (como el fondo Reactiva Perú), para poder hacer frente a los diferentes problemas que podrían enfrentar las MYPEs. No obstante, las diversas aristas de esta crítica se verán contraargumentadas en las siguientes líneas.

(i) La esencia del PARC y su similitud con el PCP

En cuanto a la primera arista, no podemos negar que en la zona de intersección del PCP y el PARC hay ciertas características comunes: ambas pueden iniciarse únicamente por los deudores, la administración recae sobre el deudor y ambas están en la imposibilidad de poder decidir más allá de los acuerdos de refinanciación. A pesar de ello, consideramos que hay tres características que nos permiten hablar del PARC como un procedimiento único y distinto: (i) la celeridad; (ii) la virtualidad; y (iii) la finalidad perseguida.

Con respecto a la celeridad, como se explicó en el punto 4.3.4., el plazo procedimental del PARC es un aproximado de sesenta y cinco días hábiles a comparación del PCP y PCO, que tienden a tener una larga duración en la aprobación de sus instrumentos concursales. Este procedimiento permite crear un PRE con el objetivo de refinanciar las obligaciones de las entidades calificadas en el menor tiempo posible. En ese sentido, se convierte en un procedimiento funcional ante la situación de crisis económica que afrontamos. Esto, debido a que se necesitan respuestas prontas con medidas adecuadas dadas por la junta de acreedores de la entidad para lograr la continuidad de los agentes económicos en el mercado y el cumplimiento de sus obligaciones.

Respecto a la virtualidad, propia del PARC, esta es importante debido a las medidas de inmovilización social y cierre temporal de las oficinas gubernamentales, entre ellas, las de las diversas sedes del Indecopi, organismo encargado de los procedimientos concursales. De esta forma, si bien se han permitido reuniones virtuales de las juntas de acreedores en los dos procedimientos concursales regulados por la LGSC, esta es una medida excepcional y con duración limitada (hasta el 31 de diciembre del 2020)⁽³⁰⁾. Por otro lado, el PARC seguiría siendo virtual en su totalidad, ya que facilitaría su acceso. Esta última, iría de la mano con la celeridad, pues al proceder virtualmente existe un ahorro de costos y tiempo tanto para la entidad calificada, como para sus acreedores y la propia autoridad concursal.

En cuanto a la finalidad, debemos mencionar que, esta es diferente en el PARC. Como ha sido mencionado, si bien entre los dos procedimientos regulados en la LGSC existen una serie de diferencias, ambos persiguen una misma finalidad: salvaguardar

el crédito y, por consiguiente, se busca una protección a los acreedores (artículo II del Título Preliminar de la LGSC). Sin embargo, esta línea que ha venido persiguiendo nuestro sistema concursal desde hace ya varios años, parece que ha encontrado un cambio de sentido con la aparición del PARC.

En el caso del PARC, por lo contrario a los otros dos procedimientos, el objetivo que pretende perseguir parece distinto. Ello se debe a que en la definición de su objetivo se señala que dicha finalidad consiste en "(...) proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel"⁽³¹⁾.

Tal como puede suponerse con una lectura preliminar de este artículo, se podría entender que queda –hasta cierto punto– de lado la salvaguarda del crédito y entra a primar la protección de la empresa. Y es que, claro, esto tiene sentido tomando en cuenta el contexto en el cual surge este procedimiento. Sin embargo, sería un error verlo desde una perspectiva únicamente tradicionalista; es decir, desde una aproximación en la que prima la conservación de la empresa (Baird, 2005, pp. 11-12). Y es que, si bien es cierto que la conservación de la empresa ahora se encuentra como el norte de este procedimiento concursal, *a priori*, tampoco se puede descartar que se ha dejado la salvaguarda del crédito.

Ello lo creemos así, debido a que, si bien con las características propias del PARC (especialmente aquella que consiste en la celeridad) se beneficia el deudor, en el sentido de que no queda supeditado a las largas discusiones de la junta de acreedores que deciden su destino (como sucede en el caso de los dos procedimientos tradicionales), los acreedores también se ven beneficiados, al saber que, en un tiempo mucho más corto, tendrán certeza sobre cuándo verían satisfecho su derecho al crédito.

(30) Véase Directiva 001-2020-DIR-COD-INDECOPI.

(31) Véase el artículo 1 del Decreto Legislativo 1511.



(ii) La carencia de una directiva que establezca con claridad el procedimiento y el pago de los derechos administrativos (tasas) de los procedimientos administrativos al interior del PARC

Respecto a la falta de tasas del PARC, lo que sucede con la tramitación de los dos procedimientos concursales establecidos en la LGSC, es que deben efectuar un pago llamado tributo mediante las tasas por cada procedimiento administrativo dentro de los procedimientos concursales. Así, cabe resaltar que los montos a pagar por los derechos de tramitación se encuentran establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Indecopi.

No obstante, desde la habilitación del funcionamiento del PARC, no se ha establecido el monto a pagar por la solicitud de inicio del procedimiento, como por sus etapas, entre ellas, el procedimiento de reconocimiento de créditos. Entonces, existe una incongruencia entre su adaptación y las medidas tomadas para su uso. Por un lado, se crea un nuevo procedimiento concursal con límite temporal que ayude mediante un PRE a conservar en el mercado las empresas afectadas por la crisis. Por otro lado, la no existencia del monto sobre el tributo a pagar, genera cuestionamientos acerca de cómo una empresa puede acogerse al procedimiento sin tener conocimiento sobre la totalidad del costo a realizar en este⁽³²⁾.

(iii) Reactiva Perú como medida de apoyo empresarial

Finalmente, en lo que respecta a las otras medidas que el Gobierno peruano adoptó para que las empresas puedan hacer frente a la situación crítica de este sector, se encuentra el Programa de Garantías del Gobierno Nacional “Reactiva Perú”⁽³³⁾. Este fue creado con la finalidad de “promover el financiamiento de la reposición de los fondos de capital de trabajo de las empresas que enfrentan pagos y obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios, a efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional” (artículo 1 del Decreto Legislativo 1455).

Tal finalidad, *a priori*, no parece distar mucho de aquella descrita en el PARC. No obstante, consideramos que la finalidad no es lo único que podemos analizar al comparar estas dos medidas nacidas a partir de la crisis del sector empresarial. Por el contrario, es necesario realizar ciertas precisiones que, a simple vista, no podrían quedar claras.

Cuando el Decreto Legislativo 1511 se publicó en el diario oficial “El Peruano” y, posteriormente, se publicó su Reglamento

(Decreto Supremo 102-2020-PCM), se esperaba que un número importante de empresas se acojan al PARC para refinanciar las obligaciones con sus acreedores. Sin embargo, hasta el 13 de septiembre de 2020⁽³⁴⁾, solo una empresa se ha acogido al PARC⁽³⁵⁾.

Esto nos ha mostrado la escasez de solicitudes presentadas para el acogimiento al PARC. Creemos que, hasta la fecha, el poco uso del PARC se debe principalmente a las diferentes medidas de apoyo dadas por el Gobierno peruano, las cuales han contado con mayor difusión a nivel nacional. Una de estas medidas de apoyo es el conocido programa Reactiva Perú (descrito anteriormente).

Para acceder a Reactiva Perú se requiere presentar la negación de tener alguna deuda en cobranza coactiva mayor a una (01) UIT, así como el Reporte Tributario para Terceros dado por la SUNAT. Ambos documentos son sencillos de obtener virtualmente para ser presentados a la entidad financiera deseada. Por otro lado, la solicitud de inicio del PARC, especificada en el artículo 6 de su Reglamento, menciona once puntos a cumplir para la admisibilidad de la solicitud. Entre estos requisitos, se encuentra la fecha del pago de la tasa por los derechos de tramitación (numeral k del artículo 6.1), monto que no ha sido especificado en el Reglamento o en la sección de Procedimientos Concurales de la página *web* del Indecopi⁽³⁶⁾.

Por ello, si analizamos la situación de una empresa con problemas de liquidez, es clara su preferencia por la adopción del programa Reactiva Perú. Ello debido a que es más rápida la posible admisibilidad de acceder a este crédito, en comparación a acudir a un trámite como el PARC. Esto principalmente porque, si bien es un procedimiento célere frente a los otros dos procedimientos concursales del ordenamiento peruano, también podría verse

(32) Para efectos de la presente investigación, la autoridad concursal nos indicó mediante la Carta 001234- 2020- GEG- SAC/ INDECOPI que, a la fecha del cierre del presente trabajo, no hay tasas para la tramitación de algún procedimiento administrativo al interior del PARC.

(33) Promulgado mediante el Decreto Legislativo 1455 el pasado 29 de mayo del 2020.

(34) Fecha en la que se remitió el artículo a la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS.

(35) Véase La Corporación Logística Maquinarias del Perú S.A.C.

(36) Véase <https://www.indecopi.gob.pe/web/procedimientos-concursales/presentacion>



como “arriesgado”, teniendo en consideración la inexactitud del monto de la tasa para el procedimiento de trámite.

A pesar de lo mencionado anteriormente, no podemos dejar de lado que el PARC es un procedimiento concursal que busca hacer frente a situaciones de insolvencia. Es decir, supuestos en los que la afectación del patrimonio es tal, que el deudor no puede afrontar las deudas que mantiene con sus acreedores. Por su parte, medidas como Reactiva Perú buscan ayudar con la liquidez de las empresas, lo cual implica que no deben existir niveles de insolvencia altos para acceder a esta garantía.

Sin embargo, este último por sí solo no puede ser tomado como un impulso para que las empresas puedan afrontar la crisis. Por ello, también es necesario adoptar medidas que puedan dar un espacio de tiempo en beneficio del deudor para el pago de sus obligaciones frente a los acreedores y evitar que la poca liquidez existente se desvanezca. Es en ese escenario donde los sistemas concursales con medidas de refinanciamiento coadyuvan a afrontar la crisis.

Siguiendo esa misma línea, a pesar de que existan mecanismos de financiación otorgados por el Gobierno peruano a favor de las empresas afectadas por el COVID-19, existe una necesidad de otorgar un procedimiento que pueda ayudar en la insolvencia y evitar la iliquidez. Dado que muchas empresas han solicitado préstamos derivados de Reactiva Perú y otros programas, el empresariado empezó a operar y honrar sus obligaciones. Sin embargo, si las empresas no han establecido un plan ordenado de pagos, los problemas de liquidez regresarán en un futuro inmediato. Por ello, consideramos que el PARC es un mecanismo complementario a los préstamos garantizados por el Estado y no excluyente, como está ocurriendo en la actualidad.

Las empresas deben invertir la liquidez obtenida en base a Reactiva Perú en capital de trabajo y mantener el negocio en marcha. Si bien, aún no se ha utilizado el PARC como fuente de refinanciamiento, creemos que ello, en un futuro no muy cercano, ocurrirá. Esto principalmente por la necesidad de refinanciar las deudas adquiridas que no pueden cubrir con Reactiva Perú, por lo que contemplamos que el plazo de duración de este procedimiento se deberá extender en el tiempo, lo cual será explicado en el siguiente punto.

6.2. Necesidad de su permanencia post-pandemia

A lo largo del presente texto se ha tratado de ilustrar cómo la pandemia ha tenido efectos negativos en la economía, y se ha resaltado específicamente el ámbito empresarial. Habiendo observado ello, y tomando en cuenta las características más beneficiosas que el PARC presenta en comparación a los otros dos procedimientos concursales existentes, creemos que es importante contemplar qué sucederá con este nuevo

procedimiento y la posibilidad de que su vigencia pueda extenderse.

Como ha sido señalado, el Decreto Legislativo 1511 establece que el período de vigencia de este nuevo procedimiento culmina el 31 de diciembre del 2020. Hasta la fecha, habiendo transcurrido aproximadamente cuatro meses desde la entrada en vigor de la norma, se han presentado dos solicitudes de inicio de procedimiento, de las cuales una de ellas fue admitida⁽³⁷⁾. Cabe preguntarnos entonces si es que existen razones suficientes por las cuales se debería extender el período de vigencia de este procedimiento, o si es que es posible que algunas de las características más favorables puedan ser acogidas.

Actualmente, nos encontramos en un contexto en el que probablemente la virtualidad no solo sea empleada de forma momentánea, sino que, al parecer, empezará a introducirse en el desarrollo de la vida jurídica. Incluso previamente a que la crisis sanitaria impactara al mundo, diferentes países habían puesto su mirada en la “virtualización”, buscando que los procesos judiciales puedan modernizarse y facilitar ciertos trámites. Sin ir muy lejos, en nuestro país se implementaron mesas de partes virtuales en determinados procesos y procedimientos (como algunos llevados en Indecopi). Sin embargo, a pesar de los intentos por conectarnos con la tecnología, presentamos diversas fallas.

En relación con el PARC, esto puede notarse en el hecho de que la información que debe ser pública (como los expedientes de este nuevo procedimiento) aún no pueden ser consultados a través de la página web de Indecopi. A pesar de ello, la virtualización es esencial, puesto a que permite que una gran cantidad de acreedores puedan presentarse a la junta de acreedores, evitando un riesgo de contagio que sería mayor si es que esta fuera presencial (una de las razones por las que esta es necesaria actualmente). Así, si bien es cierto que tanto los procedimientos concursales ordinario y preventivo se han adaptado a un contexto virtual, sabemos que los fines de estos dos procedimientos son distintos, no responden al problema

(37) Véase Expediente 02-2020-PARC.



de la insolvencia causada por el COVID y no cuentan con la flexibilidad de las medidas del PARC antes expuestas, como el acceso de las micro y pequeñas empresas.

En ese sentido, creemos que es necesario que este procedimiento continúe en vigencia no solo hasta el 31 de diciembre, sino también que pueda ser útil para el período post-pandemia, el cual debería estar enfocado en la recuperación económica del país. Dentro de los factores que influyeron en que solo exista un único procedimiento PARC hasta el mes de septiembre se encuentran los diferentes programas de apoyo presentados por el Poder Ejecutivo, como Reactiva Perú. Los préstamos otorgados a las empresas por este programa cuentan con un período de gracia de 12 meses, y el plazo de préstamo es de 36 meses. Por lo tanto, si bien en la actualidad no se han presentado problemas de solvencia, es probable que luego de finalizar este año, cuando termine el período de gracia sí sean visibles.

Ello podría explicarse en que los ingresos de las empresas se han reducido considerablemente con el COVID-19, y que las deudas han aumentado. En adición a ello, se debe considerar que los intereses de los préstamos de Reactiva se capitalizan durante el período de pago, pues el período de gracia no implica quedar exento de los mismos. Entonces, si bien en la actualidad el PARC no ha sido utilizado de manera numerosa, es probable que, en los siguientes meses, los problemas de solvencia aparezcan con mayor intensidad.

Ante tal situación, el PARC será una herramienta útil, por lo que la autoridad concursal tendrá que estar lo suficientemente preparada, y tendrán que implementarse adecuadamente las plataformas virtuales por las que estos procedimientos se lleven a cabo. Asimismo, Indecopi debería tomar un rol más activo en la difusión de este procedimiento que trae muchas más ventajas que el ordinario y preventivo, cuyos plazos procedimentales son notoriamente mayores en la práctica, y que lamentablemente la administración no está dispuesta a modificar.

7. Conclusiones y reflexiones finales

La pandemia no solo ha sido trágica para la salud de las personas, poniendo en situaciones sumamente complicadas a los Estados respecto a sus sistemas de salud. Al mismo tiempo, como hemos descrito en este trabajo, se presentaron efectos en la economía que han sido también amplios y negativos. Entre ellos destacan la pérdida de empleos, negocios que se ven obligados a cerrar, acreedores que ven impagas las obligaciones en su favor, el incremento de los niveles de pobreza, entre otros.

Con esto no queremos dar a entender que las medidas de prevención sanitaria no eran imprescindibles, sino que buscamos resaltar el problema de las empresas, el cual no

puede ser dejado de lado. Ante ello, el PARC se presenta como un procedimiento *fast-track*, el cual se hace necesario, tanto al evitar exponer al contagio a los participantes gracias a la virtualidad, como para evitar desenlaces que pongan a los actores en peores situaciones de insolvencia. Reafirmamos entonces que es necesario y será necesario en los próximos meses, hasta que podamos contar con una economía suficientemente recuperada.

Sin embargo, para poder analizar el PARC, señalamos que es necesario tomar en cuenta la importancia del crédito y del sistema financiero en el desarrollo de las actividades económicas de los emprendedores y en el ámbito empresarial peruano. Sabemos que es a partir de los créditos que estos actores económicos pueden contar con liquidez, la cual puede ser empleada para obtener recursos, pagar servicios, proveedores, refinanciar deudas, cubrir el capital de trabajo, entre otros, siendo una de las fuentes de financiamiento empresariales indispensables.

El incumplimiento de tales créditos implica (i) la pérdida de la confianza de sus acreedores, credibilidad crediticia y reputación empresarial; (ii) una posible desestabilización del sistema financiero; (iii) perjuicio hacia los acreedores, por el rompimiento de la cadena de pagos; y, por último, pero no menos importante, (iv) incrementar la rigidez del acceso al crédito. Además de ello, es a partir del incumplimiento que opera el Sistema Concursal como protección del crédito. Sin embargo, en un contexto de pandemia mundial - que no es razonablemente previsible por las empresas - los procedimientos tradicionales (PCO y PCP) no pueden ser las únicas opciones.

A partir de esta última premisa, es que el PARC nace como procedimiento concursal en un contexto sin precedentes. Así, la finalidad que el sistema concursal perseguía (la salvaguarda del crédito) dio un cambio con el PARC, pues ahora, si bien no se le quita total importancia al crédito, sí cobra importancia en la continuidad de la cadena de pagos; es decir, la continuidad de la empresa. Asimismo, de este procedimiento debemos resaltar el hecho de que se trata de un procedimiento



mucho más veloz que los otros dos regulados; además de que es completamente virtual.

Sobre la legislación comparada, países como Colombia y México, los cuales se encuentran en polos opuestos, han coadyuvado a que podamos comparar qué tanto se ha desarrollado su sistema concursal durante la pandemia. Por un lado, existen características de la reforma del sistema concursal colombiano que podríamos tomar como ejemplo para mejorar la aplicación del PARC, como sería contar con una administración mejor preparada para desenvolverse en la virtualidad. Por otro lado, consideramos que México es un punto de referencia para notar que, en nuestro caso, si bien tenemos falencias, el Poder Ejecutivo adoptó rápidamente medidas en materia de insolvencia como una alternativa para enfrentar las crisis empresariales.

Sin perjuicio de que nuestro país se encuentra en un punto medio, como hemos señalado en el apartado 5.1, existe una crítica relacionada a la escasez de solicitudes para acogerse al procedimiento, la cual se divide en tres aristas: (i) la similitud entre el PARC con el PCP; (ii) la falta de tasas; y (iii) la preferencia por el programa Reactiva Perú. Entre los factores que más han influido en que exista poca acogida al PARC, se encuentra el programa Reactiva Perú, que otorga liquidez y funciona como una herramienta que impulsa el reflotamiento de las empresas. A pesar de ello, no se debe olvidar que Reactiva Perú debió ser considerada como una medida de apoyo a ser empleada en conjunto con el PARC y no de forma aislada.

En esa misma línea, los préstamos que otorga Reactiva Perú implican un período de gracia que no dura indefinidamente. Una vez cumplidos los doce meses de este periodo, los intereses se capitalizarán en el período de pago, pues el préstamo termina a los treinta y seis meses y los intereses no se exoneran. Como resultado de ello, las entidades calificadas al programa tendrán más presión para cumplir con obligaciones que en realidad superan sus capacidades de solvencia (considerando las pérdidas ocasionadas por la pandemia).

Por ello, creemos que el PARC no solo debe cumplir su vigencia hasta el 31 de diciembre, sino que esta debe ser prorrogada hasta que la crisis económica pueda verse disminuida. En ese sentido, se debería ampliar el plazo de vigencia, pues demostrará que es un mecanismo concursal esencial para dar soporte a los agentes económicos cuando persista la insolvencia. La prórroga del Decreto Legislativo 1511 será una respuesta a los numerosos casos PARC que se presentarán en el futuro, y actuará ante las situaciones de insolvencia.

Es así que, de acuerdo a ello, en estos meses, deberían implementarse y acondicionarse los aspectos faltantes, como el tributo a pagar por el procedimiento (tasas), el libre acceso a la información de los expedientes y la inversión en una adecuada difusión. En esa línea, no consideramos que añadir un nuevo

procedimiento al sistema concursal peruano haya sido innecesario. Por el contrario, esta ha sido una medida necesaria en un contexto en el que tomar menos acción ante los problemas económicos y de solvencia antes explicados, implicaría acrecentar el nivel de crisis y no de protección. Así, el PARC es un *plus* para garantizar que menos empresas se vean envueltas en un escenario de quiebra y liquidación. En síntesis, el PARC fue necesario al empezar la crisis, es necesario en la actualidad y será necesario para la recuperación económica del país.

Referencias bibliográficas

- Baird, D. (2002). Axiomas concursales aceptados. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 45, 7-24. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11870>
- Del Águila, P. (2015). El plan de reestructuración como instrumento de competencia en el mercado de empresas insolventes. *Derecho PUCP*, 74, 315-332. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13599>
- Guasch, R. (2015). La posición jurídica de los acreedores subordinados en la fase de convenio. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. (pp, 162-181). Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/21078>
- Heath, J. (2012). *Lo que indican los indicadores*. INEGI México. <http://www.economia.unam.mx/academia/inae/pdf/inae4/u3l3.pdf>
- Jordà, O., Sighn, S., & Taylor, A. (2020). La larga resaca económica de la pandemia. *Finanzas & Desarrollo*, 57(2), 12-15. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2020/06/pdf/fd0620s.pdf>
- Lizárraga, A. (2016). La implementación de un régimen especial para las MYPE. *Derecho PUCP*, 77, pp. 323-347. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.013>
- Lizárraga, A. (2020, 23 junio). *Las diferencias entre un procedimiento concursal preventivo y un procedimiento concursal ordinario a propósito del caso LATAM*. IUS 360. <https://ius360.com/derecho-concursal/las-diferencias-entre-un-procedimiento-concursal-preventivo-y-un-procedimiento-concursal-ordinario-a-proposito-del-caso-latam-anthony-lizarraga/>
- López, M & Nubia, A. (2018). Análisis multivariable de la iliquidez de las empresas tipo pymes del sector de la Construcción. *Universidad Católica*



de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16029>

Mares, C. (2013). Las micro y pequeñas empresas (MYPE) en el Perú. *Revista Jurídica Thomson Reuters. La Ley*, 18, 1-20.

Puelles, L. (2013). Procedimientos Concursales. En *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi* (pp. 35-64). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y

de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Rodríguez, M. (2012). Mecanismos de financiación empresarial en Colombia. *Derecho y Realidad*, 10(19), 107-116. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4878

Schwartz, A. (2002). Una aproximación contractual a la insolvencia empresarial. *THÉMIS-Revista De Derecho*, 47, 119-147. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11874>

Torres, J. (2012). *Crisis Financiera*. Universidad Nacional Autónoma de México. http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/504trabajo.pdf 



OLGA ALEJANDRA ALCÁNTARA FRANCIA
GRISelda DELIA CAPALDO
MAGDA CRISTINA VERANO CALERO
ASTRID CAROLINA FLORES HUAMANI
RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO
MARIELA NOLES COTITO
RICARDO GUERRERO CUSTODIO
LAURA CECILIA PAUTASSI
ERICK VARGAS GUEVARA
RENEE ANTONIETA VILLAGRA CAYAMANA
PAUL VILLEGAS VEGA
PIERO VÁSQUEZ AGÜERO
MILAGROS MARAVÍ SUMAR
JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU
SOFÍA YOMOND SANTOS
MONIA CLARISSA HENNING LEAL
SABRINA SANTOS LIMA
RAFAEL HORACIO MOLINA CASTILLO
JESÚS CRUZ VILLALÓN
IVÁN ORTIZ SÁNCHEZ
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ SALAS
ANDRÉS DEVOTO YKEHO
VICTOR MANUEL SOLÍS BUITRÓN
SOL IVANNA ARAGÓN SAMANEZ
NICOLE ALEXANDRA SIERRA ROQUE
MILAGROS ALEXANDRA CONDEZO TRINIDAD



IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com



IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com



IUS ET VERITAS

Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP

www.iusetveritas.com

