

SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

AÑO 1 N. 2



Contenido

Hacia una sinodalidad diocesana: el obispo diocesano como legislador	
<i>Giampiero Gambaro, OFM Cap</i>	5
Iusnaturalismo post positivista y propuesta de ley universal de extinción de dominio de bienes relacionados con actividades en armas nucleares y de destrucción masiva	
<i>David Quispe Salsavilca</i>	23
Ordenar una prisión preventiva por presión mediática no es constitucional	
<i>Andrea Doris Alarcón López</i>	47
A influência da sociedade em rede na atuação do administrador judicial a partir do projeto de lei n. 10.220/2018: A obrigatoriedade de um sítio público eletrônico capaz de conferir publicidade aos atos da recuperação judicial e da falência de empresas	
<i>Cristiane Penning Pauli de Menezes</i>	63
Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas	
<i>Carlos Alejandro Cornejo Guerrero</i>	87
Extinción de la inscripción de la hipoteca en el caso de Proceso de Ejecución en Trámite	
<i>Cristina Amparo Sánchez Tejada</i>	113

HACIA UNA SINODALIDAD DIOCESANA: EL OBISPO DIOCESANO COMO LEGISLADOR

*Giampiero Gambaro, OFM Cap**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
ggambaro@ucss.edu.pe

Resumen: De las formas históricas de asambleas eclesiales y de la teología del pueblo de Dios se identifican los fundamentos de las actitudes y de los comportamientos, así como los actores y los procedimientos necesarios para que el evento sinodal sea la *repraesentatio Ecclesiae*, la representación del cuerpo de Cristo verdadero. La Eucaristía, fuente y culmen de la vida cristiana, ofrece un modelo para el evento sinodal. El consenso de los fieles, articulado en las distintas figuras, es condición para una auténtica recepción de las decisiones doctrinales y disciplinares. El obispo diocesano está “en el sínodo”, es miembro calificado y forma parte de él con funciones muy precisas, entre ellas, la de ejercer la autoridad legislativa. El camino sinodal lleva a la Iglesia a través del proceso de *decision making* hacia el momento del *decision taking* e involucrando al obispo para que pueda ser testigo de cuanto decía san Agustín: “Vobis enim sum episcopus, vobiscum sum christianus. Illud est nomen suscepti officii, hoc gratiae; illud periculi est, hoc salutis” [Para ustedes soy obispo, con ustedes soy cristiano. Aquel es el nombre de un oficio confiado, este de la gracia; aquel del peligro, este de la salvación].

Palabras clave: Sinodalidad, sínodo diocesano, obispo diocesano, laicos.

TOWARDS A DIOCESAN SYNODALITY: THE DIOCESAN BISHOP AS LEGISLATOR

Abstract: The historical experiences of ecclesial assemblies together with the theology of the people of God may provide a correct focus to ground foundations for attitudes and behaviors, as well as actors and procedures, needed to make sure that the synodal

*Licenciado en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad Gregoriana, doctor en Derecho Canónico en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Actualmente es vicerrector administrativo de la Universidad Católica Sedes Sapientiae y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma casa de estudios.

event may become an authentic *repraesentatio Ecclesiae*, the representation of the true body of Christ. The Eucharist, source and summit of Christian life, offers a model for the synodal event. The faithful consent articulated in the differentiated roles and functions is a condition for an authentic reception of the doctrinal and disciplinary deliberations and norms taken by the synod. The diocesan bishop is “in the synod”, being a qualified member and participates in it with some very specific functions, among them exercising his peculiar legislative authority. The synodal way brings the Church through a decision making process towards the decision taking moment, involving the bishop so to live and witness what saint Agustín said of himself: “Vobis enim sum episcopus, vobiscum sum christianus. Illud est nomen suscepti officii, hoc gratiae; illud periculi est, hoc salutis” [For you I’m bishop, with you I’m Christian. The first is the name of an entrusted office, the second is the name of grace; the first is of danger, the second of salvation].

Keywords: Sinodality, diocesan synod, diocesan bishop, lay.

1. Introducción

La etimología de la tradición cristiana del término “sínodo”, en griego *συν-ὁδός* (camino-juntos), exige intrínsecamente que el derecho y la teología se encuentren, no solo con la eclesiología sino con la teología en general. Los cristianos son aquellos que caminan por el *ὁδός* (el camino), y lo hacen juntos¹. El Señor es el camino, los cristianos son los discípulos que integran la comunidad del Camino (Jn 14,6). El riesgo para los canonistas y los juristas es de entender la dimensión jurídica del “caminar juntos” solo limitándose al adverbio “juntos” y, por lo tanto, entender solo el aspecto social y comunitario o corporativo del grupo humano, que, según el principio *ubi societas ibi ius*, necesita que se le otorgue una atención jurídica.

Sin embargo, es sobre todo la palabra “camino” la que guarda en sí misma no solo significados teológicos fundamentales e imprescindibles, sino también algo de naturaleza

¹ En el quincuagésimo aniversario del Sínodo de los Obispos, el Santo Padre Francisco presentó así el estilo sinodal: “La *sinodalidad*, como dimensión constitutiva de la Iglesia, nos ofrece el marco interpretativo más adecuado para comprender el mismo ministerio jerárquico. Si entendemos eso, como dice san Juan Crisóstomo: “Iglesia y Sínodo son sinónimos” (Juan Crisóstomo, *Explicatio in ps.* 149, *PG* 55, 493) — porque la Iglesia no es más que el “caminar juntos” del rebaño de Dios en las sendas de la historia encuentro a Cristo el Señor— entendemos que en él nadie puede ser “elevado” por encima de los demás. Por el contrario, en la Iglesia es necesario que alguien “baje” para ponerse en el servicio de los hermanos a lo largo del camino (...) Pero en esta Iglesia, como en una pirámide invertida, la cumbre se encuentra debajo de la base. Por esta razón, aquellos que ejercen la autoridad se llaman “ministros”: porque, según el significado original de la palabra, son los más pequeños de todos. Es sirviendo el pueblo de Dios que cada obispo se convierte, para la porción del rebaño que se le ha confiado, en *vicarius Christi*, vicario de ese Jesús que en la última cena se inclina para lavar los pies de los apóstoles (cf. Jn 13, 1-15)” (2015, p. 1142).

jurídica. Camino es sinónimo de ruta y nos abre al sentido de proceso. El valor jurídico del sínodo diocesano puede verse en su ser un instituto estructural de una Iglesia particular, es decir, de una comunidad que pertenece a la dimensión jerárquica de la Iglesia Católica, regida por los cánones 460-468 en cuanto a sus dinámicas, a la diversidad de sus funciones y responsabilidades, a las modalidades de funcionamiento, de las cuales recién se está destacando su importancia como método y como eclesiogénesis, en otras palabras, como camino del despertar y generar la Iglesia en los feligreses, laicos, clérigos y religiosos².

2. Sinodalidad y sínodo

La sinodalidad, al contrario de la realidad indicada por el término sínodo, no es un evento histórico sino una categoría para expresar unas propiedades de la vida de la Iglesia que se encuentran en la celebración de reuniones eclesiales cuyo objetivo es tomar decisiones comunes sobre asuntos doctrinales y disciplinares, sea a nivel de una Iglesia local o de Iglesias vecinas y conectadas por algún motivo o para toda la Iglesia. En la literatura reciente sobre este tema parece que se subraya sobre todo el aspecto histórico. Se ha dedicado a analizar viviseccionando el dato concreto de los eventos específicos, por un lado el concilio ecuménico, por el otro los sínodos provinciales, nacionales, y también el sínodo diocesano, tratándolos como si fueran eventos radicalmente diferentes y, muchas veces, buscando establecer una jerarquía entre ellos.

Tenemos, entonces, una primera conclusión: la discusión sobre la sinodalidad de la Iglesia no puede tomar como punto de partida uno solo de los géneros sinodales que se encuentran a lo largo de la historia de la Iglesia. Más bien, hay que encontrar algo en común entre ellos, sin olvidarse de los aspectos específicos de cada evento sinodal dentro de su propio género: los sínodos provinciales de los primeros siglos no se pueden equiparar a los del Medioevo y menos a los de la Edad Moderna o a las conferencias episcopales actuales³. Considerando que tampoco los concilios ecuménicos han sido todos los mismos, la diferencia entre los concilios de la antigüedad y los del segundo milenio es abismal.

3. El sínodo diocesano

El Concilio Vaticano II no ofrece una enseñanza expresa y directa con sólidos y abundantes fundamentos teológicos necesarios para pensar la Iglesia local y su vitalidad

² Véase Comisión Teológica Internacional (2018). El Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, después de recibir la opinión favorable del Romano Pontífice, el 2 de marzo de 2018, autorizó su publicación.

³ Véase Lanne (1971, pp. 201-222); Junod (1986, pp. 163-180); Legrand, Manzanares & García y García (1988) y Faggioli (2005, pp. 265-296).

sinodal. Sin embargo, en torno al sujeto de la Iglesia local en el contexto de la función de santificación del obispo, presenta un modelo heurístico concreto en la celebración de la eucaristía para entender lo que es la Iglesia local y pensar la interdependencia entre las personas que la integran, así como su participación diferenciada en un evento común de esta misma Iglesia⁴. Además, el Concilio Vaticano II refleja sobre la interrelación entre las personas en la Iglesia indicando actitudes, prácticas y figuras institucionales.

Esta acción del pueblo entero de Dios está estructurada para cada uno según la función que le compete y la estructura fundamental de esta asamblea eucarística está constituida por el conjunto del servicio de presidencia del obispo, la colaboración del presbiterio y los demás ministros. Sobre todo, la activa participación de todos los fieles, según el numeral 41 de la Constitución *Sacrosanctum concilium* que reclama una acción común de todo el pueblo, “en las mismas celebraciones litúrgicas, en una misma oración, junto al único altar”. Se postula, entonces, una participación diferenciada, siendo que el obispo solo y por su cuenta no puede realizar la acción litúrgica que corresponde a la manifestación más importante de la Iglesia local.

El pase del *munus sanctificandi* al *munus regendi*, de la *synaxis* al *synodos*, puede revelarse fecunda. De ahí que esta representación concreta de la Iglesia orante es útil y adecuada para imaginar las relaciones típicas que constituyen la Iglesia y el consenso de la fe (*conspiratio fidei fidelium et pastorum*)⁵, mientras la Iglesia local desempeña sinodalmente su misión de enseñanza y de gobierno.

Siendo que la Iglesia no es simplemente una asociación o condominio, mucho menos una nación o un estado democrático u organismo supranacional —sus estructuras de comunión y de participación no tienen como modelo la asamblea de los socios de una sociedad anónima o de una asociación, tampoco el modelo puede ser el congreso o el parlamento de los representantes del pueblo— nos preguntamos, entonces, cómo se debe entender la naturaleza de la responsabilidad en el ejercicio del cuidado pastoral “institucional” (c. 383). En este caso, del obispo y de los sacerdotes en *cura animarum*, en cuidado de las almas, y la de los feligreses laicos y religiosos que podría indicar el instituto canónico del sínodo diocesano.

⁴ La Constitución sobre la Iglesia, *Lumen Gentium*, estipula lo siguiente: “El carácter sagrado y orgánicamente estructurado de la comunidad sacerdotal se actualiza por los sacramentos y por las virtudes. Los fieles, incorporados a la Iglesia por el bautismo, quedan destinados por el carácter al culto de la religión cristiana, y, regenerados como hijos de Dios (...) Participando del sacrificio eucarístico, fuente y cumbre de toda la vida cristiana, ofrecen a Dios la Víctima divina y se ofrecen a sí mismos juntamente con ella. Y así, sea por la oblación o sea por la sagrada comunión, todos tienen en la celebración litúrgica una parte propia, no confusamente, sino cada uno de modo distinto. Más aún, confortados con el cuerpo de Cristo en la sagrada liturgia eucarística, muestran de un modo concreto la unidad del Pueblo de Dios” (LG 11).

⁵ Véase Comisión Teológica Internacional (2014, 39).

El canon 460, que en el Código de Derecho Canónico introduce el instituto del sínodo diocesano, declara que su finalidad es prestar: “*bonum totius communitatis dioeclesanae et episcopo dioeclesano adiutricem operam*”. Para que el obispo diocesano pueda desempeñar su función de gobierno y de legislador para el bien de toda la comunidad diocesana⁶, bien hay que entender como el único objetivo institucional de la Iglesia particular, su razón de ser, su misión de realizar el Reino de Dios en el territorio o en la parte del pueblo de Dios que le ha sido confiado, el Reino de Dios que está cerca y que al mismo tiempo no es de este mundo, que ya está y todavía no es (Mt 4,17; 5,13-16).

El rito que rige la acción litúrgica, y que define las relaciones dinámicas entre las personas en el cuerpo eclesial, es análogo a los procedimientos que rigen la asamblea sinodal y apto a definir la relación de interdependencia entre la cabeza y el cuerpo. El evento sinodal de la Iglesia local obedece a la misma dimensión sacramental para que pueda manifestar la naturaleza de la Iglesia. Esta relación de interdependencia entre el que preside y los fieles se expresa en el canon 466⁷, el cual destaca un aspecto del funcionamiento articulado y complejo, jerárquico-carismático de la Iglesia con sus posibles ambigüedades y riesgos entre el democraticismo y el autoritarismo, pero también con la tentación de caer en una simple contraposición de intereses individuales o corporativos.

El obispo diocesano está “en el sínodo”, es su miembro calificado⁸ y forma parte de él con funciones muy precisas como la promoción, siendo este el que ve su necesidad y lo promueve (c. 461 §1), lo convoca (c. 462 §1), lo preside (c. 462 §2) y puede delegar las funciones de animador y facilitador; tiene función legislativa (c. 466), de promulgación (c. 8 §2 y c. 467)⁹ y de responsabilidad por la interpretación y ejecución de las declaraciones y decretos sinodales¹⁰ que pueden derivarse del proceso sinodal (cc. 16 §§1-2; 17-21). Así, el obispo diocesano está canónicamente involucrado desde el comienzo del camino sinodal hasta su implementación, por lo tanto, antes, durante y después de la asamblea. Su presencia calificada estará de acuerdo con el método sinodal, es decir, en primer lugar, como un “oyente” y “escuchador” de todos los integrantes de la Iglesia: los clérigos

⁶ Para san Juan Pablo II, el sínodo diocesano se trata de un “Contextual e inseparable acto de gobierno episcopal y evento de comunión, expresando así el carácter de comunidad jerárquica que pertenece a la naturaleza profunda de la Iglesia” (1992, pp. 4-5). Véase también, Juan Pablo II (2003, 44).

⁷ “Unus in sínodo dioeclesana legislator est Episcopus dioeclesanus, aliis synodi sodalibus voto tantummodo consultivo gaudentibus unus ipse synodalibus declarationibus et decretis subscribit, quae eius auctoritate tantum publici iuris fieri possunt” (c. 466).

⁸ No es así en otras estructuras de participación como el Colegio de Consultores, en los cuales el obispo diocesano no hace parte de este, pero necesita su parecer o consentimiento en los casos previstos por la ley.

⁹ Véase *Congregatio pro episcopis - Congregatio pro gentium evangelizatione* (1997, n.5, p. 721), que solicita el envío de copias de declaraciones y decretos de los sínodos diocesanos a estas dos congregaciones.

¹⁰ Véase *Congregatio pro episcopis - Congregatio pro gentium evangelizatione* (1997, n.6, p. 721).

(c. 463 §1, 1-4, 6-8), los laicos (c. 463 §1, 5) y los consagrados (c. 463 §1, 9), y de la sociedad o territorio, incluidos ministros y cristianos de otras confesiones (c. 463 §3).

El obispo puede, entonces, invitar al sínodo a otros miembros de la Iglesia: clérigos, consagrados y laicos. En cuanto a los clérigos, se puede decir que se tiene bastante claridad jurídica para entender quiénes deben ser convocados, pero con respecto a los laicos, el código reconoce al obispo mucha discreción en cuanto a su número y a los criterios de elección para que hagan parte, así como del consejo pastoral, si existe, o de su nombramiento. En particular, con respecto a los criterios, el obispo tiene, en el c. 512 § 2, una norma significativa que indica la necesidad de “reflejar la porción del pueblo de Dios que constituye la diócesis, teniendo en cuenta sus distintas regiones, condiciones sociales y profesionales, así como también la parte que tienen en el apostolado, tanto personalmente como asociados con otros”.

4. Sínodo como *repraesentatio Christi*

La más antigua categoría aplicada a los sínodos es la de *repraesentatio*. Tertuliano, relacionándose a los “concilios hechos por todas las Iglesias” (*concilia ex universis ecclesiis*), afirma que en ellos se discuten en común los asuntos más importantes y “se celebra con grande devoción la *repraesentatio* misma del pueblo cristiano”¹¹. La noción de *repraesentatio* ha tenido momentos culturales e intelectuales a veces muy importantes en distintos ámbitos. Sin embargo, Tertuliano la utiliza en el sentido antiguo del derecho romano aplicándola en el contexto cristiano¹² para indicar una presencia y, sobre todo, una presencia operante, activa. El sínodo es el espacio en donde obra la *virtus nominis christiani*, la energía del nombre cristiano. La categoría, aplicada a los concilios, se encontró en su máximo fasto en la época conciliarista, que, como mostró el famoso estudio de Tierney (1998), la eclesiología conciliarista no ha sido un momento “herético” y minoritario, sino que se integraba en la teología medieval y sobre todo con los decretalistas.

En el Medioevo, también después de la afirmación del derecho exclusivo del Romano Pontífice a convocar y aprobar formalmente las decisiones de los concilios hasta los provinciales para que tengan validez, un concilio antes de ser expresión de poder es una *repraesentatio Ecclesiae*. Esta perspectiva no implica necesariamente que la autoridad del concilio derive como delegación de lo bajo, del pueblo. El decreto *Haec sancta*, que el 6 de abril 1415 aprobó las decisiones del concilio de Constancia, afirma que el concilio *potestatem a Christo immediate habet*, es decir que trae su poder inmediatamente de Cristo. La posibilidad de representar a la Iglesia deriva de Cristo, cabeza actualmente

¹¹ “Ipsa repraesentatio totius nominis christiani magna veneratione celebratur” (Tertuliano, 1954).

¹² Tertuliano aplica la categoría de *repraesentatio* sea al contexto trinitario, en el cual Cristo es dicho *repraesentator Patris*, sea a aquello eucarístico.

operante en el concilio “*immediate*”. Esta presencia operativa, performativa de Cristo, es posible solo porque el concilio está bajo la asistencia actual del Espíritu Santo¹³. No es poca cosa entender el concilio como *repraesentatio Ecclesiae* y no solo como solemne modalidad del ejercicio de la suprema potestad del colegio de los obispos (véase el c. 337 § 1). En este desplazamiento se refleja el cambio de una Iglesia en su dimensión de pueblo de Dios, pasando del eje jerárquico y autoritario a la comunión.

La noción del evento sinodal como *repraesentatio Ecclesiae* es complementaria y similar a la que utilizaban los Padres de la Iglesia como “sinfonía espiritual”. Para captar el valor de esta noción, hay que entender el contexto del evento del Espíritu Santo como experiencia vivida en la comunidad de los fieles que confiesan la fe. La sinfonía espiritual es una experiencia que reenvía a una performance, no simplemente para describir algo ya prefijado objetivamente y ya asegurado de por sí, sino la vivencia existencial de un proceso, un camino vivido por las personas, un proceso respaldado por convicciones subjetivas y comportamientos correspondientes.

Se pueden dar todas las condiciones objetivas y necesarias para que se considere el concilio como canónicamente válido. Sin embargo, esto no es suficiente, se necesita que se dé el evento de la sinfonía espiritual. En la celebración se deben tener, entonces, dos condiciones: la conformidad a la fe transmitida y la “sinfonía” realizada por el Espíritu Santo en el mismo acontecimiento. Así se entiende por qué solo el efectivo consentimiento, recepción e implementación de las decisiones sinodales, pueden validar la presencia en un concilio de sus condiciones fundamentales y, de ese modo, su autenticidad¹⁴.

5. Consentimiento y recepción

La condición del consentimiento está conectada a la recepción de las decisiones sinodales. El sentido teológico del consenso en el evento sinodal ha sido bien expresado por Nicolás Cusano. Este es considerado el más agudo teólogo del consenso eclesial, que habla de la necesidad de implicar ámbitos siempre más amplios en la formación de las decisiones, porque el motivo de tan amplia participación y involucramiento en el

¹³ Gerson afirma que la causa formal de un concilio “est haec ipsa collectio seu connexio concilii sanctorum in Spiritu Sancto formante et exemplante qui est nexus et vinculum compaginans in unum diversa membra sanctorum” (1963, p. 41).

¹⁴ En la carta encíclica del 31 de octubre del año 649, a conclusión del sínodo lateranense, verdadera síntesis de la teología de la sinodalidad antigua, el papa Martín I confirmó que la única voluntad de Cristo se da en la continuidad de la tradición. No obstante, la asamblea sinodal celebrada en Roma posee una “energía invencible” (ἀντικειμένων τὴν δυνάμιν) porque sus decisiones han sido generadas en una “reunión santa” por una “sinfonía realizada por el Espíritu” (πνευματικῆς συνφωνίας) de los santos padres. Por todo ello, Martín I apela a la más amplia adhesión de la Iglesia para “poner en seguridad” (ἀσφάλειαν) la comunión de la Iglesia y “confirmar” (κυρώσητε) a los santos padres. Véase Martinus I Papa (1863, col. 126).

proceso decisional no es el ejercicio del poder ni un supuesto espíritu democrático, sino la *repraesentatio Trinitatis*¹⁵.

A fin de que un sínodo / concilio sea formalmente celebrado según las normas canónicas vigentes en la Iglesia, no es suficiente para que logre generar vitalidad eclesial y cumpla con su función. Dossetti (2002) afirma que un concilio no es un evento aislado, que está por su cuenta, sino que se injerta en el proceso de maduración histórica de la Iglesia, y que su efectiva recepción depende de esta relación. Un evento sinodal podría ser entendido como una cámara de compresión en que se inyectan carismas, intuiciones, sufrimientos, testimonios del pueblo de Dios en camino, etc. para hacer explotar la energía sinfónica de la comunión eclesial y la asimilación en el tiempo del misterio de la comunión trinitaria.

Sin el “carburante” de la riqueza eclesial el sínodo se quedaría solo como un hecho burocrático, aunque sea formalmente incensurable, pues el contexto vital histórico-eclesial es fundamental para no mitificar peligrosamente el recurso al sínodo diocesano.

La recepción / consenso no es un simple acto de obediencia, es el camino de toda la Iglesia que acoge cuanto ha sido elaborado por su *repraesentatio*, que asimila vitalmente sus fibras, sus insumos, que desarrolla resultados inesperados, y que, tal vez por motivo de faltas de sus miembros, hace morir algunas posibilidades. Hay que destacar que el consenso sinodal tiene naturaleza espiritual. Este no es constitutivo de la autoridad de las decisiones tomadas por las distintas autoridades en la Iglesia, pues el concilio / sínodo “re-presenta” la Iglesia no como si fuera un “delegado” sino como instrumento adecuado para revelar y hacer presente su lógica constitutiva, la comunión trinitaria (Congar, 1960, p. 306).

El consenso, sin ser constitutivo, es revelador y manifestador de la energía del Espíritu Santo que obra en el evento propio con su carácter de “sinfonía”, que supone voces distintas para que pueda ser una respuesta condicionada por las provocaciones de la historia siempre perfectible, así como se dio emblemáticamente en la evolución de las fórmulas de los grandes concilios ecuménicos del primer milenio. El consenso eclesial es la convergencia en una fórmula, una norma o una proposición que se encuentra a través de la reciproca unión entre sujetos libres y distintos (*concordantia oppositorum*) en torno

¹⁵ Afirma De Cusa: “En todos los libros antiguos los cánones son así llamados solamente a las normas que hayan sido establecidas por los sínodos, porque aunque el metropolitano tiene el cuidado de la provincia eclesiástica, sin embargo no puede emitir estatutos generales para toda la provincia sino debe *con-statuire*, es decir decretar juntos a los demás obispos sufragáneos, de modo que en semejante concordancia sea glorificada la Trinidad en la Iglesia, pues en la concordancia el Altísimo encuentra su complacencia y las Personas divinas su gloria. En realidad, donde domina un consenso franco y constante allí está Dios, así como afirma el papa Ormisda en su carta a los obispos españoles” (1963, II, cap. 10, p. 104).

a la solución de un problema que la realidad históricamente pone, y así se hace presente la comunión trinitaria en la historia.

6. Sínodo diocesano: experiencia de eclesiogénesis

El canonista Bernard Franck subrayaba la dimensión de las dinámicas relacionales en el evento sinodal, y afirmaba que el

(...) espíritu sinodal implica la mutua escucha, el intercambio y la comunicación, el compartir y la solidaridad, el deseo de lograr un consenso y una común convicción. Se necesita la voluntad de colaborar y de cooperar, de aceptar y acoger, de dar y de recibir, y todo esto supone relaciones empapadas de respeto y de caridad, de humildad y de pobreza. Este es el espíritu sinodal. (1978, p. 77)

Sin embargo, si la sinodalidad es el “principio constitucional” de la Iglesia y pertenece a su naturaleza, debe llegar a implementarse en prácticas que, a su vez, necesitan que sean figuras institucionales y que exigen procedimientos para permitir su realización. De otra manera, el sínodo se reduciría a un vago sentimiento. La sinodalidad animada por un espíritu exige manifestaciones externas y concretas.

La próxima Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos, convocada por el papa Francisco para el mes de octubre del 2022, tiene como lema: “Por una Iglesia sinodal: comunión, participación y misión”, y como objetivo que la reviviscencia de la categoría eclesiológica de la sinodalidad encuentre formas institucionales adecuadas y adaptadas a las distintas culturas y realidades eclesiales. Toca al derecho, y a menudo al derecho de la Iglesia particular, la elaboración de procedimientos y procesos apropiados que puedan permitir y dirigir la marcha y el desarrollo armonioso e integrado de figuras de corresponsabilidad como los consejos, las asambleas, los colegios, etc. Estos procedimientos tienen que fomentar la más completa y amplia difusión posible de la información, consentir la consulta y la expresión serena de las distintas opiniones, apoyar los estudios que permitan llegar a la maduración de ideas, enmarcar el diálogo y la deliberación para la toma de decisiones, animar la retroalimentación, etc. Todos estos son procedimientos que impulsan el intercambio, el diálogo, y el establecimiento de relaciones típicas entre las personas.

En este sentido, es necesario que las costumbres propias de los distintos espacios culturales en los cuales se inscribe la Iglesia Católica sean tomadas en cuenta. Teólogos, juristas, especialistas de ciencias de las organizaciones y de la administración, además

de antropólogos, deberían, en las diversas culturas, trabajar en conjunto para elaborar propuestas útiles que inspiren las Iglesias locales para el desenvolvimiento de la sinodalidad. Asimismo, su alcance debe ir tanto a nivel diocesano como infra-diocesano (parroquial o vicarial).

El sínodo diocesano es sobre todo un método, un camino y una experiencia de ecclesiógnesis (*Evangelii gaudium*, 224), que en sí mismo genera una dinámica de “empoderamiento” de los feligreses hacia la comunión, para fomentar el derecho / obligación de pertenecer y pertenecerse mutuamente en la comunidad de la Iglesia particular comprometida en su misión de realizar aquí y ahora el mundo que Dios quiere para la humanidad. Se realiza, igualmente, en la interacción asimétrica entre laicos, clérigos, consagrados y obispos (*Lumen gentium*, 35; *Apostolicam actuositatem*, 25). Además, dado que “el reino de Dios no viene para atraer la atención, y nadie dirá que está aquí o allá porque el reino de Dios está en el medio” (Lc 17,20), es necesaria una capacidad y sensibilidad particular de escucha, la misma que el Espíritu Santo dona a los bautizados como *sensus fidei fidelium*, cual premisa para el discernimiento común, así como lo indica el Concilio Vaticano II (*Dei verbum*, 2 y 6; *Lumen Gentium*, 62) y Francisco (*Evangelii gaudium*, 113 y 178).

La consideración del sentido de fe de los fieles como lugar teológico impide que se establezca en las comunidades la separación entre la *Ecclesia docens*, la Iglesia que enseña, y la *Ecclesia discens*, la Iglesia que aprende. La razón es que el rebaño tiene una habilidad instintiva de discernir los nuevos caminos que el Señor revela¹⁶, donde Jesucristo maestro es el camino, y el Espíritu Santo es el “constructor” de la comunión / comunidad a través de los sacramentos, la oración, y la distribución de sus dones (Legrand, 1983, pp. 143-345).

Escuchar es más que oír, con lo que el papa Francisco nos recuerda que:

¹⁶ Véase. Francisco (2013b y 2013c) y Newman (1889, pp. 198-219). Todavía se dan casos en que se trata de superar la mentalidad que subyace a las expresiones de León XIII en su carta al cardenal de Guibert: “En l’Église de Dieu, par la volonté manifeste de son divin fondateur, on distingue de la manière la plus absolue, deux parties: l’enseignée et l’enseignante, le troupeau et les pasteurs (...) Aux seuls pasteurs, il a été donné tout pouvoir d’enseigner, de juger, de diriger” o las de Pío X en la encíclica *Vehementer*: “atque hi ordines ita sunt inter se distincti, ut in sola hierarchia ius atque auctoritas resideat movendi ac dirigendi consociatos ad propositum societati finem; multitudinis autem, officium sit, gubernari se pati, et rectorum sequi ductum obedienter” (Pío X, 1906, pp. 8-9), que se podría traducir así: El gentío no tiene otra tarea que de dejarse conducir y como rebaño dócil seguir a sus pastores. Así, las palabras claras, nítidas y precisas de Pío XII en la Encíclica *Mediator Dei*: “Reapse Sacrificium consummatur (...) Idque fit procul dubio sive christifideles praesentes adsint sive non adsint, cum neutiquam requiratur ut, quod sacrorum administer fecerit, populus ratum habeat” (1947, 39, p. 557), es decir, que el sacrificio eucarístico de la misa está consumido ya sea que los feligreses asistan o se ausenten, pues no se requiere en ningún caso para su validez que sea confirmado cuando el ministro sagrado lo hace.

Una Chiesa sinodale è una Chiesa dell'ascolto, nella consapevolezza che ascoltare «è più che sentire». È un ascolto reciproco in cui ciascuno ha qualcosa da imparare. Popolo fedele, Collegio episcopale, Vescovo di Roma: l'uno in ascolto degli altri; e tutti in ascolto dello Spirito Santo, lo «Spirito della verità» (Gv 14, 17), per conoscere ciò che Egli «dice alle Chiese» (Ap 2, 7). (2015, p. 1140)

Escuchar lleva a un proceso de conocimiento intelectual que enriquece a cada uno de nosotros e implica dejarse ganar por el hermano, quien te comunica no solo sus necesidades sino también sus sueños, no solo sus ideas sino también su oración y su poesía. El estilo sinodal necesita que la específica y rica dimensión afectiva y emocional sea reconocida y promovida¹⁷.

Los fieles, laicos, religiosos y clérigos, por lo tanto, tienen la primera responsabilidad canónicamente relevante de escucharse mutuamente y, después, de expresar no tanto sus propias opiniones personales, sino el propio *sensum fidei*¹⁸. De esta forma, el voto consultivo de los fieles, clérigos y laicos en el sínodo no será la manifestación de lo que podría llamarse opiniones técnicas de consultores “externos” o “independientes”, sino de colaboradores activos y de sujetos que tienen el derecho / obligación de ser y de vivir como fieles en la comunidad diocesana (Congregatio Pro Episcopis - Congregatio Pro Gentium Evangelizatione, 1997, p. 709). Así, estará participando “institucional y objetivamente” en la elaboración de las declaraciones o decretos que el canon 467 define sinodales, y no simplemente episcopales, de los cuales cada creyente es responsable de acuerdo con su propio estatuto en la Iglesia.

La ley promulgada por el obispo es sinodal, no se trata de un decreto episcopal, sino de un texto elaborado sinodalmente. Por otro lado, la asamblea autónomamente no puede promulgar las decisiones que ella misma contribuyó en generarlas. En otras palabras, la voz personal del obispo asume el discernimiento comunitario y lo sanciona con su autoridad apostólica, al igual que lo injerta en la comunión de las Iglesias. La acción del discernimiento es común y es sinodal, donde cada uno toma parte y juega su propia función. Ya en el 1953, Congar afirmaba que el régimen concreto de la Iglesia está determinado por la unión del principio jerárquico y del principio comunitario, y san Agustín reconoce en el “Amén” de la acción litúrgica el elemento sinodal de la suscripción del conjunto de los fieles reunidos, pues lo que se entiende con esta suscripción no es tanto la validez

¹⁷ La teología tiene como tarea fundamental desarrollar en la humanidad el amor por Dios, la teofilia. De igual forma, la eclesiología tiene la tarea de desarrollar el amor por la Iglesia.

¹⁸ El papa Francisco une la reforma de las estructuras a la conversación personal desde la experiencia pastoral, para una nueva cultura eclesial en el que la sinodalidad es manifestación de un estilo y una práctica.

de la acción sinodal sino que esta sella el carácter eclesial de la acción sinodal. Con este diálogo, el ministro que preside y los demás fieles expresan su cooperación y consenso (*conspiratio*) y realizan visiblemente la unidad del sujeto de la acción común¹⁹.

El sínodo diocesano es una estructura de ejercicio de responsabilidad compartida, es un proceso de *decision making* para el *decision taking*, de convergencia hacia el consenso de la comunidad articulado según el estatuto específico de los fieles. De esa manera, el ordenamiento canónico exige que la relación entre el oficio del obispo, en su calidad de único legislador en la Iglesia particular (cc. 391 §2; 381 §2 y 135 §2), y el sínodo diocesano sea tan íntima que el obispo haga que su poder legislativo esté a disposición del bien de la comunidad diocesana para subscribir los decretos y declaraciones a fin de que puedan adquirir valor canónico. Sin embargo, estos siempre son definidos como actos sinodales y no del obispo (c. 467).

La conversión evangélica de las relaciones entre las personas es la base del evento sinodal en una Iglesia local. Se trata de entender bien la función pastoral y nunca caer en el clericalismo que tan frecuentemente el papa Francisco denuncia y que lleva a los pastores a separarse de los fieles. En su carta del 19 de marzo del 2016 al cardenal Ouellet, presidente de la Comisión para América Latina, el Sumo Pontífice articula el lazo que tiene que unir el pastor y el conjunto de los fieles:

Un pastor no se concibe sin un rebaño al que está llamado a servir. El pastor, es pastor de un pueblo, y al pueblo se lo sirve desde dentro. Muchas veces se va adelante marcando el camino, otras detrás para que ninguno quede rezagado, y no pocas veces se está en el medio para sentir bien el palpitar de la gente. (2016)

Agustín de Hipona en una de sus expresiones tan sintéticas y profundas resume su identidad de obispo diocesano: “Vobis enim sum episcopus, vobiscum sum christianus. Illud est nomen suscepti officii, hoc gratiae; illud periculi est, hoc salutis” (1863b, vol. 38, col. 1483)²⁰ [Para ustedes soy obispo, con ustedes soy cristiano. Aquel es el nombre de un oficio confiado, este de la gracia; aquel del peligro, este de la salvación].

Las sociedades en que vivimos recién están pasando de ser democracias formales hacia democracias participativas, en las cuales los ciudadanos no simplemente votan para elegir a sus representantes sino que buscan estar involucrados personalmente en los

¹⁹ “Corpus ergo Christi si vis intelligitur, Apostolum audi dicentem fidelibus «Vos autem estis corpus Christi, et membra». Si ergo vos estis corpus Christi et membra, mysterium vestrum in mensa Dominica positum est: mysterium vestrum accipitis. Ad id quod estis, Amen respondetis, et respondendo subscribitis. Audis enim, Corpus Christi, et respondes, Amen” (Agustín de Hipona, 1863a, vol. 38, col. 1247).

²⁰ Véase también Wijlens (1996, pp. 68-91).

cambios que los afectan. A su vez, las comunidades políticas se dan cuenta más que antes que si no consultan a sus electores perderán el apoyo popular del que gozan²¹. Libertad y derechos humanos en la visión contemporánea crecen como valores en los espacios de participación y en la toma de decisiones políticas, sociales, económicas y religiosas, poniendo énfasis en los derechos y libertades individuales, donde los individuos se consideran a sí mismos como agentes de transformación de sus propias vidas y del orden social.

Sin embargo, el exceso en el énfasis sobre los derechos humanos individuales puede llegar hasta su absolutización, sin tener en cuenta las exigencias del bien común. Esta posición ha sido siempre rechazada para la tradición doctrinal de la Iglesia²². Así, la doctrina de la Iglesia, que valoriza la jerarquía y el bien común, contrasta con la perspectiva seglar de una libertad sin responsabilidad y de derechos humanos individuales sin límites. Ante ello, el papa Francisco nos indica que:

Soltanto nella misura in cui questi organismi rimangono connessi col «basso» e partono dalla gente, dai problemi di ogni giorno, può incominciare a prendere forma una Chiesa sinodale: tali strumenti, che qualche volta procedono con stanchezza, devono essere valorizzati come occasione di ascolto e condivisione. (2015, p. 1143)

El aprendizaje de una actitud sinodal exige una continua renovación, pues la tentación de volver al modelo comando / ejecución, como nos enseñan los israelitas cuando manifestaron su nostalgia de las cebollas de la esclavitud en Egipto (véase Nm

²¹ “The democracies of today face a growing phenomenon, the passage from formal democracy to participative democracy. Some people are not merely satisfied to go to the voting polls and to elect public officials, but they also wish to be personally involved in the implementation of the necessary changes. The political community realizes that if there is no consultation, they run the risk of losing popular support. The policies of referendum and plebiscite are becoming in many nations the way of public consultation in instances of difficult decisions” (Rodríguez, 2006, p. 3).

²² En el contexto de una revista universitaria, cabe recoger todo un párrafo del *Evangelii gaudium*, donde afirma Francisco: “El proceso de secularización tiende a reducir la fe y la Iglesia al ámbito de lo privado y de lo íntimo. Además, al negar toda trascendencia, ha producido una creciente deformación ética, un debilitamiento del sentido del pecado personal y social y un progresivo aumento del relativismo, que ocasionan una desorientación generalizada, especialmente en la etapa de la adolescencia y la juventud, tan vulnerable a los cambios. Como bien indican los Obispos de Estados Unidos de América, mientras la Iglesia insiste en la existencia de normas morales objetivas, válidas para todos, «hay quienes presentan esta enseñanza como injusta, esto es, como opuesta a los derechos humanos básicos. Tales alegatos suelen provenir de una forma de relativismo moral que está unida, no sin inconsistencia, a una creencia en los derechos absolutos de los individuos. En este punto de vista se percibe a la Iglesia como si promoviera un prejuicio particular y como si interfiriera con la libertad individual. Vivimos en una sociedad de la información que nos satura indiscriminadamente de datos, todos en el mismo nivel, y termina llevándonos a una tremenda superficialidad a la hora de plantear las cuestiones morales. Por consiguiente, se vuelve necesaria una educación que enseñe a pensar críticamente y que ofrezca un camino de maduración en valores” (2013a, n. 64).

11,5) será siempre posible, pero demostrando su ineficiencia e ineficacia. Algunos pueden objetar que las decisiones tomadas con el método sinodal serán más lentas, esto podría darse, sin embargo, es también posible que estas tengan una mayor calidad con motivo de la continuidad entre quien compartió el proceso de toma de decisión y quien las ejecutará. También algunos están preocupados que se pueda abrir una caja de Pandora, con personas incompetentes que hablan y toman decisiones en áreas de las cuales no manejan ni controlan bien todos los aspectos. A estas objeciones se contesta que el sínodo debería estar dentro del marco de la formación continua del obispo, los sacerdotes, diáconos, religiosos y laicos, de todos los feligreses de la Iglesia particular, casi como el culmen de un camino de mutua educación, justamente para que el dialogo sea de calidad.

7. Conclusión

Finalmente, algunos se preguntarán: ¿no existe el riesgo de democratizar demasiado la Iglesia? Ciertamente, la Iglesia no es una democracia, no es tampoco una oligarquía, ni una monarquía, pero algunos aspectos como la valorización de los conocimientos y las informaciones de un número de personas más amplio posible, la buena costumbre de rendir cuentas, el compartir de un proceso legislativo, el aprendizaje y la capacitación en mediar y negociar entre distintas posiciones, son herramientas preciosas para el proceso de la construcción de la comunión y de la eclesiogénesis.

Si esto es verdad, entonces, se debe afirmar que la sinodalidad vive en la Iglesia a menudo escondida bajo la forma de “subrogados”. A este propósito podemos decir que hasta que no tengamos una comida verdadera y gustosa, estos pueden utilizarse. Pero la tarea para cuantos tienen la función de asegurar la buena comida en las Iglesias es entenderlos como subrogados de sinodalidad, y así definirlos para buscar a cuantos y a quienes están dificultando a las comunidades eclesiales para que puedan disfrutar de un alimento verdadero y sabroso.

La sinodalidad de la Iglesia local se funda en una correcta teología del pueblo santo de Dios, cuerpo de Cristo y templo del Espíritu Santo. Se trata de comprender que cada miembro de este cuerpo tiene su propio papel y función, su propia misión, y que su aporte y contribución no es nunca despreciable. En la Iglesia ninguno puede decir a los demás “no te necesito”, pues los dones del Espíritu Santo son múltiples, distintos y variados, y nadie puede monopolizarlos. Ellos están repartidos en el conjunto del Cuerpo. La sinodalidad tiene un fundamento sacramental y la celebración de la eucaristía permite pensarla, no obstante, valorizando la presidencia del obispo, la colaboración de los demás ministros y la activa y consciente participación de todos.

La realización de una sinodalidad diocesana a la altura de su valor implica actitudes y habilidades relacionales, pero también de algunas prácticas, de marcos institucionales y procedimientos adecuados. En este sentido, para que se logre realizar su pleno desarrollo e implementación no se deben olvidar los aspectos que apuntan más inmediata y directamente al derecho.

Dos son los desafíos que tenemos: fomentar el desarrollo de habilidades relacionales de los ministros ordenados y asegurarse que hayan integrado una sana y correcta comprensión de su ministerio, de manera que esto no lo desliguen y lo rinden autónomos del pueblo de Dios, sino que los inserte en una relación de mutua dependencia. Después de cincuenta años del Concilio, se entiende ahora mejor el subrayado del decreto sobre la formación sacerdotal, *Optatam totius*, mientras destaca la importancia de la educación al diálogo, que implica la disposición a la escucha, a aceptar consejos, a aprender de los demás. Actitudes que nunca se puede decir que sean totalmente adquiridas y que no siempre están presentes en el discernimiento vocacional y en la formación de los ministros ordenados. El segundo reto es lo de imaginarse figuras institucionales y procedimientos, que a veces pueden ser arraigadas en la tradición cristiana de una Iglesia y cultura particular, las cuales acompañen y fomenten la sinodalidad.

No se puede pensar a la sinodalidad de una Iglesia local o particular sin articularla con la colegialidad de los obispos y la comunión de todas las Iglesias, siendo que una Iglesia local no se puede entender como una autarquía, y pensar su sinodalidad implica la integración de estas otras dimensiones.

Referencias

- Agustín de Hipona. (1863a). Sermón 272. *In die Pentecostes. Patrologiae cursus completus. Ecclesia Latina*, vol. 38, col. 1247. París, Francia: Éditions J.-P. Migne. Recuperado de [https://archive.org/ details/patrologiae curs09goog](https://archive.org/details/patrologiae curs09goog)
- Agustín de Hipona. (1863b). Sermón 340. *In die ordinationis suae. Patrologiae cursus completus. Ecclesia Latina*, vol. 38, col. 1483. París, Francia: Éditions J.-P. Migne. Recuperado de [https://archive.org/ details/patrologiae curs09goog](https://archive.org/details/patrologiae curs09goog)
- Concilio Vaticano II. (1963). Constitución *Sacrosanctum concilium* sobre la sagrada liturgia. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19631204_sacrosanctum-concilium_sp.html

- Concilio Vaticano II. (1964). Constitución Dogmática sobre la Iglesia *Lumen Gentium*. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19641121_lumen-gentium_sp.html
- Concilio Vaticano II. (1965a). Decreto sobre el apostolado de los laicos *Apostolicam actuositatem*. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decree_19651118_apostolicam-actuositatem_sp.html
- Concilio Vaticano II. (1965b). Constitución Dogmática sobre la divina revelación *Dei verbum*. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651118_dei-verbum_sp.html
- Congregatio Pro Episcopis - Congregatio Pro Gentium Evangelizatione. (19 de marzo de 1997). Instructio de synodis dioecesanis agendis (cap. V, n. 5-6). *Acta Apostolicae Sedis*, 89, 721. Recuperado de <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-89-1997-ocr.pdf>
- Congar, Y. (1960). Conclusions. En Fransen, G., Gill, J., Botte, B. & De Voogt, P., *Le concile et les conciles. Contribution à l'histoire de la vie conciliaire de la Église* (pp. 319-323). París, Francia: Editions du Cerf.
- Comisión Teológica Internacional. (2014). El *sensum fidei* en la vida de la Iglesia. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rccti_20140610_sensus-fidei_sp.html
- Comisión Teológica Internacional. (2 de marzo del 2018). La sinodalidad en la vida y en la misión de la Iglesia. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20180302_sinodalita_sp.html
- De Cusa, N. (1963). *De concordantia catholica libri tres*. Kallen, G. (ed.), *Opera omnia* (Vol. XIV, l. II, cap. 10, p. 104). Hamburg, Alemania: Meiner Verlag.
- Dossetti, G. (2002). Per una “Chiesa eucaristica”. Rilettura della portata dottrinale della costituzione liturgica del Vaticano II. Lezioni del 1965. Alberigo, G. & Ruggieri, G. (eds.). Bologna, Italia: EDB.
- Faggioli, M. (2005). Prassi e norme relative alle conferenze episcopali tra concilio Vaticano II e post-concilio (1959-1998). Melloni, A. & Scatena, S. (eds.), *Synod and Synodality. Theology, History, Canon Law and Ecumenism in new Contact. International Colloquium Bruges 2003* (pp. 265-296). Münster, Alemania: Lit Verlag.

- Francisco. (2013a). Exhortación Apostólica sobre el anuncio del Evangelio en el mundo actual *Evangelii gaudium*. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papafrancesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html
- Francisco. (2013b). Discurso al Comité de coordinación del CELAM, Rio de Janeiro. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2013/july/documents/papafrancesco_20130728_gmg-celam-rio.html
- Francisco. (2013c). Incontro con il clero, persone di vita consacrata e membri di consigli pastorali, Assisi - 4 ottobre 2013. *La Santa Sede*. Recuperado de https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2013/october/documents/papafrancesco_20131004_clero-assisi.html
- Francisco. (noviembre, 2015). Allocutio occasione L anniversariae memoriae ab inita Synodo Episcoporum (17 de octubre del 2015). *Acta Apostolicae Sedis*, 107, 1142. Recuperado de <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/2015/acta-novembre2015.pdf>
- Francisco. (marzo, 2016). Carta al cardenal Marc Ouellet, presidente de la Pontificia Comisión para América Latina, Roma. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/francesco/es/letters/2016/documents/papafrancesco_20160319_pont-comm-america-latina.html
- Franck, B. (1978). Les expériences synodales après le Vatican II. *Communio*, 3(3), 64-78.
- Gerson, J. (1963). *Oeuvres complètes* (Vol. V). Glorieux, P. (ed.). París, Tournai, Roma, New York: Desclée et Cie.
- Junod, E. (1986). Naissance de la pratique synodale et unité de l'Église au II^e siècle. *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, 68, 163-180.
- Juan Pablo II. (04 de octubre de 1992). Homilía del 03 de octubre de 1992. *L'Osservatore Romano*, 4-5.
- Juan Pablo II. (2003). Exhortación Apostólica Postsinodal sobre el obispo servidor del evangelio de Jesucristo para la esperanza del mundo *Pastores gregis*. *La Santa Sede*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_exhortations/documents/hf_jpii_exh_20031016_pastores-gregis.html
- Lanne, E. (1971). L'origine des synodes. *Theologische Zeitschrift*, 27, 201-222.
- Legrand, H. (1983). *La réalisation de l'Église en un lieu. Initiation à la pratique de la théologie*, París, Francia: Editions du Cerf.
- Legrand, H., Manzanares J. & García y García, A. (1988). *Natura e futuro delle conferenze episcopali*. Bologna, Italia: EDB.

- Martinus I Papa. (1863). Epistola I encyclica ad omnes Christi fideles. *Patrologiae cursus completus. Ecclesia Latina*, vol. 87, (coll. 126-136). Paris, Francia: Éditions J.-P. Migne. Recuperado de <https://archive.org/details/patrologiaecurs23unkngoog/page/n8/mode/2up>
- Newman, J. H. (julio de 1859). On Consulting the Faithful in Matters of Faith. *The Rambler*, 198-219.
- Pío X. (11 de febrero de 1906). Epístola Encíclica *Vehementer nos*. *Acta Sanctae Sedis*, 39, 8-9. Recuperado de <http://www.vatican.va/archive/ass/documents/ASS-39-1906-ocr.pdf>
- Pío XII. (1947). Encíclica *Mediator Dei*. *Acta Apostolicae Sedis*, 39, 557. Recuperado de <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-39-1947-ocr.pdf>
- Rodríguez, O. A. (2006). Consultation in the Life of the Church: In Service of Communion. Canon Law Society of America [CLSA]. *Proceedings of the Sixty-Eighth Annual Convention*, pp. 1-23. Washington, DC, USA: CLSA.
- Tertuliano. (1954). *De ieiunio adversus psychicos* 13/6. Reifferscheid, A. & Wissoa, G. (eds.), *Tertullianus, Opera II, Opera montanistica*, CCL 2. Turnholti, Bélgica: Brepols.
- Tierney, B. (1998). *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*. Leiden, Holanda: Brill.
- Wijlens, M. (1996). For you I am a Bishop, With you I am a Christian. The Bishop as Legislator. *The Jurist*, 56, 68-87.

IUSNATURALISMO POST POSITIVISTA Y PROPUESTA DE LEY UNIVERSAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BIENES RELACIONADOS CON ACTIVIDADES EN ARMAS NUCLEARES Y DE DESTRUCCIÓN MASIVA

*David Quispe Salsavilca**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
dquispe@ucss.edu.pe

Resumen: Con una metodología holística, y una posición filosófica hermenéutica que interpreta la circunstancia post Auschwitz como circunstancia apocalíptica por el riesgo ecológico y arsenal de armas nucleares, se interpreta el cambio de paradigma del Estado Legislativo al Estado Constitucional como insuficiente para responder al desafío actual de supervivencia de la especie humana. En ese sentido, se propone un Iusnaturalismo post positivista capaz de sustentar filosóficamente la propuesta de la Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades en Armas nucleares y de destrucción masiva que se presenta con este artículo.

Palabras clave: Estado Constitucional, Extinción de Dominio, Iusnaturalismo, Democracia Monitorizada, Circunstancia apocalíptica, Rebelión del Alma, Armas de destrucción masiva.

POST POSITIVIST IUSNATURALISM AND PROPOSAL FOR WORLD LEGISLATIVE ACT ON CIVIL ASSET FORFEITURE RELATED TO ACTIVITIES IN NUCLEAR WEAPONS AND WEAPONS OF MASS DESTRUCTION

Abstract: With a holistic methodology and a hermeneutical philosophical position that interprets the post-Auschwitz circumstance as an apocalyptic circumstance due to the

* El autor es doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima desde el año 2003. Actualmente se desempeña en la Sala de Apelaciones Transitoria del Sub-Sistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima y es docente de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

ecological risk and arsenal of nuclear weapons, the paradigm shift from the Legislative State to the Constitutional State is interpreted as insufficient to respond to the current challenge of the survival of humankind. In this sense, a post positivist Iusnaturalism is proposed, capable of philosophically supporting the proposal of the Universal Law of Civil Forfeiture of assets related to activities in nuclear weapons and mass destruction that is presented with this article.

Keywords: Constitutional State, Civil Forfeiture, Natural Law, Monitory Democracy, Apocalyptic Circumstance, Soul Rebellion, Weapons of Mass Destruction.

El Señor juzgará entre las naciones y decidirá los pleitos de pueblos numerosos. Ellos convertirán sus espadas en arados y sus lanzas en hoces. Ningún pueblo volverá a tomar las armas contra otro ni a recibir instrucción para la guerra.
(Isaías 2:4)

Cuando empiece el año mil que sigue al año mil, el hombre habrá entrado en el laberinto oscuro; tendrá miedo y cerrará los ojos, pues ya no sabrá ver; desconfiará de todo y temerá a cada paso, pero será empujado hacia delante y no le será permitido detenerse. La voz de Casandra será, sin embargo, potente y clara. Pero él no la oirá pues querrá poseer más cada día y su cabeza se habrá perdido en las fantasías; los que serán sus maestros le engañarán y no tendrá más que malos consejos.

Las Profecías de Juan de Jerusalén

1. Introducción

El hecho más significativo del siglo XX en la consciencia de la humanidad ha sido el “holocausto judío”, el genocidio de los campos de concentración que se sintetiza con el nombre de Auschwitz. Este hecho ha traído, junto a la decepción de la razón tecnológica,¹ la caída de las promesas de la Ilustración y el saber científico, presente en la multiplicidad de disciplinas científicas positivistas y autónomas, expresándose ese dolor y lamentación en frases como “Existe Auschwitz, no existe Dios”², o en la transformación de la máxima

¹ Ya la Primera Guerra Mundial había sacudido el optimismo del iluminismo a buena parte de la intelectualidad europea, como se advierte en Sigmund Freud cuando ante el hecho en 1915, afirmara: “Estábamos (...) preparados a que la humanidad se viera aún, por mucho tiempo, envuelta en guerras entre los pueblos primitivos y los civilizados (...) Pero de las grandes naciones de raza blanca, señoras del mundo, a las que ha correspondido la dirección de la Humanidad, a las que se sabía al cuidado de los intereses mundiales y a las cuales se deben los progresos técnicos realizados en el dominio de la Naturaleza, tanto como los más altos valores culturales, artísticos y científicos; de estos pueblos se esperaba que sabrían resolver de otro modo sus diferencias y sus conflictos de intereses” (Freud, 1915, pp. 2-3).

² Frase de Primo Levy. Véase lo afirmado por Feinmann en COMPLEXUS (2015, 18:55- 18:57).

idealista y trascendental kantiana de la razón práctica de “obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en máxima universal” hacia la versión intersubjetiva como grito del hombre circunstanciado ante el peligro moderno apocalíptico global de “obra de tal manera que Auschwitz no vuelva a repetirse”.³ Se inaugura con ello el punto de inicio de un vértice en giro, desplegablemente expansivo al ámbito de todas las ciencias sociales y políticas incluido el derecho, con elementos que configuran no solo la caída de las premisas principales de los positivistas, sino su cambio de paradigma, en términos de Khun: una “revolución científica”.

Setentaicinco años después del término de la Segunda Guerra Mundial, de la condena y ejecución a los criminales de guerra y lesa humanidad en Núremberg, las medidas expansivas y vigentes incorporadas como cambio en la institucionalidad de los Estados Nación y el globo se presentan como insuficientes, no ya para evitar otro genocidio como el de Auschwitz⁴, sino para asegurar la sobrevivencia misma de la especie humana. La circunstancia actual, que describiremos más adelante en sus elementos constitutivos objetivo, intersubjetivo y subjetivo, como “circunstancia apocalíptica” nos inspira retomar la iniciativa original del ideal subyacente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde esta tradición y con la consciencia reflexiva en la experiencia del Constitucionalismo de los Estados-Nación contemporáneos que testimonian la brecha entre las bellas declaraciones nacionales, convencionales e internacionales con sus limitadas realizaciones, no podemos sino percibir la sensación de fracaso.

Esto no se debe a la orientación tomada sino por su debilidad de origen que determina su ineficacia e insuficiencia, por lo que asumimos un marco de paradigma iusnaturalista que, superando la presencia de elementos del postpositivismo presente en los Neoconstitucionalismos, damos un paso radical, distanciándonos de todo fetichismo jurídico⁵ pretendiendo con ello alcanzar la posición capaz de dar fundamento a la propuesta que a continuación presentamos como necesaria⁶ para afrontar el desafío de nuestra sobrevivencia como especie.

³ Frase de Theodoro Adorno (1966), filósofo integrante de la primera escuela de Frankfurt.

⁴ Como lo ocurrido en Siria, debiéndose resaltar la continuidad de holocaustos en el siglo XX y XXI como lo muestran Bosnia, Darfur, Ruanda y Armenia. Al respecto, obsérvese las declaraciones de la periodista israelí Lucy Aharish en Rodríguez Pina (2016).

⁵ Nos referimos a la tendencia a fetichizar no solo a la ley como se comprendió en el paradigma del Estado Legislativo (primacía de la “legalidad”), sino también a la constitución escrita como ocultadora de la “constitucionalidad viviente” y más todavía del “mutuo respeto” como reconocimiento de todo ser humano, miembro vivo de la comunidad de la especie humana. Sobre la Constitución viviente, véase Sagüés (2011, p. 86).

⁶ Necesaria pero no por ello única, sino la más emblemática de la noción iusnaturalista que permite justificar medidas de la renovación institucional que se requieren en el ordenamiento para afrontar con éxito el desafío contemporáneo de la supervivencia de la especie. Al respecto, en Quispe (2018), hemos propuesto a los Estados del planeta la “Declaración Universal de la Espiritualidad como derecho fundamental y política pública”, mientras que en nuestro libro aún inédito, *Espejo de Justicia*, hacemos explícita por lo menos dos propuestas adicionales: la “Ley de Monitorización democrática para el acto del Voto” y de en un modo

2. Delimitando la actual circunstancia: circunstancia global apocalíptica, intersubjetividad, subjetividad y despertar de la consciencia

2.1. Del momento post Auschwitz a la circunstancia global apocalíptica

Si bien Auschwitz configura el punto de quiebre que permite apreciar la caída del paradigma de la razón instrumental, nacida con el programa de la Ilustración, los hechos posteriores a ella que comprende una serie de cambios institucionales en el mundo⁷ han sido incapaces de detener la ruta violenta, victoriosa y avasalladora de la razón instrumental. Esta ha transformado el foco infeccioso del inicial fenómeno genocida de un régimen imperial totalitario localizado y vencido a la significación global posterior actual en 75 años, donde la infección se ha extendido en la vertiente de creciente amenaza a la totalidad del planeta con potencialidad de una catástrofe ecológica o de ataques con armas nucleares, de plurales y diversos Estados, además de tecnologías disruptivas. Configura, así, una circunstancia inusitada, sin precedentes, que se pueden sintetizar con la denominación “circunstancia apocalíptica”, es decir, la circunstancia contemporánea global que en el desarrollo expansivo de la razón instrumental constructora de armas nucleares y riesgo ecológico configura la posibilidad creciente e inminente de exterminio de todo signo de vida humana.

La comprensión de esta circunstancia ha llevado ya desde 1947, posterior a los bombardeos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki, a los Científicos atómicos de Chicago⁸, a simbolizar la situación de peligro y vulnerabilidad con el denominado “reloj del apocalipsis” y publicar periódicamente en su Boletín la posición actual de sus manijas, donde la hora de las 00:00 simboliza el momento del “apocalipsis” o “juicio final”, con el propósito de sensibilizar a la consciencia pública. Del momento de iniciado la creación de reloj en 1947, cuando manijas se colocaron a las 23:50, es decir a diez minutos del *doomsday*, al momento actual, en el año 2020, ellas se han acercado posicionándose a solo 100 segundos de la medianoche. Es decir, hoy, como nunca antes había sucedido, ni siquiera en los momentos más cálidos de la Guerra Fría, los científicos conceptúan que nos encontramos muy próximos al momento del apocalipsis autodestructivo⁹; porque no

regional latinoamericano, la “Carta a los Hijos de Prat”.

⁷ Como la conformación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948.

⁸ Atomic Scientists of Chicago (ASC), fundada por miembros del Manhattan Project, empleados del laboratorio metalúrgico de la Universidad de Chicago.

⁹ Véase Mecklin (2020). La nota del editor aclara que es la Junta de Ciencia y Seguridad del Boletín en consulta con su Junta de Patrocinadores, que incluye a 13 premios Nobel, la que realiza el movimiento de las agujas del reloj, donde además de los dos peligros existenciales simultáneos de la humanidad (guerra

solo hay que tener presente las tendencias de las principales áreas de preocupación (armas nucleares y cambio climático) sino el hecho que los medios

(...) por los que los líderes políticos habían manejado previamente estos peligros que potencialmente acabarían con la civilización están siendo desmantelados o socavados, sin un esfuerzo realista para reemplazarlos con regímenes de gestión nuevos o mejores. En efecto, la infraestructura política internacional para controlar el riesgo existencial se está degradando, dejando al mundo en una situación de alta y creciente amenaza. Los líderes mundiales no están respondiendo de manera adecuada para reducir este nivel de amenaza y contrarrestar el vaciamiento de las instituciones políticas internacionales, las negociaciones y los acuerdos que tienen como objetivo contenerlo. (Mecklin, 2020)

En la actual circunstancia post Auschwitz, los logros de la justicia como el de la abolición de la esclavitud¹⁰ poco o nada significan para evitar el mal mayor apocalíptico que parece inminente.

2.2. Crisis de la moral en el funcionario público e Institucionalidad

Detrás de las armas nucleares y armas de destrucción masiva, hay sin duda intereses económicos y políticos muy fuertes articulados a través del dinero. La fabricación y venta de armas sin duda mueve millonarias sumas de dinero, que para legitimarse ante la opinión pública recibe en sus variadas manifestaciones la múltiple diversificación de diversos nombres como “seguridad nacional” o “secreto de Estado”. De ese modo, se obnubila su pecado de origen, apareciendo abiertamente como un arma políticamente disuasiva y de modo oculto como un negocio donde se visualiza la presencia de armas pero nunca las ganancias que ellas generan, ni al grupo que detenta la titularidad del capital que sin nacionalismo ni ideología se enriquece, quizás vendiendo armas a bandos distintos, opuestos, sin importar la patria, la clase, la religión ni la ideología discursiva.

En el Estado moderno, los funcionarios públicos son profesionales, técnicos que poseen un saber práctico, neutro, racional, “científico” y sin constituir una actividad ad honorem, reciben un sueldo. A decir de Weber (1919), antes de Auschwitz, el Estado moderno requiere de sus funcionarios el código moral “sine ira et studio”, contrario al

nuclear y cambio climático), que se ven agravados por un multiplicador de amenazas, se contempla una guerra de información cibernética, que socava la capacidad de respuesta de la sociedad.

¹⁰ Al menos en el plano del ordenamiento jurídico de la comunidad mundial, ya que la trata de personas en el plano fáctico es una realidad indiscutible.

buen político que además de la “mesura” exige la pasión y sentido de responsabilidad, necesariamente parcializado. Por su parte, el funcionario profesional no hace propiamente política sino que se encuentra limitado a “administrar”, a encontrar el mejor medio técnico y definirse ajeno a los fines, los cuales pertenecen al **ámbito de dominio** y responsabilidad del “político”¹¹, su superior jerárquico legitimado por reglas procedimentales.

Tal pensamiento es quizás la descripción del carácter moral prevaleciente de los funcionarios públicos en los Estados Modernos, descrito y justificado por Weber, antes de Auschwitz, pero difícilmente lo sucedido en los campos de concentración, como manifestación de una actividad burocrática ejecutada por funcionarios públicos, adheridos a la moralidad funcionaria descrita, podía mantenerse incólume. No solo fue que la sola revelación de la enorme cantidad de muertos (millones) en los campos de concentración manifestaba el carácter burocrático de los campos de la muerte. En vez de ello, la defensa de los ajusticiados en los procesos llevados contra los “criminales de lesa humanidad”, no cesaba de repetir la justificación del código moral del burócrata “sine ira et studio” de “yo solo cumplía órdenes”.

Empero, estos hechos solo alcanzarían una expresión discursiva académica interpretativa crítica con Arendt en 1961, a propósito del juicio en Jerusalén a Adolf Eichmann¹². A partir de sus reportes para el *New Yorker*, compilados luego en su libro titulado *Eichman en Jerusalén. Un Estudio acerca de la banalidad del mal* (2013), inauguraría una crítica radical a la moral del burócrata del Estado moderno, donde un “hombre normal” como parte de una maquinaria Estatal puede realizar actos atroces pese a no ser él mismo un personaje atroz. Según, Arendt cuando el Estado ha sido capturado por una élite, con esos objetivos, la posibilidad latente de la banalidad del comportamiento del burócrata se concreta fácilmente en comportamientos criminales realmente atroces, como efectivamente ocurrió con Eichmann.

Sesenta años después de la crítica de Arendt a la moral burocrática, el escenario contemporáneo del burócrata en los Estados nacionales contemporáneos nos muestra, junto a la preservación del código moral “sine ira et studio”, la presencia de una ética en las organizaciones¹³ y las empresas. No obstante, su sentido, crecimiento y desarrollo son de difícil predicción, en medio de un contexto donde la pregunta por el sentido se relega

¹¹ Al respecto, señala Weber: “El funcionario se honra con su capacidad de ejecutar precisa y concienzudamente, como si respondiera a sus propias convicciones, una orden de la autoridad superior que a él le parece falsa, pero en la cual, pese a sus observaciones, insiste la autoridad, sobre la que el funcionario descarga, naturalmente, toda la responsabilidad. Sin esta negación de sí mismo y esta disciplina ética, en el más alto sentido de la palabra, se hundiría toda la maquinaria de la Administración” (1919, p. 10).

¹² Realizado, después de su secuestro en Argentina, en 1961 a Eichmann como funcionario de rango de Obersturmbannführer de las Schutzstaffel (SS), durante el régimen nazi, responsable en el manejo de la logística de la deportación en masa de los judíos a los guetos y campos de exterminio.

¹³ Como se advierte, por ejemplo, en la Fundación para la Ética de los Negocios (ÉTNOR) y que desde 1991 ha tenido una importante actividad en España. Véase *Ética de los Negocios* (1991).

al ámbito privado, junto a una cultura de la “productividad” en el trabajo y de “consumo” en el “tiempo libre”¹⁴. Tales aspectos parecieran terminar por neutralizar la fuerza de la presencia ética en las organizaciones, al permanecer tendencialmente los elementos centrífugos que apuntan a un desentendimiento de la acción.

De este modo, la moral weberiana del burócrata es el complemento que tiende a paralizar toda razón crítica del funcionario público. En otras palabras, el burócrata, pese a formar parte del funcionamiento del sistema, del aparato del Estado, es instruido y formado con una actitud técnica, “neutra” y aséptica con la que tiende a desconocer el todo, el sentido de la actividad de la maquinaria de la cual forma parte. La razón burocrática es parcial y la ética que se pregunta por el sentido es necesariamente holística.

No obstante, post Auschwitz, cuando jurídicamente se han penalizado delitos de “peligro abstracto”, así como la conducta “imprudente”, la actitud del funcionario, con formación “sine ira et studio” perteneciente a la organización, siente el dilema moral con su consciencia hasta convertirse en un “disidente”. Esta es una realidad que no deja de ser relevante como el caso del ex funcionario de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de los Estados Unidos: Snowden¹⁵. Relevancia que solo puede explicarse en medio del paralelo cambio de paradigma de la “democracia representativa” a “democracia monitorizada”¹⁶, como un tercer modelo de democracia posterior a la “directa” griega y a la representativa moderna que prevaleció hasta la Segunda Guerra Mundial del siglo XX.

En el paradigma de la democracia monitorizada, el eje democrático ha dejado de presentarse en el acto de la votación, el cual da origen fundante a los altos funcionarios detentadores de poder de la institucionalidad jurídica-política, la cual cumple una función simbólica, resaltándose la relación representados-representantes como permanente a través de instancias de la sociedad civil. Con ello, el periodismo, gremios, sindicatos, asociación de consumidores, etc., cobran un rol activo de permanente escrutinio de los representados a los representantes, lo que ciertamente se presentó en el caso de Snowden. Este consiguió en la prensa y las redes su principal aliado para instar un control a los poderes instituidos que se habían excedido en sus actuaciones, invadiendo el derecho a

¹⁴ Consumo que en el ámbito de la información y el entretenimiento es tomada por grandes conglomerados empresariales que pretenden una “ingeniería del consentimiento”. Véase al respecto, el documental de A. Curtis (DesgarroDependienteX, 2013).

¹⁵ Nos referimos a Edward Joseph Snowden, consultor tecnológico estadounidense que, en junio de 2013, a través de los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, hizo públicos documentos clasificados como de alto secreto sobre varios programas de la NSA, incluyendo los programas de vigilancia gubernamental a personas privadas, PRISM y XKeyscore, los cuales recogen masivamente información procedente de al menos nueve grandes compañías como Facebook, Apple, Yahoo, Microsoft, Google, etc. Snowden, acusado de espionaje y robo de propiedad gubernamental, se asiló como refugiado en Rusia.

¹⁶ Véase Keane (2018, p. 216), donde indica que la democracia monitorizada es una “new form of democracy” que “demands a shift of perspective, a break with conventional thinking in order to understand its political geography”.

la intimidad de numerosas personas; al igual que consiguió refugiarse ante el posible no imparcial proceso judicial y condena en su país.

2.3. Significado de la circunstancia de la pandemia

Habiendo hecho su aparición local en diciembre del año 2019 por primera vez en Wuhan (China), a solo unos seis meses después en medio de la múltiple global migración aérea, terrestre y su fácil transmisibilidad, el Covid-19 se presenta, en el momento contemporáneo, en su vertiginosa expansión, como el primer acontecimiento dañino, auténticamente universal y global. El mismo, pese a permanecer su origen desconocido y enigmático, termina por alcanzar en su afectación a la totalidad de seres humanos en su singularidad¹⁷. Es, en este sentido, el primer síntoma de la gravedad de la circunstancia apocalíptica que se revela en el momento actual a la humanidad entera.

A diferencia de los acontecimientos globales apocalípticos causados por hechos directos del hombre, la pandemia del Covid-19 se presenta como un hecho de la naturaleza, pero la interpretación de su aparición como pandemia contra el hombre es un enigma que sin duda debe ser estudiado¹⁸. ¿Es posible que en su génesis haya responsabilidad culposa, de una persona de una empresa poderosa, de una entidad estatal, de un Estado? ¿Es solo una consecuencia espontánea que nada tiene que ver con un efecto indirecto de afectación ecológica? O pese a que se presenta como una consecuencia espontánea, ¿indirectamente tiene que ver con la aplicación instrumental tecnológica humana en la naturaleza? Sea como fuere, aún en el supuesto de génesis espontánea exclusiva de la naturaleza, su sola presencia universal global y sincrónica, no hace sino revelarnos el carácter de la circunstancia contemporánea como circunstancia mundial para cada hombre, donde el problema de cualquier parte del mundo (el primer enfermo en Wuhan, China, fue reportado en diciembre de 2019) es relevante para todos los seres humanos del planeta.

¹⁷ Todos en menor o mayor medida, porque la afectación no solo ha sido en el sentido médico de padecer o no la enfermedad, sino que el Covid-19 nos ha afectado en múltiples ámbitos y maneras desde significar la muerte de un familiar o ser querido, o en todo caso alterar las relaciones sociales por el uso de mascarilla, conllevando al distanciamiento social o trabajo remoto o simplemente alterar la economía.

¹⁸ Lo contrario, además, de ir contra el “derecho a la verdad” porque toda persona afectada tiene derecho de conocer el origen del acto que le afecta, resulta particularmente injusto dado que al no investigarse, se mantiene en ignorancia a la población humana de la Tierra. A su vez, el conocimiento de su origen es un conocimiento necesario para que la humanidad sea capaz de prevenir o impedir otro hecho semejante en el futuro. Constituye, por lo tanto, un derecho de la Comunidad Humana Universal exigir esa investigación por los mejores científicos imparciales del tema, que por lo demás detendría las intrigas, medias verdades manipuladas, sospechas y teorías de conspiración que giran alrededor de este hecho, y favorecen xenofobias, como las que atribuyen su origen a un acto premeditado para favorecer un “nuevo orden mundial”.

2.4. El proceso de la revolución de la consciencia y las Leyes Universales del Parlamento Provisional Mundial de la WCPA como antecedente

Con la victoria moderna de la razón instrumental, las ciencias sociales se volvieron positivistas y autónomas, no solo asépticas a todo valor ético y a toda emoción humana, sino tendencialmente afirmantes de la “pureza” de la ciencia como valor primordial al punto de relegar los valores y sentimientos humanos a un plano inferior, por concebirlos “irracionales” o “contaminantes” de la labor científica. Siguiendo esta perspectiva, el *sentido* fue expropiado de la “ciencia” por lo que, como reacción ante ello, en palabras de Karlfried Graf Dürckheim estalló en el siglo XX una “rebelión del alma”¹⁹, no contra la razón sino más allá de ella, que pudiera integrar el sentido a la razón desde el arraigo de la “soledad sonora”²⁰.

A partir de ello, podemos mencionar los trabajos de Carl Jung, Víctor Frankl, Erich Fromm, y más recientemente Ken Wilber y Ana María Schlüter que integran la mística oriental y occidental con la psicología de Occidente. Por su parte, en el mismo ámbito de las ciencias naturales, la mecánica cuántica, al moverse en el escenario de la incertidumbre, abandonó la pretensión de exactitud de las modernistas ciencias naturales sustituyéndola por la probabilística, además de reconocer la naturaleza del observador del experimento como portador de alteración a las condiciones del mismo²¹.

Si a todo esto adicionamos el desencanto producido por el hecho de Auschwitz y la creciente configuración de la circunstancia apocalíptica, comprenderemos que la “rebelión del alma” como proceso histórico de mediana o larga duración, no se limitara a plantear nuevos conceptos y realizar diagnósticos de la situación, contentándose con la construcción post positivista del Estado Constitucional como paradigma del derecho que supera al positivista Estado Legislativo²². En vez de ello, pretenderá también introducir

¹⁹ Véase Schlüter (2017). Más ampliamente, se afirma en esta fuente: “Como reacción ante esto, no es extraño que estallara en el siglo XX una “rebelión del alma” (Karlfried Graf Dürckheim), pues la represión continuada y sistemática de la dimensión más profunda del ser humano es, a la larga, aún más perniciosa que cualquier otro tipo de represión: para el ser humano la vida pierde su sentido y, como así no puede vivir, acaba rebelándose”.

²⁰ Expresión de Juan Ramón Jiménez ([1908]. 2007).

²¹ Nos referimos al principio de incertidumbre de Heisenberg. Al respecto, véase lo dicho por Diego Gracia Guillén en Congresozubiri (2010), donde se interpreta el impacto de la física cuántica en la filosofía del conocimiento.

²² Zagrebelsky resalta el cambio de paradigma del Estado Legislativo al Estado Constitucional como respuesta al totalitarismo fascista y nacionalsocialista, significando con ello un “renacimiento de los derechos del hombre” (Zagrebelsky, 1997, p. 66). que sin embargo no representó “la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico”; encontrando la explicación de este desenlace en que “se consideraba indispensable un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo. Para ello debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, (...) La solución al problema consistió en la constitucionalización de los derechos” (Zagrebelsky, 1997, p. 68). Entre nosotros, Priori (ICDP, 2014), ha

cambios en la institucionalidad jurídica-política, más allá de la institucionalidad formal vigente, lo que se ha presentado en acciones como la que ha conformado diversos Tribunales Internacionales de conciencia como el “Tribunal Internacional sobre Crímenes de Guerra” o Tribunal Russell-Sartre²³ que en 1967 condenó como crímenes de guerra la intervención de los Estados Unidos en Vietnam.

Dicha perspectiva, de un modo más ambicioso, se presenta con el trabajo de la World Constitution Parliament Association (WCPA) que desde 1958 se propuso redactar una Constitución Mundial, conceptuando su vigencia parcial provisoria con la sola suscripción de los ciudadanos del mundo, lo que sucedería en 1977, a partir del cual ha tenido varias modificaciones²⁴. Esta acción es quizás el inicio de un camino iusnaturalista, post positivista, previo al *doomsday clock* que, en su concepción de vigencia antes de su suscripción o ratificación por los Estados del planeta, constituye un antecedente de la Ley que proponemos. La Constitución Mundial de la World Constitution Parliament Association (WCPA), en su artículo XIX, permite que mientras no haya sido suscrita por un mínimo de Estados del planeta —en la actualidad ningún Estado la ha suscrito— se puedan realizar sesiones del Parlamento Mundial Provisional, lo cual ha venido sucediendo aprobándose hasta la fecha 52 leyes mundiales, la primera de las cuales regula la prohibición de armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares.

2.5. El fundamento de los Derechos Humanos como sentido del ordenamiento jurídico

Häberle (2003, p. 1) ha posicionado a la “dignidad humana” como premisa del Estado Constitucional Contemporáneo²⁵. Por su parte, Alexy (2004, p. 62 y ss.) ha descrito la autonomía (libertad) y universalidad (igualdad) como los preceptos fundantes implícitos en la ética discursiva la cual se mueve como la legitimadora del Estado Constitucional Contemporáneo. La ética discursiva como fundamento de los estados constitucionales contemporáneos, se mueve en el presupuesto pragmático trascendental del discurso, la cual agrega a las exigencias de racionalidad del discurso (no contradicción, verdad empírica, claridad conceptual, etc.) las reglas específicas del discurso de carácter no monológico que pretende la imparcialidad del discurso con el reconocimiento de la participación libre e igual de los involucrados. El discurso como acción comunicativa se mueve al expresado que el cambio de paradigma del Estado Legislativo al Estado Constitucional comprende también al derecho procesal.

²³ Denominado también como el Primer Tribunal Russell, después hubo otros Tribunales Russell, como el Tribunal Russell sobre América Latina (1974-1976).

²⁴ Para una lectura en español del texto modificado, véase World Constitution Parliament Association (1991).

²⁵ Este autor adiciona el principio de soberanía popular “como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública” (Häberle, 2003).

entendimiento mutuo, y parte del reconocimiento de la libertad y la igualdad; por lo que toda afectación a estas libertades comunicativas significa, en definitiva, la configuración de una contradicción performativa.

Ahora bien, Habermas (2005) ve en la razón comunicativa el desarrollo contemporáneo del ideal de la modernidad política como de asociación de hombres libres que se autorregulan y precisamente en la dinámica de las libertades comunicativas en posición ideal regulativa de igualdad (contrafáctico pragmático del habla) encuentra el fundamento de la razón comunicativa. A partir de ella, realiza una reconstrucción interna del derecho (como sistema de derechos y como principios del Estado de derecho). Esto le permite, al mismo tiempo que proporcionar elementos críticos contra los Estados contemporáneos concretos, dar una lectura legitimadora en abstracto del sistema político jurídico de los Estados Constitucionales modernos pertenecientes a la sociedades complejas contemporáneas.

De igual manera, Cortina (2001), resalta el elemento de compromiso implícito de todo ciudadano miembro de la comunidad real de comunicación para que efectivamente el diálogo se de en posición de simetría (educación, información), lo que implica necesariamente condiciones de oportunidad socio económicas que garanticen la realidad de la premisa contrafáctica. De este modo, al incorporarse el “compromiso”, la razón comunicativa alcanza la posición de “razón cordial” y es consciente de la premisa del reconocimiento. Es decir, se configura una “alianza” en la comunidad humana como distinta del “contrato”. Cortina y la Escuela de Valencia se encuentra así en los umbrales de un iusnaturalismo pos positivista contemporáneo.

3. El Fundamento y Carácter de la Propuesta

3.1. Un iusnaturalismo post positivista y apocalíptico

“Compromiso”, “razón cordial”, describe un movimiento de la voluntad, en su origen habita la “buena voluntad”. El reconocimiento mutuo en la comunidad humana es previo a toda convención y norma estatal, se presenta de modo espontáneo y natural como lo originariamente justo, que irradia “autenticidad atractiva”, como deseo presente, amorfo en cada circunstancia actual. Ella no puede sino proyectar su imagen en la “buena voluntad”, donde reside y actúa lo que Wilber ha denominado consciencia transpersonal como el tercer nivel de los estados de consciencia que comprende tres estados

Cuando sientes el más profundo tú o YO SOY “aquí” y sientes que el universo entero surge “allá afuera”, ellos son directamente uno y el mismo sentir —un sentir— con ambos presentándose en la claridad, la apertura, el espacio donde

solía estar tu cabeza, pero ahora se ve y se experimenta como el único sentir de todo lo que es.²⁶

En este iusnaturalismo apocalíptico, resaltamos la imagen de la consciencia pura, que se posiciona como determinante de su validez, más allá del elemento de la coacción, que siempre se presenta mediatizado por el consentimiento del operador o funcionario del Estado. La consciencia es la determinante de la validez de la norma jurídica y no el efímero movimiento del poder que siempre es mudable. La “fragilidad del bien” como consciencia contra el poder²⁷ se presenta en esta concepción como victoriosa, porque en definitiva es capaz de alcanzar el consentimiento de los funcionarios, en la fortaleza de la palabra, del logos o verbo hecho discurso. Por eso, quien vence al dragón poderoso en el libro del Apocalipsis es una mujer Virgen y embarazada, que anida en su seno a Jesucristo, al logos, a la consciencia. Es capaz de vencer con la realización de la fe en el despertar de la consciencia de la buena voluntad en la historia humana, que no tiene por qué acabarse y rendirse a las fuerzas oscuras autodestructivas.

3.2. El fundamento ius filosófico de la propuesta

La propuesta que presentamos con este artículo es una ley universal que tiene una naturaleza declarativa en la actual circunstancia apocalíptica de la especie humana. Su pretensión de validez, vigencia y exigencia no tiene como definitivo destinatario a los Estados sino a los seres humanos con consciencia y “buena voluntad” y que, desde esta posición, reconocen el carácter vinculante de su contenido. El texto es iusnaturalista porque se mueve dentro de un plano que se sitúa originariamente en el ámbito de la consciencia humana, más allá del procedimiento de legalidad de las normas establecidas, en la dinámica de génesis y vigencia de las normas estatales.

Representa así esta propuesta la consciencia de quiebre definitivo, con los elementos positivistas aún presentes como constitutivos del Constitucionalismo contemporáneo. Porque mientras en el Estado Constitucional los derechos fundamentales son reconocidos en la medida que han sido declarados en ella, en la visión iusnaturalista post-positivista, ello no es determinante, más aún cuando se trata del contenido de derechos tan básicos

²⁶ Nuestra traducción al texto en inglés: “When you feel the deepest you or IAMness “in here” and you feel the entire universe arising “out there,” they are directly one and the same feeling —one taste— with both of them arising in the clearing, the opening, the space where your head used to be but that is now seen and experienced as the One Taste of All That is” (Wilber, 2018, p. 250).

²⁷ Quizás la imagen que representa de modo más originario la lucha entre la consciencia pura y el poder sea la retratada en el Apocalipsis (12:1-17), entre una Virgen embarazada y un Dragón con siete cabezas, siete cuernos y siete coronas. La Virgen triunfa contra el Dragón, porque Dios está con ella ¿qué podrá hacer entonces el dragón apocalíptico? La imagen de la Virgen María de la medalla milagrosa representa esta idea iusnaturalista de la consciencia contra el poder.

como el de la sobrevivencia de la especie humana. Así como el Tercer Estado convocado en representación minoritaria, en su momento proclamó su representación Nacional, convirtiéndose en Asamblea Nacional, rompiendo desde tal declaración con el antiguo régimen, asimismo nuestra propuesta de Ley Universal encuentra el fundamento último de concebirse como ley vigente en el momento de su reconocimiento mutuo como seres humanos en los miembros de la especie humana.

De este modo, se asume el fundamento de su legitimidad de aplicación inmediata mundial, en su espontánea aceptación en el ámbito de la consciencia de todo ser humano, como medio de derecho natural de defensa. En esto cabe resaltar su semejanza a la “legítima defensa” con positividad presente y coactividad futura, estimando como suficiente para su actual positividad declarativa, tendiente a su *creciente realización* su hipotético manifiesto consentimiento desde la consciencia transpersonal de cualquier miembro informado de la especie humana, en la actual circunstancia de global peligro a la sobrevivencia humana por la fabricación, conservación y/o empleo de las armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares. La hipótesis de la facticidad y positividad se deriva como elemento determinante de la consciencia de los actores, con el consentimiento de la regla. Esto sucede cuando en una situación concreta algún ciudadano o autoridad del sistema de justicia actúa públicamente conforme al contenido de la ley propuesta, ejerciendo sus actividades de privado y/o atribuciones de funcionario público conforme a lo previsto en esta ley y lo de su Estado en lo referido a la competencia y a las reglas del debido proceso. Es entonces la presente propuesta el resultado de una construcción iusnaturalista post-positivista que brinda un punto de quiebre en la lucha por la sobrevivencia de la especie.

3.3. La extinción de dominio como expresión del derecho fundamental a la sobrevivencia

La presenta propuesta no ataca a las personas sino a los bienes provenientes de las actividades vinculadas a las armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares. Recoge, con ello, la regulación del *civil forfeiture* de la tradición del *common law* y denominada “extinción de dominio” en los países de la tradición romano germánica, que tiene una creciente presencia en la lucha contra el crimen organizado, especialmente la vinculada al tráfico ilícito de drogas. Entonces, sin entrar a definir el tema de la responsabilidad en el ámbito del derecho penal, resulta manifiesta que las actividades vinculadas a las armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares, resultan actividades ilícitas que atacan directamente el bien jurídico más elemental de toda convivencia humana que es el derecho a la sobrevivencia. Configura, de esa forma, una situación de peligro no solo permanente sino creciente en la especie humana, que exige

naturalmente ser protegido del modo más eficaz, razón por la cual la vigencia del *civil forfeiture* o extinción de dominio a la situación configurada se establece de modo natural y no requiere su reconocimiento del Estado respectivo, pues es una expresión directa del derecho a la sobrevivencia de la especie en la actual circunstancia global descrita como apocalíptica.

3.4. La Comunidad Humana Universal como Sujeto de Derecho

Con la aplicación de la presente propuesta se establece un nuevo Sujeto de Derecho denominado “Comunidad Humana Universal”. Es esta la forma jurídica que se identifica con un centro de interés que comprende a todos los seres humanos del planeta, presentes y futuros. Su representación en la actualidad no se realiza a través de un ente único estructurado mundialmente para representarlo (lo que comenzaría a suceder a partir de la designación que realice el Parlamento Mundial como lo prevén los artículos 3 y 4 de la ley universal propuesta). Más bien, lo constituyen una serie de órganos establecidos dispersa y autónomamente por iniciativas particulares agrupadas o estatales, interestatales, paraestatales u organismos no gubernamentales, como también religiosas o para religiosas que cumplen fines de interés para la globalidad del planeta como la Paz Mundial o la lucha contra la pobreza.

3.5. El proceso de aplicación como programa a seguir

Pretende la presente propuesta constituirse en una palanca de avivamiento de las fuerzas vitales sociales que puedan viabilizar un cambio global en relación a las armas de destrucción masiva y especialmente las armas nucleares. De este modo, está particularmente destinada a los operadores, a los tecnócratas que actúan en la actividad ilícita, así como aquellos que en su microscópica actuación conocen cómo se entreteje el complejo sistema económico-tecnológico-jurídico-político en relación a esta actividad, o quienes actúan en el sistema de justicia de cualquier Estado del planeta que, de acuerdo a los términos de la ley, están llamados a operativizarla. Las fuerzas vitales sociales para viabilizar el cambio global saldrán de estos sectores o simplemente no saldrán.

¿Pero acaso tienen estos sectores la insatisfacción para querer un cambio? ¿No está acaso satisfecha su bienestar ganando un sueldo o retribución en promedio o por encima del promedio de la población de la “sociedad de bienestar” a la que pertenecen? Las personas con capacidad de juzgar y especialmente los operadores del sistema de justicia, familiarizados por la pregunta en torno a lo justo y concedores del día a día en

el funcionamiento del sistema de justicia en una sociedad compleja, tienen la capacidad de amalgamar alrededor del *pathos* de lo justo a los hombres de buena voluntad en el globo y, con ello, llevar a los hechos un cambio global que permita la sobrevivencia de la especie en las próximas generaciones.

La situación apocalíptica llama a la necesidad de una consciencia holística y estos sectores adormecidos por la élite en un escenario competitivo laboral que convierte en exigibilidad la productividad con continua capacitación y un consumo extremo, viven un desafío sin precedentes. Así, el instinto de supervivencia de especie que se abre en la consciencia de cada uno, se enfrenta a un mundo sin tiempo para pensar ni en el todo ni en las soluciones a los graves problemas de sobrevivencia de nuestra especie. Si no se viera ningún cambio fáctico y esta propuesta no tuviera ninguna repercusión, pueda que nosotros, nuestros hijos o nuestros nietos, lamenten que hayamos hecho tan poco para erradicar esta amenaza.

4. Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares, a favor de la Comunidad Humana

Los seres humanos de todos los pueblos del planeta proclaman la siguiente Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares, a favor de la Comunidad Humana. Su objeto radica en hacer efectivo el derecho fundamental de sobrevivencia de cada ser humano, agrupación humana y de la humanidad como especie, derecho preexistente a toda formación de los Estados sea Estado Nacional o Federal del Planeta.

4.1. Preámbulo

Considerando que la dignidad humana es el valor esencial de la comunidad humana universal y sustento de todo ejercicio de poder legítimo, el cual se encuentra a su servicio, lo que motivó, además del Tratado sobre no Proliferación de las Armas Nucleares y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), así como la Opinión consultiva A/ 51/ 218 de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares; que la primera ley del Parlamento Provisional Mundial de la World Constitution Parliament Association, además de crear la Agencia Mundial de Desarme haya declarado la prohibición de armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares, concibiendo las acciones de diseñar, investigar al respecto, probar,

producir, fabricar, transportar, desplegar, instalar, mantener, almacenar, vender, comprar o detonar cualquier arma nuclear u otras armas de destrucción masiva conforme al listado contenido en el Apéndice A de la mencionada ley como delitos contra la humanidad, en la medida que como amenaza o peligro afecta de por sí la dignidad humana y potencialmente ataca no solo la sobrevivencia de un ser humano, sino de poblaciones enteras y hasta de la misma especie humana.

Afirmando que antes de la soberanía del Estado sobre un territorio preexiste el derecho fundamental a sobrevivir, como individuo, como agrupación y como especie humana, cuyo reconocimiento es presupuesto esencial a toda convivencia humana, el mismo que, al ser objetivamente amenazado con la presencia de armas de destrucción masiva, determina que las acciones de diseñar, investigar al respecto, probar, producir, fabricar, transportar, desplegar, instalar, mantener, almacenar, vender, comprar o detonar cualquier arma nuclear u otras armas de destrucción masiva en cualquier parte del planeta constituye delito contra la humanidad y, por consiguiente, actividad ilícita, aun cuando el correspondiente Estado Nacional o Federal, democrático o no, o una norma convencional entre Estados lo declare acto lícito.

Advirtiendo la presencia de enormes intereses alrededor de las actividades ilícitas relacionadas con armas de destrucción masiva y reconociendo que hasta en la actualidad las normas estatales a nivel de los Estados Nación contemporáneos y los convenios internacionales de limitación de armas nucleares, incluso la primera ley universal de Prohibición de Armas de destrucción masiva y armas nucleares del Parlamento Mundial han sido insuficientes a efectos de erradicar, disminuir o atacar la fabricación, mantenimiento o preservación de las armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares; fundamentalmente por su limitado carácter punitivo, no recepción de los Estados, no conocimiento de la norma por parte de la tecnocracia y por cuanto ello no ataca económicamente el poder de las organizaciones que sostienen la actividad ilícita contra la humanidad.

Reconociendo la eficacia de la figura de la extinción de dominio como herramienta global de desempoderamiento de toda organización criminal internacional, particularmente la dedicada al narcotráfico, razón por la cual, con mayor razón, puede y debe ser usada para atacar el poder económico de toda organización privada, paraestatal o Estatal que realice alguna de las actividades ilícitas contra la humanidad descritas ya en la Ley mundial # 1 que prohíbe las Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares y crea el departamento mundial de desarme; y que potencialmente afecta o pone en peligro el derecho humano más básico que es la sobrevivencia de la especie humana.

Convencidos que la consciencia de todo ser humano y no la violencia, es la que determina el contenido central y destino de toda norma jurídica, razón por la cual la norma estatal que manifiestamente ataque derechos sustantivos fundamentales de reconocimiento básico como seres humanos al punto de significar el riesgo de la sobrevivencia de la especie humana, pierde su naturaleza de norma jurídica válida ante la Comunidad Humana Universal (expresión que comprende a la integridad de seres humanos presentes y la totalidad de generaciones futuras), la cual, aunque no tenga la fuerza coercitiva presente, al gravitar en la consciencia de la humanidad tarde o temprano hará prevalecer su exigibilidad en el modo de responsabilidad por los actos ya realizados contrarios a la consciencia humana.

Conscientes que el uso de armas nucleares en el mundo ha significado desde 1945 el exterminio de cientos de miles de seres humanos²⁸ y en la actualidad, en la circunstancia con una comunidad de vida humana global cada vez más interdependiente, que afronta el problema de la fabricación y empleo de armas de destrucción masiva incluidas las nucleares, nos sitúa en medio de la potencialidad de exterminio de toda la especie humana²⁹; su sola presencia en la actualidad determina una situación creciente de riesgo a la sobrevivencia humana, convirtiéndose de por sí en arma de amenaza o presión, que impide o anula el desarrollo del auténtico diálogo que permita el entendimiento mutuo en la solución de controversias internacionales y la proyección y asunción de eficaces medidas que confronten seriamente los grandes problemas de la humanidad.

Proclamamos esta Ley Universal de Extinción de Dominio de bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares, a favor de la Comunidad Humana, y hacemos un llamado para adoptarla como propósito común para todos los seres humanos, pueblos, científicos, técnicos, miembros del ejército, autoridades, defensores del pueblo, fiscales, jueces de todas las naciones del mundo, la conozcan, difundan, reconozcan la verdad y vigencia de sus disposiciones y apliquen esta Ley Universal, asegurando a través de decisiones, medidas y mecanismos que estén a su alcance para su reconocimiento, aplicación y ejecución entre todos los pueblos y Estados del Mundo.

4.2. Artículos propuestos

²⁸ Solo las bombas atómicas lanzadas en Hiroshima y Nagasaki dejaron un saldo de 246,000 muertos. Véase Radiation Effects Research Foundation (1950).

²⁹ Conforme al Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), al 2020 existen 13,865 armas nucleares en el mundo y estas son suficientes para terminar con la especie humana. Véase Blix (2018, p.5) y SIPRI (2020) cuando señala: “The stocks of nuclear weapons still suffice to end human civilization in a quick suicide, while we have added the risk of a slow suicide through global warming”.

- **Artículo 1.- Derecho de dominio de la Comunidad Humana Universal**

Los bienes que constituyan objeto, instrumento, efecto o ganancias de actividades ilícitas contra la humanidad de diseñar, investigar al respecto, probar, producir, fabricar, transportar, desplegar, instalar, mantener, almacenar, vender, comprar o detonar cualquier arma nuclear u otras armas de destrucción masiva conforme al listado contenido en el Apéndice A de la ley número 1 son bienes de titularidad de la Comunidad Humana Universal.

- **Artículo 2.- Vigencia de pleno derecho de la declaración de Extinción de dominio de las armas de destrucción masiva incluido las armas nucleares a favor de la comunidad humana**

Corresponde de pleno derecho, a partir de la vigencia de la presente ley, su vinculación aplicativa por o para el científico, tecnócrata, funcionario, militar, incluidas las demás personas colaborantes como chofer, limpieza, etc. Así como las personas jurídicas privadas, paraestatales y estatales, y en general a todos los Estados del planeta, por consiguiente:

1. Cualquiera de las autoridades de cualquiera de los respectivos Estados que se encuentren directa o indirectamente afectados por la extinción de dominio, o por el contrario invocando afectación a la Comunidad Humana Universal pueden administrativa, en etapa indagatoria del Ministerio Público o judicialmente, iniciar el proceso de extinción de dominio o sus respectivas actividades preparatorias sobre bienes relacionados con actividades ilícitas en Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares a favor de la Comunidad Humana conforme a las reglas que en su país rige en relación a la extinción de dominio en general y si esta no se encuentra prevista en su ordenamiento conforme a las reglas de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio y a los principios generales del proceso adecuadas judicialmente considerando la autonomía del mencionado proceso.
2. Cualquier científico, tecnócrata, funcionario, militar, incluidas las demás personas colaborantes como chofer, vigilantes de seguridad, personal de limpieza, etc. de las actividades ilícitas relacionadas a Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares reguladas en la presente ley universal pueden y deben, a pesar de lo establecido u ordenado por sus

superiores administrativos o laborales de su respectivo país, negarse a continuar colaborando en el desarrollo de las actividades ilícitas. La contravención de esta disposición tendrá de pleno derecho como efecto la extinción de toda titularidad dineraria y/o remunerativa o retributiva por todo concepto recibida, devengada o por devengarse en contraprestación por participar o colaborar en la actividad ilícita, correspondiendo la titularidad de la misma a la Comunidad Humana Universal.

3. El supuesto precedente no será aplicable al actor o colaborador de la actividad ilícita que presente su declaración eficaz ante autoridad competente que conoce la etapa indagatoria del proceso o en su defecto ante la Agencia Mundial de Desarme, cuya veracidad deberá ser corroborada con otros medios probatorios.

- **Artículo 3.-Proceso de Extinción de dominio de las armas de destrucción masiva, incluidas las armas nucleares, a favor de la comunidad humana**

En caso de no iniciarse el proceso de extinción de dominio que se describe en el artículo 2, en cualquier momento el proceso de Extinción de Dominio puede ser iniciado por las instancias que designe la WCPA conforme a la Constitución Mundial y sus leyes respectivas. La acción de extinción de dominio es imprescriptible.

- **Artículo 4. – Titularidad de la Comunidad Humana Universal**

La titularidad de la Comunidad Universal se ejerce por los órganos representativos de ella, designados por el parlamento Mundial, y tiene por principal finalidad la Paz Mundial y la lucha contra la pobreza extrema.

- **Artículo 5.- Sobre la creciente monitorización de la Comunidad Humana en relación a las actividades ilícitas relacionadas a Armas de destrucción masiva incluidas las armas nucleares**

Mientras los órganos representativos de la Comunidad Humana Universal no sean suficientes, cualquier ser humano que en consciencia ejerce poder público es miembro competente del órgano cuya titularidad pertenece a la Comunidad Humana Universal.

Referencias

- Adorno, T. (1966). La educación después de Auschwitz. *Carpetas docentes de historia*. Facultad de humanidades y ciencias de la educación. Universidad Nacional de la Plata. Recuperado de <http://carpetashistoria.fahce.unlp.edu.ar/carpeta-2/fuentes/la-segunda-guerra-mundial-y-el-holocausto/theodor-w-adorno-201cla-educacion-despues-de-auschwitz201d>
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Apel, K. (1991). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Arendt, H. (1999). *Crisis de la república* (2.^a ed.). Madrid, España: Taurus.
- Arendt, H. (1967). *Sobre la Revolución* (Trad. P. Bravo). Madrid, España: Ediciones de la Revista de Occidente.
- Arendt, H. (2003). *Eichmann en Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona, España: Editorial Lumen.
- Blix, H. (2018). Is the world on the road to peace or war? *SIPRI Annual Lecture N. 1*. Recuperado de <https://www.sipri.org/sites/default/files/2018-10/sipri-lecture-01.pdf>
- Cortina, A. (2001). *Alianza y Contrato. Política, Ética y Religión*. Madrid, España: Trotta.
- Congreso Zubiri. (2010, octubre 12). (1/4) Diego Gracia G. “Nuestra situación intelectual: Zubiri en el horizonte de la complejidad” [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=S7BQMyTdpJA>
- COMPLEXUS. (2015, agosto 17). [16] Auschwitz y la filosofía. FILOSOFÍA AQUÍ Y AHORA II con Pablo Feinmann [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=6xYCJXW6M0c>
- Chomsky, N. (2017). *¿Quién domina el mundo?* Barcelona, España: Ediciones B.
- DesgarroDependienteX. (2013, enero 07). El Siglo Del Individualismo: 1º. “Máquinas De Felicidad” (1 de 4 - Sub. Español). [Documental de Adam Curtis] [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=b9MLzxRGgN8>
- Diócesis de San Sebastián. (2015, diciembre 20). Conferencia Testimonio de la Hna. M^a Guadalupe Rodrigo 2015-12-19 [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=dPBf7UIUcXQ>
- Frankl, V. (1991). *El Hombre en busca de Sentido*. Barcelona, España: Editorial Herder.

- Freud, S. (1915). Consideraciones de actualidad sobre la Guerra y la muerte. *Espacio Devenir*. Recuperado de <http://espaciodevenir.com/documentos/freud-de-guerra-y-muerte.pdf>
- Gadamer, H. G. (2007). *Verdad y Método*. Madrid, España: Ediciones Sígueme.
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Perú: Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Horkheimer, M. & Adorno, T. (1998). *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- ICDP. (2014, noviembre 10). Giovanni Priori Posada (Perú) - XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=xgx0nN7HUuA>
- Jiménez, J. R. [1908] (2007). *La Soledad Sonora*. Madrid, España: Editorial Visor.
- Kant, E. (1963). *Crítica de la razón práctica*. Madrid, España: Victoriano Suarez.
- Keane, J. (2018). *Power and Humility. The Future of Monitory Democracy*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Keane, J. (2009). ¿Democracia monitorizada? La historia secreta de la democracia desde 1945 (Trad. R. Feenstra & M. Savage). Recuperado de <http://www.thelifeanddeathofdemocracy.org> 32
- Mecklin, J. (Ed.). (2020). Más cerca que nunca: faltan 100 segundos para la medianoche. Declaración del reloj del fin del mundo 2020. *Boletín de la Junta de Ciencia y Seguridad de los Científicos Atómicos*. Atomic Scientists of Chicago. Recuperado de <https://thebulletin.org/doomsday-clock/current-time/>
- Mecklin, J. (Ed.). (2020). Más cerca que nunca: faltan 100 segundos para la medianoche. Declaración del reloj del fin del mundo 2020. *Boletín de la Junta de Ciencia y Seguridad de los Científicos Atómicos*. Atomic Scientists of Chicago. Recuperado de <https://thebulletin.org/doomsday-clock/current-time/>
- Otto Apel, K. (1991). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, España: Paidós.
- Quispe Salsavilca, D. (2018). *Dos Ensayos sobre la destinación existencial mestiza y la espiritualidad en el mundo de hoy*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Radiation Effects Research Foundation. A Cooperative Japan-US Research Organization. (s.f.). Frequently Asked Questions. Q1. Recuperado de <https://www.rerf.or.jp/en/faq/>

- Rodríguez Pina, G. (2016). Una periodista árabe israelí pide en televisión acabar con el “holocausto” en Siria. *Verne. El País*. Recuperado de https://verne.elpais.com/verne/2016/12/22/articulo/1482402508_055133.html
- Sagüés, N. P. (2011). Temas Actuales de Control de la Constitucionalidad. *Avances Revista de Investigación Jurídica*, 6(6), 85-97. Recuperado de <http://www.upagu.edu.pe/documentos/Derecho/revista%20AVANCES%2015%20-%20Cajamarca%20textos.pdf>
- Sánchez Pachón, J. (2015). Adela Cortina: El reto de la ética cordial. *BROCAR. Cuadernos de Investigación Histórica*, (39), 397-422. Recuperado de <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/brocar/article/view/2901/2634>
- Schlüter, A. M. (2017). La recepción del zen entre cristianos. *Revista Vida Nueva*, 1-7. Recuperado de <https://www.vidanuevadigital.com/pliego/la-recepcion-del-zen-entre-cristianos/>
- Stockholm International Peace Research Institute. (2020). Nuclear weapon modernization continues but the outlook for arms control is bleak: New SIPRI Yearbook out now. *SIPRI*. Recuperado de <https://www.sipri.org/media/press-release/2020/nuclear-weapon-modernization-continues-outlook-arms-control-bleak-new-sipri-yearbook-out-now>
- Vattimo, G. (1990). *El fin de la modernidad*. Barcelona, España: Gedisa.
- Weber, M. (1919). La política como vocación. *COP Madrid*. Recuperado de <http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf>
- Wilber, K. (2018). *The Religion of Tomorrow. A Vision for the Future of the Great Traditions*. Estados Unidos: Shambhala Boulder.
- Wilber, K. (1999). *Psicología Integral* (Trad. D. González). Barcelona, España: Editorial Kairos.
- William, J. (1986). *Las Variedades de la Experiencia Religiosa*. País: Ediciones Península. Recuperado de <https://nytz.files.wordpress.com/2012/11/james-william-las-variedades-de-la-experiencia-religiosa.pdf>
- World Constitution Parliament Association. (1991). La Constitución Mundial. Recuperado de <https://www.radford.edu/gmartin/Constitucion%20Fed%20Tierra.pdf>
- Zagrebelsky, G. (1997). *El Derecho Dúctil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Zubiri, X. (1981). *Inteligencia sentiente*. Madrid, España: Alianza Editorial, Sociedad de Estudios y Publicaciones.

Zubiri, X. (2006). *Naturaleza, Historia y Dios*. Madrid, España: Xavier Zubiri Foundation of North America. Recuperado de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/NHG.pdf>

ORDENAR UNA PRISIÓN PREVENTIVA POR PRESIÓN MEDIÁTICA NO ES CONSTITUCIONAL

*Andrea Doris Alarcón López**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
andrea.al18@hotmail.com

Resumen: La prisión preventiva es una medida coercitiva personal, provisional y de última ratio, su finalidad es evitar el peligro procesal. Sin embargo, debido a la incorrecta información que difunden los medios televisivos, cibernéticos y escritos se ha generado en la opinión pública una perspectiva equivocada y de desconfianza hacia las autoridades; forzándolas a declarar fundados casi todos los requerimientos de prisión preventiva (con el “fin” de solucionar el problema de la corrupción y la delincuencia), pero sin que en realidad el Ministerio Público cumpla con probar la existencia de los presupuestos que la norma procesal señala. El Ministerio Público y el Poder Judicial resuelven actualmente en no menos del 50% de casos lesionando el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros; actividad que realizan para evitar ser denunciados por sus órganos de control y autolegitimarse con la sociedad.

Palabras clave: Prisión preventiva, presión mediática, Peligro procesal, Presunción de Inocencia, opinión pública, interés público.

ORDER A PREVENTIVE PRISON BY MEDIA PRESSURE IT IS NOT CONSTITUTIONAL

Abstract: Preventive detention is a personal, provisional and last reason coercive measure, its purpose is to avoid procedural danger; However, due to the incorrect information disseminated by television, online and written media, a wrong perspective and mistrust towards the authorities has been generated in public opinion; forcing them to declare founded almost all the pre-trial detention requirements (in order to solve the

*Alumna del Quinto Cielo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

problem of corruption and crime) but without actually the Public Ministry complying with proving the existence of the assumptions that the procedural norm indicates. The Public Ministry and the Judicial Power currently resolve in no less than 50% of cases, violating the principle of legality, the principle of presumption of innocence, due process, among others; activity they carry out to avoid being denounced by their control bodies, to legitimize themselves with society.

Keywords: Preventive detention, media pressure, procedural danger, not guilty, pública opinión, public interest.

1. Antecedentes

En la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece que su principal función es solucionar los conflictos impartiendo justicia. Con respecto a lo antes mencionado, el art. 2 señala que su labor y ejercicio de sus funciones son autónomas. En la actualidad, la función del Poder Judicial se ve influenciado por varios factores, tanto externos como internos. Uno de los factores externos es la presión mediática por los medios de difusión escritos y hablados, que influyen drásticamente en las decisiones de jueces y fiscales. Asimismo, el factor interno es evitar ser denunciados por la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (ODECMA). ¿Dónde queda el principio de imparcialidad?

Dentro de los mecanismos más practicados y polémicos encontramos a la prisión preventiva; debido a las continuas arbitrariedades que se cometen en la motivación de las resoluciones judiciales. Tales prácticas inescrupulosas, transgreden muchos principios, pero los más relevantes son el principio de presunción de inocencia del investigado y el de proporcionalidad. Su aplicación arbitraria podría ser evitada si los medios de comunicación, al igual que la opinión pública, no interfirieran tanto en las decisiones de los servidores de justicia.

2. Definición

La prisión preventiva, es una medida de coerción personal a la que frecuentemente se recurre para neutralizar un atisbo de peligro procesal. Su aplicación está ligada a una traba procesal idónea y concluyente, que impida la normal continuidad del proceso. La prisión preventiva, según el Acuerdo Plenario N° 01- 2019 / CIJ-116, se define como:

(...) una institución procesal de relevancia constitucional, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un

imputado por un tiempo determinado (...) en función a la tutela de los fines característicos del proceso – que este se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenando averiguación de hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena. (p.3)

3. Legislación y Jurisprudencia sobre prisión preventiva

3.1. Legislación

El Nuevo Código Procesal Penal (NCP) de 2004 regula la prisión preventiva en los artículos 268 hasta el 285. No obstante, solo enfocaremos detalladamente los artículos del 268, 269 y 270, los cuales contemplan los presupuestos que se requieren para la prisión preventiva.

a) Los presupuestos materiales

Estos presupuestos descritos en el art. 268, pretenden analizar la aparente comisión del delito, para averiguar la suficiencia de los elementos de convicción que permitan establecer una imputación objetiva. Este artículo se separa en dos partes. En la primera parte, se regula el accionar del Juez ante el pedido de una prisión preventiva. Establece, así, los elementos de convicción para estimar la razonabilidad de la comisión del delito y hallar el vínculo que tiene con el imputado, además de los antecedentes para colegir razonablemente, si se tratara de eludir la justicia. En la segunda parte, se detalla que el juicio de imputación debe contener un alto grado de probabilidad de que el imputado haya participado en el delito.

b) Peligro de fuga

Este se encuentra regulado en el art. 269 de NCP, está relacionado con la posibilidad que tiene el imputado de huir del proceso evadiendo la justicia. Dentro del artículo se toma en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique

su voluntad de someterse a la persecución penal; 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

En la Doctrina, algunos puntos de este artículo, en especial el inciso de arraigo, se detalla exhaustivamente, por lo que Quiroz (2014) considera que en el segundo tipo de arraigo, que es el de familia, se valora a partir de poseer una familia constituida por parientes consanguíneos de primer grado en línea ascendente de género femenino y masculino, o descendente. En segundo lugar, el arraigo laboral, se obtiene cuando el imputado acredita por medio de montos sus ingresos económicos por trabajar en una institución privada o pública. También, si tiene posibilidades de dejar el país o viajar al interior de él.

En cuanto a su domicilio, se indica si es el que está registrado en la RENIEC o es otro diferente, especial o arrendado (la residencia habitual de la persona en un lugar). Sin embargo, los arraigos no son fáciles de establecer como lo es en la Doctrina, porque si se clasificara así no se tendría una seguridad absoluta de los arraigos. Por esa razón, durante los procesos penales el juez debe aceptar arraigos sólidos y no relativos, que solo se categorizan en un cierto grupo de personas que tienen una familia constituida por un matrimonio civil o una unión de hecho, que tiene una propiedad a su nombre y con un trabajo estable. Los requisitos son una línea que discrimina a los más pobres e indigentes a ser sometidos a este mecanismo, solo por el hecho de no cumplir con estos criterios.

c) Peligro de obstaculización de la actividad probatoria

En el art. 270 del NCPP se especifican los criterios para determinar la perturbación probatoria de la siguiente manera: El que destruye, modifica, oculta, suprime o falsifica elementos de prueba, e influye para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente, o se comporten de manera desleal o reticente e incluso induzca a otros a realizar tales comportamientos.

Dicho peligro procesal es solicitado por el fiscal escasamente en casos comunes, pero se debe reconocer que son enfocados con más frecuencia en casos de criminalidad organizada vinculados a la corrupción de operadores de justicia. Ello exige tomar especiales consideraciones, porque existe la posibilidad de que miembros de estas redes criminales obstaculicen el proceso, a través del uso de influencias en el ámbito político, social o económico. Respecto a ello, Quiroz (2014) afirma:

Se podría conjeturar, que el imputado está preso y, en esas condiciones, él no podría obstaculizar la investigación silenciando o intimidando a los órganos

o destruyendo las fuentes de prueba; (...) coincidimos, que al estar preso el imputado no lo podría ejecutar directamente, (...) pero si este utiliza a terceros en forma indirecta para lograr su propósito, la situación cambia, y, probablemente el Estado pretende tutelar en forma anticipada y provisionalmente tal aciago desenlace. (p.179)

3.2. La jurisprudencia

Las jurisprudencias más relevantes como la Casación N° 626-2013/Moquegua y la Casación N° 631-2015/ Arequipa, señalan que la aplicación de la prisión preventiva debe ser excepcional. Es decir, si otras medidas de coerción personal no fuesen aplicables, se resuelve ordenarla dicha medida con una duración necesaria y proporcional.

Con el pasar de los años, el Poder Judicial ha expedido casaciones que actualizan los parámetros específicos para delimitar la aplicación de la prisión preventiva. Entre ellos, podemos destacar dos en especial.

La Casación N.º 1145-2018/ Nacional, precisa fundamentos para desvirtuar el peligro de fuga:

(...) el hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero -de los que volvió-, sin señalarse desde los datos de la causa que al lugar donde viajó tiene conexiones que le permitirán quedarse u ocultarse, o que por sus contactos con terceros en el extranjero tienen una infraestructura para albergarlo y evitar que la justicia lo alcance, obviamente, no constituye riesgo alguno de fuga , que por lo demás, en estas condiciones, puede evitarse con impedimento de salida del país. (p. 9)

Además, precisa que, si el imputado faltó a su control biométrico una vez (comparecencia restringida), no debe ser sancionado con prisión preventiva, ya que su fin no era planear una huida. Por otro lado, también se tomó en cuenta la conducta óptima del imputado frente a las disposiciones judiciales (art. 269, núm. 4, NCPP). Cada fundamento conllevó a plantear la injusta prisión preventiva que había sido para el imputado.

La casación N.º 1640 - 2019/ Nacional, declaró fundados los recursos de casación por la inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal y vulneración de la garantía de motivación, ya que, los imputados no fueron investigados objetiva y taxativamente por la Corte Superior. La Corte Suprema precisó con respecto al peligro de fuga:

No necesariamente todo aquel que tenga un determinado ingreso (un haber por su trabajo público), por ese solo hecho huirá y permanecerá oculto de la autoridad. (...) No es relevante o concluyente para deducir que es latente en él una voluntad de apartarse de esta causa, de no someterse a la persecución penal. (pp. 9-10)

También, sostuvo que no se aplicaba el peligro de obstaculización de medios probatorios, si no se puede sostener que tales documentos dolosamente se suprimen del archivo institucional y fueron a parar a manos del encausado. Además, se dijo que la rectificación de la resolución general regional no puede calificarse como dato causal suficiente para inducir que se procuró modificar un elemento de prueba decisivo para sustentar los cargos en su contra. Por lo tanto, aquellas acciones no son consideradas causales para recurrir a una prisión preventiva.

Estrictamente, la aplicación de la prisión preventiva es motivada por un verdadero peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria. Si no está presente uno de estos dos presupuestos, copulativamente con los otros, no cabe su aplicación. Entonces, se concluye que esta medida de coerción personal solo puede ser usada como ultima ratio, prerrogativamente, y no como prima ratio como viene siendo utilizada actualmente.

4. Los principios de la prisión preventiva y sus limitaciones frente a la presión mediática

La prisión preventiva es un mecanismo de aplicación excepcional y de última ratio, pues entra a tallar cuando las demás medidas coercitivas menos gravosas no son efectivas ni suficientes. Sin embargo, a partir del juicio instantáneo que precisa la prensa, su uso se convierte forzosamente en la regla (para los casos mediáticos). Su función va de la mano con el principio de instrumentalidad, porque no se basa en los fines clásicos de la pena, como lo conciben los medios de comunicación asemejándolo a una pena anticipada, sino solo debido al peligro procesal, lo cual justifica su función, ya que si su finalidad no fuera la seguridad procesal, se estaría violando el derecho a la presunción de inocencia.

Por la razón antes señalada, cuenta con el principio de legalidad que, según Castillo (2018), es una condición de la legitimidad y constituye una garantía para los derechos fundamentales. A su vez, está regulado en el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 30 del Pacto de San José. De lo contrario, el poder del estado actuaría ilimitada y arbitrariamente.

De esta manera, la ley debe responder todas las interrogantes para determinar la limitación legítima de los derechos del imputado, pues a través de la prisión preventiva se exige una regulación más precisa de las causas y de los procedimientos para ser aplicadas. A este principio se le denomina garante, porque, al establecer las restricciones para los derechos, debe precisarse con anterioridad normas específicas (tanto en su procedimiento como en su definición) aplicadas conforme a la ley, las cuales son dictadas por razones de interés general. A fin de evitar corolarios adversos, al propósito de la medida.

A su vez, este se apoya en el principio de proporcionalidad, debido al carácter relativo de los derechos fundamentales, que permiten que estos puedan ser limitados y regulados por la norma. Además, la validez de ella depende del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales sobre el cual se encuentra fundamentado. Por tal razón, toda medida de coerción personal o real a optarse debe ser precedida por un juicio de proporcionalidad.

Al encontrar una colisión entre los derechos se resuelven a través de diversos criterios, como el principio de proporcionalidad, que es un criterio sustancial de tipo axiológico que sirve para determinar la prevalencia desde el punto de vista ético-normativo. Dicho principio contiene tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, necesidad y ponderación. Los cuales garantizan y conceden el peso apropiado a los principios en conflicto, primando así el de mayor relevancia, para la correcta aplicación de una medida de coerción.

El primero de los subprincipios del principio de proporcionalidad es determinar si satisface al comprobar una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido por la medida. El segundo, se determina cuando no existe medida menos gravosa que la optada para limitar el derecho en Cuestión, para lo cual se requiere una comparación entre medios. El tercero, y último, se determina cuando el grado de satisfacción con lo alcanzado es mayor al grado de restricción del derecho intervenido.

Concluimos, entonces, que se restringe el derecho a la libertad de tránsito y se considera apropiado optar por la necesidad de un debido proceso y evitar el peligro procesal. Puesto que, la prisión preventiva debe ser necesaria, idónea y ponderada para medir el grado de satisfacción alcanzado con el derecho y el grado de restricción del derecho intervenido. Adyacentemente a todos estos principios, tenemos al principio de imparcialidad, que no es menos importante, pues de él depende que la aplicación de la prisión preventiva no sea arbitraria o excesiva, considerándola así una garantía de primer orden que se encuentra ligada a la independencia que tiene el juez para solucionar los conflictos de manera autónoma.

5. La relación de la presión mediática, opinión e interés públicos con la administración de justicia

5.1. Marco normativo

En el Estado de derecho que vivimos, la prensa juega un rol importante como representante principal del derecho a la libertad de información, expresión y opinión. Es aquel derecho que separa a nuestra sociedad actual de las sociedades antiguas, donde la información era un bien reservado a unos pocos. Por tal razón, se asegura este derecho por medio del art. 2, inc. 4 de la Constitución Nacional (1993) donde se declara:

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Este derecho, también, ha sido regulado dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el art. 19, donde establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Por ello, este derecho vincula e integra al derecho a la libertad de información, expresión y opinión con el Poder Judicial.

5.2. Los vínculos de la presión mediática, opinión y el interés público

Los medios de comunicación tienen como finalidad informar e impulsar la rendición de cuentas respecto de los asuntos de interés público, y constituyen la opinión pública. En

la actualidad este medio ha adquirido un poder, el cual es denominado *presión mediática*. Esta viene a ser la influencia o fuerza moral que los medios de comunicación tienen sobre el comportamiento de las personas.

La opinión pública, según Borruto (2012), “es derivada del término “populus” que significa el pueblo; mientras que “opinión” es entendida como un dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable” (p. 16). En medio de los acontecimientos que son difundidos por la prensa, la opinión pública es cruel con el imputado. Según señala Neumann (1984), la opinión pública se asemeja a un guardián protector de la moralidad pública, pero con una influencia desastrosa contra el individuo que arremetió contra dicha moralidad. Por lo tanto, se presenta como una ambivalencia, pues en ocasiones se fundamentaría en un prejuicio infundado. Y en otras, se le otorga el objetivo de proteger la tradición, la moral y las buenas costumbres.

5.3. La relación de los medios de comunicación y la administración de justicia

Los distintos ordenamientos jurídicos que regulan la libertad de expresión (a la vez de prensa e información), no premeditaron el impacto de los medios sobre la administración de justicia. A partir del reconocimiento de este derecho, se genera un problema de abuso de derecho, ya que los medios de comunicación forman la opinión pública a su favor por medio de la persuasión con el fin de satisfacer su interés privado (rating, política, etc.). De esa forma, entra en contradicción el derecho de información (libertad de prensa) y el principio de presunción de inocencia que favorece al acusado.

En medio de este conflicto se debe aclarar que el derecho a la información es limitado, porque en ocasiones afecta una serie de derechos contenidos dentro del principio de dignidad humana. Entre estos, se exige la protección del derecho a la propia imagen y el derecho de intimidad de las personas que están siendo procesadas. Además, la presión que ejercen los medios de comunicación lleva a los jueces a ser meros ejecutores de la voluntad de la presión mediática, con lo cual la prensa logra “defender los intereses públicos”.

6. La prisión preventiva y su concepción en la sociedad

Esta medida de coerción es percibida en la sociedad, principalmente por causa de los medios de comunicación, como una pena anticipada. Ello demuestra el desconocimiento de esta institución en el ordenamiento jurídico penal, de sus principios y garantías. En consecuencia, se generan ideas erróneas sobre los conceptos básicos, naturales y finales

del derecho, ya que no solo ignoran la ley procesal penal (nacional), sino también, la sólida doctrina en Europa (Alemania, España) y América (EE. UU., Chile, Colombia, Uruguay, Argentina). Incluso, desconocen la jurisprudencia vinculante peruana (Casaciones), que tiene como objetivo homogeneizar la forma de resolver de los jueces (Acuerdos Plenarios).

Por lo general, después de cometerse un delito culposo o doloso, y de impacto social, los ciudadanos (familiares, parientes o conocidos de la víctima) exigen, a través de la prensa, prisión preventiva, como una forma de justicia para sus seres queridos, sin entender el propósito de esta medida de coerción. Por tal motivo, inferimos que la perspectiva general sobre este mecanismo es el de un fin en sí mismo y no un medio. La cual genera una confusión, que es apañada por la prensa.

Es claro que por medio de la prisión preventiva se pretenda proteger el proceso hasta llegar a la sentencia. Sin embargo, si no se demuestra los supuestos de peligro procesal en el caso concreto, se estaría incurriendo en una afectación de principios constitucionales e internacionales. Como ya se ha señalado anteriormente, se desestimaría el principio de presunción de inocencia (art. 2, inc. 24, núm. e, de la Constitución Política del Perú) y de la Comisión Americana de Derechos Humanos, según el informe 35/7 donde se señala los límites de una prisión preventiva:

Se rechaza la posibilidad de fundamentar la prisión preventiva en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que se cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho al tratarse de criterios de derecho penal material no procesal, propio de la respuesta punitiva. (Quiroz & Araya, 2014, p.52)

Respecto a esta problemática penal mediática, Frascaroli (2004) asegura que en medio de este conflicto se generaría “el proceso paralelo de la prensa”, a partir del conflicto entre la justicia penal y los medios de comunicación, pues se juzga ante un hecho aparentemente delictivo y por su impacto social. De ese modo, se suelen brindar dos procesos: el proceso judicial y el informativo, pues una cosa es informar sobre los acontecimientos que ocurren y otra es realizar un juicio sobre ellas.

Un claro ejemplo de este proceso doble es el caso de Melisa González Gagliuffi, quien en el año 2019 enfrentaba un requerimiento de prisión preventiva, la cual fue obligada a ser impuesta por la presión de los medios de comunicación y la opinión pública que se adelantaron a la sentencia condenándola culpable. Finalmente, la medida fue aplicada y

luego que el caso dejó de ser mediático dicha medida fue revocada, decidiéndose así una comparecencia con restricciones y la obligación de cancelar s/30, 000 de caución.

Partiendo de este ejemplo, el poder que tiene la prensa debe moderarse y no debe sobrepasar los límites de la publicidad del acontecimiento, ya que al sobrepasarse afectaría los derechos, principios y garantías de los imputados. Los juicios y perspectivas que señalan, usando una pseudo justicia penal, provoca que la solución de conflictos vuelva a ser precario y no existan garantías como la presunción de inocencia. La explicación radica en que, al momento de juzgar el supuesto delito, los espectadores consideran más verás la opinión de un reportero o periodista, ya sea plasmada en un periódico o difundida en un programa de televisión, que las resoluciones, autos y sentencias de un juez penal, por los prejuicios que la sociedad tiene y que la prensa alimenta mediante la adopción de posturas.

Además, mientras el juez se toma tiempo para solucionar el conflicto, respetando cada garantía, los medios de comunicación conceden al público resultados simples y rápidos a los casos. Con ello, dejan de lado el papel principal de la prueba en el proceso por el parecer o las “supuestas y contundentes pruebas” que tiene el periodista. Es un acto imparcial cambiar la verdad por los prejuicios, solucionando los conflictos con “mano dura”, para evitar su reiteración delictiva.

7. Aplicación arbitraria de la prisión preventiva en el Perú

La prisión preventiva se encontraba regulada, indirectamente, antes de la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Penal (en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y Código Procesal Penal de 1991). El Perú tenía uno de los índices más altos de personas recluidas en establecimientos penitenciarios con prisión preventiva. De modo que, se pretendía disminuir el porcentaje al integrarse el sistema acusatorio garantista del NCPP, pero *a contrario sensu* siguen elevándose.

En el 2012, las personas procesadas que se encontraban recluidas en una cárcel, sin sentencia representaban el 59% de toda la población penitenciaria. Similar a lo que ocurría en Argentina (52,6% en 2010), Ecuador (46% en 2009) y Uruguay (64,6% en 2012). En el Perú, hasta enero del 2019, este porcentaje ha disminuido a 39% (35, 925 personas) (Chanjan, 2019, abril 30).

Estos porcentajes evidencian, que la prisión preventiva se sigue utilizando indiscriminadamente en el Perú. Sin embargo, la pregunta que se debería formular es la siguiente: ¿por qué actualmente se utiliza tanto la prisión preventiva? Si con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del 2004, se implementaron principios, garantías

y normas internacionales que reducen su aplicación a un uso excepcional. Gracias a esto, el resultado esperado debería ser la disminución porcentual de los reclusos sin sentencia. No obstante, según Chávez (2013), su uso y abuso se sigue solicitando por el Ministerio Público en un tercio de los casos en etapa de investigación preparatoria, que son el 32 y 35 %, pues su aplicación o la solicitud de aquella se basa en la efectividad que consigue obtener, no en su suficiencia, ya que es un mecanismo más seguro para evitar el peligro procesal, pero a la vez el más dañino para los derechos y garantías del imputado.

En los delitos que se aplica con más frecuencia son los cometidos contra el patrimonio (robo agravado), contra la vida o tráfico de ilícito de drogas, los cuales llegan 50% de los casos con prisión preventiva. Además, en la sustentación del peligro procesal, se opta en su mayoría por el peligro de fuga abarcando así el 90% de los casos; y en escasas veces en la obstaculización de medios probatorios. Principalmente, el peligro de fuga será justificado por la falta de arraigo, que no es una novedad entre los ciudadanos de un país tercermundista, pues en el Perú, y principalmente en Lima, la mayoría de su población es de pocos ingresos con trabajos independientes o informales, con un tipo de familia reconstituida, monoparental o separada (divorciados o convivientes separados) que habita en viviendas alquiladas o cuartos proporcionados por los familiares.

En medio de los problemas que se enfrentan por la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, se suma la presión de los medios de comunicación, que han modificado su fin de transparencia y publicidad de los procesos penales, por la *justicia mediática*. Lo hacen tomando posturas, construyendo motivaciones meramente argumentativas y aparentes, que tienen mucha acogida por el público en general, y condenando al presunto delincuente. Aquel hecho genera, que la opinión pública prejuzgue una conducta sin conocer los derechos y garantías que cada persona tiene frente al aparato estatal.

Es obvio que después del *veredicto* de la prensa para un caso en concreto la opinión pública, manipulada por la prensa, censuró al imputado, tachándolo de criminal, por el solo hecho de haber visto videos donde se le captura en una presunta cuasi flagrancia o cuasi flagrancia ficta. Por falta de conocimientos, consideran a la flagrancia como un delito y a los videos e imágenes donde se le ve al imputado cometiendo tal “delito” como prueba (aunque no son más que medios de prueba). Con todo ello, su sentido de justicia no espera mucho para dar una respuesta frente al hecho, influenciados por los medios de comunicación.

Así, al momento de que el imputado ingresa al proceso, el centro de atención y tensión deja de ser el actor y pasan a ser los servidores de justicia (el juez y el fiscal), a fin de que no liberen al “malhechor” y pague por su delito. Sin embargo, esta presión solo

genera que los jueces y fiscales estén forzados a cometer arbitrariedades y a dejar de lado las garantías y principios constitucionales y legales que protegen al imputado, solamente para satisfacer la voluntad de la opinión pública. Es por ello que la aplicación de la prisión preventiva es, en los casos mediáticos, impulsada por los medios de comunicación y no es pedida o decidida según la legislación, jurisprudencia o Doctrina.

Los medios de prensa atentan contra el principio de imparcialidad del Juez, que debería estar protegida por la garantía de independencia judicial. En la realidad los medios de comunicación menoscaban la función de los jueces y fiscales, juzgando su accionar como impropio y corrupto, y no consideran al juez como director del proceso (*Iura novit curiae*). Por ello, frente a este dilema, Álvarez (2015), divide a los jueces en dos tipos: los jueces garantistas y los efectivistas.

Los jueces garantistas son aquellos que rechazan y enfrentan la presión de la prensa, priorizando sus decisiones con independencia e imparcialidad, pero esto no impide que de alguna forma puedan evitar que la ODECMA los investigue. Particularmente, considero esto último un acto injusto, pues los medios de comunicación se valen de ello para difundir su opinión criticando el accionar del juez, y lo sentencia como un corrupto. Tal desacreditación genera una perspectiva equívoca de los servidores públicos, y el rechazo de los ciudadanos.

Los jueces efectivistas son los que se enfocan en oír los rumores sociales y solucionar de acuerdo con lo que ellos predicen. Solo respetan y se definen por las exigencias de la opinión pública. Por ello, los jueces, al motivar las resoluciones sobre las audiencias de prisión preventiva, en algunas ocasiones describen sus razones en “las máximas de la experiencia”, incurriendo en una motivación insuficiente, aparente, insubsistente, que traerá problemas cuando se quiera impugnar. En muchos casos, luego de disminuir la presión mediática, se revocan las prisiones preventivas por falta de motivación suficiente.

Al momento de resolver en un proceso penal un caso mediático, sea en audiencia de prisión preventiva o en juicio, los servidores públicos son observados por la prensa y por espectadores que conocen poco del Derecho. Al parecer, según el punto de vista de la opinión pública, la presunción de inocencia acaba con la detención policial y que cada delito flagrante es un delito probado. Por tal motivo, llegan a confundir los términos solamente por llevar la palabra “prisión”, calificándola como pena y no como un término que también se usa en las medidas de coerción.

8. Conclusiones

La fundamentación de la prisión preventiva, a partir de principios entrelazados entre sí, para prevenir su aplicación arbitraria. No son suficientes si la presión de la prensa se involucra en la tarea de los jueces y fiscales, manipulando coercitivamente la decisión de los operadores de justicia y teniendo dominada la opinión pública.

- El fin de la prisión preventiva queda sin efecto cuando los medios de comunicación interfieren e influncian y manipulan el proceso penal.
- Los medios de comunicación tienen como finalidad informar e impulsar la rendición de cuentas respecto de los asuntos de interés público, y constituyen la opinión pública.
- Los medios de prensa ejercen presión mediática a través de su influencia sobre el comportamiento de las personas y los magistrados.
- La prisión preventiva debe ser utilizada como el último recurso a elegir. Lo correcto es empezar de lo menos grave. Por ello, no es necesario iniciar por la *más gravosa*.
- La prisión preventiva es una medida de coerción personal, provisional y excepcional que priva del bien jurídico de libertad individual con el *único* fin de evitar el peligro procesal.
- Existen casos en que se ordena prisión preventiva solo por la insistencia mediática, sin que se acredite los presupuestos procesales de ley y con motivación aparente.
- Los jueces garantistas son aquellos que resuelven con independencia e imparcialidad.
- Los jueces efectivistas son los que se enfocan en oír los rumores sociales y solucionar de acuerdo con estos, pues respetan las exigencias de la opinión pública y no a la Ley.

Referencias

- Álvarez Yrala, E. (2015). Independencia y prisión preventiva. *THEMIS Revista De Derecho*, (68), 77-81. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15583>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.” 217 (III) A. París. Recuperado de <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

- Borruto, M. E. (2012). *Medios de comunicación y Opinión Pública: su influencia en la Justicia Penal* (Monografía de posgrado). Universidad de Granada. Instituto de Altos Estudios Universitarios. Maestría en Derecho Penal Internacional. España. Recuperado de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1836/Borruto_maestria.pdf?sequence=1
- Castañeda, G. (2019, abril 23). La prisión preventiva: ¿Qué dicen las normas sobre esta medida? *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/prision-preventiva-dicen-normas-medida-noticia-ecpm-628787-noticia/>
- Corte Suprema de Justicia (2019, 11 de abril). Recurso de Casación N° 1145-2018/ Nacional (César San Martín Castro). <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/SPP-RC-1445-2018-NACIONAL.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Exp. N° 00408 LIMA, Caso: Melisa González Gagliuffi, emitido el día 21 de octubre de 2019. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e53354004c695da9a3f5e3e93f7fa794/D_Apelacion_Gonzalez_Gagliuffi_101219.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e53354004c695da9a3f5e3e93f7fa794
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). Acuerdo Plenario N° 01-2019/ CIJ-116 del 10 de septiembre del 2019. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4648ac004b66895982828691cd134a09/XI-PLENO-JURISDICCIONAL-SPP-SPT-Y-SPE-01-2019-CIJ-116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4648ac004b66895982828691cd134a09>
- Constitución Política del Perú. [Const.]. (1993). Artículo 2 [Título I]. Congreso de la República.
- Chanjan, R. (2019, abril 30). A propósito del uso de la prisión preventiva en el Perú. *RPP*. Recuperado de <https://rpp.pe/columnistas/rafaelchanjandocumet/a-proposito-del-uso-de-la-prision-preventiva-en-el-peru-noticia-1194254>
- Chávez, G. (2013). La prisión preventiva en Perú, ¿medida cautelar o anticipo de la pena. *Ideele Revista*, (227), 1-7. Recuperado de <https://revistaideele.com/ideele/content/la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-per%C3%BA-%C2%BFmedida-cautelar-o-anticipo-de-la-pena>
- Frascaroli, M. (2004). *Justicia penal y medios de comunicación: la influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Ministerio Público. (2019). Resolución N° 2068 del Ministerio Publico del 14/10/19. Recuperado de https://es.scribd.com/document/430255369/Caso-683-2019-BARIO-BARRON-Accidente-San-Isidro#from_embed

- Pujadas, V. (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales: Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Lima, Perú: Marcial Pons.
- Quiroz, W.,y Araya, A. (2014). *La Prisión Preventiva: Desde la Perspectiva Constitucional, Dogmática y del Control de Convencionalidad*. Lima, Perú: Ideas.

A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE EM REDE NA ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL A PARTIR DO PROJETO DE LEI N. 10.220/2018: A OBRIGATORIEDADE DE UM SÍTIO PÚBLICO ELETRÔNICO CAPAZ DE CONFERIR PUBLICIDADE AOS ATOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA DE EMPRESAS

*Cristiane Penning Pauli de Menezes**

Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA
cristianepaulidemenezes@gmail.com

*Fernanda Rodrigues***

Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA
fernanda.rodrigues.0895@gmail.com

Resumo: A pesquisa procurou analisar em que medida as novas tecnologias refletem na abordagem de diretrizes alternativas para a atuação do Administrador Judicial a partir do Projeto de Lei n. 10.220/2018, no que tange a publicidade dos atos recuperacionais e falimentares. Por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e em *sites*, analisou-se as modificações causadas na sociedade pelo uso da *internet*, o que surte efeitos inclusive no mundo jurídico. Com um olhar para o Direito Empresarial, abordou-se questões conceituais sobre Recuperação e Falências de empresas, enfatizando a figura do Administrador Judicial e sua atuação. Por meio do método de abordagem dedutivo, partiu-se uma análise geral da influência do uso da *internet* na sociedade contemporânea e das

* Doutoranda pela Universidade Feevale. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Franciscana - UFN. Graduada no Programa Especial de Graduação de Formação de Professores para a Educação Profissional da UFSM. Graduada (2010) pela Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Professora de Direito Empresarial na FADISMA e na UFN. Advogada. Administradora Judicial.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Pós-graduada em Direito Empresarial pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico. Graduada em Direito (2018) pela Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Advogada.

obrigações do Administrador Judicial na perspectiva da Lei n.11.101/2005 até adentrar na proposta do Projeto de Lei n. 10.220/2018, no que tange à imposição ao Administrador Judicial de manutenção de um sítio eletrônico para conferir maior publicidade aos atos processuais. Empregando o método de procedimento monográfico, analisou-se a atuação de Administradores Judiciais das cidades de Santa Maria - RS e Porto Alegre - RS. Verificou-se que grande parte dos Administradores Judiciais mantém um sítio eletrônico com as principais informações e peças processuais, todavia, alguns apresentam acesso restrito às tais informações. Concluiu-se que as propostas de alterações do Projeto de Lei n. 10.220/2018 no sentido de utilizar as redes de *internet* para conferir maior publicidade e acesso aos processos falimentares e recuperacionais, consistirão em alterações positivas caso implementadas.

Palavras-chave: Administrador Judicial. Novas tecnologias. Publicidade. Projeto de Lei n. 10.220/2018.

THE INFLUENCE OF NETWORK SOCIETY IN THE JUDICIAL ADMINISTRATOR'S PERFORMANCE FROM DRAFT LEI N. 10.220 / 2018: THE OBLIGATION OF AN ELECTRONIC PUBLIC SITE ABLE TO CONFER PUBLICITY TO ACTS OF JUDICIAL RECOVERY AND BUSINESS BANKRUPTCY

Abstract: The research sought to analyze the extent to which new technologies reflect on the approach of alternative guidelines for the performance of the Judicial Administrator based on Bill no. 10.220/2018, regarding the advertising of bankruptcy and recovery acts. Through the technique of bibliographic research and on websites, the changes caused in society by the use of the internet were analyzed, which has effects even in the legal world. With a look at Corporate Law, conceptual issues on Corporate Recovery and Bankruptcy were addressed, emphasizing the figure of the Judicial Administrator and his performance. Through the deductive approach method, we started a general analysis of the influence of internet use in contemporary society and the obligations of the Judicial Administrator in the perspective of Law No. 11.101/2005 until entering into the proposal of Bill no. 10.220/2018, regarding the imposition on the Judicial Administrator of maintaining an electronic website to give greater publicity to procedural acts. Using the monographic procedure method, the performance of Judicial Administrators in the cities of Santa Maria - RS and Porto Alegre - RS was analyzed. It was found that most of the Judicial Administrators maintain an website with the main information and procedural documents, however, some have restricted access to such information. It was concluded that the proposed amendments to Bill no. 10.220/2018 in the sense of using internet

networks to provide greater publicity and access to bankruptcy and recovery processes, will consist of positive changes if implemented.

Keywords: Judicial Administrator. New technologies. Publicity. Bill no. 10.220/2018.

1. Introdução

Toda inovação tecnológica surte efeitos nas esferas da sociedade, seja em relação à forma de organização social, como também no âmbito do direito. Como consequência da evolução da *internet*, grande parte das relações se desenrolam no meio virtual. O tema central da pesquisa objetivou demonstrar a necessidade das normas de direito acompanharem a evolução das novas tecnologias, com um olhar para o Direito Empresarial, tendo em vista a tramitação do Projeto de Lei n. 10.220/2018 que visa alterar a Lei n. 11.101/2005 e propõe alterações relacionadas ao uso da *internet*.

O presente trabalho procurou analisar em que medida as novas tecnologias refletem na abordagem de diretrizes alternativas para a atuação do Administrador Judicial a partir do Projeto de Lei n. 10.220/2018, no que tange a publicidade dos atos recuperacionais e falimentares. A pesquisa possui três pilares de relevância, justificando-se em relação ao caráter pessoal, social e científico.

A justificativa pessoal, encontra guarida no interesse autoral em temas atuais oriundos da sociedade em rede com implicações no mundo do direito, principalmente, na seara do Direito Empresarial. A relevância social encontra fundamento na análise de uma temática emergente, visto que a evolução da *internet* fomenta novas demandas que devem receber um olhar das normas de Direito. Na medida em que se faz necessária atualizações legislativas para acompanhar as alterações advindas das tecnologias, verifica-se a justificativa científica.

Para responder a problemática apresentada, adotou-se o método de procedimento dedutivo, partindo-se de uma análise geral da evolução da *internet* e seus efeitos na sociedade contemporânea, analisando-se também os construtos conceituais da Recuperação Judicial, Falência de empresas e atuação do Administrador Judicial na perspectiva da Lei n. 11.101/2005, até adentrar nas propostas do Projeto de Lei n. 10.220/2018. Analisou-se *sites* de Administradores Judiciais já existentes, o que se viabilizou por meio do método de procedimento monográfico. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, legislativa e em *sites*.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em dois capítulos. Em um primeiro momento abordou-se as questões inerentes a evolução da *internet* e seus reflexos, inclusive no mundo jurídico e no âmbito do Direito Empresarial. Em um segundo momento, abordou-se os institutos jurídicos da Recuperação e Falência de empresas, bem como da figura do Administrador Judicial na perspectiva da Lei n. 11.101/05 e, as alterações propostas pelo Projeto de Lei n. 10.220/2018, principalmente no que tange à imposição ao Administrador Judicial de manutenção de um sítio eletrônico público.

2. Novas tecnologias e seus desdobramentos no mundo jurídico: o uso da *Internet* e sua imbricação com o direito empresarial

Assim conceituada por inúmeros doutrinadores, a sociedade em rede, vista como um novo modelo social, é responsável por uma série de mudanças estruturais na vida dos indivíduos, trazendo em seu bojo inúmeros desafios oriundos deste novo modelo social. Esta nova forma de reestruturação da sociedade, teve origem em um novo ambiente de comunicação, em que é predominante o uso da *internet*. Castells refere que “a *internet* é o tecido de nossas vidas”, sendo esta, o instrumento principal para a nova forma organizacional baseada em uma era de informação, comunicação e sociabilidade (2003, pp. 7-98-225).

As redes de *on-line*, foram propulsoras de evidentes mudanças na organização da sociedade moderna, em que a *internet*, ganha a cada momento proporção maior na vida dos cidadãos, eis que utilizada em todas as esferas e indispensável no cotidiano de seus usuários. Meio de comunicação algum havia oportunizado à sociedade a possibilidade de troca de conhecimentos, culturas e experiências de vida de maneira tão ágil e satisfatória aos anseios da população (Cardoso, 2007, p. 43).

Na sociedade contemporânea, o uso da *internet* passou a ser observado como um mecanismo imprescindível ligado ao desenvolvimento da vida cotidiana, vez que, o seu avanço e o seu uso em escala planetária deu-se de maneira surpreendentemente rápida no momento em que os indivíduos perceberam que poderiam utilizar-se desta ferramenta em proveito próprio, a fim de facilitarem tarefas do dia-a-dia (Veiga, 2000, p. 17).

A sociedade nunca foi tão independente e gozou de tanta autonomia para realizar suas descobertas e estar em constante atualização em tempo real acerca de todos os aspectos relevantes, sejam eles sociais, políticos, profissionais ou a simples possibilidade de estar interconectada com indivíduos do mundo através das redes (Gonçalves, 2003, pp. 31-32).

As redes de *internet* ganharam um papel principal quando o tema é o surgimento de novos modelos sociais, visto que, a troca de informação virtual, livre de limitações referentes à distância e tempo, que permite a expansão de conhecimento e sociabilidade em tempo real através do virtual, remete a ideia de que existe uma mudança desencadeada nas sociedades atuais, nas quais predomina a informação como atividade mais relevante (Cardoso, 2007, p. 37).

Neste novo modelo social, as principais atividades cotidianas passaram a agrupar-se em torno das redes de *internet*, criando certa dependência de seus usuários, vez que as utilidades atribuídas às redes são imensuráveis, seja para comunicação, entretenimento e inclusive para atividades profissionais. (Castells, 2003, pp. 98-99). Nas palavras de Castells:

Se você não se importar com as redes, as redes se importarão com você, de todo o modo. Pois, enquanto quiser viver em sociedade, neste tempo e neste lugar, você terá de estar às voltas com a sociedade de rede. Porque vivemos na galáxia da Internet. (2003, p. 230)

O avanço do uso da *internet* em todas as áreas da vida humana, fora o que culminou em uma nova era – a chamada “era da informação” – originando assim a existência de uma sociedade construída ao redor do virtual em que os indivíduos encontram-se em constantes evoluções, emergem novos desafios oriundos do uso das redes *on-line* (Melo, 2000, p. 21), criando-se assim, uma nova forma social, a denominada sociedade em rede.

“Construída em torno das redes de comunicação da *internet*”, em suas diversas formas e surtindo efeitos na vida das pessoas a depender de cada história e cultura, a sociedade em rede ou sociedade da informação, vem sendo a grande propulsora de mudanças sociais, culturais e estruturais, ao passo que também suscita imensuráveis desafios (Castells, 2003, p. 225).

Essa nova era à que se remete, marcada pelo crescente uso da *internet*, dera origem à um novo paradigma social, político e estrutural. Castells remete a ideia de que “a sociedade em rede representa uma transformação qualitativa da experiência humana”, ao passo que, as ações sociais transformam as relações entre a cultura e a natureza, insurgindo-se neste contexto, uma nova forma de estruturação da sociedade (2016, p. 560).

As mudanças oriundas do novo modelo social, se desenrolam em vários eixos que marcam a modernidade, seja no âmbito econômico, cultural ou político (Cardoso, 2007, p. 39), chegando a surtir seus efeitos inclusive no âmbito do direito. As tecnologias

da informação trouxeram para a sociedade contemporânea novas condutas, novos comportamentos e novas maneiras de agir pelos indivíduos e assim, resta imprescindível que esses novos paradigmas recebam orientação e tutela pelas normas de direito, para somente assim, estar assegurada a segurança das relações interpessoais nesta nova organização social (Pinheiro, 2013, p. 43).

Neste novo contexto, observa-se que, as tecnologias e o direito, não existem de maneira isolada e independente entre si, pois, este novo paradigma social marcado pelo avanço do uso da tecnologia de informação, exige do sistema jurídico brasileiro uma “nova estrutura normativa para lidar com os riscos e com as oportunidades oferecidas por tais inovações”, na medida em que essas inovações devem ser adequadas às normas de direito (Leonardi, 2012, p. 27).

Logo, para que seja possível garantir os interesses e necessidades dos indivíduos em uma sociedade contemporânea, os fenômenos sociais oriundos do avanço tecnológico, precisam ser regidos de maneira efetiva pelas normas de direito (Lisboa, 2005, p. 511), de modo que estas atendam de maneira satisfatória as demandas originárias desta nova organização social.

A *internet* produziu efeitos na esfera jurídica, passando a exigir uma constante atualização do ordenamento jurídico brasileiro frente às novas demandas oriundas da sociedade contemporânea. Assim, é imprescindível que se tenha a evolução das normas de direito para salvaguardar os interesses da sociedade em geral.

O uso da *internet* possui o condão de facilitar a vida cotidiana da sociedade contemporânea, visto que redefine as barreiras territoriais possibilitando maior interação e comunicação entre as pessoas. As relações de todas as searas da sociedade, seja do simples contato entre famílias separadas por uma fronteira geográfica até as mais importantes conferências empresariais, migraram para as redes de *internet*.

Observe-se que o uso da *internet* possibilita maior facilidade e efetividade às relações cotidianas, considerando que se vive em uma sociedade globalizada onde os indivíduos correm contra o tempo a fim de dar conta de seus afazeres diários. Portanto, o uso das redes de *internet* é uma ferramenta capaz de facilitar as relações em todas as searas dos cidadãos.

A partir disso, cabe ao direito acompanhar essa evolução, vez que, juntamente com a migração das relações pessoais e profissionais para as redes *on-line*, surgem novas demandas oriundas da conectividade da sociedade contemporânea. O uso da *internet* causa efeitos em todas as áreas do mundo jurídico, inclusive no tocante ao Direito Empresarial.

No âmbito do Direito Empresarial, uma das suas esferas mais complexas ganha guarida nos estudos da Recuperação Judicial e Falências de empresas, tanto é que a legislação concernente a tais institutos está migrando para uma terceira atualização. Em um primeiro momento tinha vigência o Decreto-Lei 7.661/1945, que trazia os termos falência de empresas (presente no ordenamento jurídico) e, concordatas (as quais foram redefinidas e atualmente consistem na Recuperação Judicial) (Senado Federal do Brasil, 1945). No ano de 2005, passou a ter vigência a Lei n. 11.101/2005, a qual dentro suas alterações e considerando o novo contexto econômico e financeiro da sociedade, substituiu a antiga concordata pela Recuperação Judicial de empresas (Senado Federal do Brasil, 2005). Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 10.220/2018, com propostas de alterações à Lei 11.101/2005 (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

Uma das propostas do Projeto de Lei n. 10.220/2018 diz respeito a atuação do Administrador Judicial nos processos de Recuperação Judicial e de Falência de empresas, no que tange a publicidade dos atos processuais e da sua atuação em tais demandas. Em sendo aprovado o Projeto de Lei n. 10.220/2018, será imposto ao Administrador Judicial a manutenção de um sítio eletrônico atualizado com as principais peças processuais e informações relativas aos processos de Recuperação Judicial e Falências (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

Neste ponto é perceptível a influência da expansão à escala planetária do uso das redes de *internet* em mais uma esfera do mundo jurídico, posto que tal inovação trazida pelo projeto de lei supracitado, passou a ser discutida nos anos em que a própria forma de organização da sociedade foi redefinida em razão do uso da *internet* em todas as searas das relações humanas. A proposta do Projeto de Lei n. 10.220/2018 visa dar maior publicidade e agilidade à atuação do Administrador Judicial, eis que a partir da obrigatoriedade de um sítio eletrônico é conferida maior possibilidade aos credores para acompanharem a forma como estão sendo discutidos e decididos seus próprios direitos (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

Desta forma, o próximo capítulo irá elencar os principais aspectos sobre a atuação do Administrador Judicial nos processos de Recuperação Judicial e Falência e, a inovação da publicidade trazida pelo Projeto de Lei n. 10.220/2018 (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018). Ainda será realizada uma análise do contexto atual das cidades de Santa Maria - RS e Porto Alegre - RS, no intuito de demonstrar se tal publicidade já existe ou seria tão somente implementada pela nova lei, se aprovada.

3. Da atuação do administrador judicial e da publicidade dos atos recuperacionais e falimentares sob a ótica do projeto de Lei n.

10.220/2018: uma análise dos contextos de Santa Maria e de Porto Alegre no Rio Grande do Sul

Considerando o contexto social financeiro e econômico, o Direito Empresarial Brasileiro prevê na Lei n. 11.101/2005 dois institutos jurídicos relativos a crise econômico-financeira das empresas, quais sejam a Recuperação e a Falência de empresas. Antes que possa trazer à baila a importância do Administrador Judicial, torna-se oportuno trazer - mesmo que de forma breve - um construto terminológico e conceitual de ambos institutos.

A crise econômico-financeira da empresa é um desafio ao Direito Empresarial, o qual possui como base o princípio da preservação da empresa e o reconhecimento da sua função social. Todavia, é um desafio passível de recuperação. Neste contexto, compreende-se o instituto da recuperação de empresas, determinada pela Lei n. 11.101/2005 e sob duas formas, a Recuperação Judicial e a Recuperação Extrajudicial (Mamede, 2019, p. 123).

A Recuperação Judicial da empresa tem como principal objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor, preservando a empresa e permitindo a continuidade das atividades empresariais com a finalidade de manter o emprego dos funcionários, a fonte produtora e os interesses dos credores, tendo como base o princípio da preservação da empresa e sua função social, de acordo com o artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 (Senado Federal do Brasil, 2005).

De outra banda, ainda que não seja o objeto de estudo desta pesquisa, a Recuperação Extrajudicial está prevista nos artigos 161 a 167 da Lei n. 11.101/2005. Em situações de crise econômico-financeira, o Poder Judiciário é provocado para aferir a presença dos requisitos legais para a concessão da recuperação da empresa e para “chancelar a posição a que chegarem as partes”. Assim, a intervenção do Poder Judiciário na reunião dos credores para aprovação do plano de recuperação da empresa não consiste na única via para a superação da crise econômico-financeira, existindo também meios alternativos e extrajudiciais, qual seja a Recuperação Extrajudicial da empresa. Tal caminho retrata a viabilidade jurídica e regularidade das negociações a serem realizadas diretamente entre o devedor e seus credores, observadas as diretrizes legais (Mamede, 2019, p. 213).

A recuperação de empresas - judicial ou extrajudicial - tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor, a manutenção das atividades empresariais e o estímulo à atividade econômica local. Contudo, a crise econômico-financeira da empresa pode não possuir alternativas de recuperação, tendo o devedor que socorrer-se à falência.

Aponta-se que “a Lei 11.101/2005 possui um viés mais recuperatório do que liquidatório, seguindo uma tendência mundial do direito das empresas em crise”, contudo,

não deixa de regulamentar as questões relativas à falência. Em linhas gerais a falência consiste na “liquidação patrimonial forçada em relação aos devedores empresários que não têm condições de superar a crise econômico-financeira pela qual estão passando” (Tomazette, 2019, p. 298).

O que se extrai da doutrina e da legislação é que se deve, em um primeiro momento, buscar a recuperação da empresa. Todavia, existem situações de crises financeiras em que se torna inviável a sua recuperação, devendo neste caso, realizar a liquidação do patrimônio do devedor, apurando o seu passivo e o seu ativo. O referido processo de apuração do passivo e liquidação do ativo para saldar o passivo, se denomina como falência (Mamede, 2019, p. 224).

Compreendidos, em linhas gerais, os institutos jurídicos da Recuperação Judicial e Falência de empresas, passa-se a análise da figura do Administrador Judicial, elencado nos artigos 21 a 34 da Lei n. 11.101/2005. Inicialmente, aponta-se que o Decreto-Lei 7.661/1945 abordava a falência e a concordata preventiva, as quais foram substituídas, respectivamente, pela falência e pela recuperação judicial contempladas na Lei n. 11.101/2005. Na vigência do Decreto-Lei 7.661/1945, para os processos falimentares era nomeado um síndico e, na concordata ficava a cargo do devedor a administração do negócio, sendo a atividade fiscalizada por um comissário. O síndico e o comissário, eram nomeados pelo Magistrado (Bezerra Filho, 2013, p. 95).

Com a vigência da Lei n. 11.101/2005, a figura do síndico e do comissário restou substituída pelo Administrador Judicial, que desempenha função de auxiliar do juiz nos processos de Recuperação e Falências de Empresas (Venosa & Rodrigues, 2017, p. 317). A Lei n. 11.101/2005, determina em seu artigo 21, *caput*, que “o administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada” (Senado Federal do Brasil, 2005).

O Administrador Judicial consiste em um órgão ou em um agente auxiliar da justiça e nomeado pelo Magistrado (Almeida, 2017, p. 221). No processo de Falência, a nomeação ocorre na sentença declaratória da Falência e, no processo de Recuperação Judicial, no despacho que defere o processamento da recuperação judicial (Bezerra Filho, 2013, p. 96). Em relação aos construtos conceituais do Administrador Judicial:

O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. Sendo pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de compromisso (art. 33, LRE), o nome de profissional responsável pela condução do processo de

falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz. **A anacrônica disposição da lei de falências revogada que impunha a nomeação de comissário e síndico aos maiores credores e residentes no foro do processo concursal, além de possibilitar abusos e distorções, não se justificaria nos dias atuais, porque o avanço da internet elimina barreiras de tempo e espaço.** Daí, certamente, a simplificação do processo de escolha. Não se podem confundir as atribuições do administrador judicial com as do administrador da empresa, que continua sendo seu gestor. (Venosa & Rodrigues, 2017, p. 317; sem grifos no original)

Ao que se depreende, o Administrador Judicial desempenha papel imprescindível de auxiliar do Magistrado nos processos de Recuperação Judicial e Falência de empresas, sendo nomeado pelo próprio juiz e podendo ser pessoa física ou jurídica, que deverá assumir o encargo por meio da assinatura do termo de compromisso no prazo de 48 (quarenta e oito) horas a contar da sua nomeação, nos termos do artigo 33 da Lei n. 11.101/2005¹ (Senado Federal do Brasil, 2005).

Do trecho colacionado, é imprescindível destacar que o Administrador Judicial não pode ser confundido com o administrador da empresa (ou gestor da empresa), posto que atua no processo judicial como auxiliar do juiz. Em contrapartida, o administrador da empresa pratica os atos de gestão das atividades empresariais.

A Lei n. 11.101/2005 determina em seu artigo 24 as questões atinentes à remuneração do Administrador Judicial, a qual não poderá exceder 5% do passivo da empresa nos casos de Recuperação Judicial ou do valor da venda dos bens arrecadados na Falência, reduzida a 2% em caso de microempresas e empresas de pequeno porte. Aponta-se ainda a possibilidade de destituição do Administrador Judicial, nas hipóteses do artigo 31 da Lei n. 11.101/2005² (Senado Federal do Brasil, 2005). Os deveres e obrigações do Administrador Judicial, estão elencados no artigo 22 da Lei n. 11.101/2005:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

(...)

¹ Art. 34. Não assinado o termo de compromisso no prazo previsto no art. 33 desta Lei, o juiz nomeará outro administrador judicial. (Senado Federal do Brasil, 2005).

² Art. 31. O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros (...) (Senado Federal do Brasil, 2005).

- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- (...)
- II – na recuperação judicial:
 - a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
 - (...)
- III – na falência:
 - (...)
 - n) representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;
 - (...)³

Como se vê, a legislação atribui uma série de obrigações ao Administrador Judicial, classificando-as em obrigações comuns à Recuperação Judicial e à Falência (artigo 22, I), obrigações específicas da Recuperação Judicial (artigo 22, II) e obrigações especificadas da Falência (artigo 22, III). Uma das principais diferenciações percebidas, é que no processo de falência o Administrador Judicial pode representar judicialmente a massa falida, atuando como seu Procurador. Já na Recuperação Judicial, o Administrador Judicial não irá atuar como Procurador da empresa, desempenhando função fiscalizatória e de auxílio ao Magistrado (Senado Federal do Brasil, 2005).

Observe-se ainda a partir da última citação elencada, que a transição do Decreto-Lei 7.661/1945 para a Lei n. 11.101/2005 levou em consideração as alterações causadas pelo avanço da *internet*. A lei vigente deixou de exigir que o Administrador Judicial resida na comarca de tramitação da demanda, eis que a partir do uso da *internet* as barreiras territoriais foram redefinidas, sendo totalmente possível que o Administrador Judicial resida em comarca diferente, podendo comunicar-se com os credores, com Magistrado e, ter acesso aos autos das demandas através das redes de *internet*.

A partir desse contexto é que o Projeto de Lei n. 10.220/2018, seguindo a mesma perspectiva de transição do Decreto-Lei 7.661/1945 para a Lei n. 11.101/2005, traz propostas de alterações legislativas que levam em conta as mudanças causadas pelo uso das redes de *internet* em todas as searas cotidianas. Uma das propostas consiste em atribuir ao Administrador Judicial a obrigação de manutenção de um sítio eletrônico para dar publicidade aos dados da Falência e da Recuperação Judicial (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

³ Parte do dispositivo restou suprimida em razão de sua extensão, permanecendo apenas as questões mais pontuais para o fim de elucidar como são distribuídas às atribuições do Administrador Judicial e onde podem ser localizadas na Lei n. 11.101/2005 (Senado Federal do Brasil, 2005).

O Projeto de Lei n. 10.220/2018, “altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária” (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018) e, propõe inúmeras e substanciais mudanças na lei vigente, com o condão de conferir mais segurança jurídica e efetividade “a preservação da atividade econômica e dos direitos dos credores” (Da Costa & Ramos, 2018).

Dentre as inúmeras propostas, o objeto desta pesquisa é analisar aquelas referentes ao uso das redes de *internet* como ferramenta de publicidade e divulgação das informações. Conforme visto, o artigo 22, I, “b” da lei atual, determina que é obrigação do Administrador Judicial fornecer aos credores todas as informações solicitadas. Todavia, a Lei n. 11.101/2005 não determina uma forma específica para o fornecimento de tais informações, podendo o Administrador Judicial fazê-lo da forma como preferir (Senado Federal do Brasil, 2005).

De acordo com a legislação vigente, o Administrador Judicial pode prestar informações aos credores de diversas formas, tais como, disponibilizando seus contatos telefônicos aos credores, realizando o atendimento presencial de credores, respondendo solicitações via *e-mail*, mantendo um sítio eletrônico atualizado, entre outras. No entanto, o que se procura destacar é que nenhuma destas formas são pré-determinadas na Lei n. 11.101/2005 (Senado Federal do Brasil, 2005).

É conhecimento comum que na sociedade contemporânea o uso da *internet* é adotado como um meio facilitador das mais diversas relações, que na sua grande maioria se desenvolvem através das redes *on-line*. A partir disso, o Projeto de Lei n. 10.220/2018, traz uma proposta inovadora atrelada ao uso das redes de *internet*. Em sendo aprovado, o referido projeto exigirá que o Administrador Judicial alimente um sítio eletrônico onde deverá constar as principais peças processuais das demandas falimentares e recuperacionais (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018). Além disso, o Projeto de Lei n. 10.220/2018 exigirá ainda a publicação de editais e demais atos imprescindíveis por meio do referido sítio eletrônico, quais sejam:

2. Publicidade e divulgação pela internet – o projeto acompanha tendência verificada no CPC/2015, de priorizar a publicidade e divulgação dos atos da recuperação pela internet, em sítio específico para este fim, deixando de lado a tradicional publicação de editais no Diário Oficial. Nesse sentido, passariam a ser divulgados em sítio eletrônico: (i) a relação de credores elaborada pelo administrador judicial a partir das habilitações e divergências apresentadas

pelos credores; (ii) o quadro geral de credores consolidado pelo administrador judicial com base nas decisões proferidas nas impugnações; (iii) a convocação da assembleia geral de credores. Isso sem falar que o deferimento do processamento da recuperação judicial também será sucedido de ampla divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico em cadastro no CNJ. Exige-se do administrador judicial, por fim, que mantenha sítio eletrônico na internet, para divulgação dos principais documentos e informações acerca da recuperação judicial. (Roque, 2018)

Para melhor elucidar parte dos artigos que efetivamente serão alterados por meio das propostas do Projeto de Lei n. 10.220/2018, veja-se a Tabela 1 em que foram destacadas as disposições referentes à atuação do Administrador Judicial no âmbito eletrônico, bem como publicação de editais eletrônicos (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018):

Tabela 1

Disposições referentes à atuação do Administrador Judicial no âmbito eletrônico

LEI N. 11.101/05	PROJETO DE LEI N.10.220
Sem correspondência.	Art. 3º-A...
	§ 1º A decretação da falência, o deferimento do processamento da recuperação judicial e a homologação de plano de recuperação extrajudicial <u>serão sucedidos de ampla divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico em cadastro no Conselho Nacional de Justiça.</u> (...)
Art. 7º...	Art. 7º...
§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.	§ 1º Publicada a nota de expediente a que se refere o art. 52, § 1º, <u>ou o edital eletrônico previsto no § 3º do art. 99</u> , os credores terão o prazo de quinze dias para apresentar ao administrador judicial as suas habilitações ou as suas divergências quanto aos créditos relacionados.
§ 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do caput e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.	§ 2º <u>O administrador judicial</u> , com base nas informações e nos documentos colhidos na forma do caput e do § 1º, <u>divulgará a relação de credores, em sítio público eletrônico criado especificamente para dar publicidade aos dados da recuperação judicial e da falência</u> , no prazo de quarenta e cinco dias, contado da data de encerramento do prazo de que trata o § 1º, e indicará o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Tabela 1 (continuação)

Sem correspondência.

“Art. 7º-A. Na falência, após realizadas as intimações e publicado o edital eletrônico previstos, respectivamente, no inciso XIII do caput e no § 3º do art. 99, o juiz instaurará, de ofício, para cada Fazenda Pública credora, incidente de classificação de crédito público, e determinará a sua intimação eletrônica para que, no prazo de trinta dias, apresente a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual. (...)”

Art. 18...

Art. 18...

Parágrafo único. O quadro-geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

Parágrafo único. O quadro geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no sítio público eletrônico do órgão oficial e no sítio público eletrônico de que trata o art. 7º, § 2º, no prazo de cinco dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

Tabela 1 (continuação)

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – ...

a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51, o inciso III do **caput** do art. 99 ou o inciso II do **caput** do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

(...)

Sem correspondência.

II – ...

a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;

Art. 36. A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterà: (...)

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – ...

a) comunicar, por via postal ou eletrônica, aos credores constantes da relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105, de modo a indicar a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

i) manter sítio público eletrônico na internet, com acesso irrestrito, em que sejam divulgados os principais documentos e informações públicas completas e atualizadas acerca da falência ou da recuperação judicial;

III -

a) avisar, pelo órgão oficial e pelo sítio público eletrônico de que trata a alínea “i” do inciso II do caput, o lugar e a hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e os documentos do falido;

Art. 36. A assembleia geral de credores será convocada pelo juiz por meio de edital publicado no sítio eletrônico do administrador judicial e será disponibilizado na internet, com antecedência mínima de quinze dias, o qual conterà: (...)

Tabela 1 (continuação)

Sem correspondência.	<p>Art. 69 - ... (...) § 1º Na mesma data da apresentação da proposta de financiamento, o devedor encaminhará cópia da proposta de financiamento ao administrador judicial, <u>que a incluirá no sítio público eletrônico da recuperação judicial.</u></p>
<p>Art. 99... (...) Sem correspondência.</p>	<p>Art. 99... (...) § 3º <u>O juiz ordenará a publicação de edital eletrônico com a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores.</u></p>
<p>Art. 156. Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença.</p>	<p>Art. 156. Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença e ordenará a <u>intimação eletrônica às Fazendas Públicas federal, estaduais, distrital e municipal</u> em que o devedor tiver estabelecimento e determinará a baixa no CNPJ tanto do falido quanto da massa.</p>
<p>Parágrafo único. A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação.</p>	<p>Parágrafo único. <u>A sentença de encerramento será publicada em meio eletrônico por edital</u> e dela caberá apelação.</p>

Pretendeu-se evidenciar as principais modificações no que tange à publicidade dos atos processuais da Recuperação Judicial e da Falência, o que pode ser evidenciado pela imposição ao Administrador Judicial em manter um sítio eletrônico com as principais movimentações das demandas, modificação incluída no rol de competências do Administrador Judicial elucidados pelo artigo 22. Ainda, aponta-se outras propostas de alterações presentes no Projeto de Lei n. 10.220/2018 através da ferramenta da *internet*, tais como, publicações de editais eletrônicos, intimações eletrônicas e avisos eletrônicos⁴ (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

⁴ Esclarece-se que o quadro elaborado não teve como objetivo esgotar todas as propostas de alterações trazidas pelo Projeto de Lei n. 10.220/2018, mas sim demonstrar as principais mudanças na atuação do Administrador Judicial em razão do momento contemporâneo da sociedade, em que o uso da internet para inúmeras finalidades é demasiadamente adotado.

Considerando que a problemática primordial desta pesquisa é analisar a questão referente à obrigatoriedade de manutenção de um sítio eletrônico por parte do Administrador Judicial no Projeto de Lei n. 10.220/2018 (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018), realizou-se uma busca por meio da ferramenta *Google* de escritórios de Administração Judicial localizados nas cidades de Santa Maria e de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, a fim de aferir se os Administradores Judiciais - mesmo diante da não obrigatoriedade da Lei n. 11.101/2005 (Senado Federal do Brasil, 2005) - mantêm um sítio eletrônico com as principais movimentações processuais de demandas recuperacionais e falimentares.

Para o contexto Santamariense, utilizou-se a seguinte expressão como ferramenta de busca: “administração judicial em Santa Maria - RS”. O resultado da pesquisa direcionou ao sítio eletrônico “Francini Feversani & Cristiane Pauli Administração Judicial”. Ao realizar uma análise do referido sítio eletrônico, verificou-se que o mesmo possui subdivisões denominadas como “Falências” e “Recuperações Judiciais” (Feversani & Pauli Administração Judicial, 2019).

Ao clicar nas referidas colunas, observou-se a existência de *links* que levam ao acesso de informações e peças processuais das Falências e Recuperações Judiciais administradas pelo referido escritório (Feversani & Pauli Administração Judicial, 2019). Portanto, no que tange ao contexto santamariense, ainda que tenha se localizado apenas um escritório de Administração Judicial, percebeu-se que mesmo diante da não obrigatoriedade pela Lei n. 11.101/2005, o escritório analisado mantém um sítio eletrônico atualizado em relação às demandas em que atua.

Para o contexto Portoalegrense, utilizou-se a seguinte expressão como ferramenta de busca: “administração judicial em Porto Alegre - RS”. O resultado da pesquisa direcionou a diversos sítios eletrônicos, quais sejam “Medeiros & Medeiros Administração Judicial”, “Albarelo & Schmitz Administração Judicial”, “Brizola e Japur Administração Judicial”, “Recuperare, Administração Judicial, Perícias, Gestão De Crise E Coaching”, “Guarda Advogados Associados”, “João Carlos e Fernando Scalzilli Advogados & Associados” e “JMP Administração Judicial”.

Ao analisar os sítios eletrônicos dos escritórios supracitados, verificou-se que a grande maioria dos escritórios possuem um sítio eletrônico atualizado, subdividido em “Falências” e “Recuperações Judiciais”. Ao clicar nas referidas colunas, o *site* direciona para as demandas administradas pelo respectivo escritório, sendo disponibilizado o acesso às principais informações e peças processuais.

Dentre as páginas analisadas, o escritório “Recuperare, Administração Judicial, Perícias, Gestão de Crise e Coaching” é a única exceção que não disponibiliza de

forma pública o acesso às demandas falimentares e recuperacionais em que atua. No sítio eletrônico do referido escritório, há uma aba denominada como “área restrita para clientes e credores”, onde consta a informação “informe no campo abaixo o seu código de acesso para ter à sua disposição as facilidades fornecidas pela RECUPERARE”. Ao que se parece, para ter acesso às demandas, é necessário ser pessoa diretamente interessada no processo, utilizando-se do código disponibilizado pelo escritório (Recuperare, 2019).

A partir da pesquisa realizada nos contextos de Santa Maria-RS e de Porto Alegre-RS, foi possível verificar que grande parte dos escritórios de Administração Judicial conferem publicidade aos atos dos processos falimentares e recuperacionais por meio de seus sítios eletrônicos, ainda que tal ferramenta, de acordo com a Lei n. 11.101/2005 não seja obrigatória (Senado Federal do Brasil, 2005). Em contrapartida, verificou-se também a existência de um escritório que não atendente completamente ao quesito publicidade, visto que para ter acesso às demandas falimentares e recuperacionais, o visitante deve ser parte diretamente interessada no processo.

A proposta do Projeto de Lei n. 10.220/2018 objeto desta pesquisa, é justamente aquela que torna obrigatório ao Administrador Judicial a manutenção de um sítio eletrônico com as principais peças processuais e informações das demandas, visando tornar mais célere e desburocratizado o acesso à informações pelo credores e sociedade em geral, visto que na grande maioria das situações, as empresas em Recuperação Judicial e Falência possuem grande atuação no mercado financeiro local (Câmara dos Deputados do Brasil, 2018).

Foi possível aferir que se aprovado o Projeto de Lei n. 10.220/2018, a mudança relativa a publicidade, manutenção de um sítio eletrônico pelo Administrador Judicial e demais ato que passarão a ser eletrônicos, consistem em uma atualização da Lei n. 11.101/2005 ao contexto contemporâneo que adota o uso da *internet* em todas as searas cotidianas. Tais alterações facilitarão o acesso por todos os interessados às demandas falimentares e recuperacionais. Verificou-se como positivas as propostas relativas a adoção do uso da *internet* como ferramenta de publicidade aos processos de Recuperação Judicial e Falências de empresas, bem como à atuação do Administrador Judicial.

Portanto, concluiu-se que os reflexos das novas tecnologias na atuação do Administrador Judicial a partir do Projeto de Lei n. 10.220/2018, são perceptíveis no tocante à publicidade dos atos recuperacionais e falimentares, na medida em que a proposta legislativa analisada pretende implementar o uso das novas tecnologias enquanto ferramenta obrigatória na atuação do Administrador Judicial.

Se aprovado, o referido projeto de lei tornará indispensável à criação de um sítio eletrônico pelo Administrador Judicial (medida que de acordo com a legislação vigente, é facultativa), por meio do qual serão divulgadas às relações de credores, a convocação de assembleias gerais de credores e todos aqueles atos imprescindíveis aos feitos recuperacionais e falimentares, os quais atualmente nem sempre são postados em sítios eletrônicos geridos pelos Administradores. Além disso, o projeto prevê a publicação de editais e intimações a serem realizadas de forma eletrônica.

Aponta-se, por fim, que a proposta legislativa analisada trata-se de um Projeto de Lei (n. 10.220/2018), o qual ainda encontra-se em tramitação junto ao plenário, podendo ou não ser aprovado. Na perspectiva das autoras desta pesquisa, o referido projeto de lei ainda não restou aprovado em razão de que as alterações previstas se tratam de mudanças substanciais na Lei n. 11.101/2005, fato que demanda uma análise complexa das inovações que estão sendo propostas. Aliado a isso, o Projeto de Lei n. 10.220/2018 restou apensado ao Projeto de Lei n. 6.229/2005, o qual indica a alteração do §7º do Art. 6º da Lei 11.101/2005 no tocante à suspensão das execuções fiscais e no momento encontra-se aguardando deliberação do Plenário (Câmara dos Deputados do Brasil, 2005). Assim, se denota a complexidade das diversas propostas a serem analisadas.

Ademais, soma-se o momento de crise mundial causado pela pandemia do COVID-19, o que causou certo atraso e tornou indispensável um novo olhar ao Projeto de Lei n. 10.220/2018 inicialmente proposto, motivado pelas propostas de alterações emergenciais oriundas da pandemia do COVID-19. Neste cenário, destacam-se as mudanças elencadas pelo Projeto de Lei n. 1.397/2020, o qual pretende instituir medidas emergenciais e transitórias na Lei 11.101/2005, vigentes até 31/12/2020 ou enquanto perdurar o estado de calamidade pública decretado no Brasil em razão da pandemia do COVID-19. O Projeto de Lei n. 1.397/2020 encontra-se aguardando apreciação pelo Senado Federal (Câmara dos Deputados do Brasil, 2020).

Desta forma, na perspectiva das autoras, os fatos expostos configuram as razões pela qual o Projeto de Lei n. 10.220/2018, estudado nesta pesquisa, ainda não teve sua análise concluída e ainda inexista decisão quanto à sua aprovação ou não.

4. Conclusão

Buscou-se demonstrar os impactos causados no mundo jurídico pelo uso das redes de *internet* que reestruturaram as formas de organizações sociais nas últimas décadas. Neste novo contexto social, as relações migraram para as redes de *internet*, as quais além

de se tornarem um meio de comunicação e sociabilidade dos indivíduos ultrapassando fronteiras territoriais, se tornaram imprescindível ferramenta de trabalho, empregada em todos os segmentos da vida em sociedade.

Os reflexos desta tecnologia no mundo jurídico estão presentes na grande maioria dos ramos do direito, inclusive no Direito Empresarial. Com um olhar específico para os institutos jurídicos da recuperação e falência de empresas, a partir da análise do Projeto de Lei n. 10.220/2018, verificou-se a forte influência do uso da *internet* em cada proposta de alteração trazida pelo referido projeto de lei.

A análise realizada se ateve em verificar a influência da sociedade em rede - marcada pelo uso das redes de *internet* - na atuação do Administrador Judicial no Projeto de Lei n. 10.220/2018, no que tange a obrigatoriedade de manutenção de um sítio eletrônico para conferir publicidade aos atos processuais, à própria atuação do Administrador Judicial e também como forma de facilitar o acesso de tais informações aos credores.

Foi possível verificar que o Projeto de Lei n. 10.220/2018, em sendo aprovado, irá buscar priorizar a divulgação e publicidade dos atos processuais falimentares e recuperacionais pela *internet* através do sítio público que será obrigação imposta ao Administrador Judicial. Diversos atos, tais como, publicação da relação de credores e do quadro geral de credores do Administrador Judicial, convocação para a assembleia geral de credores e demais intimações, serão realizados através do sítio eletrônico do Administrador Judicial, onde deverá constar também, as principais peças e documentos dos autos dos processos.

Portanto, ao analisar alguns sítios eletrônicos já mantidos por Administradores Judiciais nas cidades de Santa Maria - RS e Porto Alegre - RS, foi possível verificar que a grande maioria disponibiliza o acesso público das principais peças processuais dos processos de recuperação judicial e falência de empresas, todavia, há Administradores Judiciais que não mantêm o referido sítio eletrônico, tanto é que na cidade de Santa Maria - RS encontrou-se apenas um sítio eletrônico, mesmo diante da existência de outros Administradores Judiciais na Comarca.

Verificou-se que as novas tecnologias surtem efeitos na atuação do Administrador Judicial, pela perspectiva partir do Projeto de Lei n. 10.220/2018, na medida em que este, se aprovado, tornará obrigatório à criação de um sítio eletrônico pelo Administrador Judicial, a fim de ali sejam postados e divulgados os principais atos inerentes aos processos recuperacionais e falimentares, além de prever a possibilidade de publicações de editais e intimações realizadas de forma eletrônica.

Assim, concluiu-se que a edição do Projeto de Lei n. 10.220/2018 levou em conta todas as mudanças e evoluções causadas no contexto das sociedades pelo uso das redes de *internet*, sendo possível verificar ainda que o direito deve acompanhar e evoluir na mesma medida das mudanças sociais e habituais da sociedade que tutela. E em sendo aprovado,

Referências

- Albarelo & Schmitz Administração Judicial. Disponível em: <https://administracaojudicialrs.com.br/>
- Almeida, A. P. de. (2017). *Curso de Falência e Recuperação de Empresa* (28.^a ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Bezerra Filho, M. J. (2013). *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo* (8.^a ed.). São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Câmara dos Deputados do Brasil. (2005). Projeto de Lei n. 6.229, de 23 de novembro de 2005. Brasília. Recuperado de https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=358309&filename=PL+6229/2005
- Câmara dos Deputados do Brasil. (2018). Projeto de Lei n. 10.220, de 22 de maio de 2018. Brasília. Recuperado de https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2A282E9E33232F7FC2491D815E2C6F51.proposicoesWebExterno1?codteor=1658833&filename=PL+10220/2018
- Câmara dos Deputados do Brasil. (2020). Projeto de Lei n. 1.397, de 01 de abril de 2020. Brasília, Recuperado de https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020
- Brizola e Japur Administração Judicial. Disponível em: <https://preservacaodeempresas.com.br/site/inicio>.
- Cardoso, G. (2007). *A mídia na sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora FGV.
- Castells, M. (2016). *A sociedade em rede* (Trad. R. Venâncio Majer, 17.^a ed.). São Paulo, Brasil: Paz e Terra.
- Castells, M. (2003). *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade* (Trad. M. L. X. de A. Borges, Rev. P. Vaz). Rio de Janeiro, Brasil: Zahar. Ed.
- Da Costa, G. B. & Ramos, R. C. Alterações Propostas para a Lei de Recuperação Judicial. Recuperado de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna->

do-l-o-baptista-advogados/alteracoes-propostas-para-a-lei-de-recuperacao-judicial-17112018

Francini Feversani & Cristiane Pauli Administração Judicial. Recuperado de <http://www.francinifeversani.com.br/>

Gonçalves, M. E. (2003). *Direito da Informação*. Coimbra, Brasil: Almedina.

Guarda Advogados Associados. Disponível em: <https://www.guardaadvogados.com.br/novo/>. Acesso em 17 maio 2019.

João Carlos e Fernando Scalzilli Advogados & Associados. Disponível em: <http://www.scalzilli.com.br/>. Acesso em 19 maio 2019.

JMP Administração Judicial. Disponível em: <http://www.jmpaj.com.br/>. Acesso em 17 maio 2019.

Leonardi, M. (2012). *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo, Brasil: Saraiva.

Lisboa, R. S. (2005). A Inviolabilidade de Correspondência na Internet. In Lucca, N. de. & Simão Filho, A. (Orgs.), *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes* (2.^a ed.). São Paulo, Brasil: QuartierLatin.

Mamede, G. (2019). *Falência e recuperação de empresas* (10.^a ed.). São Paulo, Brasil: Atlas.

Medeiros & Medeiros Administração Judicial. Disponível em: <https://www.administradorjudicial.adv.br/home>.

Melo, M. A. M. F. de (2000). A tecnologia, direito e a solidariedade. In Rover, A. J. (Org), *Direito Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis, Brasil: Fundação Boiteux.

Pinheiro, P. P. (2013). *Direito Digital* (5.^a ed. Rev.). São Paulo, Brasil: Saraiva.

Recuperare, Administração Judicial, Perícias, Gestão de Crise e Coaching. Disponível em: <http://www.recuperare.adm.br/>.

Roque, A. V. Projeto de Lei e Recuperação Judicial: o que vem por aí? Recuperado de <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI280109,61044-Projeto+de+lei+e+recuperacao+judicial+O+que+vem+por+ai>

Senado Federal do Brasil. (1945). Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm

Senado Federal do Brasil, (2005), Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Brasília. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

Tomazette, M. (2019). *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas* (Vol. 3, 7.^a ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva Educação.

Veiga, L. A. O. da. (2000). O ensino do Direito e a informática. In Rover, A. J. (Org), *Direito Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis, Brasil: Fundação Boiteux.

Venosa, S. S. & Rodrigues, C. (2017). *Direito Empresarial* (7.^a ed.). São Paulo, Brasil: Atlas.

PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

*Carlos Alejandro Cornejo Guerrero**
Pontificia Universidad Católica del Perú
carloscornejoguerrero@yahoo.com

Resumen: El artículo trata sobre el régimen especial de protección jurídica de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas asociados con la biodiversidad, que ha sido instaurado en el Perú con la Ley 27811. El objetivo principal de la investigación ha sido evaluar si dicho régimen de protección es beneficioso en forma efectiva para los pueblos indígenas, así como proponer medidas y acciones tendientes a que se logren los objetivos por los cuales la mencionada Ley fue dada.

Se aplica un método exegético-dogmático para el análisis de sus disposiciones, se las contrasta con la realidad y se busca con propuestas su eficiencia social. Los resultados revelaron que deben hacerse modificaciones legales, para que no haya un porcentaje de regalías a pagar tan alto por las empresas que pudieran estar interesadas en explotar económicamente los conocimientos colectivos. Además, se dan una serie de propuestas según las cuales el Estado debe impulsar activamente la relación entre pueblos indígenas y las universidades, centros de investigación y empresas privadas que pudieran servirse de estos conocimientos, especialmente de aquellas vinculadas con el sector farmacéutico, cosmético o de productos naturales. Además, se concluye que deben explorarse diseños institucionales y legales alternativos o complementarios, en los que el Estado profundice en la bioinformática y bioprospección, a partir de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

Palabras clave: Conocimientos tradicionales, biodiversidad, propiedad intelectual, recursos biológicos, comunidad indígena.

* Abogado y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú. La afiliación institucional es a la Pontificia Universidad Católica del Perú, Código ORCID 0000-0001-9912-8407.

PROTECTION OF INDIGENOUS PEOPLE'S COLLECTIVE KNOWLEDGE

Abstract: This paper refers to the especial regime of legal protection on the indigenous people's collective knowledge related with biodiversity, which has been established in Perú by Law 27811. The main objective of the research is to asses if this regime is effectively beneficial for indigenous peoples and to propose measures and actions that should be taken to accomplish the objectives for which the Law was given.

An exegetical-dogmatic method is applied to analyze its provisions, contrasting them with reality and looking through proposals for its social efficiency. The results revealed that legal modifications must be made so that there is not such a high royalty percentage to pay by companies which might be interested in economically exploiting collective knowledge. In addition, there are a series of proposals, according to which the State must actively promote the relationship between indigenous peoples and universities, research centers and companies that could use this knowledge, especially those related to the pharmaceutical, cosmetic or natural products sector. In addition, it is concluded that alternative or complementary institutional and legal designs should be explored, in which the State deepens in bioinformatics and bioprospecting, based on the collective of Indigenous Peoples.

Keywords: Traditional knowledge, biodiversity, intellectual property, biological resources, indigenous community.

1. Introducción

El Perú es un país pluricultural y biodiverso en el que los pueblos indígenas han desarrollado un gran número de conocimientos sobre las propiedades, usos y aplicaciones de los recursos biológicos.

La Ley N.º 27811 establece un régimen de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos y define a los pueblos indígenas, como

(...) los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autoreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos. (Congreso de la República del Perú, 2002)

En la misma línea el Convenio 169 de la OIT, art. 1,

(...) considera que los pueblos indígenas u originarios son aquellos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que tienen lugar en este país y región, y que además conservan todas o parte de sus instituciones distintivas. Resaltando que la conciencia de su identidad indígena es fundamental para determinar a quienes se aplica el Convenio. (Ministerio de Cultura. Perú, s.f., p.7)

A la fecha, según la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios que lleva el Ministerio de Cultura, existirían 55 pueblos indígenas u originarios en el país. De ellos, 51 son originarios de la Amazonía y 4 de los Andes.

En este artículo sobre la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, partimos de la idea que el Derecho es un instrumento de creación de riqueza¹. Un instrumento que nos ofrece ciertas formas para organizar las relaciones sociales y económicas de una manera peculiar en la sociedad con el objeto de obtener bienestar. En este caso, riqueza a obtenerse a través de la protección que da la propiedad intelectual a la creatividad de los pueblos indígenas, en cuanto a sus conocimientos de la biodiversidad.

Desde nuestra perspectiva, los conocimientos colectivos o tradicionales de los pueblos indígenas asociados con la biodiversidad, son conocimientos que deben incorporarse exitosamente al circuito económico del mercado, de modo que los pueblos indígenas se vean beneficiados económicamente de la explotación de estos recursos. Los Conocimientos Tradicionales son un

Conjunto de conocimientos, saberes y prácticas de los pueblos indígenas u originarios, de naturaleza colectiva, dinámica, vinculados a sus valores culturales, espirituales y normas consuetudinarias, transmitidos de generación en generación, reconocidos por ellos como parte de su cultura, historia e identidad. (Ministerio de Cultura del Perú, s.f., p. 12)

Dado que la protección de los conocimientos tradicionales, no podía adecuarse a la forma clásica de protección de la propiedad intelectual, se diseñó con la Ley N.º 27811 un régimen especial de protección dentro de la propiedad industrial (que es parte de la propiedad intelectual). Sin embargo, cualquiera que sea la protección adoptada, es

¹ Sobre los diferentes roles que puede tomar el Derecho en la sociedad, véase Cornejo (2012). En ese artículo se toma la posición en torno a que es necesario ver al Derecho como un instrumento de creación de riqueza.

necesario percatarse que si no hay creación de productos o servicios innovadores que cubran necesidades de la población y que tengan un camino viable para su explotación económica, no se le puede sacar utilidad a las ventajas que ofrece la propiedad intelectual. Para el caso específico de la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, no basta con el reconocimiento normativo de estos conocimientos como derechos especiales de la propiedad industrial. Más bien, entre otras acciones, es necesario profundizar la implementación del registro de los conocimientos tradicionales, así como viabilizar los distintos medios para que los pueblos indígenas puedan explotar económicamente y de manera efectiva sus conocimientos colectivos en el mercado.

Nuestra investigación aplica un método exegético-dogmático para el análisis de las disposiciones de la Ley, se las contrasta con la realidad y se busca con propuestas su eficiencia social. Para ello, se hace una interpretación de distintos artículos de la norma aplicable, se estudian los principios y conceptos que la fundamentan y se explicita la finalidad que tiene. Además, se indaga si la finalidad de la norma se ha cumplido plenamente en la realidad, identificando las probables causas por las que ello solo ha ocurrido parcialmente, y con ese diagnóstico se presentan las posibles soluciones a ese problema.

De igual modo, se estudia el concepto, procedimiento y tipos de registro de conocimientos colectivos y sus particularidades dentro del sistema de protección de la propiedad intelectual, la utilidad de dichos conocimientos, el ámbito de protección y las formas de acceso a dichos conocimientos, su utilización dentro de la propiedad intelectual, el consentimiento informado previo y los elementos del contrato de licencia de uso de los conocimientos colectivos, el estado de los conocimientos colectivos registrados en el país, las posibles medidas y acciones a tomarse para la eficiencia social de la Ley N.º 27811, subrayando la necesidad de que el Estado promueva el acercamiento de la empresa, universidad y centros de investigación con los pueblos indígenas, para la explotación económica de sus conocimientos colectivos. Además, se concluye que deben explorarse diseños institucionales y legales alternativos o complementarios en los que el Estado profundice en la bioinformática y bioprospección, a partir de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

La Ley N.º 27811 ha reconocido derechos anteriores a la formación del Estado Peruano, con lo que formalmente se provee de un camino para la subsistencia económica de las Comunidades Indígenas, al igual que el respeto de su dignidad y derechos fundamentales. Se trata de una verdadera reivindicación histórica para los pueblos indígenas, pero es necesario que el Estado tome las acciones y medidas acertadas para

que esta Ley tenga plena eficiencia social, algunas de las cuales proponemos en esta investigación; la reivindicación histórica es solo el primer paso.

2. El Sistema de la Propiedad Intelectual

Pero primero veamos en qué consiste el sistema de la propiedad intelectual, siguiendo el marco jurídico de los países de la Comunidad Andina aplicable a nuestro país. Dentro de la propiedad intelectual, tenemos dos grandes vertientes: los derechos de autor y derechos conexos y la propiedad industrial. En esta exposición pondremos énfasis en la propiedad industrial, que es la categoría jurídica dentro de la que se ha enmarcado la protección de los conocimientos tradicionales.

Dentro de la propiedad industrial, originalmente tenemos también dos grandes áreas diferenciadas: los signos distintivos y las creaciones industriales. Dentro de los signos distintivos están las marcas, lemas comerciales, nombres comerciales e indicaciones geográficas. Al interior de las creaciones industriales tenemos a las invenciones, modelos de utilidad, diseños industriales y, desde cierto punto de vista, también a los secretos empresariales. Además de esto, se han reconocido posteriormente regímenes especiales de protección para los conocimientos colectivos de las comunidades indígenas y para la obtención de nuevas variedades vegetales.

Lo importante de estos elementos de la propiedad industrial, es que podemos tener derechos exclusivos sobre ellos, cumpliendo ciertos requisitos de creación, registro o patente. Esto quiere decir que sus titulares van a poder utilizar estos elementos directamente en la explotación económica de sus negocios, o indirectamente a través del establecimiento de contratos con terceros, para la utilización de su propiedad intelectual. Asimismo, los titulares de la propiedad intelectual, van a poder impedir que los demás agentes económicos se sirvan de estos elementos para la explotación de sus negocios, lo cual implica que tendrán una mejor posición competitiva frente a ellos.

3. La protección de las creaciones industriales típicas frente a la protección de las creaciones derivadas de conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad de los pueblos indígenas

Para tener una comprensión cabal de lo que significa la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas asociados a la biodiversidad, es conveniente tener una idea general de en qué consisten las creaciones industriales típicas integrantes de la propiedad industrial. Dentro de las creaciones industriales, tenemos, en primer lugar, a las invenciones y a los modelos de utilidad.

Las invenciones tienen que cumplir los requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial para que tengan una protección mediante la patente. Esta protección tiene una duración de 20 años y luego de ese plazo la invención pasa a dominio público. En el caso de los modelos de utilidad, se tienen que cumplir los requisitos de novedad y ventaja técnica para su protección por la patente. La protección es de 10 años y una vez expirado el plazo, igualmente, el modelo de utilidad pasa a dominio público.

En cuanto a los diseños industriales, estamos ante dibujos o nuevas formas externas que le dan a un producto una apariencia especial. Aquí no se trata de que el producto sea mejor técnicamente, solo que sea más atractivo, más aparente y así tenga mayor posibilidad de venta a los consumidores. Esta creación industrial tiene una protección por 10 años, sin posibilidad de renovación.

En el caso de los secretos empresariales, estamos ante conocimientos o informaciones que tienen el carácter de reservados y que proporcionan al que lo posee una ventaja competitiva en el mercado. La protección jurídica dura mientras dure el secreto. No obstante, si los competidores llegan a conocer el secreto empresarial por sus propios medios, no utilizando malas artes (por ejemplo, el espionaje industrial), no se les puede impedir que lo utilicen.

Es importante percatarse que todos estos elementos de la propiedad industrial, son derechos exclusivos de explotación de la creación, que tienen una fuerte connotación individualista. Los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas son más bien conocimientos colectivos, tradicionales, ancestrales, que tienen como fundamento el bienestar común y su legación a las generaciones venideras.

Dado que las características inherentes de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas hacían prácticamente imposible que se encontrara una protección adecuada a través del sistema típico de protección de la propiedad intelectual, es que se impulsó la creación de un régimen de protección sui generis, que en el caso del Perú se ha plasmado en la Ley 27811.

4. Concepto de conocimiento colectivo de los pueblos indígenas vinculados a la biodiversidad e importancia de su reconocimiento

El Perú es uno de los países de mayor biodiversidad en el mundo. Los pueblos indígenas desde tiempos ancestrales han tenido una relación inmediata y armónica con la biodiversidad. Su visión es que ellos mismos forman parte de la madre tierra, de la naturaleza. Esta unión con la naturaleza y la inmediatez con la biodiversidad, junto

con su inteligencia, ha hecho que desarrollen a través del tiempo conocimientos sobre propiedades, usos y aplicaciones de los recursos biológicos.

En el Perú, se ha obtenido el reconocimiento y protección jurídica de estos conocimientos, a través de la dación de la Ley N.º 27811, publicada el 10 de agosto del 2002, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Así, en el artículo primero de la mencionada ley se establece que: “El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos”.

Son pueblos indígenas los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y que se autoreconocen como tales (art. 2, lit. a), Ley N.º 27811). Esta disposición es importante porque determina que no es la ley la que crea estos derechos sobre los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, lo único que hace la ley es reconocer derechos preexistentes, inherentes a estos pueblos. En línea con este concepto está la consideración que el registro de los conocimientos en el ámbito de esta ley tampoco crea el derecho, el derecho existe con anterioridad y la ley es una forma que se tiene para protegerlo.

De otro lado, en el artículo 2, literal b), se señala que un conocimiento colectivo es un: “Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. (...)”. De igual forma, los conocimientos colectivos protegidos por la Ley,

(...) son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas. Estos derechos son independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales. (art. 10, Ley N.º 27811)

Estas disposiciones están en línea con la idea que los conocimientos tradicionales no tienen una connotación individualista. Se trata de conocimientos colectivos de uno o varios pueblos indígenas, estando presente la idea que esos conocimientos han pertenecido a las generaciones anteriores de esos pueblos, pertenece a las generaciones actuales y pertenecerá a sus generaciones futuras:

La importancia de los conocimientos tradicionales es reconocida por ser parte esencial de la identidad cultural de los pueblos indígenas u originarios y de la

realización de sus derechos humanos individuales y colectivos, tales como el derecho a la salud, educación, cultura, desarrollo, así como el territorio y a los recursos naturales. También son imprescindibles, por su enorme contribución a la conservación y al uso sostenible de la biodiversidad, y a la economía global. (Ministerio de Cultura del Perú, s.f., p.13).

Es importante señalar que, en el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados de Unidos de América, se ha abierto la posibilidad de reconocimiento de estos derechos, no ocurriendo lo que se sustentaba por algunos sectores de la población, en el sentido de que dicho país desconocería todo tipo de protección sui géneris a estos conocimientos. En la Carta de Entendimiento o Acuerdo Respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales del 1 de abril de 2006, las partes reconocen la importancia de la obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad, la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos y la promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que se satisfagan las condiciones de patentabilidad.

Es verdad que la Carta de Entendimiento no obliga a las autoridades de patentes de ninguna de las Partes a requerir en forma obligatoria que se cumpla con la suscripción de contratos de acceso en los que esté contemplado el cumplimiento del requisito de consentimiento informado previo y reparto justo de los beneficios (Boza & Roca, 2007, p. 206). Sin embargo, parte de esa falencia se puede cubrir con la activa labor de la Comisión Nacional contra la Biopiratería. Entre sus funciones está interponer acciones de oposición o acciones de nulidad contra solicitudes de patentes de invención o contra patentes concedidas en el extranjero, que se relacionen con el material biológico o genético del Perú o los conocimientos colectivos de sus pueblos indígenas y nativos.

Es de remarcar en el trabajo de esta Comisión que

(...) identificó un total de 67 casos de biopiratería en el sistema de patentes de diversas oficinas a nivel mundial durante el 2018, relacionados con el uso indebido de conocimientos tradicionales vinculados con recursos biológicos del país, de los cuales ganó 45, mientras que los 18 casos restantes aún se encuentran en proceso de solución. (...). La Comisión identificó principalmente estos casos en países como los Estados Unidos de América (14), China (11), Japón (10), Corea del Sur (04), Uruguay (04), Australia (03), Argentina (03), Europa (03), Francia (02), Canadá (02) y Filipinas (02), entre los más importantes. (Instituto

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2019, p. 1)

Asimismo, en el año 2013, envió una serie de documentos a la Oficina Europea de Patentes (EPO). Estos demostraban que la solicitud de patente EP 2051724 “A preparation for infertility treatment” basándose en la maca (*Lepidium meyenii*), no cumplía con los requisitos de patentabilidad (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2014, p.126). También ayuda a cubrir parte de la falencia de la Carta de Entendimiento con los Estados Unidos de América, el que se cumpla con el artículo 23 de la Ley N.º 27811, que señala que el Indecopi debe enviar la información sobre los conocimientos colectivos contenida en el Registro Nacional Público a las principales oficinas de patentes del mundo, a fin de que sea tomada en cuenta como antecedente en el examen de novedad y nivel inventivo de las solicitudes de patente. Estas acciones, junto con otras medidas que se pueden tomar, ayudarán a que en general las empresas vean con interés la suscripción de contratos de acceso y licencia con los pueblos indígenas para la explotación de sus conocimientos colectivos.

Como sabemos, las comunidades indígenas tienen una serie de conocimientos colectivos ancestrales sobre las propiedades, usos y características de la diversidad biológica, que en el pasado han sido aprovechados por empresas transnacionales para desarrollar patentes muy exitosas. No obstante, las comunidades indígenas no han obtenido ningún provecho de esta actividad. Con esta protección, principalmente los laboratorios farmacéuticos tendrán que pagar una regalía a las comunidades por el uso de sus conocimientos.

En Costa Rica se dio una experiencia muy interesante en relación a la potencialidad de la prospección de la biodiversidad. Se trató de un Acuerdo entre Merck y el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (INBio). En este Acuerdo firmado en setiembre de 1991,

Merck pagaría por adelantado al Instituto un millón de dólares por identificar, reunir y extraer un número limitado de plantas e insectos, y por recolectar material que Merck utiliza para el cultivo de microorganismos. (...) Las patentes de los inventos surgidos de esta colaboración serían propiedad de Merck, pero el INBio obtendría derechos sobre cualquier producto farmacéutico para uso humano o animal, o sobre cualquier compuesto químico de uso agrícola que inicialmente se aislara o se produjera a partir de una muestra suministrada por el INBio (...) No ha sido revelado el monto de los derechos que percibiría el INBio en caso de

elaborarse un producto basado en su colaboración con Merck; sin embargo, de acuerdo con las prácticas actuales de esta actividad, probablemente rondaría el 3% de las utilidades netas. (Feinsilver, 1996, pp.114-115)

Si bien quien celebró el acuerdo con la empresa Merck fue el INBio, una organización de carácter no gubernamental, donde no hay participación del Estado ni de los pueblos indígenas, la experiencia es interesante para buscar una fórmula en que los pueblos indígenas con el apoyo con el Estado y otras instituciones (Universidades, Centros de Investigación, Instituciones Ecológicas, etc.), puedan lograr acuerdos en donde se dé una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos, como señala uno de los objetivos de la Ley Peruana N.º 27811 (art. 5).

Tal vez lo más importante aquí es buscar una manera en que un pueblo indígena que normalmente está aislado y empobrecido, se incluya dentro del circuito económico del mercado, relacionándolo con los agentes económicos más caracterizados y exitosos del sistema de economía de mercado, como son las empresas transnacionales. Habría que encontrar un diseño legal adecuado que pueda generar bienestar y riqueza para los pueblos indígenas, en base a la explotación de sus conocimientos tradicionales.

5. Utilidad de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas

Los conocimientos tradicionales tienen un valor espiritual y económico. Ellos son **útiles**, pues ayudan a resolver necesidades concretas que propenden al bienestar de la humanidad, por lo que serán de interés de las empresas para su explotación económica. Las empresas que pueden explotar estos conocimientos tienen la ventaja de comenzar a investigar en un área acotada en base a la experiencia cultural de miles de años. Esto les da una gran probabilidad de efectividad para el desarrollo de nuevos productos, aminorando sensiblemente la inversión en recursos para la investigación y logrando el resultado mucho antes que si no se contara con estos conocimientos.

Tenemos varios ejemplos de aplicaciones de conocimientos tradicionales: “Las plantas medicinales utilizadas en la Comunidad ahora son usadas para preparar varios tipos de medicina” (Antonio Lastra, 2016, p. 6). La planta conocida como valeriana ha dado lugar a la producción de las gotas de valeriana. La planta medicinal conocida como Maca, ha dado lugar al producto Vitaminas de Maca (Antonio Lastra, 2016, p. 6), la

famosa uña de gato (*uncaria tomentosa*) se usa ahora en cápsulas y otras presentaciones para aliviar problemas en articulaciones.

La utilidad concreta de los conocimientos tradicionales puede darse a través de una multitud de usos y aplicaciones. A partir de estos conocimientos, es posible la elaboración de productos medicinales, farmacéuticos, cosméticos, nutricionales, tintóreos, naturales, biotecnológicos, de agricultura, etc. Esta utilidad también puede darse a través de un conjunto de aplicaciones técnicas y de otros tipos, por ejemplo:

(...) técnicas para pronosticar el tiempo, recetas culinarias, propiedades y usos de plantas, técnicas de cultivo y conservación de semillas; técnicas de caza y desarrollo de aparejos para la pesca; técnicas agrícolas; y formas de gestionar y organizar el bosque y los paisajes, entre otros. (Ministerio de Cultura del Perú, s.f., p.10)

6. De los tipos de registro de conocimientos colectivos

Los pueblos indígenas pueden registrar sus conocimientos tradicionales en tres tipos de registros. El primero de ellos es el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que es llevado por Indecopi y contiene los conocimientos colectivos de dichos pueblos, siempre que se encuentren en el dominio público. Se entiende que un conocimiento colectivo está en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas (art. 13, Ley N.º 27811)

Este es un registro importante, pues se trata de una manera de organizar y clasificar información valiosa, que puede servir de base para el desarrollo de otros conocimientos (por ejemplo, la obtención de productos farmacéuticos, biotecnológicos, alimentarios, cosméticos, naturales, etc.) y, además, para que los conocimientos ya obtenidos no se pierdan en el tiempo. Asimismo, este registro es importante en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley, según el cual en los casos que estos conocimientos hayan entrado en el dominio público en los últimos veinte años, se destinará un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos, para el Fondo de los Pueblos Indígenas a que se refiere el artículo 37 y siguientes de la misma Ley. La inscripción de este conocimiento en el Registro Nacional Público, permitirá tener una

mejor información sobre si determinado conocimiento ha entrado al dominio público dentro de este plazo de ley.

El segundo registro es el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Este registro contiene un conjunto de saberes que no han salido fuera del ámbito de los pueblos indígenas. El Registro Nacional Confidencial es llevado por el Indecopi y consta de conocimientos que eventualmente pueden generar mayor valor a un producto o dar lugar a un producto nuevo. Este registro no puede ser consultado por terceros (art. 18, Ley N.º 27811).

El tercer registro lo constituyen los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. El artículo 24 de la Ley N.º 27811 establece que los pueblos indígenas podrán organizar Registros Locales de Conocimientos Colectivos, de conformidad con sus usos y costumbres. El Indecopi prestará asistencia técnica para la organización de estos registros, a solicitud de los pueblos indígenas.

La existencia de estos registros es importante, pues es la forma de acreditar que un determinado conocimiento ya existe y es una manera de evitar que en otro país se patente un invento como si se tratara de un conocimiento nuevo. También es importante, porque permite a los pueblos indígenas licenciar sus conocimientos colectivos confidenciales, de modo que obtengan una regalía por aprovechamiento que terceros hagan de ese conocimiento.

7. Procedimiento de registro de un conocimiento colectivo

Para inscribir un conocimiento colectivo en el Registro Nacional Público o en el Registro Nacional Confidencial, la organización representativa del pueblo indígena² debe presentar una solicitud a la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi. La solicitud debe incluir la identificación del pueblo o pueblos indígenas que solicitan el registro. Seguidamente, la identificación del representante del pueblo indígena. Asimismo, la indicación del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento (pudiendo utilizarse el nombre indígena, la indicación del uso o usos que se dé al recurso biológico. Por último, la descripción clara y completa del conocimiento colectivo y el Acta donde conste el acuerdo del pueblo indígena para registrar el conocimiento colectivo (art. 20, Ley N.º 27811).

A la solicitud se debe acompañar una muestra del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo, pudiendo pedirse que se exima de tal requisito si la

² Conforme al artículo 14 de la Ley N.º 27811, los pueblos indígenas deben ser representados por sus organizaciones representativas, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas.

muestra es de difícil transporte o manipulación, presentándose, en su lugar, fotografías en las que se pueda apreciar las características del recurso biológico en cuestión. El propósito de exigir este requisito es el de permitir al Indecopi identificar de manera fehaciente el recurso biológico de que se trate y que se acredite en el expediente el nombre científico del mismo.

Es interesante anotar que el mayor obstáculo para que las solicitudes lleguen a buen término es el cumplimiento del requisito de acompañar la muestra del recurso biológico correspondiente³. Por ello, es importante la disposición del artículo 22 de la misma Ley que dispone que para facilitar el registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, el Indecopi podrá enviar representantes debidamente acreditados a los diferentes pueblos indígenas. Su finalidad consistirá en recabar la información necesaria para dar trámite a las solicitudes de registro que se desee presentar.

El Indecopi tiene un plazo de diez días para verificar que la solicitud contenga todos los datos exigidos. Si ocurriera alguna omisión, se notificará al pueblo indígena que solicita el registro para que realice la subsanación correspondiente en el plazo de seis meses prorrogables a su solicitud, bajo apercibimiento de declararla en abandono. Una vez cumplidas todas las exigencias mencionadas, se procederá a registrar el conocimiento colectivo.

8. Ámbito de protección del derecho sobre los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas

La ley N.º 27811 establece un régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (art. 3). De ese modo, establece como excepción a dicho régimen el intercambio tradicional que se haga de esos conocimientos colectivos entre los mismos pueblos indígenas (art. 4). Los conocimientos colectivos confidenciales de los pueblos indígenas están protegidos contra la revelación, adquisición o uso de dichos conocimientos, sin el conocimiento de dichos pueblos (art. 42, Ley N.º 27811). También están protegidos contra la realización de actos desleales mediante los cuales se tenga acceso a dichos conocimientos. La ley hace una mención específica a la protección de los conocimientos colectivos ante la divulgación

³ De acuerdo con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual: “Es así que en total desde la fecha de promulgación de la norma se han otorgado noventa y dos (92) Registros, setenta (70) de ellos originados en el Registro Nacional Confidencial, diecinueve (19) en el Registro Nacional Público y las tres (3) solicitudes que contenían Registros Confidenciales y Públicos a la vez. Asimismo, en el mismo periodo se han abandonado 99 solicitudes de registro y se encuentran actualmente en trámite 2 solicitudes. Los abandonos se debieron principalmente a la dificultad de poder contar con las muestras del recurso biológico, adecuadas para realizar la identificación del nombre científico por parte de una institución que realiza el correspondiente análisis taxonómico para tal fin” (2009, p.4).

sin autorización en caso un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo con deber de reserva.

Una situación interesante se plantea si es que personas, por sus propios medios, llegaran al conocimiento colectivo confidencial registrado por las comunidades o pueblos indígenas. Es decir, que, sin consultar el registro ni ninguna otra fuente de información sobre el conocimiento ya establecido, llegaran por sí mismos a este conocimiento. La redacción del artículo 42 de la Ley N.º 27811 no es clara y no deja definido si la protección de estos conocimientos es una del tipo patente o de tipo secreto empresarial, dando la impresión que es más bien de este último tipo.

Como sabemos, la protección del secreto empresarial dura mientras dure el secreto. Sin embargo, si cualquier persona por sus propios medios llega al conocimiento secreto, no se le puede impedir que lo explote económicamente. Abona en favor de esta interpretación, el hecho que el artículo 42 de la Ley dispone que los conocimientos colectivos de un pueblo indígena están protegidos contra la revelación, adquisición o uso sin su consentimiento y de manera desleal. Ello supone que si se llega a dicho conocimiento no de manera desleal sino por su propia investigación, no se estaría ante ninguna infracción.

9. El consentimiento informado previo

Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, industrial o comercial, deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo (art. 6, Ley N.º 27811). El Consentimiento informado previo es la autorización otorgada por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho consentimiento colectivo. La autorización se otorga dentro del marco de protección de la Ley N.º 27811. Asimismo, se da en conformidad con las normas reconocidas por los mismos pueblos indígenas, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de la actividad que signifique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, incluyendo sus eventuales usos y, de ser el caso, su valor (art. 2, lit. c), Ley N.º 27811).

La organización representativa de los pueblos indígenas cuyo consentimiento informado previo haya sido solicitado, deberá informar que está entrando en una negociación al mayor número posible de pueblos indígenas poseedores del conocimiento y tomar en cuenta sus intereses e inquietudes, en particular, aquellas vinculadas con sus valores espirituales o creencias religiosas. La información que proporcione se limitará al

recurso biológico sobre el cual verse el conocimiento colectivo objeto de la negociación, en salvaguarda de los intereses de la contraparte en mantener secretos los detalles de la negociación (art. 6, Ley N.º 27811).

10. Licencias de uso de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas

En caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevea las condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo (art. 7, Ley N.º 27811).

Los contratos de licencia deberán inscribirse en un registro especial que a estos efectos llevará el Indecopi y cuyo contenido está establecido en la Ley (art. 27, Ley N.º 27811). Es interesante resaltar que la única forma válida para otorgar a terceras personas licencias de uso de los conocimientos colectivos es mediante contrato escrito. Este contrato deberá ser redactado en idioma nativo y castellano, por un plazo renovable no menor de uno ni mayor de tres años (art. 26, Ley N.º 27811). Debe entenderse que el incluir una cláusula de renovación y el establecimiento del plazo correspondiente, dependerá de que así lo pacten las partes, respetando el marco de la Ley.

Conforme al artículo 27 de la Ley N.º 27811, los contratos de licencia deberán contener por lo menos las siguientes cláusulas:

- a) Identificación de las partes.
- b) Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato.
- c) El establecimiento de las compensaciones que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo; que incluirán un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible, y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo.
- d) El suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos e implicancias de la actividad a realizar por el licenciatario, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, su valor.
- e) La obligación del licenciatario de informar periódicamente y en términos generales al licenciante respecto de los avances en la investigación, industria-

lización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos objeto de la licencia.

- f) La obligación del licenciatarario de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas en relación con sus conocimientos colectivos vinculados a los recursos biológicos.

Se indica en el mismo artículo de la Ley que, en caso se pacte un deber de reserva, este deberá constar expresamente en el contrato. Igualmente se señala que el Indecopi no registrará los contratos que no contengan las cláusulas y previsiones establecidas en el mismo artículo de la Ley. De la lectura del artículo 27 de la Ley, se plantean las interrogantes siguientes:

- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de que se incumpla el deber de reserva que se hubiere pactado en el contrato?
- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de no haber registrado el contrato de licencia ante el Indecopi?

En caso de incumplimiento del deber de reserva que se hubiera pactado en el contrato, el pueblo indígena podrá interponer una acción por infracción de derechos sobre su conocimiento colectivo. El mismo artículo 42° de la Ley N.° 27811, dispone que el pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la divulgación sin autorización, en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo, pero con deber de reserva.

Por otro lado, si se llegara a celebrar e inclusive ejecutar un contrato de licencia, pero no se registrara, ello no conlleva la nulidad del contrato. El contrato es válido interpartes. No obstante, el pueblo indígena podrá hacer valer las normas imperativas establecidas por ley y que no se hubieran previsto en el contrato como, por ejemplo, la relativa a la compensación que deben tener los pueblos indígenas por el acceso a los conocimientos colectivos, establecida en el artículo 27, literal c) de la Ley N.° 27811.

11. Los conocimientos colectivos registrados en el Perú

Desde el reconocimiento por la Ley N.º 27811 a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos colectivos, era muy importante que ellos se inscriban sea en el Registro Nacional Público, Registro Nacional Confidencial o Registros Locales.

El Indecopi ha informado recientemente que al mes de julio del 2020, la Dirección de Inventiones y Nuevas Tecnologías (DIN) ha otorgado 6,585 registros de conocimientos colectivos desarrollados por pueblos indígenas de las regiones de Cusco, Loreto, Junín, San Martín, Madre de Dios, Ayacucho, Pasco, Ucayali y Amazonas (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2020, p. 1). Es encomiable la labor del Indecopi que siempre ha realizado esfuerzos para la implementación de la Ley N.º 27811, “como establecer alianzas con instituciones vinculadas al trabajo de estos grupos poblacionales, a fin de facilitar el registro *in situ* de conocimientos colectivos en actividades solicitadas y ejecutadas a pedido de las propias comunidades indígenas” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2020, p. 1).

El Indecopi organiza talleres en las Comunidades indígenas y talleres a nivel nacional donde capacita a líderes indígenas, investigadores, funcionarios públicos, etc., además, prepara materiales y guías para el registro de conocimientos colectivos (Antonio Lastra, 2016, pp. 17; 19). Dentro de las comunidades a quienes se les han otorgado títulos por el registro de conocimientos colectivos, tenemos tanto a comunidades nativas como campesinas. Entre ellas, podemos mencionar las Comunidades Nativas Kivinaki, Bajo Aldea, Callería y Caco Macaya; igualmente, las Comunidades Campesinas Vischongo, San Martín de Hercomarca, San Antonio de Montecucho y San Juan de Chito (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2009, p. 6).

Como apreciamos, se han dado avances importantes en el registro, difusión y capacitación sobre los conocimientos colectivos. No hay ninguna duda por los resultados obtenidos de estas acciones realizadas por Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y de los esfuerzos de la Comisión Nacional contra la Biopiratería, que se estarían cumpliendo en forma efectiva los objetivos de la Ley. Con especial atención, mencionamos los dispuestos en el artículo 5, literal a (promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas); en el literal c (promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad); en el literal e (promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas

y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente, en el marco del presente régimen) aunque el logro de este objetivo también estará ligado al compromiso de los licenciarios en los contratos de licencia; y en el literal f (evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones).

Sin embargo, aún es tarea pendiente que se puedan efectivizar los objetivos previstos en el artículo 5, literal b, (promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos) y literal d, (garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas), del artículo 5 de la Ley. No se ha logrado el objetivo dispuesto en el literal b) del artículo 5 de la Ley, pues, durante toda la vigencia de esta, no se ha celebrado un solo contrato de licencia entre los pueblos indígenas y empresas que pudieran estar interesadas en la explotación económica de sus conocimientos. Tampoco se puede hablar que se haya conseguido propiamente el objetivo establecido en el literal d) del artículo 5, pues, desde que no se han celebrado acuerdos de licencias, no hubo la oportunidad garantizar que el acceso a los conocimientos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

Para que se puedan recoger beneficios tangibles de la ley, es necesario que Universidades, Centros de Investigación, instituciones y el empresariado nacional y extranjero, principalmente los laboratorios farmacéuticos y las empresas de comercialización de productos naturales, alimenticios, etc., se interesen en la investigación y explotación económica de estos conocimientos colectivos.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 27, literal c) de la Ley N.º 27811, para que una empresa pueda tener acceso y utilizar industrial o comercialmente los conocimientos colectivos, debe pagar una compensación que consta de un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido al desarrollo sostenible de los pueblos indígenas. Corresponderá, también, un pago no menor del 5% del valor de sus ventas brutas antes de impuestos, como resultado de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo. Además, conforme lo dispone el artículo 8 de la misma Ley, se deberá pagar una cantidad no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de productos desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, destinado al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Habiendo transcurrido ya más de 18 años desde que se publicó la Ley, sería interesante evaluar si el porcentaje que sería aplicado a los pagos que tienen que cumplir las empresas interesadas en el acceso y explotación económica de los conocimientos colectivos, es una herramienta incentivadora o desincentivadora para la utilización de estos conocimientos en el circuito económico del mercado.

12. Posibles medidas y acciones a tomarse para la eficiencia social de la Ley N.º 27811

Parte de las razones por las cuales no se hayan logrado los beneficios económicos para los pueblos indígenas derivados de la explotación económica de los conocimientos tradicionales, es posible que estén en la misma Ley N.º 27811. Es curioso que en el año 1996 antes de la dación de la Ley y dentro del marco del Convenio de Diversidad Biológica, se suscribió

(...) un contrato de recolección de material biológico, un acuerdo de opción de licencia, acuerdos de subcontratos y un contrato de licencia de know-how entre la Organización Central de Comunidades Aguarunas del Alto Marañón, (OCAAM), la Federación de Comunidades Nativas Aguarunas del Río Nieva (FECONARIN) y la Federación Aguaruna del Río Dominguíza (FAD), así como su organización representativa nacional, la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y Searle Pharmaceuticals (subsidiaria farmacéutica de Monsanto Inc.). (Ticona Nuñez, 2018, p. 219)

Luego de estos acuerdos y durante toda la vigencia de la Ley publicada en el año 2002, no se ha logrado suscribir hasta la fecha ningún contrato de licencia.

El artículo 7 de la Ley establece que en caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevean las condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo. Que se establezca en el artículo 8 un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos, para ser destinado al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, no parece una cifra realista. Este porcentaje se establece en relación a las ventas brutas y no a la utilidad neta, se aplica antes de impuestos y no después de ellos y, además, en sí misma la cifra

de por lo menos 10% no parece ser incentivadora a las empresas para contratar licencias con los pueblos indígenas.

Igualmente, de acuerdo al artículo 27, literal c) de la Ley, las licencias establecerán una compensación a los pueblos indígenas por el uso de sus conocimientos colectivos que incluirán un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible. Asimismo, incluirá un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo, de ser el caso. Estas compensaciones sumadas al porcentaje que hay que pagar al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, hacen —desde mi punto de vista— inviable que las empresas entren en negociaciones con los pueblos indígenas para celebrar acuerdos de licencias para la investigación y posterior explotación de sus conocimientos colectivos. Los porcentajes que se habrían pactado entre Merck e INBio de Costa Rica que vimos anteriormente, y la realidad que durante la vigencia de la ley peruana no se haya celebrado un solo acuerdo de licencia, corroborarían esta afirmación.

Por otro lado, si bien se han realizado esfuerzos importantes por el Indecopi para la difusión e implementación de la Ley, parece ser necesario profundizar en la creación de elementos de enlace entre los pueblos indígenas y otras instituciones interesadas en la investigación y explotación de los conocimientos colectivos. El sitio web de Conocimientos Tradicionales del Indecopi es un buen avance que se podría completar con funciones de búsqueda y relación entre empresas e instituciones interesadas y los pueblos indígenas.

También puede tomarse como inspiración el modelo utilizado por INBio de Costa Rica, para de allí plantear una alternativa impulsada por el Estado, que haga más atractiva a las empresas la negociación y celebración de contratos de licencia con los pueblos indígenas. El INBio es un centro de investigación y gestión de la biodiversidad establecido para apoyar los esfuerzos por conocer la diversidad biológica de Costa Rica y promover su conservación y uso sostenible (Instituto Nacional de Biodiversidad, s. f.). El Instituto ganó notoriedad mundial debido al contrato que celebró con Merck (Feinsilver, 1996 p. 114), cuyos términos principales hemos referido líneas arriba.

Dentro de las actividades que realiza INBio podemos mencionar las siguientes: a) inventario y monitoreo: genera información sobre la diversidad de especies y ecosistemas del país; b) conservación: integra la información generada por INBio a los procesos de toma de decisiones con fines de protección y uso sostenible de la biodiversidad, por parte del sector público como del privado; c) comunicación y educación: comparte información

y conocimiento sobre biodiversidad con diferentes públicos, buscando crear mayor conciencia sobre el valor de la misma; d) bioinformática: desarrolla y aplica herramientas informáticas para apoyar los procesos de generación, administración, análisis y disseminación de datos sobre biodiversidad; e) bioprospección: busca usos sostenibles y de aplicación comercial de los recursos de la biodiversidad. El INbio ha sido una institución pionera en el establecimiento de convenios de investigación para la búsqueda de sustancias químicas, genes, etc., presentes en plantas, insectos, organismos marinos y microorganismos, que puedan ser utilizados por las industrias farmacéutica, médica, biotecnológica, cosmética, nutricional y agrícola (Instituto Nacional de Biodiversidad, s. f.).

Como hemos señalado antes, el INBIO es un organismo no gubernamental. Su modelo adaptado a una institución pública en nuestro país podría ayudar a promover la celebración de acuerdos de licencias entre empresas e instituciones y los pueblos indígenas.

Considerando todo lo desarrollado hasta aquí, pensamos en la necesidad de presentar medidas y acciones que pudiesen ser alternativas para lograr que los pueblos indígenas reciban el beneficio de sus conocimientos colectivos:

- a. Revisión del porcentaje de regalías fijado por Ley a pagar a los pueblos indígenas por el acceso y posible explotación económica de sus conocimientos. Los porcentajes destinados para el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y a los pueblos indígenas en los contratos de licencia deben ser realistas. La suma a pagar debe ser libremente acordada entre las partes, a partir de una cifra y porcentaje mínimos establecidos previamente por Decreto Supremo.
- b. Creación de Plataforma virtual que contacte los pueblos indígenas con las Empresas, Universidades, Centros de Investigación o Instituciones en general, que pudieran estar interesadas en la investigación y explotación de sus conocimientos colectivos. Se trata de una plataforma de *networking* que brinda espacios para encuentros personalizados y que tenga funciones de búsqueda y contacto con posibles interesados.
- c. Se crea una división en Indecopi o en CONCYTEC, que busque usos sostenibles y de aplicación comercial para los recursos de la biodiversidad, en base a los conocimientos colectivos de las Comunidades Indígenas. Un conjunto de profesionales en biodiversidad (biólogos, químicos, biotecnólogos, etc.) y especialistas en gestión de la propiedad intelectual, se dedicarán a la labor

de bioinformática, bioprospección y a la gestión de los conocimientos colectivos con la aprobación de los pueblos indígenas, incluyendo la propuesta de convenios de investigación y licencias con Universidades, instituciones y empresas, para la explotación de los conocimientos colectivos. Dentro del rubro de investigación, deberán determinar si aplicaciones que solucionen problemas técnicos o necesidades de la vida humana son patentables

- d. El Estado publicita las bondades de los conocimientos tradicionales. Esta publicidad, aparte de llegar a toda la sociedad peruana, debe estar dirigida también a captar la atención de micro, pequeñas y medianas empresas que se dediquen al rubro productos naturales, alimenticios, cosméticos, entre otros.
- e. Ferias nacionales e internacionales presenciales o virtuales sobre conocimientos tradicionales. Tienen propósito educativo y de difusión de conocimientos tradicionales. También se promueve la venta de productos hechos en base a conocimientos tradicionales. La promoción de las Ferias está a cargo del Ministerio de la Producción.
- f. Ministerio de Relaciones Exteriores promueve internacionalmente la relación entre pueblos indígenas y Empresas, instituciones o Universidades extranjeras, a través de sus agregados comerciales y culturales.
- g. Promover la Responsabilidad Social Empresarial con aplicación a la difusión y promoción de los productos elaborados en base a conocimientos tradicionales.

8. Conclusiones

En primer lugar, es importante destacar el gran paso que se ha dado al sancionar en una Ley el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos colectivos, que es en realidad una reivindicación histórica que sienta las bases para que estos pueblos puedan aprovechar los beneficios de la explotación económica de sus conocimientos. Para este propósito, es clave el registro de los conocimientos tradicionales así como la difusión y capacitación sobre el régimen de protección de estos conocimientos, que a la fecha se ha realizado eficientemente por el Indecopi. Igualmente, la Comisión Nacional contra la Biopiratería está consiguiendo muy buenos resultados en el seguimiento de acciones de nulidad u oposición de patentes concedidas o solicitadas en el extranjero, relacionadas con recursos biológicos o con conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú.

En segundo lugar, es necesario encontrar diseños institucionales o legales alternativos o complementarios a los que actualmente ofrece la Ley N.º 27811. El Estado debe tener

un rol activo en el enlace de los pueblos indígenas con empresas, universidades, centros de investigación e instituciones en general, para las aplicaciones científicas, industriales o comerciales de sus conocimientos colectivos. Para ello, debe utilizar plataformas virtuales de *networking* donde se brinden espacios para encuentros personalizados y que tenga funciones de búsqueda y contacto con posibles interesados en la explotación de conocimientos de los pueblos indígenas.

El Estado también debería participar con una institución pública o con una división de una institución pública existente que cumpla funciones de bioinformática y de bioprospección, buscando usos sostenibles y de aplicación científica, industrial y comercial de los conocimientos colectivos; estudiando también la posibilidad de obtención de patentes que solucionen problemas técnicos o satisfagan las necesidades que se presentan en la vida de la humanidad, con aprobación de los pueblos indígenas. El Estado también debe promocionar activamente los productos que hayan sido elaborados en base a conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

En tercer lugar, es necesario reconocer que los porcentajes y compensaciones que por Ley deben pagar las empresas e instituciones para poder explotar económicamente los conocimientos colectivos no son realistas. Se debe fijar por Decreto Supremo porcentajes mínimos con los cuales las partes puedan llegar libremente a un Acuerdo de Licencia para la explotación de sus conocimientos colectivos.

Referencias

- Antonio Lastra, M. (2016). La protección de los Conocimientos Colectivos. Indecopi. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5318>
- Andaluz Westreicher, C. (2008). Acuerdo de Promoción Comercial Perú - EE.UU. y Gestión Ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, (6), 74-85. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14052/14674>
- Ballesteros, J. (2001). *Sobre el sentido del Derecho* (3.^a ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Boza, S. & Roca, S. (2007). *Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales en el Acuerdo de promoción Comercial Perú-Estados Unidos*. Propiedad Intelectual y comercio

- en el Perú: impacto y agenda pendiente. Recuperado de <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/libros/sRoca/PI/completo/05-Boza-Roca.pdf>
- Comisión de la Comunidad Andina. (2000). Decisión Andina 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
- Cornejo Guerrero, C. (2012). La Protección de los Conocimientos Tradicionales de las Comunidades Indígenas. Universidad Norbert Wiener.
- Cornejo Guerrero, C. (abril, 2013). La Protección de los Conocimientos Tradicionales de las Comunidades Indígenas. *Boletín El Tribunal*, (5).
- Feinsilver, J. M. (diciembre, 1996). Prospección de la biodiversidad: potencialidades para los países en desarrollo. Revista de la CEPAL, (60). Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/12039/06011128_es.pdf;jsessionid=FD4A70862E135B78C8F863DA7C283DB9?sequence=1
- Heilbroner, R. (1985). *Vida y Doctrina de los Grandes economistas* (2.^a ed.). Barcelona, España: Ediciones Orbis.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2014). *Memoria 2013*. Lima, Perú: Indecopi.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2009). Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías–DIN. *El Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas asociados con la biodiversidad*. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/portalcipi/archivos/docs/articulos/4-2009-1/Experiencia%20Registro.pdf>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2007). Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías–DIN. *Guía para el registro de conocimientos colectivos*. Recuperado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4403/619_DIN_Guia_de_registro_conocimientos_colectivos_v.castellano.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Indecopi ganó 45 casos a nivel internacional por uso indebido de conocimientos tradicionales vinculados con recursos biológicos del Perú. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6644/NP%20190131%20Balance%20CNB%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías–DIN. (2020). Orgullo Peruano: 6585 conocimientos colectivos de pueblos indígenas,

vinculados a los usos y propiedades de sus recursos biológicos fueron registrados por el Indecopi. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7567/NP%20200730%20Conocimientos%20tradicionales%20-%20vf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Instituto Nacional de Biodiversidad. (s.f.). En *Facebook* [Fan page]. Recuperado de <https://www.facebook.com/inbio/>

Lenna Ticona, J. (2018). Crónica de la Ley 27811: 16 años después, aciertos y desafíos en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica. *Persona y Familia. Revista del Instituto de Familia*, 1(7), 209-223. Recuperado de <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1258/1205>

Ley N.º 28216. Ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. (2004). *Ministerio del ambiente*. Recuperado de <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-28216.pdf>

Ley N.º 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. (2002). *Congreso de la República del Perú*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BAC83DB14E7BC9FD052578B0006BD7FF/\\$FILE/27811.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BAC83DB14E7BC9FD052578B0006BD7FF/$FILE/27811.pdf)

Ministerio de Cultura. (s.f.). Base de datos de Pueblos Indígenas. Recuperado de <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

Ministerio de Cultura del Perú. (s.f.). Propuesta de Estrategia de Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas en el Perú. Recuperado de <https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/noticia/tablaarchivos/estrategiactmatrizfinal.pdf>

Ruiz Muller, M. (2006). La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina, UICN, BMZ, SPDA, Lima-Perú. Recuperado de <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2006-101.pdf>

Ticona Nuñez, J. L. (2018). Crónica de la Ley 27811: 16 años después, aciertos y desafíos en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica. *Persona y Familia. Revista del Instituto de la Familia*, (07), 209-223. Recuperado de <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1258>

EXTINCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA EN EL CASO DE PROCESO DE EJECUCIÓN EN TRÁMITE

*Cristina Amparo Sánchez Tejada**
Corte Superior de Justicia de Lima
crisantej@yahoo.com

Resumen: Este trabajo analiza el problema que surge entre personas ajenas al sistema financiero cuando el deudor hipotecario presenta ante Registros Públicos una solicitud de extinción de la inscripción de la hipoteca en base a que ya se ha cumplido el plazo de 10 años desde el vencimiento de la última cuota de deuda garantizada, como está previsto en el artículo 3 de la Ley N.º 26639. Esta solicitud se presenta en circunstancias donde a) existe en trámite un proceso de ejecución de garantía, del cual el deudor solicitante tiene conocimiento; y b) puede existir una anotación de demanda de proceso ejecutivo en calidad de medida cautelar (Art. 673 del Código Procesal Civil), que publicita ante “todos” el mandato judicial de pago (Art. 721 C.P.C.) bajo apercibimiento de remate (Art. 623 C.P.C.) y dictado en el proceso de ejecución de garantía. El deudor ha ejercido la facultad prevista en la norma, a pesar que el acreedor ha interrumpido el plazo de prescripción de la acción judicial y que dicho deudor ha tenido conocimiento de ello. Nuestra conclusión es que, en ese caso, las circunstancias en las que el deudor hace uso de esa facultad son abusivas e inaceptables para el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la inscripción de la hipoteca a favor del demandante, no debe extinguirse por el mero transcurso del plazo de 10 años previsto en el artículo 3 de la Ley N.º 26639.

En el primer punto dedicado a la introducción, se presenta el tema de este artículo. En el segundo punto, se aborda la interpretación del artículo 3 de la Ley N.º 26639 en relación a los métodos de interpretación literal y sistemático, con especial referencia al principio de prohibición del ejercicio abusivo del derecho, y se concluye que no debe extinguirse la inscripción registral de la hipoteca ante la existencia de un proceso de ejecución de garantía. Finalmente, en el tercer punto se expone la evolución y el estado de cosas en el ámbito de la jurisprudencia administrativa registral y la situación en el ámbito judicial.

* La autora es abogada por la Universidad San Martín de Porres, juez especializada en lo contencioso administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Afiliación institucional a la Corte Superior de Justicia de Lima.

Palabras clave: Caducidad de la hipoteca, renovación de la hipoteca, reinscripción de la hipoteca, acreedor hipotecario, deudor hipotecario, ejecución de garantía hipotecaria.

EXTINCTION OF THE REGISTRATION OF THE MORTGAGE IN THE CASE OF THE EXECUTION PROCESS IN PROCESS

Abstract: The main purpose of this article is to establish if it is reasonable to let a mortgage expire, while it is being executed in a judicial process. For this, the mortgagee diligence in having started the guarantee execution process should be considered. To analyze this, we use statutes, administrative resolutions and other author's opinions. We apply the exegetic and dogmatic method. According to the exegetic method, we analyze grammatically and literally the article 3° of Law 26639. We also use the dogmatic method to study the principles and concepts that fundament this law. One could interpret Law 26639 in different ways. However the most logical interpretation is one that not allow the mortgage expired if a guarantee execution process is already in progress. If the contrary, it would mean an abuse of law situation. The introduction introduces the subject of this article. In the second point, the interpretation of article 3 of Law 26639 in relation to the methods of literal and systematic interpretation is addressed, with special reference to the principle of prohibition of the abusive exercise of the right, and the conclusion is that the mortgage registration should not be extinguished, before the existence of a guarantee execution process. Finally in the thirde point, evolution and state of affairs are exposed, in the field of administrative registry jurisprudence.

Keywords: Mortgage expiration, mortgage renewal, re-registration of the mortgage, mortgagee, mortgage debtor, foreclosure execution.

1. Introducción

En las obligaciones de dar suma de dinero, una forma de garantizar la deuda es a través de la constitución de hipoteca. En caso de incumplimiento de pago del deudor, el acreedor puede demandar la ejecución de la garantía hipotecaria, que consiste en el remate del inmueble y el cobro del crédito por el acreedor. Para ello, es requisito que la hipoteca se encuentre previamente inscrita en el Registro Público, por cuanto del artículo 1099 del Código Civil peruano de 1984 se infiere que la hipoteca, en su calidad de derecho real de garantía, es válida si está inscrita.

En el caso de relaciones jurídicas entre personas ajenas al sistema bancario y financiero, la inscripción registral de la hipoteca se extingue a los 10 años del vencimiento del plazo, conforme dispone el artículo 3 de la Ley N. 26639. Puede ocurrir que ese

plazo venza antes que haya terminado el proceso judicial de ejecución de la garantía hipotecaria. En dicho caso, se pueden presentar dos posibles interpretaciones en relación al derecho del acreedor de ejecutar la garantía hipotecaria.

La primera —seguida por la mayoría de jueces— consiste en interpretar y aplicar dicha norma de manera literal, y entender que el vencimiento del plazo produce la extinción de la inscripción registral de la hipoteca. Esto ocurriría, a pesar que el acreedor hipotecario haya iniciado la ejecución de la garantía antes del vencimiento del plazo de 10 años de la extinción registral de la hipoteca.

La segunda interpretación —propuesta en este artículo y adoptada en un caso nacional y otro extranjero— consiste en entender que la inscripción de la hipoteca no se extingue cuando el acreedor hipotecario ha iniciado un proceso judicial de ejecución de la garantía hipotecaria. El vencimiento del plazo de 10 años desde la inscripción de la hipoteca surtiría efectos solo en el caso que no exista en trámite un proceso judicial de ejecución de garantías. Se llega a esta conclusión en base a la interpretación sistemática del artículo 3 de la Ley N.º 26639 con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano que proscriben el ejercicio abusivo del derecho.

Consideramos que la extinción de la hipoteca en paralelo al trámite del proceso de ejecución de garantía hipotecaria configura ejercicio abusivo del derecho, al concurrir los elementos siguientes: a) El deudor solicita la extinción de la inscripción de la hipoteca porque el artículo 3 de la Ley N.º 26639 le otorga ese derecho en el caso que haya transcurrido el plazo de 10 años; b) No hay norma expresa que prohíba la extinción de la hipoteca en el caso que se encuentre en trámite el proceso de ejecución de garantías; y c) la extinción de la inscripción de la hipoteca ocasiona que la hipoteca pierda su carácter de derecho real de garantía y frustra su ejecución judicial, produciendo falta de equidad entre la situación jurídica del deudor hipotecario y la del acreedor hipotecario.

La utilidad del tema reside en servir como argumento de defensa a la comunidad de acreedores hipotecarios ajenos al sistema financiero. De igual modo, la importancia del tema estriba en que la realidad presenta supuestos de hecho no previstos en la norma que requieren soluciones de justicia. Al establecer si la norma se aplica igualmente a cualquier caso o si es necesario interpretar la norma en función del caso concreto, acercaremos el derecho como ciencia a la solución de problemas concretos de la población.

En cuanto al problema de investigación, la consecuencia generalizada es que los operadores del derecho aplican el artículo 3 de la Ley N.º 26639 de manera que la hipoteca se extingue por el solo transcurso del plazo de 10 años previsto en la ley. Aún en los casos

en que existe un proceso judicial de ejecución de la garantía hipotecaria. Esta situación por la que jueces, abogados y usuarios, actúan en base a la literalidad de la ley y aplican una misma solución por igual a todos los casos, sin tener en cuenta que existen supuestos de hecho diferentes que requieren la interpretación o aplicación distinta, produce como efecto que no se pueda rematar el inmueble hipotecado y la consecuente insatisfacción del acreedor. Recuérdese que la hipoteca ejecutable es aquella que está con la inscripción registral vigente.

Este problema se produce por las causas siguientes:

- a. La norma ni los aplicadores han previsto que el acreedor hipotecario podría haber actuado diligentemente en la defensa de la efectividad de su derecho de crédito iniciando un proceso judicial con la finalidad de cobrar su crédito, ejecutando la hipoteca.
- b. No se ha tenido en cuenta que la solución que ofrece el método literal no parece ceñida a Derecho, habida cuenta que se trata de un acreedor, es decir, una persona natural o jurídica que no es una entidad del sistema bancario (caso en el que la inscripción de la hipoteca se extingue solo con el consentimiento de la entidad acreedora), y por tanto su diligencia tiene que ser medida como la de un sujeto común, al que se le exige la diligencia ordinaria.

El objetivo general de la investigación consiste en establecer si es razonable que se extinga la inscripción registral de una hipoteca que está siendo ejecutada en proceso judicial. El objetivo específico es establecer cuál es la incidencia que tiene en la no extinción de la inscripción de la hipoteca, la diligencia del acreedor hipotecario de haber iniciado su proceso de ejecución de garantías.

2. Marco teórico-metodológico y problema

Para desarrollar nuestra posición, aplicaremos los métodos de interpretación exegético, dogmático y sistemático. El método exegético tomará como base la interpretación del artículo 3 de la Ley N.º 26639, partiendo de un análisis gramatical y literal. Este método se complementará con el método dogmático, que consiste en tener en cuenta los principios y conceptos fundamentales de la institución a analizar, que “forman un todo coherente” (Gascón, 2003, p. 203). El método sistemático permite interpretar la norma a la luz de la prohibición constitucional del ejercicio abusivo del derecho. Asimismo, partimos de la idea que el Derecho debe proveer soluciones en base al principio de justicia y que no se puede llegar a una solución injusta solo por aplicar literalmente la ley.

Los materiales a utilizar son leyes, resoluciones administrativas y artículos de otros autores.

En cuanto al problema general: ¿Es razonable que se extinga la inscripción registral de una hipoteca que está siendo ejecutada en proceso judicial? Sobre la formulación del problema específico: ¿Qué incidencia tiene la diligencia del acreedor hipotecario que inició su proceso de ejecución de garantías, en la no extinción de la inscripción de la hipoteca? ¿La renovación y la reinscripción de la hipoteca resuelven el problema?

3. Análisis

3.1. Presentación

En el Perú, la hipoteca se constituye mediante escritura pública, tal como se dispone en el artículo 1098 del Código Civil (Poder Ejecutivo del Perú, 1984). Sin embargo, pese a que en el artículo 1099 se establece como requisito de validez la inscripción en el registro público de la propiedad inmueble, en la doctrina nacional, Lucrecia Maisch Von Humboldt (1985), miembro de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, opinan que la inscripción perfecciona la hipoteca como derecho real.

En este sentido, cuando la hipoteca deja de estar inscrita pierde su carácter de derecho real de garantía. El artículo 3 de la Ley N.º 26639 ha regulado la extinción de las inscripciones de hipotecas sobre la base de la presunción del vencimiento de un plazo, en los casos en los que dichas inscripciones no hubiesen sido renovadas por su titular:

Artículo 3.- Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado. (Congreso de la República del Perú, 1996a)

El deudor hipotecario puede acceder a dicho derecho mediante la presentación de una solicitud de levantamiento de la inscripción de la hipoteca ante Registros Públicos, porque ha transcurrido el plazo de 10 años. Lo que ordinariamente se produce es que un acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca antes del plazo de extinción de la inscripción registral de la hipoteca. Sin embargo, la realidad presenta un supuesto de hecho no previsto

en la norma, que genera la necesidad de establecer si la norma se aplica igualmente a cualquier caso o si es necesario interpretar la norma en función del caso concreto.

El supuesto de hecho es el proceso de ejecución de garantía en trámite, del cual el deudor solicitante tiene conocimiento (porque ha ejercido su derecho de defensa, mediante apersonamiento y contradicción a la ejecución); incluso puede haber una medida cautelar de anotación de demanda expedida por el juez e inscrita en Registros Públicos. El deudor hipotecario hace valer la facultad literalmente prevista en el artículo 3 de la Ley N.º 26639, solicitando el levantamiento de la hipoteca, a pesar que el acreedor hipotecario ha interrumpido el plazo de prescripción de la acción judicial, de lo cual el deudor tiene conocimiento insoslayable.

El deudor ha ejercido la facultad prevista en la norma, pero las circunstancias en las que hace uso de esa facultad, mediando el proceso de ejecución de la garantía hipotecaria, son excesivas, inicuas, abusivas e inaceptables por el sistema de justicia.

El artículo 3 de la Ley N.º 26639 no desarrolla el supuesto si el solo vencimiento del plazo produce la extinción de la inscripción registral de la hipoteca en el caso que dicha garantía esté siendo ejecutada por el acreedor hipotecario antes del vencimiento del plazo de extinción registral de 10 años. Esta situación ocasiona que jueces, abogados y usuarios actúen en base a la literalidad de la ley y se aplique una misma solución por igual a todos los casos, sin tener en cuenta que existen supuestos de hecho diferentes que determinarán la interpretación o aplicación diferente.

En la realidad ocurre que por diversos motivos el proceso judicial se prolonga y el acreedor hipotecario -que diligentemente ha iniciado un proceso de ejecución de la garantía hipotecaria- no puede hacer efectiva la hipoteca porque transcurrió el plazo previsto en la ley que establece que la inscripción de la hipoteca se extingue por el solo transcurso de cierto tiempo, sin discriminar que existe en trámite el proceso de ejecución de garantía. En ese caso, el proceso de ejecución de garantía no podrá continuar porque ya no hay hipoteca a ejecutar. Recuérdese que la hipoteca ejecutable es aquella que está con la inscripción registral vigente.

Este problema se produce porque:

a) Tanto la norma como los aplicadores de ella no han previsto que el acreedor hipotecario podría haber actuado diligentemente en la defensa de la efectividad de su derecho de crédito iniciando un proceso judicial con la finalidad de cobrar su crédito, ejecutando la hipoteca;

b) La norma ni los aplicadores han previsto que el acreedor hipotecario, persona que ya es afectada por la falta de pago del deudor, tendría una doble carga para hacer realidad el cobro de su crédito, por cuanto tendría que demandar judicialmente mediante proceso de ejecución y tendría que renovar la inscripción registral de la hipoteca. La demanda sin la renovación, y la renovación sin la demanda, devendrían en inútiles. Además la renovación debe hacerse antes que se produzca la caducidad;

c) No se ha tenido en cuenta que si bien es cierto el acreedor es libre de renovar la inscripción registral de la hipoteca antes que venza el plazo de caducidad, también es cierto que cuando el acreedor hipotecario no es una entidad bancaria ni financiera, dicha facultad se convierte en una doble carga, de manera que la solución que ofrece el método literal, parece arbitraria y no ceñida a Derecho, habida cuenta que se trata de un acreedor que, aunque deba ser diligente, no deja de ser un ciudadano o sujeto de derecho que no es una entidad del sistema bancario o financiero (que tiene tratamiento legislativo diferente, porque para la extinción de la inscripción de la hipoteca se exige el consentimiento de la entidad acreedora)¹ y, por tanto, su diligencia tiene que ser medida como la de un sujeto común, al que se le exige la diligencia ordinaria.

En el precedente vinculante administrativo contenido en la Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L (SUNARP, 2003b), se establece que el trámite del proceso de ejecución de garantía es causa de extinción de la hipoteca, sin embargo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP exige que se lo ordene el propio Poder Judicial.

Posteriormente, en la Resolución N° 699-2004-SUNARP-TR-L (SUNARP, 2004) la SUNARP resolvió señalando que la medida cautelar de anotación de demanda que ha sido registrada antes de la presentación de la solicitud de inscripción de la extinción de la hipoteca, impide dicha extinción.

Actualmente en la Resolución 851-2018- SUNARP-TR-L (SUNARP, 2018), la SUNARP reconoce que mientras continúe vigente la obligación garantizada con la hipoteca extinguida, subsiste la posibilidad de reinscribirla. La reinscripción aparece como figura diferente a la renovación. La reinscripción se produciría después de extinguida la hipoteca y tendrá efectos solo desde la fecha que se realiza, mientras que la renovación de la inscripción de la hipoteca se produce antes de su extinción y tiene efectos de continuación por haber sido presentada antes del vencimiento del plazo de 10 años. Los requisitos para la reinscripción de la hipoteca son: a) la solicitud del acreedor hipotecario; b) la escritura pública de constitución de la hipoteca que obra como título

¹ Véase la última modificación del artículo 172 de la Ley N.º 26702, por la Sexta Disposición Final de la Ley N.º 28677, desde el 30 de mayo del 2006.

archivado en los registros públicos; c) la presentación de la prueba que acredita que se encuentra en ejecución judicial (copias certificadas del auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía); d) El garante hipotecario debe ser propietario del bien hipotecado.

3.2. Efectos de la existencia de un proceso de ejecución de garantía y de una medida cautelar de anotación de demanda, en el despliegue del plazo de extinción de la inscripción de la hipoteca. Interpretación del artículo 3 de la Ley N.º 26639

El artículo 3 de la Ley N.º 26639 ha regulado la extinción de las inscripciones de hipotecas sobre la base del indefectible transcurso del plazo. Por su parte, el artículo 121 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Superintendencia Nacional de Registros Públicos, 2013) exige que no obre en la partida registral del inmueble hipotecado, evidencia que demuestre el acreedor ha desplegado una conducta capaz de impedir la extinción de la hipoteca. Es indiscutible que el acto inscribible del acreedor que puede desvirtuar la extinción de la hipoteca es la renovación de la inscripción de la hipoteca antes del vencimiento del plazo, porque tiene el efecto inverso que es mantener vigente la inscripción de la hipoteca.

La anotación de la demanda de un proceso judicial de ejecución de garantía hipotecaria sobre el inmueble no tiene el efecto de renovar la inscripción de la hipoteca. Por el contrario, solo publicita la actividad judicial del acreedor orientada a que se remate el inmueble hipotecado para cobrar la deuda, a través del proceso de ejecución de garantía. Existe una situación no cubierta explícitamente por las normas citadas, que es el de la hipoteca inscrita que está siendo ejecutada judicialmente antes del vencimiento del plazo de extinción registral de 10 años. El problema que se plantea es establecer si es válido que el deudor o garante hipotecario obtenga la cancelación de la inscripción registral de la hipoteca que en ese momento está siendo ejecutada en proceso judicial.

Aquí nos planteamos cuál es el método de interpretación más idóneo, desde la perspectiva de una justicia distributiva (Rawls, 1999, pp. 123-157). Basándonos en los conceptos de Rubio (2002, p. 264; 2012, p. 80), si se interpreta la norma bajo comentario siguiendo el *método literal*, se entendería que el plazo de 10 años previsto en el artículo 3 de la Ley N.º 26639 extinguiría la inscripción registral de una hipoteca, en todos los casos, bajo la regla “no cabe distinguir donde la ley no distingue”. En este sentido, se concluiría que la interposición de una demanda de ejecución de garantías, no interrumpiría ese plazo

de extinción. Lo único que impediría que el plazo venciera en forma indefectible, sería la renovación; por así disponerlo textualmente el artículo 3 citado.

El acreedor tendría una doble carga para hacer efectiva la garantía hipotecaria a su favor: tendría que demandar judicialmente mediante proceso de ejecución y tendría que renovar la inscripción registral de la hipoteca. La demanda sin la renovación, y la renovación sin la demanda, devendrían en inútiles para el acreedor. La renovación para los acreedores ajenos al sistema financiero —si se le compara con las entidades financieras, a las que no se les exige la renovación— ya es una carga. Pero el vencimiento del plazo de la renovación tiene efectos adversos para el acreedor que orientó su conducta al cobro de su crédito demandando la ejecución de la garantía.

Si se considera que el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil establece un plazo de 10 años para que prescriba la acción real y, a la par, el artículo 3 de la Ley N.º 26639 establece el mismo plazo de 10 años para la extinción de la inscripción de la hipoteca, la interpretación literal conduciría a tener como justo (o “jurídico”) que un acreedor diligente en haber iniciado su proceso judicial de ejecución de garantía, dentro del plazo de 10 años de prescripción extintiva de la acción real, pierda la eficacia de su garantía real. Esto, a pesar de haber interrumpido la prescripción (Art. 1996 inc. 3 del Código Civil), por causa de no haber renovado la inscripción registral de la hipoteca. Una obligación registral sería capaz de neutralizar un proceso de ejecución en trámite. La interposición de la demanda de ejecución de garantías sería totalmente inútil para la defensa del crédito hipotecario.

La interpretación que se hace a través del método literal, desatiende las variaciones del supuesto de hecho de la norma que reclaman solución. Da un tratamiento plano, cualquiera sea la situación del acreedor, haya actuado con diligencia o no para realizar la actividad más contundente dirigida a cobrar la deuda. De otro lado, es necesario tener en cuenta a los terceros de buena fe. Si un tercero contrata respecto del bien cuando ya había sido levantada la inscripción de la hipoteca, pero cuando aún continuaba la inscripción de la medida cautelar de anotación de demanda, ¿qué respuesta recibirá ese tercero del sistema jurídico?, ¿prevalecerá la extinción de la inscripción de la hipoteca?, ¿la medida cautelar de anotación de demanda tiene una eficacia *minus plena* porque solo es útil en tanto se mantenga y esté vigente la inscripción registral de la hipoteca que permita su ejecución?

Desde la perspectiva de la prevalencia de los derechos de diferente naturaleza, prevalece la inscripción de la extinción de la inscripción de la hipoteca por tratarse de un derecho real frente a la medida cautelar de anotación de demanda que es un derecho personal. Para esto, nos ceñimos a la interpretación del artículo 2022 del Código Civil

efectuado por la Corte Suprema en el Séptimo Pleno Casatorio, contenido en la Casación 3671-2014-LIMA publicado el 7 de diciembre del 2015. Pero ello no resuelve el problema enunciado.

La insuficiencia del método literal para cubrir supuestos diversos derivados de la inscripción de la hipoteca, nos hace recurrir al método sistemático, a fin de evitar no solo incongruencias sino también el ejercicio abusivo del derecho. Recordemos que dicho accionar está proscrito en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. El transcurso del plazo de extinción no afecta la obligación garantizada ni la constitución de la hipoteca misma, sino su carácter de derecho real de garantía que tiene la hipoteca una vez que es inscrita. El problema es cómo puede afectar la condición de derecho real de garantía cuando existe un proceso de ejecución de garantía.

Sobre la definición de ejercicio abusivo, Rubio Correa señala: “El acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate” (2008, p. 30). Si el sistema jurídico rechaza el acto abusivo, un acto jurídico válido y en principio lícito que representa el ejercicio abusivo del derecho, no deberá desplegar sus efectos, a fin de evitar un resultado injusto.

El ejercicio abusivo de derecho es el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés. Pero ¿cómo se configura el ejercicio abusivo de derecho? Para Rubio Correa (2008), el artículo II del Título Preliminar del Código Civil informa los siguientes elementos configurativos:

- Existe una norma positiva que reconoce un derecho.
- Se produce un ejercicio de ese derecho por un sujeto (...)
- Ese ejercicio del derecho, (...), tal como ha ocurrido no está limitado ni prohibido por ninguna norma positiva.
- Sin embargo, se entiende que dicho ejercicio contraría a las normas generales de convivencia social y, por tanto, que los tribunales deben restringir o prohibir esa particular manera de ejercitar el derecho. (pp. 31; 32)

Verificaremos si los elementos configurativos antes indicados, se cumplen en el presente caso:

- a) El derecho subjetivo y la norma que lo reconoce.- El artículo 3 de la Ley 26639 y los artículos 120 y 121 del Reglamento de Inscripciones

del Registro de Predios (SUNARP, 2013), facultan al deudor hipotecario a cancelar la inscripción de la hipoteca, por el sólo transcurso de cierto plazo y a su sola solicitud:

- b) El ejercicio de este derecho.- El deudor o el garante presenta a Registros Públicos su declaración jurada solicitando la cancelación de la inscripción de la hipoteca
- c) Inexistencia de norma que prohíba el ejercicio del derecho a solicitar y obtener la extinción de la inscripción de la hipoteca.- Frente al derecho subjetivo del deudor de obtener la extinción de la inscripción de una hipoteca por el solo transcurso del plazo, no existe en nuestro sistema jurídico norma alguna que sancione o prohíba la extinción de la inscripción de la hipoteca en circunstancias en las que el acreedor cuenta con mandato de pago y de ejecución a su favor y además con medida cautelar de anotación de demanda en el Registro.

El ejercicio abusivo de derecho es una figura jurídica que debe ser utilizada sólo si no existiere una norma que limitare el ejercicio de determinado derecho, como sucede en el presente caso; puesto que, de haber una norma prohibitiva o restrictiva del ejercicio de cierto derecho, lo pertinente es desarrollar esa prohibición o restricción.

- d) Ejercicio contrario a las normas generales de convivencia social.- En el supuesto que la inscripción de la hipoteca se extingue a pesar que el acreedor interpone su acción de ejecución de garantía y la demanda ha sido anotada en el registro antes que el deudor presentase su solicitud de extinción de la hipoteca, se tendría que los esfuerzos judiciales del acreedor, las resoluciones dictadas a su favor dentro del proceso de ejecución, y la eficacia de la medida cautelar devinieron en inútiles para la protección de la garantía real con la que contaba el acreedor demandante.

Entonces, el deudor ha ejercitado su derecho subjetivo reconocido en una norma positiva que le permite obtener la extinción de la inscripción de la hipoteca con el solo transcurso del plazo de 10 años, y el acreedor ha sido afectado en el ámbito de sus intereses a causa del ejercicio de ese derecho subjetivo del deudor, debido a la falta de una norma positiva que prohibiera a este ejercer su derecho en circunstancias que afectan los intereses del acreedor. De ahí que se diga que, en la figura del ejercicio abusivo del derecho, frente al *derecho subjetivo positivizado* de una parte (el deudor en este caso) solo hay un *legítimo interés* de la otra parte (el acreedor en este caso).

La extinción de la inscripción de la hipoteca sería aceptable si no fuera porque el acreedor demandante interrumpió la prescripción judicial e hizo uso de las acciones de cobro que le procura el mismo ordenamiento antes que venciera el plazo de 10 años fijado para la prescripción de la acción y para la extinción de la hipoteca en Registros Públicos. En este caso, ha degenerado la finalidad que tiene el ejercicio del derecho registral otorgado al deudor hipotecario para pedir la extinción de la hipoteca por el solo transcurso del plazo, derivando en que el resultado sea excesivo dentro de la relación crediticia, produciendo un desequilibrio no amparable por el derecho.

El legítimo interés es una situación subjetiva de ventaja inactiva, que —a diferencia del derecho subjetivo— no tiene una regulación normativa que lo reconozca o respalde. Es por eso que se recurre a la figura del ejercicio abusivo del derecho cuando ese interés es lesionado.

En efecto, el deudor hipotecario ejercitó la facultad que le procuraba el texto del artículo 3 de la Ley N.º 26639, y dentro de esos parámetros su conducta era legal. Pero las circunstancias en las que hizo uso de esa facultad objetiva prevista en la norma lesionó el legítimo interés subjetivo del acreedor demandante. El ejercicio abusivo de derecho es una conducta que está proscrita en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil² y en el artículo 103 de la Constitución Política³, que son normas de orden público; por lo que la declaración de voluntad contenida en la declaración jurada presentada a Registros Públicos configura ejercicio abusivo de derecho del artículo II del Título Preliminar del Código Civil cuando existe en trámite el proceso de ejecución de garantía. De lo expuesto se concluye que, en ese caso, el acto jurídico constituido por la declaración de voluntad unilateral del demandado que dio lugar al levantamiento registral de la hipoteca es ineficaz.

La única forma coherente de entender el plazo de extinción del artículo 3 de la Ley N.º 26639, es que la demanda de ejecución de garantía tiene el efecto de interrumpir el decurso del plazo de extinción. De otro lado, las exigencias establecidas para el deudor no son igualmente las exigidas al acreedor, conforme se aprecia del tratamiento de la figura de la renovación de la inscripción de la hipoteca, prevista en el mismo artículo 3 de la Ley N.º 26639 y desarrollada en el artículo 125 del Reglamento de Inscripciones en el Registro de Predios (SUNARP, 2013). De dicha norma se aprecia que el titular de

² **Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho**

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

³ **Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho**

“(…)”.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”..

la solicitud de renovación es el acreedor hipotecario y la oportunidad para solicitarla se daría mientras la inscripción de la hipoteca se mantuviere vigente. También dispone que para que se proceda a la reinscripción de la hipoteca es necesario que el juez lo ordene en forma expresa.

Para que el acreedor pueda renovar su derecho de hipoteca, debe presentar solicitud y una declaración jurada, en la que manifieste que la deuda garantizada con la hipoteca aún no se ha extinguido. Es decir, el acreedor tiene el deber de renovar lo que aún es exigible (no ha prescrito la acción judicial, ni se ha pagado la obligación u otra causa de extinción), lo cual es lícito frente al deudor. Dicho esto, hacemos notar que no hay igual trato para ese acreedor cuando la norma no somete a su deudor al correlativo deber de acreditar que la hipoteca no está siendo ejecutada judicialmente en el momento de solicitar la extinción de la inscripción de la hipoteca (figura opuesta a la renovación), o cuando menos de expresarlo bajo la forma de declaración jurada. La regulación dispar hace que la relación jurídica entre acreedor y deudor no sea equitativa.

Si la norma exige al acreedor que declare que la obligación crediticia subsiste, a efecto que se mantenga la sujeción del patrimonio del deudor, como garantía de dicho crédito, es necesario entender en forma sistemática y razonable que la renovación se justifica cuando no existe proceso judicial previo en trámite. Si existiera este último, sería doblemente gravoso al acreedor exigirle su diligencia para mantener vigente su derecho de acción a demandar mediante proceso de ejecución y su derecho registral para que se mantenga inscrita la hipoteca. Asimismo, ¿de qué serviría que mantenga vigente la inscripción de la hipoteca a través de la renovación, si su acción judicial para demandar la ejecución de garantía prescribió a los 10 años? ¿Eso significa que la prescripción de la acción real (ejecución de garantía) también se renueva cuando realiza la renovación de la inscripción judicial? No pareciera ser esa la solución; sino más bien, que la interposición de la demanda de ejecución de garantía interrumpe el plazo de prescripción extintiva de dicha acción, y ello repercutiría en el transcurso del plazo de extinción de la inscripción registral, interrumpiéndolo también. De esta manera, el plazo de extinción de la inscripción de la hipoteca sigue discurriendo para quien no lo ha interrumpido interponiendo demanda de ejecución de garantía, pero se interrumpiría a favor de quien interpuso demandad judicial.

Aquí hay que agregar que la medida cautelar de anotación de demanda del proceso de ejecución de garantía en el Registro Público, tiene por efecto, entre otros, hacer pública la existencia de un proceso judicial de ejecución de la hipoteca por obligación de dar suma de dinero. El deudor hipotecario no puede soslayar su conocimiento de que el acreedor hipotecario le está haciendo un requerimiento en vía judicial para que pague o, en su

defecto, someta su patrimonio garantizado al pago de la obligación. Con ello no hace más que ratificar el carácter abusivo del ejercicio de la facultad literalmente prevista en el artículo 3 de la Ley N.º 26639.

La finalidad razonable del artículo 3 de la Ley N.º 26639, al regular la extinción de la inscripción de la hipoteca por el transcurso del tiempo (10 años), debe ser liberar al deudor hipotecario, cuyo acreedor hipotecario no ejecutó la hipoteca en el plazo de 10 años. Esto quiere decir que la extinción de la inscripción operaría solo cuando el acreedor no demandó. Pero no persigue imponer una doble carga al acreedor, ni dificultarle la ejecución de su hipoteca cuando ha demandado en tiempo oportuno.

Desde la perspectiva de la racionalidad jurídica, no es propio del espíritu del Derecho sancionar a quien interpuso su acción de ejecución de garantía. Por el contrario, lo que es objeto de sanción es la negligencia del acreedor que no fue diligente en hacer efectiva su garantía a través del proceso judicial respectivo. Surge la pregunta acerca de si las figuras de la renovación y de la reinscripción de la hipoteca son la solución al problema planteado.

La inactividad que sanciona el artículo 3 de la Ley N.º 26639 no puede ser interpretada literalmente, prescindiendo de la actividad judicial del acreedor en ejecutar la garantía. Lo contrario significaría imponerle al acreedor un doble deber de diligencia: iniciar su proceso judicial de ejecución y solicitar ante Registros Públicos la renovación de la inscripción de dicha garantía. Esta situación de imponerle al acreedor que mantenga renovada su hipoteca en registros por causa de la demora del proceso judicial, constituiría favorecer el ejercicio abusivo de derecho en beneficio del deudor y perjuicio de un acreedor; resultado que evidentemente no busca el sistema jurídico.

La reinscripción de la hipoteca también es gravosa para el acreedor, no solo porque requiere que el acreedor presente la respectiva solicitud, sino principalmente porque al tener efectos hacia adelante, el acreedor puede perder la posibilidad de dicha reinscripción si durante el tiempo que permaneció caduca la inscripción de la hipoteca el bien cambió de propietario o se registró otro gravamen sobre el bien. De lo analizado, se aprecia que, contrastado el supuesto fáctico, materia del presente artículo, frente al resultado derivado de los diferentes métodos de interpretación, se puede concluir que la interpretación ajustada a Derecho es la que deriva de los métodos teleológico, sistemático y de la ratio iuris. Aunando estas claves de lectura, el deudor no debe levantar la inscripción de la hipoteca en caso preexista proceso judicial de ejecución de garantía que cuente con anotación de demanda.

Si la inscripción de la hipoteca es levantada en sede registral —con posterioridad a la emisión del auto de ejecución y cuando el proceso se encontraba con mandato de remate— se perjudica el cobro del crédito. Es diligente el acreedor que demanda judicialmente el cobro de su crédito; y, si la vía judicial es determinante para dicho fin, la diligencia del acreedor debería tenerse satisfecha con la resolución del juez que ordena la ejecución, de modo que no es razonable concebir la diligencia del acreedor como una actividad orientada a dos fines, a demandar y a destrabar los obstáculos registrales. En este estado de cosas, es excesivo que la extinción de la inscripción registral del gravamen, se produzca cuando existe un proceso judicial de ejecución en trámite y con anotación de demanda.

En este orden de ideas, la declaración de voluntad del garante hipotecario, dirigida a obtener el levantamiento de la inscripción de la hipoteca de un acreedor respecto del cual es público que cuenta con un mandato de ejecución a su favor por haberse admitido, corrido traslado al garante hipotecario y anotado en el registro la demanda de proceso de ejecución de garantía, constituye ejercicio abusivo de derecho. El deudor que hace uso de esta forma, evidencia que hace uso de la ley para un resultado inicuo, consistente en sustraer su patrimonio de la acción de cobro y remate antes iniciado judicialmente contra su inmueble. Caducada la inscripción de la hipoteca, el deudor puede transferir el bien a favor de terceros premunidos de la buena fe registral, con lo cual el acreedor no podría hacer uso de la reinscripción y perdería la garantía de su crédito, tal como ha ocurrido en casos como el resuelto en la Resolución 103-2019- SUNARP-TR-A (SUNARP, 2019).

El artículo 3 de la Ley N.º 26639 considera lícito los resultados irrestrictos que se puedan obtener con el uso de la facultad que confiere. Ello no quiere decir que el sistema jurídico permite el resultado lesivo a los intereses del acreedor, sino que, tal como ha quedado establecido en los párrafos precedentes, la ilicitud constatada en este proceso no nace de la transgresión del garante hipotecario a una prohibición expresa, sino del ejercicio abusivo de una facultad prevista en la ley. Por tanto, la declaración unilateral del garante no puede ser soportada por el sistema jurídico y la única manera de restringir que el despliegue de sus efectos dañe es declarando su ineficacia.

El artículo 172 de la Ley 26702, modificado por el artículo 1 de la Ley 27682, modificado a su vez por el artículo 1 de la Ley N.º 27851 publicada el 22 de octubre de 2002, establece una regla diferente para las hipotecas a favor de las empresas del sistema bancario y financiero. El deudor solo puede levantar la hipoteca cuando el acreedor lo libera de la hipoteca, y ello suele ocurrir la mayoría de las veces cuando el deudor ha pagado su deuda.

Artículo 172.- GARANTIAS RESPALDAN TODAS LAS OBLIGACIONES
FRENTE A LA EMPRESA

“La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.”

Como se aprecia de la comparación de la norma arriba citada con el artículo 3 de la Ley N° 26339, que establece “Las inscripciones de las hipotecas (...), se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas” se concluye que la solución literal para las personas ajenas al sistema bancario y financiero es más gravosa que para las empresas de ese sistema. Cuando se interpreta el artículo 3 sin considerar que la existencia del proceso de ejecución de garantía implica una diferencia, el deudor puede levantar la inscripción de la hipoteca a pesar que no ha pagado su deuda y ha sido emplazado con una resolución judicial que ordena el pago la ejecución de la garantía hipotecaria, lo que es impensable en el sistema bancario y financiero. La interpretación literal del artículo 3 es más perjudicial que la solución para el sistema bancario y financiero porque conduce a imponer al acreedor la carga adicional de renovar la hipoteca y si no renovó solo le queda el camino de la reinscripción si es que no se interponen derechos de terceros de buena fe. De este modo, en comparación con las empresas del sistema financiero, la diligencia de haber cobrado judicialmente no tendría efecto alguno.

Por todas esas razones postulamos como propuesta que se interprete el artículo 3 de la Ley N° 26339 en el sentido de aplicarlo literalmente cuando no media un proceso judicial de ejecución de garantía. Consecuentemente, cuando este proceso judicial existe -supuesto no previsto expresamente en la norma- tendrá el efecto de impedir que el registrador acceda cancelar la inscripción de la hipoteca por el solo pedido del deudor; a esta solución se llegará vía interpretación de la norma en virtud del principio de razonabilidad y de la proscripción del ejercicio abusivo del derecho. Para implementar esta propuesta, el registrador público podría exigir al deudor o al solicitante del levantamiento de la inscripción de la hipoteca, que cuando menos presente declaración jurada de no haber sido emplazado con el mandato de ejecución por el juez. Sería más eficiente, si se facultara al juez que de oficio remita a Registros Públicos el mandato de ejecución (con pago de derechos registrales a cargo del ejecutante), lo que no solo alertará a terceros de buena fe sino específicamente coadyuvará a la calificación del registrador de la solicitud de cancelación de la inscripción de la hipoteca.

Cuando la declaración jurada de cancelación de la hipoteca debe ser dejada sin efecto, la consecuencia jurídica debe ser la cancelación del asiento registral donde se encuentra inscrita la extinción de la hipoteca. Dicha consecuencia está prevista expresamente en el artículo 99 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (SUNARP, 2012). La norma señala: “Artículo 99.- Cancelación por nulidad del título La nulidad del título supone la nulidad de la inscripción o anotación preventiva extendidas en su mérito, siendo la resolución judicial que declare dicha nulidad, título suficiente para la cancelación del asiento respectivo”

3.3. Jurisprudencia registral y posición judicial

3.3.1. En el plano registral

En el antiguo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Superintendencia Nacional de Registros Públicos, 2003a), la extinción de la hipoteca se inscribía en base a la declaración del solicitante y la constatación por el registrador acerca del cumplimiento del plazo. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (SUNARP, 2008c), en su artículo 88 reguló similar solución a la anterior. Posteriormente, el actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (SUNARP, 2013), en su artículo 121, también estipuló los requisitos de la solicitud de parte y del transcurso del plazo, pero agregó que no debía haber inscripción registral que evidencie la actividad del acreedor. Señaló: “El registrador cancelará el respectivo asiento con la sola verificación del tiempo transcurrido, siempre que de los actos inscritos en la partida no se desprenda la actividad del acreedor o del deudor que desvirtúe la caducidad invocada”.

Esta modificación representa un avance respecto de los anteriores reglamentos, porque permite completar su contenido a través de la interpretación, analizando si la actividad registral del acreedor puede ser la existencia de un proceso judicial de garantía y la inscripción de medida cautelar de anotación de demanda. Esta solución, que parece ser la más justa y equitativa, no es desconocida para la jurisprudencia registral. En el ámbito administrativo, hay un antecedente jurisprudencial relevante sobre el tema; se trata del precedente vinculante administrativo contenido en la Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L (SUNARP, 2003b), en el cual se ha considerado que la existencia de un proceso de ejecución de garantía en trámite enervaría la extinción de la hipoteca, sin embargo concluye señalando que ante la literalidad del artículo 3 de la Ley 26639 debe ser el Poder Judicial y no el Registrador Público quien así lo disponga:

DÉCIMO: (...) se puede advertir que aparentemente existe un proceso judicial de (...) pago de dólares (...), que se encuentra en la etapa de ejecución de sentencia, (...) y ordena (...) pague al demandado (...) y, se proceda a convocar a remate.

Esa circunstancia podría determinar que la presunción de extinción de la hipoteca (...) quede enervada, precisamente por el inicio del proceso judicial de cobro por la acreedora antes de la inscripción de la cancelación de la hipoteca. Sin embargo, es necesario pronunciamiento judicial para dejar sin efecto la inscripción realizada en dicho asiento, para lo cual deberá presentarse parte judicial que contenga el mandato judicial de cancelación.

En el caso citado, el acreedor cuestionó la denegatoria de la reinscripción de la hipoteca. El precedente administrativo considera lo siguiente: a) la extinción se produce por presunción, porque la ley prevé dicho efecto por el solo transcurso del plazo; b) el inicio de proceso judicial de cobro antes de la inscripción de la extinción puede enervar dicha extinción; c) pero para cancelar la inscripción de la extinción de la hipoteca, es necesario que el Poder Judicial lo ordene. Sobre esto último, en el artículo 124 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (SUNARP, 2013), se regula la figura de la reactualización, cuando la vigencia de la inscripción es ordenada por el juez.

La SUNARP ha emitido la Resolución N° 699-2004-SUNARP-TR-L (SUNARP, 2004). En esta resolución que no es precedente vinculante, el Tribunal ha concluido que la anotación de demanda (medida cautelar) anterior a la rogatoria de inscripción de la extinción de la hipoteca, sí impide dicha extinción. Es más, considera que la anotación de demanda reserva la prioridad del fallo a expedirse en caso fuere fundada la demanda:

Noveno.- (...) Respecto a la anotación preventiva de demanda de ejecución de garantía hipotecaria, ésta resulta excluyente de la cancelación por extinción registral de la hipoteca regulada por el artículo 3° de la Ley N° 26639 (por lo que produce el cierre registral), si tomamos en consideración que en el supuesto de inscribirse la sentencia de ejecución que declara fundada la demanda, la cancelación inscrita quedaría enervada ante la prioridad de la sentencia de la nulidad de hipoteca; y si por el contrario se declara infundada la demanda de ejecución de garantía hipotecaria, el asiento de cancelación de hipoteca quedaría consolidado.

Vale decir que el título en cuestión que trata de la solicitud de ejecución de garantía hipotecaria, persigue impedir que el asiento caduque; situación que determina que el título venido en grado N° 7571 del 2.9.2004 resulte incompatible

con éste, ya que las rogatorias de inscripción se excluyen mutuamente: una solicita la ejecución de garantía hipotecaria y la otra pide su caducidad.

Décimo.- En el caso venido en grado, se aprecia que la medida cautelar (...) publicita la existencia del proceso judicial dentro del cual fue dictado, reservando de esta manera la prioridad del fallo a expedirse.

El Tribunal Registral de la SUNARP, en el Cuarto Precedente de observancia obligatoria en el ámbito registral, adoptado en el Pleno Registral XXXII (SUNARP, 2008a), estableció:

IMPROCEDENCIA DE LA REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECAS CANCELADAS

“No procede la reinscripción de una hipoteca cuando ésta se canceló por caducidad de conformidad con la Ley N° 26639”.

El precedente citado sirvió de sustento para resolver el caso contenido en la Resolución N° 311-2008-SUNARP-TR-L (SUNARP, 2008b)

En el CLXXXVII Pleno Registral (SUNARP, 2018 a) el Tribunal Registral modificó el precedente anterior e instituyó la figura de la reinscripción de la hipoteca extinguida:

PROCEDENCIA DE REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECA CUANDO SE DEMUESTRA QUE ESTÁ EN EJECUCIÓN.

“Procede la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad siempre que el predio siga siendo de propiedad del constituyente de la garantía y tendrá efectos desde la fecha en que se realiza, en mérito a solicitud del acreedor hipotecario invocando el título constitutivo del gravamen que obra archivado en el registro y que se encuentra en ejecución, lo cual se acreditará con las copias certificadas del auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía.”

En el citado precedente, es interesante reproducir ciertos fundamentos del vocal Pedro Álamo:

La reinscripción de la hipoteca es la solicitud que se presenta al registro para que la hipoteca que se extinguió por caducidad de su inscripción, sea nuevamente inscrita o reinscrita, es decir, que la reinscripción presupone la caducidad de la

inscripción hipotecaria. Como sustento de la rogatoria de reinscripción se invoca el título constitutivo de la hipoteca que obra archivado en la institución registral. Nuestra posición es argumentar en sentido favorable a la admisión por el registro de las rogatorias de reinscripción de las hipotecas, formuladas unilateralmente por el acreedor hipotecario, (...). Para ello se han esbozado los siguientes fundamentos:

- La caducidad de la inscripción hipotecaria genera en primer término la extinción de la inscripción y como consecuencia de ello se faculta legalmente al interesado para solicitar la cancelación del asiento respectivo, pero esto no significa que el contrato de hipoteca desaparezca o termine (porque como se ha indicado al fundamentar las razones por las cuales cabe la renovación a solicitud unilateral del acreedor hipotecario, es factible que la obligación para la que se constituyó la garantía siga vigente a pesar de la caducidad de la inscripción, por haberse presentado situaciones de suspensión o interrupción del plazo de prescripción de la acción real o personal), sino que va a seguir produciendo sus efectos, entre ellos, requerir que por su mérito se reinscriba la hipoteca. En resumen y como afirman Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, no debemos confundir el contrato de hipoteca con el derecho real de hipoteca.

- Mientras perviva la obligación, el contrato de hipoteca o acto jurídico de constitución de la hipoteca conservará su razón de ser y existencia jurídica, ya que como sabemos la hipoteca es accesoria de la obligación, si esta se encuentra vigente, el contrato de hipoteca -y no sólo el derecho real de hipoteca- seguirán vigentes. No se puede estimar que, por la circunstancia de haberse extinguido el gravamen por la caducidad de su inscripción, el acto jurídico de constitución de la hipoteca también se ha extinguido. Ello ocurrirá siempre y cuando como hemos visto coincida la caducidad de la inscripción hipotecaria con la prescripción de la acción personal o real.

Actualmente, el Tribunal Registral Superintendencia Nacional de Registros Públicos, en la Resolución 851-2018- SUNARP-TR-L. (SUNARP, 2018 b), que sustenta el precedente de observancia obligatoria adoptado en el CLXXXVII Pleno Registral (SUNARP, 2018 a), da como solución la reinscripción de la hipoteca, en aquellos casos en los que hay de por medio un proceso judicial de ejecución de garantía:

3. A la luz de la precisión al precedente de observancia obligatoria aprobado en el reciente Pleno CLXXXVII realizado el 11 y 12 de abril de 2018 procede la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad cuando se demuestra que

está en ejecución. Esta nueva inscripción se realizará siempre que el predio siga siendo de propiedad del constituyente de la garantía y tendrá efectos desde la fecha en que se realiza, en mérito a solicitud del acreedor hipotecario invocando el título constitutivo del gravamen que obra archivado en el registro y que se encuentra en ejecución, lo cual se acreditará con las copias certificadas del auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía.

La precitada Resolución (SUNARP, 2018 b), sintetiza los fundamentos expuestos en el CLXXXVII Pleno Registral (SUNARP, 2018 a), señalando:

(...)

- En la actualidad existen medios que nos permiten verificar con mayor facilidad que antes, los procesos judiciales en trámite y su estado. La Sunarp ha implementado incluso la presentación electrónica de partes judiciales y la verificación de firmas por la web.

- Al tomar conocimiento que la hipoteca está en ejecución, tomamos conocimiento de un proceso judicial en trámite. Así, si el Juzgado está por ejecutar una hipoteca ¿cómo la va a realizar si ésta ya se encuentra levantada por caducidad? en el supuesto que aun así la ejecute ¿cómo se va a proceder a cobrar lo adeudado? Corresponde reinscribirla hipoteca cuando ante el Registrador se evidencie fehacientemente que existe un proceso en trámite sobre la referida hipoteca.

- La posibilidad de la reinscripción de la hipoteca está ligada a la subsistencia de la obligación. De tal manera que viva esta, aquella debe contar con la garantía otorgada. Es un asunto de accesoriedad.

El asunto radica en cómo se probará ante el Registro la persistencia de la obligación. Si está en el ámbito judicial, ¿cuáles son los documentos idóneos?

(...)

- El título que daría mérito a la reinscripción de la hipoteca sería la misma escritura pública de hipoteca y, para acreditar que se encuentra en ejecución, el auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate de los bienes dados en garantía (arts. 720 y siguientes del CPC).

Este criterio de la reinscripción de la hipoteca caduca se mantiene en la actualidad, conforme se aprecia en la Resolución 103-2019- SUNARP-TR-A (SUNARP, 2019). Sin embargo, nuestra propuesta es más tuitiva del derecho del acreedor que cuenta con un

proceso de ejecución con auto de ejecución. Como lo hemos sostenido, la reinscripción, aunque es un avance respecto de la cancelación, no proporciona la continuidad del gravamen sin interrupción que impida la adquisición de derechos de terceros de buena fe en el lapso entre la caducidad y la reinscripción.

En sentido similar al arribado en este artículo, la doctrina extranjera, considera que el plazo de la extinción no es típicamente de caducidad, sino de prescripción y que es susceptible de interrupción. Considerar el plazo de diez años como uno de prescripción, permite concebir que el inicio del proceso de ejecución interrumpe el decurso del plazo. Ferrer Riba expresa:

(...). La legislación hipotecaria, que no puede desconocer estas vicisitudes, se ha limitado, en el art. 82 V LH, a establecer una causa de caducidad de la inscripción *basada en circunstancias que indiciariamente permiten presumir que la hipoteca o la condición resolutoria no se han ejercitado dentro de plazo*. Sobre la base de tales indicios y por razones de agilidad del tráfico inmobiliario el legislador dispone que la inscripción del derecho caduca y permite que se cancele el asiento, depurando así los folios registrales de cargas y gravámenes que presumiblemente ya no se encuentran en vigor. *El registrador de la propiedad no aprecia, evidentemente, la consumación de la prescripción (cf. RDGRN 8.11.1951, RJ 1951/2603), sino sólo el transcurso del plazo de prescripción y la falta de reflejo registral de actos que denoten su interrupción.*

Tampoco cabe entender en ningún caso que el art. 82 V LH establezca una causa de caducidad del derecho de hipoteca o de la condición resolutoria basada en la apreciación de los hechos que acabo de citar. Si la prescripción no se ha producido (porque, por ejemplo, se ha interrumpido el transcurso de su plazo) una eventual cancelación realizada al amparo del precepto que ahora comentamos no habrá extinguido el derecho, que puede subsistir extrarregistralmente, sin que la eficacia constitutiva de la inscripción hipoteca se pueda trasladar miméticamente a la cancelación: la presunción de extinción (...) es iuris tantum, también para el derecho de hipoteca (...) La cancelación sustrae al acreedor el recurso al procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, le priva de legitimación frente a terceros para ejercitar cualquier pretensión relativa a la hipoteca y hace inoponible a éstos (...), un derecho que ha dejado de tener constancia tabular, pero, dejando a salvo la posición de los mencionados terceros, el acreedor puede intentar acreditar que la prescripción había sido interrumpida o quedado suspendida y solicitar judicialmente que se declare la ineficacia de la cancelación. (2003, p. 21; las cursivas son nuestras)

3.3.2. *En el plano judicial*

En la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 28113-2007-0-1801-JR-CI-13 (CSJL, 2010), de la cual la autora de este artículo fue ponente, se sostuvo que el pedido de levantamiento de la hipoteca por haber transcurrido el plazo de caducidad en circunstancias en las que en esa misma oportunidad estaba en trámite un proceso de ejecución de garantía, constituía ejercicio abusivo del derecho del deudor, y se dispuso la cancelación de la inscripción registral que canceló (“por extinción”) la hipoteca, dejando a salvo los derechos de terceros.

En el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial llevado a cabo en Lima el 11 y 12 de agosto de 2011 (CSJL, 2011), se parte del hecho que la transcurrido el plazo la inscripción de la hipoteca se extingue y que el auto de ejecución da lugar a que el juez ordene la reinscripción de la hipoteca, siempre que el inmueble continúe en propiedad del ejecutado.

4. Conclusiones

De acuerdo a la fundamentación realizada se establece lo siguiente:

- En materia de hipotecas constituidas entre personas ajenas al sistema bancario y financiero, en los ámbitos registral y judicial, se ha pasado de una concepción indiferente acerca de la repercusión que produce la ejecución judicial de la garantía hipotecaria en el transcurso del plazo de extinción de la inscripción de la hipoteca, a una concepción que considera razonable viabilizar un mecanismo de protección al acreedor que ejerció su derecho de cobro. El criterio dominante ahora es el de permitir la reinscripción de la hipoteca (cumplidos ciertos requisitos). Nuestra posición es que sea improcedente la extinción de la inscripción de la hipoteca cuando existe un proceso de ejecución en trámite con anterioridad a la fecha de vencimiento del plazo para dicha extinción, con lo cual se evitaría que el bien sea transferido o gravado a favor de terceros de buena fe entre la extinción de la inscripción de la hipoteca y la reinscripción.
- Los diferentes criterios de interpretación desarrollados sobre una misma norma en función a diferentes supuestos de hecho, aportan diferentes resultados de interpretación de una norma, en atención a los diferentes supuestos de hecho que se producen en la realidad. El artículo 3 de la Ley N.º 26639 debe ser interpretado de manera que no se extinga la hipoteca en el caso de existir un proceso de ejecución de garantía en trámite.
- La declaración unilateral de voluntad del deudor, destinada a inscribir la ex-

tinción de la hipoteca de la cual era garante, y presentada con posterioridad al inicio del proceso judicial de ejecución de garantía y a la anotación de dicha demanda, constituye ejercicio abusivo del derecho por parte del garante hipotecario, por ser una conducta proscrita en normas de orden público (artículo 103 de la Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil), por lo que su declaración de voluntad debe ser ineficaz.

- El inicio del proceso judicial de ejecución de garantía y la anotación de dicha demanda en la partida registral del inmueble, obedecen a la actuación diligente del acreedor, orientada a hacer efectivo el cobro de la deuda. Es inicuo que la diligencia del acreedor en la ejecución de la hipoteca no tenga el efecto de impedir que el deudor o el garante hipotecario obtenga la extinción de la inscripción de la hipoteca.
- La renovación y la reinscripción no son mecanismos de solución al problema creado por la caducidad de la hipoteca a pesar de existir un proceso judicial de ejecución de garantía. La renovación de la inscripción de la hipoteca, facultad que se hace valer antes del vencimiento del plazo de la extinción, es una medida gravosa para el acreedor diligente que orientó su actividad a lo que es propio de un acreedor con deuda vencida, demandando el cobro de su crédito mediante el proceso de ejecución de garantía. La reinscripción de la hipoteca, prevista como facultad a ser ejercida después del vencimiento del plazo de extinción, implica la pérdida de la prioridad y permite la adquisición de derechos de terceros de buena fe sobre el bien, imposibilitando o dificultando que el mismo bien sirva nuevamente de garantía. La prevalencia de la caducidad de la hipoteca frente a la existencia de un proceso de ejecución de garantía con auto de ejecución, es una consecuencia excesiva y el deudor que en dicha circunstancia hace uso de la caducidad, incurre en ejercicio abusivo del derecho.

Referencias

Código Civil peruano aprobado mediante Decreto Legislativo 295. (1984). Actualizado. Poder Ejecutivo del Perú. Lima. Recuperado de <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado>

Código Procesal Civil peruano, Texto Único Ordenado – T.U.O. aprobado mediante Resolución Ministerial N° 10-93-JUS. (1993). Poder Ejecutivo del Perú. Lima.

Versión actualizada. Recuperado de <https://lpderecho.pe/texto-unico-ordenado-codigo-procesal-civil-actualizado>

Corte Superior de Justicia de Lima – CSJL (2010). Sentencia de vista contenida en la resolución número cinco de fecha 19 de octubre del 2010, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 28113-2007-0-1801-JR-CI-13, que confirmó en parte la sentencia de primera instancia emitida por el Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, contenida en la resolución número cuarenta y nueve de fecha 30 de abril de 2010, Juez Liliana Amalia Chávez Berríos. Expediente posteriormente redistribuido al 36 Juzgado Civil de Lima. Referido en <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html#>, y recuperado de <https://castderecho.wixsite.com/website/post/extinci%C3%B3n-de-la-hipoteca-sentencia>

Corte Superior de Justicia de Lima – CSJL (2011). Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial, llevado a cabo en Lima el 11 y 12 de agosto de 2011. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6e09830049941769a6a1f7cc4f0b1cf5/DOC001.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=6e09830049941769a6a1f7cc4f0b1cf5>, tema III.

Corte Suprema de la República. (2015). Casación 3671-2014-LIMA. VII Pleno Casatorio Civil. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/wp-content/uploads/sites/125/2015/12/VII-Pleno-Casatorio-Civil.pdf>

Ferrer Riba, J. (Abril, 2003). *Los efectos de la prescripción en el derecho civil de Cataluña* (p. 21). Barcelona: Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Working Paper de Dret Català, N°: 3. Recuperado de www.indret.com

Gascón, M. (2003). Los argumentos de la interpretación. En Gascón, M. & García, A. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (pp. 183-214). Lima, Perú: Palestra Editores.

Ley N.º 26639 del 25 de junio de 1996 por la cual precisan aplicación de plazo de caducidad previsto en el Artículo 625 del Código Procesal Civil. (1996a). Congreso de la República del Perú. *Diario Oficial El Peruano*, de 27 de junio de 1996. Recuperado de <https://leyes.congreso.gob.pe/documentos/Leyes/26639.pdf>

Ley N.º 26702 del 6 de diciembre de 1996, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. (1996b). Congreso de la República del Perú. Recuperado de https://www.sbs.gob.pe/regulacion/sistema-financiero__

- Maisch, L. (1985). Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil. En Revoredo, D. (Ed.), *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. V* (pp. 150-286). Lima, Perú: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.
- Rawls, J. (1999). *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Rubio Correa, M. (2002) *El sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2012) *Manual de Razonamiento Jurídico. Pensar, escribir y convencer: un método para abogados*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP. (2003a). Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 540-2003-SUNARP/SN, publicado el 21 de noviembre de 2003, vigente desde el 19 de enero del 2004, por la que se establece que la causa de la inscripción de la extinción es la declaración efectuada por el solicitante. Lima: Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Recuperado de https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/REG_PREDIAL.pdf
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos Resolución – SUNARP. (2003b). Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L por la que se establece que la existencia del proceso de ejecución en trámite enervaría la extinción de la hipoteca, pero debe resolverlo el juez, aprobada en el Cuarto Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP realizado los días 6 y 7 de junio de 2003. Lima: Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/cdi/precedentes/4-PLENO/RESOLUCIONES/232-2003-SUNARP-TR-L.pdf>
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos- SUNARP. (2004). Resolución N° 699-2004-SUNARP-TR-L del 26 de noviembre del 2004, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 24 de enero del 2005 (p. 285254). Recuperado de <file:///C:/Users/USER/Downloads/NL20050124.pdf>
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos. (2008a) – SUNARP. XXXII Pleno Registral realizado los días 3 y 4 de abril de 2008 (p. 373841). Recuperado de

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/cdi/precedentes/32-y-33-PLENO.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos. (2008b) – SUNARP. Resolución N° 311-2008-SUNARP-TR-L del 19 de marzo de 2008, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 11 de junio de 2008 (p. 373852) que sustenta el precedente de observancia obligatoria adoptado en el XXXII Pleno Registral, resolvió el caso concreto referido en la apelación del título N° 00486072 del 3 de septiembre de 2007, y dispuso que no procede la reinscripción de hipotecas canceladas por la extinción prevista en la Ley N° 26639, salvo que se presente nuevo título constitutivo otorgado por el propietario del bien. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/cdi/precedentes/32-y-33-PLENO.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos. (2008c). Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución de la Superintendente Nacional de Registros Públicos N° 248-2008-SUNARP-SN, publicado el 30 de agosto del 2008, con vigencia progresiva desde el 30 de setiembre del 2009, por la que se reitera que la causa de la inscripción de la extinción es la declaración efectuada por el solicitante. Lima: Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Recuperado de <https://www.miraflores.gob.pe/Gestorw3b/files/pdf/5003-397-resolucion2482008sunarp.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP. (2012). Texto Único Ordenado – TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN. Recuperado de <https://www.sunarp.gob.pe/Tribunal/Documents/Texto%20%20C3%9Anico%20Ordenado%20del%20Reglamento%20General%20de%20los%20Registros%20P%C3%BAblicos.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP. (2013). Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN (publicado el 4 de mayo de 2013), por la que se agregó el requisito que no debía haber inscripción registral que evidencie la actividad del acreedor. Lima: Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Recuperado de <https://www.sunarp.gob.pe/reglamentos.asp>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos (2018a). CLXXXVII Pleno Registral realizado el 11 y 12 de abril de 2018, bajo la modalidad no presencial. Recuperado

de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1398816/CLXXXVII-PLENO-TR-SUNARP.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos (2018b). Resolución 851-2018-SUNARP-TR-L del 16 de abril de 2018, que sustenta el precedente de observancia obligatoria adoptado en el CLXXXVII Pleno Registral, resolvió el caso concreto referido en la apelación del título N° 2501361 del 21.11.2017, y dispuso que procedía la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad. Recuperado de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/851-2018-SUNARP-TR-L.pdf>

Superintendencia Nacional de Registros Públicos (2019). Resolución 103-2019-SUNARP-TR-A del 11 de febrero de 2019, que basado en el CLXXXVII Pleno Registral, confirmó la tacha de la registradora pública respecto de la rogatoria de reinscripción de la hipoteca porque la titularidad del predio ya no pertenecía al constituyente de la hipoteca. Recuperado de <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/Res19032019-4.pdf>