

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

N°
701

LEGITIMIDAD JUDICIAL

La presunción de la
responsabilidad como
solución ante la crisis
del sistema de justicia

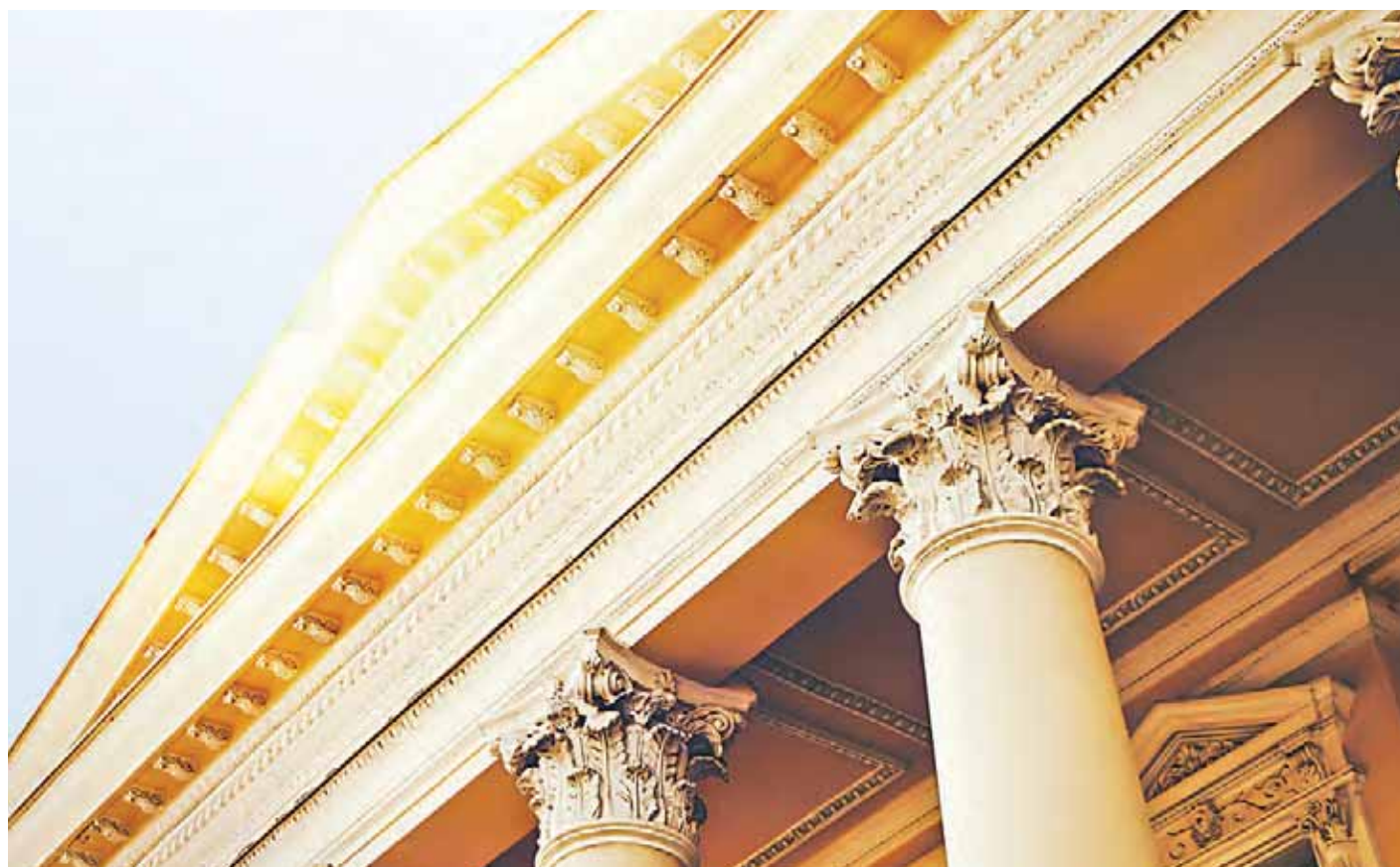
PÁGS. 4-5-6
IVÁN SEQUEIROS

Pág. 2
REDEFINICIONES. La nueva escuela de jueces y fiscales en el Perú. Una iniciativa para la reforma urgente. **Mateo G. Castañeda**

Pág. 7
INSTITUCIÓN JURÍDICA. El derecho de daños en Perú. Una investigación desde el derecho comparado. **Olga Alcántara**

Pág. 3
DESARROLLO COMÚN. La oralidad en los procesos civiles. Algunas propuestas de modernización. **Ulises A. Yaya Zumaeta**

Pág. 8
PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA. Aplicación de los daños punitivos en Argentina. **Andrés F. Varizat**



URGEN JUECES Y FISCALES DE CALIDAD

Una nueva escuela para la magistratura



MATEO G.
CASTAÑEDA
SEGOVIA

Abogado. Exjefe de la Fiscalía especializada en Criminalidad Organizada (Fecor).

La crisis terminal que vive el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), dejando a salvo el honor de algunos pocos señores que fueron consejeros, expresa un deterioro moral y ético que no es nuevo si se recuerdan casos de nombramientos inmerecidos, ratificaciones insólitas, destituciones frustradas, exámenes escritos de 100 puntos, entrevistas malditas, entrevistas regaladas, reuniones de consejeros con postulantes en centros comerciales, restaurantes y cafeterías, el florecimiento del mercado de diplomas, libros y capacitaciones, entre otros aspectos. Todo esto se sabía y hubo algunas denuncias que no tuvieron resultados, hasta que quedó evidenciado en los audios de la vergüenza.

Ahora toca reconstruir esta institución desde sus cimientos, en esa línea propositiva aportamos al debate con un libro que me ha llevado un año de investigación, *El Consejo de la Magistratura. Reforma de su estructura y funciones*, publicado por Jurista Editores, en el cual se pretende apuntalar una reforma integral a partir de una reflexión iniciada tiempo atrás respecto a los problemas del CNM y a los proyectos de reforma constitucional que se han venido proponiendo desde algunas instituciones privadas, comisiones y partidos políticos; pero todos estos proyectos se han enfocado más a cambios parciales que a una transformación de fondo de esta institución, cambio que pasa por redefinir su estructura, sus funciones y sus integrantes.

En este artículo adelantamos la idea sobre la Escuela de Jueces y Fiscales.

En efecto, desde la Constitución Política de 1993 se encuentra separada la función de capacitar a los jueces y fiscales en la Academia de la Magistratura (Amag) de la función de seleccionar y nombrar a los magistrados que se le reconoce al CNM. Esto debe cambiar para reunir estas funciones en el CNM.

En nuestra investigación proponemos la crea-

Plan de estudios

La nueva Escuela de Jueces y Fiscales, en la línea de nuestra prestigiosa Academia Diplomática, brindará una formación integral por un período de dos años, a dedicación exclusiva, para lo cual el Estado asumirá los gastos de educación de nuestros futuros jueces y fiscales. Esta formación se hará en dos etapas: en el

primer año se le dará al estudiante una sólida educación teórico-conceptual y ética, orientada al correcto ejercicio de la magistratura, mientras que en el segundo año el estudiante deberá practicar esos conocimientos en pasantías en juzgados, fiscalías y en cargos como jueces supernumerarios y fiscales provisionales.

SE PLANTEA LA CREACIÓN DE UNA ESCUELA QUE PERMITA ARTICULAR TANTO LA FORMACIÓN COMO LA SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE CALIDAD Y MERITOCRACIA.

ción de una Escuela de Jueces y Fiscales o Escuela de la Magistratura, que permita articular tanto la formación como la selección y nombramiento de nuestros magistrados desde una perspectiva de calidad y meritocracia. Para ello, esta escuela tiene que ser parte del CNM, de tal manera que el nuevo CNM reestructurado sea el que defina el perfil del magistrado y la malla curricular deseada. Naturalmente se requiere una reforma constitucional.

Esta escuela será pequeña, casi sin burocracia, porque tercerizará sus servicios con las universidades públicas y privadas de primer nivel académico. No tendrá empleados, asesores, ni profesores, ni será botín de empleos. Será suficiente con un director, una secretaria y un experto académico.

Los postulantes deberán ingresar por un riguroso concurso de oposición y méritos, privilegiándose con mayor puntaje a los miembros del tercio superior de sus facultades y deberán provenir de universidades debidamente acreditadas por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu). En otras palabras, solo podrán ingresar los mejores alumnos.

Todo estudiante que apruebe de manera satisfactoria la exigente formación que se le dará en la escuela será automáticamente nombrado juez o fiscal y en orden de méritos elegirán su destino en las plazas vacantes. Ya no existirá otro concurso. El CNM los nombrará y extenderá su título.

La idea pasa por generar interés en los mejores estudiantes de las facultades de Derecho del país para que ingresen luego a la escuela. Claro que esto supone ofrecerles un sueldo digno y decoroso que debe rondar el equivalente a 5,000 dólares para los jueces de paz y fiscales adjuntos; 7,000 dólares para los jueces y fiscales de primera instancia; 10,000 dólares para los jueces y fiscales de segunda instancia; y 15,000 dólares para los jueces y fiscales supremos. La alta función que realizan, la responsabilidad que tienen y sobre todo la dedicación exclusiva que se les exige justifican estas remuneraciones. El país lo puede pagar, ellos se lo merecen y necesitamos que nuestros jueces y fiscales sean los mejores abogados y sean remunerados con justicia.

Así, en pocos años y con la implementación de esta nueva escuela podríamos contar con jueces y fiscales de primera calidad en todo el país. ■

AVANZA MODERNIZACIÓN E INCORPORACIÓN DE LA ORALIDAD

Reforma del proceso civil



ULISES A.
YAYA ZUMAETA

Juez supremo provisional.
Licenciado en Administración.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 208-2018-CEPJ, ha incorporado nuevos miembros a la Comisión Encargada de la Ejecución y Supervisión del Proyecto Piloto para la Modernización del Despacho Judicial en los Juzgados Civiles del país, promoviendo la generación de medidas conducentes al fortalecimiento de tales órganos y a la implementación de un sistema de administración que ejecute un manejo integral de las etapas del proceso civil en forma oral.

Nada más acertado en la actual coyuntura social, política, judicial y económica por la que atraviesa el país, rodeada por hechos de público conocimiento que producen un descrédito en las instituciones básicas del Estado y un malestar general, que trasciende la esfera particular de los afectados y exige cambios radicales que devuelvan la esperanza ciudadana en sus autoridades.

Orientación de los cambios

En esa línea de intención y teniendo en cuenta que el proceso civil lleva consigo el planteamiento de controversias con alcance económico –a veces en cuantía importante– y el debate de derechos casi siempre disponibles, pasibles de autocomposición voluntaria o asistida, es que los cambios que se producirán tienen que ser orientados a dos aspectos fundamentales: la oralidad y, como causa-efecto de ello, la reducción de los tiempos de los trámites respectivos y de la respuesta judicial final, en cualquiera de las instancias por las que transite la causa.

Una experiencia muy interesante en el país, que conduce precisamente a aquellas finalidades, la constituye el actual modelo del proceso laboral peruano, promulgado mediante Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, inspirada en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad y economía procesal, que también son tributarios del proceso civil.

La diferencia no obstante entre la voluntad que encierra aquel nuevo modelo procesal laboral y el actual modelo procesal civil (que también tuvo como propósito allá por el año 1993 acortar los plazos del litigio y promover la oralidad, sin suficiente éxito), radica, desde nuestro punto de vista, en dos factores: la real intensificación de los actos orales con promoción de la presencia personal de las partes, como medida para hacer



LOS CAMBIOS QUE SE PRODUCIRÁN TIENEN QUE SER ORIENTADOS A LA ORALIDAD Y LA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE LOS TRÁMITES RESPECTIVOS Y DE LA RESPUESTA JUDICIAL FINAL, EN CUALQUIERA DE LAS INSTANCIAS POR LAS QUE TRANSITE LA CAUSA.

más efectiva la intermediación y posibilidad de solución de los conflictos, con la directa participación de los involucrados; y la fijación de plazos puntuales para la notificación de la sentencia por la respectiva instancia (dentro de 60 minutos después de concluida la audiencia convocada o a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes contados desde el referido acto), para evitar las dilaciones que por distintas razones son propias del proceso civil.

Tal modelo, con algunas mutaciones, puede trasladarse con éxito al proceso civil, atendiendo sin embargo a aspectos que parecen relevantes en la anotada intención de dar lugar a una justicia pronta, eficaz, profesional y predecible, que de algún modo agota física y mentalmente a los juzgadores y personal de apoyo, por lo intenso de la labor a que dan lugar esos plazos rígidos, pero que en realidad genera al final de las jornadas una satisfacción personal y profesional, por la

Servicio público

No olvidemos finalmente que uno de los principios que inspiran a la administración moderna es el de calidad total, que implica la participación de todos los trabajadores o conformantes de la organización para un mejor desarrollo y mantenimiento de los servicios que se ofrecen, y que el mismo puede constituir un punto básico para

conseguir lo que hasta el momento no es sentimiento inserto en la sociedad peruana: la tenencia de un servicio público de justicia idóneo y profesional, que sirva de modo efectivo a la ciudadanía y permita alcanzar la tan anhelada paz social y el desarrollo común, próximos al cumplimiento del Bicentenario de la independencia nacional.

efectividad y rapidez del servicio de justicia que se brinda a los usuarios.

Así tenemos:

- Los plazos específicos para notificar la sentencia (y no solo para dictarla o emitirla) debe apreciar la vía procedimental y el nivel de complejidad de la controversia, de modo tal que, por ejemplo, para procesos de ejecución y sumarísimos puede establecerse en 5 y 10 días hábiles, respectivamente; para procesos abreviados en 15 días hábiles; y para procesos de conocimiento en 30 días hábiles, sin posibilidad de prórroga, en todos los casos contados desde la resolución que establezca el estado resolutivo o de la audiencia que se programe y apreciando el tipo de pretensión que generalmente se debate en aquellas causas.
- Debe ser posible conciliar el proceso incluso en la etapa de resolución del eventual recurso de casación, cuando la pretensión de la demanda contenga derechos disponibles.
- Debe exigirse que los litigantes fijen una casilla electrónica para la notificación de las resoluciones que se dicten, sin perjuicio de potenciar el desarrollo del expediente digital, como medida para cimentar una real modernización del proceso judicial y de la justicia nacional.

- Las audiencias por las que pasen los procesos deben ser plenamente orales, con activa participación de los concurrentes y etapa de debates entre las partes, sin levantamiento de un acta que transcriba lo que en ellas ocurra, pero con la grabación plena de su contenido en un soporte informático, al cual pueda recurrirse para fundamentar la decisión final. ►



IVÁN
SEQUEIROS
Juez y profesor
universitario.

“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, es lo que establece el artículo 2, inciso 24, numeral e) de la Constitución Política del Perú. Este derecho fundamental evidentemente tiene mucho valor y utilidad en la defensa de la libertad de las personas y constituye una garantía que protege a los ciudadanos frente a las arbitrariedades en las que puede incurrir la administración estatal.

Se determina la responsabilidad penal de una persona sobre la producción de un grado de certeza suficientemente probada. Esta determinación de responsabilidad se construye jurídicamente estableciendo la culpabilidad del imputado, pero mientras esto no ocurra se sigue preservando un margen de inocencia incuestionable.

No es preciso que el imputado pruebe su inocencia, esta condición se presume por mandato constitucional, por tanto, presumir la culpabilidad no resulta teóricamente sustentable, pues toda la línea dogmática y jurisprudencial va en sentido opuesto. Esta condición fundamental y básica determina que la prisión preventiva sea excepcional y, además, temporal, solo por necesidades procesales y no por razones de responsabilidad, de ahí que resulte necesario procesar a todas las personas en condición de libertad y solo cuando se presentan determinadas condiciones legalmente establecidas (extremadamente subjetivas) es viable un mandato de prisión preventiva.

La precedente introducción sirve únicamente para destacar una teoría construida por mucho tiempo que resulta sólida, pacífica y aparentemente incuestionable; sin embargo, teniendo como referencia que el Derecho es dinámico y está al servicio del hombre y no al revés, debemos entender que en el momento en que algún principio o derecho fundamental que no tiene la tendencia de facilitar y hacer agradable la vida de las personas y, por el contrario, se torna en perjudicial y atenta contra esa viabilidad pacífica de la sociedad, dicho derecho debe repensarse.

En materia civil, existe la presunción de responsabilidad, que se deriva de fuentes diversas, principalmente, a saber: i) el hecho propio; ii) el hecho de un tercero por el cual haya obligación legal o contractual de responder; iii) el hecho de las cosas animadas e inanimadas, ingresando en este grupo la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas.

Se debe tener presente que la responsabilidad penal y responsabilidad civil son cosas diferentes y si bien es verdad, el término “responsabilidad” tiene igual significación en ambas ramas del

La A GRANDES PROBLEMAS, GRANDES SOLUCIONES

presunción de responsabilidad

Derecho, también es cierto que las condiciones de evaluación, determinación y “sanción” en ambos casos tiene sustento también diferente.

Categorías o escuelas

En la teoría del Derecho, la presunción de responsabilidad está sometida a dos categorías o escuelas, cuyo debate es profuso, arraigado e irreconciliable. En efecto, las escuelas, subjetivista y objetivista de la responsabilidad derivan en conclusiones diferentes.

En resumen apretado, la teoría subjetivista asume que no existe obligación indemnizatoria, sin que se haya probado el elemento “culpa” del sujeto que ocasiona el daño; por tanto, es regla normativa para los casos de responsabilidad civil extracontractual; por su parte, la escuela objetivista, que teniendo en cuenta las dificultades de la probanza de la culpa (elemento subjetivo) dice que debe sustentarse la responsabilidad bajo fundamento diferente de la culpa (ahí ingresa la teoría del riesgo, teoría de la solidaridad y otras) que pretenden fundamentar la responsabilidad.

Aun cuando el debate en la academia es intenso, en términos prácticos parece que fuera estéril o intrascendente dicha discusión, en razón de que la responsabilidad en materia civil solo exonera a una persona por razones claramente establecidas en la norma, culpa exclusiva de la víctima, (en su caso, de un tercero), caso fortuito y fuerza mayor. Siempre el problema principal radica en la determinación de culpa probada.

Adviértase que las causas que eximen de responsabilidad penal a una persona tienen parecida etiología (artículo 20 del Código Penal). Por tanto, se trata de comportamientos humanos que en atención a especiales circunstancias subjetivas pueden derivar en presumir responsabilidad o no.





Criterio invertido del derecho penal

Si implementamos la presunción de responsabilidad para determinados delitos especialmente graves que sirvan para confrontar la creciente incertidumbre que nos genera la corrupción, estaríamos haciendo un buen uso de un criterio invertido del derecho penal que rendiría sus frutos tanto en prevención como en sanción.

La realidad nos demuestra que todos los servidores públicos realizan su trabajo “bajo sospecha”, debido a que es creciente la percepción de que los servidores públicos buscan su beneficio personal y no el buen servicio

público; formalicemos esa percepción y determinemos la presunción de culpabilidad, como elemento característico de los delitos contra la administración pública, de manera tal que, ante la denuncia de los ciudadanos, sea el servidor público quien demuestre que lo que hizo es correcto y está dentro de la ley; caso contrario, su responsabilidad está probada (por presunción) y, por tanto, se le impone una sanción.

No soy ajeno a las gravísimas consecuencias que esta regla invertida pueda tener, esencialmente contra el derecho a la libertad de las personas, derecho venido a menos con las

prisiones preventivas que en nuestro medio no son excepción, sino regla, lo que sirve de ejemplo para lo que no debe hacerse. Pero de hecho ocurre, claramente de espaldas al derecho, una realidad mediática. Producto de la presión social nos ubica en esta contradicción, debido a que mientras las normas tratan de proteger la libertad de las personas, la realidad nos demuestra que cotidianamente quienes deben cuidar la vigencia de ese derecho son los que precisamente lo vulneran; por eso proliferan las prisiones preventivas, bajo cargo o sospecha de corrupción. [5]

LA PROPUESTA DE ESTABLECER LA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD NATURALMENTE REQUIERE DEBATE, PERO NO SOLO DOGMÁTICO, SINO PRAGMÁTICO Y ACORDE CON LA REALIDAD.

En la determinación de la responsabilidad civil, existe una causa objetiva sobre la que recae un debate aún mucho más intenso. Cuando se trata del ejercicio de una actividad riesgosa (peligrosa), cuál de los factores (subjetivista u objetivista) es el que prima para la determinación de responsabilidad; entiendo que en nuestro medio es la culpa la que predomina; sin embargo, asistimos al mismo problema de siempre, probar esa culpa, condición que complica una fundamentación debidamente sustentada de la presunción de responsabilidad.

Probar la culpa en materia penal, igualmente, es un tema complicado, con la marcada diferencia de que en este caso estamos ante comportamientos delictivos en los que debemos determinar si en efecto se desarrolló con plena conciencia y conocimiento de lo que se hacía o sencillamente el comportamiento obedece a una negligencia, falta de diligencia o tal vez impericia o finalmente un comportamiento inocuo debido a la percepción errada del autor respecto del hecho y sus consecuencias (error).

Sobre la base de la introducción de este texto

y la incipiente mención sobre responsabilidad en materia civil, será posible sustentar en materia penal una presunción de responsabilidad; es un riesgo bastante complejo y peligroso, sin duda, pero dadas las circunstancias existe un apoyo sólido y una causa fundante y justificante que puede resultar válido.

Si la corrupción en variadas formas está corroyendo la institucionalidad estatal, con riesgo inclusive de “muerte” (hay reclamo de elecciones adelantadas, renuncia de todas las autoridades, marchas en el país, en buen resumen, hay inestabilidad y es preciso no llegar al caos), esto significa que está en serio riesgo la continuidad misma del Estado, lo que exige tomar medidas no solo urgentes, sino además radicales y efectivas que contrarresten esa situación; en caso contrario todos podemos resultar perjudicados si no tomamos medidas eficaces, singulares, inmediatas e innovadoras que realmente surtan efectos en el control de la corrupción. No vaya a ocurrirnos que por mantener el *statu quo* jurídico (presunción de inocencia), como todos defendemos, continúe el desborde de la inestabilidad, producto de la ineficacia del sistema de justicia en sancionar a los que infringen la ley.

Ponderación

Una ponderación entre preservar la presunción de inocencia y el grave peligro de estancamiento estatal, pérdida de valores y riesgo de la democracia, así como la subsistencia misma de la institucionalidad estatal; confieso que variar las reglas podría ser una solución para controlar y restablecer la viabilidad del desarrollo estatal.

No pretendemos con esto acabar con la corrupción ni mucho menos; tampoco hay pretensión de desconocer ámbitos esenciales de desenvolvimiento de las personas (derechos fundamentales), sino solo contener la grave crisis que nos agobia

LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD SE PRESENTA COMO UNA ALTERNATIVA JUSTIFICADA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA Y RIESGO INMINENTE.

mientras se establecen soluciones integrales de mayor alcance (educación, instrucción). Por tanto, se trata de una emergencia, contingencia o conmoción que requiere tratamiento igualmente diferenciado y especial.

Determinados delitos, en especial agraviantes de la sensibilidad social, pero que además son complejos en su etiología y de difícil probanza, deben tener un tratamiento diferente en la determinación de la culpabilidad, precisamente porque así lo requiere la coyuntura. [1]

Cuando existe una justificación válida, es normal en la teoría política que inclusive se busquen soluciones autocráticas para defender la democracia, a fin de que no perezca; es plenamente válido invertir la vigencia de determinados principios que permitan establecer condiciones viables para la continuidad del Estado y la tranquilidad social; finalmente, el Estado mismo es un medio para el bienestar del ser humano. Entonces, todos los mecanismos que le permitan preservar esas condiciones tienen que ser activados, a pesar del rompimiento de determinados “principios” que no tienen, por cierto, condición de inmutables, sino que están al servicio del hombre.

La presunción de culpabilidad se presenta como una alternativa justificada en situaciones de emergencia y riesgo inminente; de hecho, ya existen tipos penales que sin hacer mención a la presunción de culpabilidad, rayan esos límites y establecen figuras ilegales que han sido admitidas como delitos comunes.

Los delitos contra la seguridad pública tienen en su estructura matices importantes de establecer responsabilidad penal, bajo criterios escondidos de presunción inversa, debido a que aun cuando en algunos casos no causan daño real, la sola puesta en peligro abstracto de un bien jurídico (impreciso) determina que la conducta sea delictiva, y en el momento de su calificación, determinación y sanción, sin duda, prevalece la presunción de responsabilidad por la sola existencia de una condición legalmente establecida (hecho objetivo). [2].

La difamación (artículo 132 del Código Penal) admite prueba en contrario de veracidad (*exceptio veritatis*); por tanto, invierte la posibilidad de probanza del inocente, no es el caso, pero sirve de ejemplo para establecer que toda la estructura jurídica necesariamente no es uniforme frente a la realidad que siempre la rebasa; por lo tanto, no es posible ni mucho menos idóneo someter la realidad a la norma, sino la norma a la realidad.

Bajo este criterio incuestionable, el Derecho tiene que adaptarse a la realidad, y aun cuando no nos guste, la realidad es que la corrupción,



Vías reales de control

Confieso que hay severa contradicción en mis convicciones, como profesor de Derecho de muchos años, al plantear esta alternativa, que no es sino consecuencia de lo que ocurre en el sistema de justicia, que más allá de buscar soluciones administrativas, constitucionales y legales, que probablemente no cambien las cosas, porque el problema

no está en las normas, sino en los hombres, tratamos de encontrar vías reales de control para la corrupción. Un ciudadano que asuma una función pública deberá saber que su actuación tiene que ser limpia, ajena a toda sospecha y, llegado el momento, deberá demostrarlo. Entonces, un juez cuidara que su ejecutoria siempre tenga respaldo legal y, sobre

todo, percepción de honestidad, para evitar que esa presunción de responsabilidad de la que ya viene premunido sea plenamente despejado. Entonces es evidente que se contribuye no de manera definitiva ni como solución final a un problema que nos agobia y nos agoniza, sino cuando menos como una advertencia real y concreta, que ya es bastante.

Tipos penales

en todos los niveles y en todos los sectores, nos está rebasando y el riesgo que se corre es que los daños que ocasiona pueden convertirse en irreparables y es oportuno y preciso establecer normas legales que contrarresten esa situación.

El artículo 317-A del Código Penal, denominado delito de marcaje y reglaje, parte de un marcado criterio de presunción de responsabilidad, pues el solo hecho de realizar vigilancia (actividad que

puede tener muchas explicaciones) o el hecho de hacer seguimiento (las razones pueden ser múltiples e inclusive loables), constituyen delito debido a que existe una vocación de proteger a los ciudadanos para que no se conviertan en víctimas de un delito real; por tanto, construir figuras delictivas bajo presunción de responsabilidad no es novedad. [3]

En el caso del delito de negligencia médica (mala práctica profesional) por extremadamente complejo en su probanza, sería razonable que se invierta la carga de la prueba, debiendo el médico (en general, el profesional) probar que la actividad realizada fue correcta. Esta determinación se sustentaría evidentemente en la presunción de culpabilidad.

Ocurre que en el delito de enriquecimiento ilícito la ostentación material manifiesta constituye un claro indicio que justifica investigar; sin embargo, por la informalidad que existe en nuestro medio es prácticamente imposible establecer formalmente que una persona haya incurrido en ese delito, lo que deriva en que la estadística sobre sanciones por este delito sea escasa, cuando la realidad nos golpea en la cara sobre la existencia de evidentes casos de enriquecimiento ilícito, delito por el que muchos servidores públicos quedan impunes. [4]. La propuesta de establecer la presunción de responsabilidad naturalmente requiere debate, pero no solo dogmático, sino pragmático, y acorde con la realidad; por tanto, su implementación, de ser el caso, tiene que estar sometida a reglas muy claras, determinadas y bastante rigurosas que controlen su aplicación, a fin de transcurrir de una buena intención para solucionar un problema y originar otro que eventualmente resulte más perjudicial que lo que se quiere solucionar.

A grandes problemas, grandes soluciones, pues, además de las otras medidas que hemos escuchado que se implementarán, creo razonable pensar en un radical cambio de paradigma, controlado y reglamentado, que nos permita encontrar la estabilidad social sobre la base de la estabilidad estatal. ▀

[1] El código político fija los regímenes de excepción, consecuencia de una necesidad apremiante del Estado que antepone su subsistencia misma ante riesgos concretos plenamente justificantes e impone, inclusive la suspensión de la vigencia de los derechos fundamentales esenciales como la libertad, libertad de reunión, propiedad, etcétera. [2] Esta proscrita la responsabilidad objetiva; sin embargo, hay situaciones en las que solo la producción del hecho implica delito. [3] En circunstancias normales, esta conducta no es más que un acto preparatorio; sin embargo, por razones prácticas y de “política criminal” se han convertido en delitos. [4] En estas dos figuras penales sería ideal que la carga de la prueba se invierta y sean los profesionales y el servidor de la administración pública quienes prueben la licitud de su comportamiento, la idoneidad del ejercicio de su labor, posibilidad que es plena; por tanto, es más fácil probar que sí se hizo bien antes que probar que se actuó mal. [5] El juez que hace prevalecer el derecho, al dictar otra medida de prevención que no es prisión preventiva, es inmediatamente objeto de sospecha y sometido a investigación, mientras el juez que dispone prisiones preventivas a discreción está exento de todo control y no es raro que sea premiado. Esta paradoja en la actividad judicial determina que es evidente el predominio de la realidad frente a la doctrina jurídica, y es preciso encontrar conciliación entre esa realidad y las normas, que es lo que ocurriría con la presunción de culpabilidad.

INVESTIGACIÓN LEGAL EN EL PERÚ

El daño en el derecho



OLGA
ALCÁNTARA

Investigadora
del Instituto de
Investigación
Científica (IDIC) de la
Universidad de Lima.

Los denominados *punitive damages* constituyen una institución jurídica propia del *Common Law*. Importa el pago por parte del causante del daño, de una suma dineraria a favor de las víctimas, aparte de la establecida en calidad de indemnización. Este importe pecuniario tiene por finalidad sancionar la conducta del causante del daño e impedir su repetición en el futuro. En la doctrina encontramos numerosas definiciones, para Owen (1994) constituyen una suma de dinero que se otorga al demandante en el marco de una acción civil, importe que será asumido íntegramente por el causante del daño, a manera de castigo al demandado por violación a los derechos (p.39).

Baynham y Turner (Baynham, 2002) completan esta definición, apoyándose en que “los daños punitivos se conceden en situaciones donde la conducta del demandado (causante del daño) es reprochable, maliciosa y opresiva. No tienen por finalidad compensar al demandante o indemnizarle, sino, más bien, castigar al demandado” (p.3). En el mismo sentido, Fleming (1998) señala que “el otorgamiento de los daños punitivos no se decide en función del daño sino más bien de la conducta reprochable del demandado, quien deberá pagar una suma adicional, la cual expresa la indignación pública”.

El otorgamiento de *punitive damages* se define en razón al análisis de la conducta del causante del daño en el ámbito de una determinada acción, y no en función de este.

Nos encontramos, entonces, frente a una atribución patrimonial a favor del demandante con carácter accesorio pues es independiente de la pretensión indemnizatoria principal.

Experiencia peruana

En el derecho peruano, esta figura resulta extraña para la responsabilidad civil. Sin embargo, el Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional publicado el 04.08.2017, (en adelante el Pleno), en el punto 3.4. “Sobre los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización”, acordó por mayoría lo siguiente: “En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además



LOS PUNITIVE DAMAGES CONSTITUYEN UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA PROPIA DEL COMMON LAW. IMPORTA EL PAGO POR PARTE DEL CAUSANTE DEL DAÑO DE UNA SUMA DINERARIA A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS, A PARTE DE LA ESTABLECIDA EN CALIDAD DE INDEMNIZACIÓN.

podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, los que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral”. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por

remuneraciones devengadas. El juez valorará los medios probatorios para determinar el daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria. Asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos equivalente al monto que hubiera aportado el trabajador en su respectivo régimen.

Este pronunciamiento revela no solamente la voluntad de los magistrados de proteger al trabajador víctima de una situación de abuso por parte del empleador, sino que también deja entrever la necesidad de cuestionar si es adecuado el uso de esta institución jurídica en el ámbito laboral, si puede extenderse a otros ámbitos y cómo.

Algunas opiniones de abogados, magistrados y profesores universitarios han sido vertidas a manera de alerta acerca de la “inconstitucionalidad” del empleo de esta especie de pena privada por no estar regulada expresamente en una ley (Espinoza Espinoza, 2017) (Lengua Apolaya, 2017) (Puntriano, 2017). El pleno jurisdiccional es el resultado de un acuerdo adoptado por los magistrados supremos respecto de un tema en

particular cuya finalidad es orientar el trabajo interpretativo de los jueces.

Asimismo, se indica que su aplicación puede colisionar con el principio de reparación integral que busca resarcir el daño sufrido por la víctima, otorgándole una reparación equivalente que cubra todo tipo de daño cuantificado por el juez. ▀

TRABAJOS CITADOS

- Lengua Apolaya, C. (14 de agosto de 2017). Pleno Jurisdiccional Supremo condena a empleadores a asumir los costos de los “daños punitivos” en caso de despido. Recuperado el 29 de junio de 2018, de LinkedIn: <http://es.linkedin.com>
- Baynham, B. (2002). Bad faith and good faith claims: The road of the punitive damages. 10.
- Espinoza Espinoza, J. (2017). Los daños punitivos creados en el Quinto Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional. Gaceta civil y procesal civil (52), 17.
- Fleming, J. (1998). The law of torts (9ª Ed.). Sydney: The Law Book Co.
- Puntriano, C. (18 de agosto de 2017). Nuevos efectos del despido según la Corte Suprema. Recuperado el 29 de junio de 2018, de Gestión: <http://gestion.pe>
- Owen, D. G. (1994). Punitive Damage Awards in Product Liability Litigation: Strong Medicine or Poison Pill? A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”. Villanova Law Review, 363.

DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINA

Responsabilidad y **daño**

ANDRÉS F.
VARIZAT

Colaborador del Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima.

En el derecho argentino, la primera propuesta tendente a la recepción de los daños punitivos fue realizada a comienzos de la década de 1990 (Pizarro, 1993). Después de un primer intento frustrado de recepción en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en 1998 la figura fue incorporada al derecho del consumidor como artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor. Una particularidad de esta norma que despertó polémicas, fue que no exige dolo del proveedor, sino solo que este no cumpla sus “obligaciones legales o contractuales” a favor del consumidor dificultando así la función punitiva de la resarcitoria.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación incluyó las multas civiles para casos de derechos de incidencia colectiva y derecho ambiental, y asimismo propuso una nueva redacción

del artículo 52 bis de la LDC 24.240 exigiendo un factor de atribución subjetivo a título de dolo o culpa grave (“grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”). Dicha propuesta no prosperó. El nuevo Código Civil y Comercial, aprobado en el año 2014 y vigente desde el año 2015, no incluyó tales innovaciones.

Poco tiempo después, las multas civiles verificaron algunos casos de su aplicación. Un caso conocido fue “Machinandiarena c. Telefónica Argentina” (Capel.CCom.Mar del Plata, Sala 2, 27/5/2009), en el cual se impuso a título de sanción a la empresa demandada la suma de treinta mil pesos (\$ 30,000) (unos 8,000 dólares a valores de aquel momento), con fundamento en la falta de colocación de accesos para discapacitados a uno de sus locales comerciales, lo cual se consideró un acto discriminatorio.

Por su parte, se hizo evidente que los tribunales no aplicaban la figura, y en los pocos casos en que esta era aplicada, los montos impuestos resultaban ser muy reducidos. La arraigada tradición local de concebir a la responsabilidad civil como meramente “resarcitoria”, y la idea de no enriquecer sin causa a la víc-

tima del daño (y en cierto modo a los abogados que llevan adelante el litigio) con sumas que van más allá de los daños sufridos, ha sido el principal impedimento a la aplicación de la figura.

Planteamiento

Frente a dicho panorama, la doctrina propuso que tanto el reclamante como sus abogados “donaran” un porcentaje determinado de la eventual multa civil y de los honorarios profesionales que se obtuvieran (Chamatropulos, 2013), con el fin de concretar un enriquecimiento sin causa de la víctima, pero tampoco desalentar la actividad probatoria del reclamante.

En estos términos, una parte de los daños punitivos serían destinados a la víctima, y el porcentaje restante a otra finalidad (ejemplo, fines sociales a cargo del Estado). Pero esta propuesta no parece haber revitalizado la aplicación de la figura por parte de los jueces.

A modo de conclusión

Un análisis crítico de la situación planteada pone de manifiesto que, en el ámbito del derecho del consumidor de Argentina, existen numerosas “prácticas comerciales abusivas” atribuibles a las empresas susceptibles de ser sancionadas y prevenidas mediante la aplicación de daños punitivos. Esto lleva a pensar en otras variantes poco exploradas hasta el momento, tendentes a lograr su mejor aplicación: una mayor intervención de los entes públicos u organismos de defensa del consumidor en el inicio “de oficio” de acciones tendentes a la aplicación de multas civiles por medio de abogados pagados por el Estado, y destino exclusivo de la multa civil para finalidades sociales, excluyendo como beneficiario a la víctima del daño. ▀

INVESTIGACIONES CITADAS

- PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en la obra general Derecho de daños, (Segunda parte), homenaje al Prof. doctor Trigo Represas, Félix A., Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Los llamados “daños punitivos” son ajenos a nuestro sistema de responsabilidad civil, La Ley, 1994-B.
- CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina”, LL-2013-D-1079.

