

FUNDADA EN EL 2013

FORSETI



10 AÑOS

Walter Vásquez – José Caro John – Mauricio
Camere – Elvis Ojeda – Daichi Yano – Paula Silva
Alexis Meza



Forseti. Revista de Derecho
Lima, DERUP, 2999

Vol.

12

Núm.

18



FORSETI

© DERUP Editores, Lima, 2023
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2023-II
Asociación DERUP Editores
Consejo Directivo

Nicolás Ayala Badillo (Presidente y Director de Comercialización)
Renata Figueroa Sebastián (Vicepresidenta y Directora de Gestión de Talento)
César Yupari Chaccha (Director de Eventos)
Jean Inti Aguilar (Director de Finanzas)
Bernardeth Quijano Rodríguez (Directora de Edición)
Genaro Ríos Díaz (Subdirector de Eventos)
Maryangel Nisiama Zaki (Subdirectora de Comercialización)
Andrea Chumpitaz Ortiz (Subdirectora de Gestión de Talento)
Thais Arroyo Campos (Subdirectora de Finanzas)
Josué Ochoa García (Subdirector de Edición)

Comisión de Comercialización

Fiorella Fulchi Leo
Leslie Hernández Montoya
Angie Llaca Conde
Ingrid Mamani Ccallo
Sol Morachimo Quiroz
Vanessa Quezada Soto

Comisión de Edición

Francesca Chocano Villanueva
Carlos Chuquilín Vásquez
Débora Graciano Chávez
Luis Martín Iturrizaga Torres
Luciana Moreno Manrique
Fabricio Neyra Quijandría

Comisión de Finanzas

Joel Lima Quiroz
Octavio Fernández Távara
Britney Panti López
Nadir Quivio Jiménez

Comisión de Eventos

Rina Chanco Sucso
Cesia Esparza Polo
Jeslie Lavado Albino
Andrea Lobatón Suárez
Daniela Mañanes Meléndez
Sandro Olivera García
Hanna Paulino Ramos
Allison Saldamando Egoávil
Aniuska Segura Ríos
Estefania Quiroz Lozano

Comisión de Gestión de Talento

Mariana Loyola Duarte
Alisson Mijichich Vila
Camila Morales Rola
Diego Valencia Guevara

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Con gran emoción tenemos el agrado de presentarles el nuevo número de la Revista FORSETI. Esta edición es sumamente significativa, pues conmemora la celebración de los diez años de fundación de nuestra querida Revista.

Cada uno de estos artículos es un reflejo de la esencia que nos define y motiva a seguir: el deseo de compartir contenido jurídico de calidad y crear un impacto positivo en la sociedad. Esta edición representa el trabajo en conjunto de toda nuestra asociación estudiantil a lo largo del tiempo, con el que recordamos cada desafío superado y cada paso valiente que nos llevó hasta aquí. Han sido diez años de dedicación y entrega hacia la difusión del conocimiento y el fomento del diálogo entre grandes ponentes.

Expresamos nuestro sincero agradecimiento a todos los que han sido parte de este hermoso camino, a los autores, los revisores de pares, a los miembros del Consejo Consultivo y Consejo Editorial y un especial agradecimiento a nuestra Facultad de Derecho por todo su apoyo.

Nos sentimos profundamente complacidos al mirar el camino recorrido. Y con la misma ilusión miramos hacia el futuro, con la confianza que FORSETI seguirá creciendo como Revista.

Esta edición de Aniversario contiene destacados artículos de algunas de las ramas más resaltantes del Derecho: arbitraje, internacional público, penal, tributario y aduanero.

Nos agrada empezar la edición 2023-2 con un profundo análisis sobre el concepto del contrato aleatorio en el marco legal peruano y sus consecuencias jurídicas. Para ello, el autor identifica la dispersa regulación del Código Civil que alude al contrato aleatorio, con la finalidad de esclarecer este concepto tan relevante pero poco abordado.

Seguidamente, indagaremos en un análisis sobre el riesgo permitido en el ámbito de la imputación objetiva. En este artículo el autor además de utilizar doctrina especializada nos presenta jurisprudencia con la finalidad de darnos una mirada práctica de este criterio y su utilización en el derecho penal.

Otro tema relevante de esta rama del derecho lo veremos en el siguiente artículo, el cual nos adentra al delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. El autor nos da una enriquecedora perspectiva normativa y delimita cada elemento típico y las diversas manifestaciones del delito de cohecho.

Por otro lado, reflexionaremos sobre la eficacia del Derecho Internacional Público. Con este artículo el autor demuestra que sería una equivocación desconocer la existencia del Derecho Internacional o sugerir que el ordenamiento jurídico internacional es ineficaz.

Posteriormente, comprenderemos más sobre la batalla de la práctica arbitral con la inclusión de defectos en la motivación como causal de anulación del laudo. Los autores realizan un análisis teórico y práctico del sistema arbitral para analizar el tema.

Por último, concluimos con un análisis sobre el régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida. El autor nos da una visión holística del tratamiento aduanero que se le da en el Perú.

En nombre del Equipo FORSETI, esperamos que esta edición sea de su agrado.

Bernardeth Quijano

Directora de la Comisión de Edición

Índice

Sobre la definición de contrato aleatorio y sus implicancias legales

por Walter Vásquez Rebaza 07

Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el Derecho penal

por José Antonio Caro John 43

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa

por Mauricio Camere Figueroa 71

Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Internacional Público

por Elvis Ojeda Huerta 101

“Entre lo justo y lo necesario”: la motivación del laudo arbitral

por Daichi Yano y Paula Silva 118

Régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida: aspectos operativos y naturaleza jurídica

por Alexis Meza Mitacc 142

Sobre la definición de contrato aleatorio y sus implicancias legales

Walter Vásquez Rebaza*

Resumen: El presente artículo tiene como propósito principal esclarecer el concepto de contrato aleatorio en el marco del sistema legal peruano, así como puntualizar algunas de las principales consecuencias jurídicas de dicha categoría. A tales fines, se hará hincapié en ciertas nociones relevantes, tales como la noción de riesgo y alea normal. Este artículo analiza también la dispersa regulación del Código Civil que alude al contrato aleatorio.

Abstract: The main purpose of this article is to clarify the concept of "aleatory contract" within the framework of the Peruvian legal system, as well as to highlight some of its main legal consequences. To achieve this goal, it will emphasize certain relevant notions, such as the notion of risk and normal alea. The article also analyzes the scattered regulation of the Civil Code related to aleatory contracts.

Palabras clave: Derecho Civil; Contratos; Contrato aleatorio; Riesgo contractual.

Keywords: Civil Law; Contracts; Aleatory contract; Contractual risk.

* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Business Affairs Counsel para Latinoamérica en Hitachi Rail STS.

I. Introducción

El Código Civil peruano no contiene una definición de contrato aleatorio. Tampoco se aprecia en doctrina nacional una conceptualización precisa de lo que debe entenderse por dicha categoría. Pese a ello, la legislación peruana enuncia y regula múltiples contratos típicamente aleatorios, tales como la compraventa de esperanza incierta (*emptio spei*), el seguro, el corretaje o intermediación, la renta vitalicia, el juego y apuesta permitidos, algunas operaciones respecto a bienes litigiosos y la transacción librada a la suerte. También presentan el carácter de aleatoriedad las siguientes estructuras conocidas en la praxis transaccional: contratos de servicios con bono de éxito, usufructos vitalicios, contratos con fondos de inversión de renta variable, arrendamientos con renta variable en función de los ingresos del establecimiento comercial, subcontratos de construcción *pay-if-paid*, algunas promesas del hecho del tercero, contratos de obra sujetos a comisión y, en general, las modalidades de contratación donde el deudor configure su prestación principal mediante imponderables.

Por su parte, el Código Civil se refiere al carácter aleatorio de un contrato en la disciplina de la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1441 inciso 2) y de la lesión (artículo 1447).

Se hace entonces imperativo proponer una definición de la categoría aplicable a nuestro sistema legal, tarea a la que dedicaremos el presente artículo. La definición de contrato aleatorio que plantearemos permitirá también pronunciarnos sobre la pertinencia de la afirmación recurrente, que aprecia la definición del contrato aleatorio en el hecho dado porque el valor de las ganancias y pérdidas derivadas de la ejecución de prestación y contraprestación no puede ser calculado por las partes al tiempo de la formación del consentimiento. Como se expondrá, consideramos que este planteamiento resulta insatisfactorio, toda vez que la imposibilidad de que los contratantes calculen la relación de cambio no es en realidad componente constante de la definición técnicamente correcta de la categoría, sino una consecuencia frecuente de ésta.

II. Las nociones de riesgo y alea normal

En el ámbito legal-contractual, el riesgo puede ser definido como todo aquel evento cuyo acaecimiento es incierto pero que, si ocurre, genera un impacto económico – positivo o negativo– en por lo menos una de las partes del contrato¹. La materialización de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias en los contratantes. Asignar un riesgo supone definir cuál de las partes –y en qué medida, de ser el caso– sufre o se beneficia de dichas pérdidas o ganancias. Por su parte, asumir un riesgo implica soportar cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad

¹ En base a la filosofía subyacente a la sexta edición del PMBOK, se tiene que el riesgo impacta en por lo menos uno de los objetivos de un proyecto: costo, alcance, calidad o tiempo.

ex-post de cualquier ingreso o egreso que repercuta en la parte contractual en la que se haya colocado el riesgo.

La celebración de todo contrato –desde los más simples hasta los más complejos– ocasiona de manera inexorable que sus autores asuman riesgos, los cuales en sentido muy genérico pueden ser equiparados a la noción de *alea*. Sin embargo, la sola asignación de un riesgo o *alea* a través de cláusulas contractuales no dice nada respecto a la calificación y efectos jurídicos propios del contrato que lo regula. Es necesario, por ende, efectuar precisiones sobre la noción y tipologías del *alea* contractual, para posteriormente desprender sus efectos jurídicos (o la ausencia de estos). A tales fines, acotaremos el discurso al *alea* que afrontan las partes con ocasión a las operaciones contractuales.

En primer lugar, el *alea* puede referirse al resultado económico *externo* que le deja *ex post* a las partes la ejecución de una relación jurídica, resultado que puede o no estar alineado a las estimaciones que las partes realizaron *ex ante*, al celebrar el contrato. Visto desde otra perspectiva, solo tras la consumación del contrato o de un tramo de la relación jurídica, las partes podrán conocer con certeza –y en retrospectiva– si el negocio que cerraron *ex ante* fue patrimonialmente conveniente o no lo fue, y en qué medida lo fue. Empero, bajo el principio *pacta sunt servanda*, la constatación *ex post* de la conveniencia o inconveniencia económica no les permitirá a los contrayentes a alterar los términos fijados. Por ello, es posible decir que al celebrar el contrato las partes asumieron el riesgo asociado a la conveniencia o inconveniencia económica del resultado patrimonial final que el contrato les reporte.

Nos valdremos de un ejemplo para ilustrar el escenario apenas presentado. Mediante una compraventa, “A” adquiere cierto inmueble de “B” a cambio de una contraprestación dineraria. En tal hipótesis “A” habrá hecho un buen negocio si –tras haber cerrado el negocio– el mercado le atribuye al inmueble un valor mayor con relación a aquel existente al tiempo de celebrar el acuerdo. En cambio, “A” habrá hecho un negocio inconveniente si ocurre lo contrario. Sin embargo, en ninguno de estos casos “A” podrá alterar ni revertir los efectos de la compraventa.

Este tipo de *alea* no da lugar un contrato aleatorio. La compraventa celebrada entre “A” y “B” seguirá siendo conmutativa.

Un segundo escenario de *alea* alude a las fluctuaciones económicas u oscilaciones de valor favorables o desfavorables que inciden únicamente en el desenvolvimiento una relación contractual² y que a la vez se caracterizan por ser variables **coyunturales** (en el sentido que no necesariamente habrán de producirse) y **externas** (pues no tienen el rol de determinar la prestación contractual).

Pongamos un ejemplo de este segundo escenario. El centro comercial “A” celebra con el establecimiento “B” un contrato de arrendamiento para fines de tienda ancla por el plazo de 10 años. Al momento de celebrar el contrato, “A” le muestra a “B”

² NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1025-1026.

proyecciones de flujo de clientes en el centro comercial que bordean las 10,000 personas diarias, pero sin garantizar dichos volúmenes. “B” toma como insumo dicha proyección y, sin llevar a cabo estimaciones propias, acepta pagar una renta fija mensual de USD \$ 30,000.00 con reajustes anuales producto de la inflación.

Dos años después, en vista de la construcción de un popular mall en una zona aledaña al centro comercial que opera “A”, el volumen de personas que visita diariamente este último se reduce a 3,000 personas. En tal escenario, la renta que “B” viene pagado (USD \$ 30,000.00) se habrá vuelto más onerosa de lo que inicialmente era, pues la oferta económica fue estructurada para un escenario en el que los visitantes del centro comercial eran 10,000, caso en el cual el aprovechamiento económico del inmueble habría sido considerablemente más rentable que el aprovechamiento resultante del escenario realmente acontecido. Pese a que el negocio celebrado por “B” es mucho menos fructífero que lo esperado, aquel se encontrará sujeto al cumplimiento del arrendamiento, sin poder modificarlo ni desistirse de aquel.

Otro ejemplo del segundo escenario de alea identificada se presenta en contratos de larga duración, como las concesiones para la implementación de un transporte público a través de un sistema de metro. En estos acuerdos, las obligaciones del concesionario frente al Estado son especialmente susceptibles de ser impactadas por acontecimientos sobrevinientes a la celebración del contrato, tal como ocurre con el progreso tecnológico ordinario que provoca cotidianamente la obsolescencia de los equipamientos que ciertos sistemas a cargo del concesionario, con la consiguiente necesidad de modificar la ingeniería del proyecto. En caso estos acontecimientos ocurran, ocasionarán sobrecostos en el cumplimiento del concesionario, sin que por ello éste pueda activar a su favor remedios jurídicos.

Los dos escenarios descritos líneas arriba se encuadran en lo que la doctrina del *civil law* conoce como alea normal, a la cual coloquialmente se denomina en algunos casos como “riesgo de negocio”. Aquella categoría puede ser definida como la “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad” (debido al respeto al *pacta sunt servanda* y la consiguiente ausencia de remedios jurídicos favorables a las partes) conformada por los siguientes riesgos que las partes asumen al celebrar el contrato:

- **Escenario 1:** La conveniencia o inconveniencia del resultado económico *ex post* derivado del despliegue de una relación contractual, la cual se podrá medir tras la consumación (total o parcial) de dicha relación jurídica, pero que se habrá asumido desde el momento del consentimiento (*ex ante*). Aquella coyuntura se debe a factores como los cambios del valor que el mercado le atribuye ciertos bienes o servicios, a estimaciones o cálculos inexactos, frustración de intereses subjetivos y, en general, a alteraciones en las circunstancias sobrevinientes a la celebración del acuerdo.
- **Escenario 2:** Fluctuaciones económicas u oscilaciones de valor que las partes habrán de soportar al momento de poner en marcha su prestación y que podrían hacer que ésta última tenga mayor o menor onerosidad al ser desplegada. El

advenimiento de aquellas fluctuaciones económicas será capaz de alterar el valor económico de prestaciones, aunque ello ocurrirá solo de manera *eventual*, pues semejantes oscilaciones podrían simplemente no darse (en cuyo caso, no afectarán la ejecución contractual).

El riesgo presente en los dos tipos de alea normal es *externo* al contrato porque la común intención de las partes no le atribuye a aquel el rol de individualizar la prestación u objeto contractual. Dicho de otro modo, el alea normal incide en prestaciones ya previamente determinadas por el título constitutivo. Por ende, la autonomía privada de las partes no dictamina que los aspectos esenciales de aquellas prestaciones deban ser necesariamente integradas por el riesgo³.

El alea normal se reputa implícitamente asumida por las partes al ser propia de todo tipo de contrato –por derivar de su naturaleza, de circunstancias o del pacto⁴. La materialización de los eventos de riesgo comprendidos de esta clase de alea no le permite a la parte afectada activar remedio jurídico alguno, configurando una genuina “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad”. En ese sentido:

“Los riesgos externos constitutivos del alea normal provocan modificaciones en las prestaciones de las partes (o en sus patrimonios), como consecuencia de su incidencia en el contrato, pero, a diferencia de lo que ocurre con el resto de riesgos externos fuera del alea normal, éstos no producen la reacción del ordenamiento jurídico. Las consecuencias derivadas de la afección del alea normal en los contratos deben ser asumidas por las partes, sin que sea posible utilizar los mecanismos jurídicos existentes para paliar sus consecuencias. Por esto se ha dicho que el alea normal hace referencia a aquella zona de inmunidad y casi de tolerancia entre el riesgo externo y el concreto contrato celebrado por las partes, porque los ordenamientos consideran que los contratantes deben prever las consecuencias de este alea normal y asumirlas”⁵

Puesto en otros términos, las partes de todo contrato deberán soportar las consecuencias del alea normal en virtud del principio de fuerza vinculante, usualmente formulado mediante el latinazgo *pacta sunt servanda*. El Código Civil acoge esta directriz en la primera oración del artículo 1361, conforme a la cual “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. (...)”. El contenido del principio *pacta sunt servanda* indica que las partes del contrato válido se encuentran sujetas al

³ GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." Estudios sobre teoría general del contrato, Jurista Editores, 2013, p. 115. Según Gabrielli, en estos casos es necesario efectuar una valoración concreta de carácter estadístico sobre la normalidad de la incidencia de ciertos factores de peligro y de ciertos hechos que implican un riesgo económico, conectados con un determinado tipo de contrato. En ese sentido, los contratantes tienen la carga de prever la existencia de aquel margen de riesgo normalmente inherente a cualquier operación económica, en el sentido que las prestaciones pueden volverse más o menos onerosas.

⁴ *Ibid.*, pp. 113 y 114. En cada negocio es posible hallar “una zona de inmunidad y de tolerancia” dentro de la cual los efectos del riesgo extraño pueden considerarse compatibles con la causa. Esta zona viene a ser el alea típica.

⁵ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 234.

reglamento contractual, esto es, obligadas a observar una conducta que se corresponda con el compromiso asumido aun cuando el alea normal determine que un negocio resultó inconveniente o la prestación devino en onerosa. Consecuentemente, actúa contra el principio examinado el contratante que, unilateralmente y sin el respaldo del pacto o de la ley, pretende modificar o quedar liberado del contrato que le resulta económicamente inconveniente u oneroso. Quien actúa de forma inconsistente con el principio se expone a la aplicación de remedios jurídicos. Dice, al respecto, Escobar:

“Si por contrato A promete transferir a B el recurso X o pagar a C la suma Y, A no puede retractarse, no puede retener el recurso X o la suma Y. Si A se niega a transferir el recurso X o la suma Y, entonces B o C, según el caso, puede solicitar la intervención del Estado para obtener, a través del aparato legal, el recurso X o la suma Y. Todo contrato es, en consecuencia, coactivo”⁶.

Usualmente el alea normal está conformada por riesgos previsibles, los cuales en un mundo ideal son identificados, evaluados y asignados por las partes en el programa negocial, en uso de la autonomía privada. Empero, la aludida clase de alea también podría derivar de riesgos imprevisibles, siempre que por sí mismos estos no colmen el supuesto de hecho detonante de la aplicación de remedios jurídicos contractuales o legales. Así, por ejemplo, un evento imprevisible que no sea extraordinario y que no ocasione un impacto económico capaz de ser calificado como excesiva onerosidad para efectos del artículo 1440 del Código Civil, formará parte del alea normal de la parte afectada por semejante evento. Estamos entonces ante un riesgo ínsito a la operación contractual puesta en marcha, aunque este se encuentra acotado por normas como la excesiva onerosidad sobreviniente, que le conceden a las partes remedios jurídicos.

Ahora bien, el alea normal que asumirá una parte también podría estar conformada por riesgos cuya verificación depende de su contraparte, siempre y cuando esta última actúe de manera razonable y de buena fe. Veamos un ejemplo. Así, “S” y “C” son dos consorciados que tienen a su cargo, respectivamente, trabajos electromecánicos y obras civiles para un proyecto llave en mano que habrán de entregar a un cliente común. Es el caso que la secuencia lógica de ejecución de los trabajos combinados determina que “C” deberá realizar primero la obra civil de un cuarto técnico, la cual incluye la colocación de una capa de pintura, posteriormente, “S” realizará la instalación de sistemas electromecánicos en el cuarto técnico y, finalmente, “C” deberá realizar el pintado final de la estructura.

Ocurrió que “S” provocó deterioros mínimos y ordinarios (esto es, dentro del margen de lo técnicamente tolerable para esta actividad) en la primera capa de pintura colocada por “C”, con ocasión a los trabajos a su cargo. Para corregir los deterioros provocados por “S”, “C” se vio ante la necesidad de efectuar mayores cantidades de pintado final que aquellas que había previsto. En tal hipótesis, la corrección de los

⁶ ESCOBAR, Freddy. “Contratos”. *Fundamentos económicos, morales y legales*. Lima: Palestra, 2020, p. 110.

deterioros producidos por “S” formará parte del alea normal de “C” asumida en virtud de su contrato con el cliente.

En efecto, al celebrar el contrato con el cliente, “C” asumió el riesgo de que el contratista de sistemas electromecánicos, quien previsiblemente habría de montar sus sistemas en el cuarto técnico para poder entregar el proyecto llave en mano, realice deterioros mínimos y ordinarios con ocasión a sus trabajos. Dicho de otra forma, al celebrar el contrato de obra en consorcio con “S”, “C” no pudo haber estimado razonablemente que su consorciado colocaría sus sistemas sin causar ni la más mínima turbación en los trabajos de “C”. Luego, el sobrecosto derivado de los desperfectos provocados por “S” en el caso concreto corre a cuenta de “C”, sin que ésta tenga derecho a activar remedio alguno a su favor contra “S” ni contra el cliente. Simplemente, “C” debió haber considerado en su oferta económica el riesgo constituido por los deterioros previsibles.

En cambio, no se ubican *prima facie* dentro del alea normal los acontecimientos que suponen un incumplimiento imputable de alguna de las partes, independientemente de cuál sea el factor de atribución aplicable. Así, en el caso anterior, “C” no deberá corregir a su costo un deterioro derivado de la negligencia grave acreditada de uno de los operarios de “S”.

El alea normal se manifiesta con enorme incidencia en contratos de larga duración o de duración prolongada, aunque no se limita aquel ámbito. Los contratos de larga duración se caracterizan por lo extenso de su plazo y la frecuente complejidad de la transacción contenida en aquel⁷. Se trata de acuerdos especialmente susceptibles a sufrir cambios que alteren su equilibrio económico pues, mientras más larga es la duración de una relación jurídica mayor es la exposición de las partes a la materialización de riesgos que generen que el contrato se convierta en más oneroso para una de las partes⁸.

⁷ MOMBERG, Rodrigo y PINO, Alberto. "Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales". Revista Chilena de Derecho Privado, vol. 30, 2018, p. 171.

⁸ HENRIK, Hans. "Imbalance in Long Term Commercial Contracts." European Review of Contract Law, vol. 5, no. 4, 2009, pp. 427-445. Y ello ocurre sin perjuicio de las cláusulas que las partes incluyan para lidiar con la imprevisión, dado que aun cuando se establezcan mecanismos para afrontar ciertas eventualidades, cuanto más complejo es el contrato los mecanismos contractuales pueden no resultar suficientes para afrontar eventos inesperados (Henrik, 2009, p. 428).

En suma, todos los contratos del mercado se encuentran expuestos al alea normal. La asunción de este riesgo no convierte a un acuerdo en aleatorio⁹¹⁰. Estamos entonces frente a una polisemia relativa a la palabra alea, que podría llevarnos a confusiones sobre la noción que en estas líneas buscamos esclarecer.

III. Noción de contrato aleatorio

i. Generalidades sobre el contrato aleatorio

En los contratos aleatorios, el riesgo (o mejor, una clase peculiar de riesgo que denominaremos como “riesgo cualificado”) no solo es jurídicamente relevante, sino que juega un papel protagónico en la operación. Este rol se encuentra presente desde la etimología del término alea¹¹, pues aquel alude a un juego de azar realizado con dados, el cual habría sido inventado en tiempos de la guerra de Troya por un soldado llamado –precisamente– Alea¹². Como se aprecia, la aleatoriedad apela a la suerte para la propia configuración de promesa contractual. Este procedimiento es conocido, querido y asumido por los contrayentes.

Los estudios doctrinales que abordan la categoría en examen parten de la definición de Pothier, quien calificaba como aleatorios a “(...) aquellos [contratos] por los cuales uno de los contratantes, sin dar nada por su parte, recibe alguna cosa de la otra, no por liberalidad, sino como precio del riesgo que ha corrido: todos los juegos son contratos de esta naturaleza, lo mismo que las apuestas, y contratos de seguros”¹³. [Corchetes agregados]

La doctrina continental posterior, depurando dicha conceptualización inicial, suele definir a los contratos aleatorios desde dos perspectivas: la perspectiva estructural y aquella funcional.

La primera perspectiva ve al elemento identificador del contrato aleatorio en el criterio de medición cuantitativa de la prestación, el cual consistiría en un “evento futuro y no

⁹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, pp. 1444 y 1445. Según los autores, para quien si la aleatoriedad contractual está presente cuando subsiste incerteza sobre el año o sobre el *quantum* de los efectos jurídicos, esta aleatoriedad no se encuentra presente en el alea normal. Esta última, en cambio, sería antagónica a la sobrevenida onerosidad debida a hechos imprevisibles, que da lugar a las hipótesis de excesiva onerosidad. Como veremos posteriormente, opinamos que la razón por la cual la prestación contractual sometida a alea normal no califica como aleatoria (es decir, no cuenta con alea en sentido jurídico) se debe a que en aquella prestación el riesgo cualificado no cuenta con una función de determinación de uno de los aspectos esenciales o de la entidad de la prestación.

¹⁰ GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." *Estudios sobre teoría general del contrato*, Jurista Editores, 2013, p. 115. En estas hipótesis, la cuestión problemática radica en reconstruir la extensión del alea normal inherente a la operación, valoración que debe ser remitida a la prudente apreciación del juez (Gabrielli, 2013, p. 115).

¹¹ Esta perspectiva no se aleja de lo señalado por: Shinn, 1987, p. 253, para quien la esencia del contrato aleatorio en su origen y naturaleza presente es el alea, la *chance*, el peligro, la incertidumbre. En similar sentido, véase: SCALFI, Gianguido. "Alea". *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 253 y ss., esp. 256.

¹² BALESTRA, Luigi. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, p. 78.

¹³ *Ibid.*, p. 35.

susceptible de ser dominado por la voluntad de las partes, que en determinadas circunstancias puede producir incluso la pérdida del derecho a exigir la prestación, sin que, por el contrario, se extinga el derecho a la correlativa contraprestación”.¹⁴

La perspectiva funcional, en cambio, opta por calificar como aleatorio únicamente a aquellos contratos en los que la asunción del riesgo ha resultado tan esencial que llega a definir *per se* la función económica de la operación. En ese sentido, Nicolò (...) ha aseverado que el alea se configura “como momento esencial del sinalagma que lo condiciona *ab initio*, en el sentido que, necesariamente, el intercambio entre las contraprestaciones se estructura como un intercambio entre una prestación cierta y una prestación incierta por naturaleza, determinable solo con posterioridad a la verificación de un suceso futuro”. Así, la estructura negocial aleatoria adoptaría una función de lucro incierto o función de riesgo.¹⁵

Entre las codificaciones civiles continentales que definen al contrato aleatorio destaca el Código Civil francés el cual¹⁶, tras la Reforma de 2016, dictamina en su artículo 1108 que “(...) [e]s aleatorio [un contrato] cuando las partes acuerdan que los efectos del contrato –tanto si resultan ser ganancias o pérdidas– dependan de un evento incierto”. [Corchetes agregados]¹⁷

A diferencia del modelo legislativo francés, el Código Civil peruano no contiene una definición de la noción que nos ocupa. Sin embargo, dicho cuerpo normativo (y, en general, la legislación peruana) enuncia y regula múltiples contratos típicamente aleatorios¹⁸, tales como la compraventa de esperanza incierta (*emptio spei*), el seguro, el corretaje o intermediación, la renta vitalicia, el juego y apuesta permitidos, la transacción librada a la suerte¹⁹ y algunas operaciones respecto a bienes litigiosos.

¹⁴ BALESTRA, Luigi. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, p. 74.

¹⁵ NICOLÒ, R. "Alea". En *Enciclopedia del Diritto*. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1029.

¹⁶ En la redacción original, el Código Civil francés señalaba lo siguiente en su artículo 1964, contenido Título XII “*De los contratos aleatorios*”: “El contrato aleatorio es un pacto recíproco cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y pérdidas para todas las partes o para una o varias de ellas, dependen de un acontecimiento incierto.

Son: El contrato de seguro, el préstamo a la gruesa, el juego y la apuesta, el contrato de renta vitalicia. Los dos primeros se rigen por las leyes marítimas”.

¹⁷ Véase también la redacción del artículo 1790 del Código Civil español, según el cual:

“Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en un tiempo indeterminado”.

En similar sentido, el artículo 1912 del Código Civil de Louisiana dispone lo siguiente: “[u]n contrato es aleatorio cuando, debido a su naturaleza o conforme a la intención de las partes, el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones de las partes, o el resultado del cumplimiento, dependen de un evento incierto”.

¹⁸ Según Giandomenico (citado por Gabrielli 2013, p. 108), “[s]on contratos aleatorios por su naturaleza aquellos que por el tipo legislativo ya son tales, estando inserta el alea contractual en su función abstracta”. Véase en: GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." *Estudios sobre teoría general del contrato*, Jurista Editores, 2013, p. 108.

¹⁹ Código Civil peruano. Artículo 1311.- “Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título”.

Sobre este último punto, destaca la resolución de la Corte Suprema del 17 de enero de 2019 (Expediente: 002238-2017), la cual en su consideración decimocuarta señala lo siguiente:

“(…) de los argumentos expuestos, se puede colegir en primer término que el comprador Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS conocía que el bien inmueble que adquiriría era un **bien litigioso**, ello se puede concluir de la sola lectura de la cláusula quinta del contrato objeto de ineficacia. Siendo así, de lo expresado en dicha cláusula se puede afirmar que el contrato suscrito entre el Banco y la Institución Pública **era un contrato aleatorio, en la medida de que el resultado económico no era cierto, pues dependía de un factor que ocurriría de todos modos, pero no se sabía cuándo ni cuál sería el resultado, (a saber, el pronunciamiento final de juzgador respecto de la nulidad de remate a través del cual el Banco había adquirido la propiedad del inmueble)**. Dentro de ese orden de ideas, resulta evidente que en la medida de que en el propio registro del inmueble constaba que el Banco adquirió la propiedad a través del remate judicial y, además que el propio contrato de compraventa celebrado con el Banco dejaba constancia de la existencia de un proceso de nulidad de remate, no puede sostenerse válidamente que la Institución Pública contaba con buena fe registral, pues conocía perfectamente que el Banco podía perder su calidad de propietario, y que el contrato – a la fecha de celebración de la compraventa – era de carácter aleatorio, toda vez que se encontraba sujeto a que el poder Judicial reafirme la validez del remate y en consecuencia, la vigencia del derecho de propiedad del Banco adquirida a través del remate”. [Énfasis agregado]

También presentan aleatoriedad las siguientes estructuras conocidas en la praxis transaccional: contratos de servicios con bono de éxito, usufructos vitalicios, contratos con fondos de inversión de renta variable, arrendamientos con renta variable en función de los ingresos del establecimiento comercial, subcontratos de construcción *pay-if-paid*, algunas promesas del hecho del tercero, las modalidades de contratación donde el deudor configure su promesa contractual mediante imponderables²⁰ y los contratos de servicios sujetos a comisión de éxito²¹.

Sobre este último caso, véase la Opinión N° 011-2017/DTN de OSCE, donde se lee lo siguiente:

²⁰ Ello ocurre, por ejemplo, cuando un contratista que asumió un sistema de fijación de precios a suma alzada haya decidido asumir el riesgo marítimo un proyecto específico, el cual califica en el proyecto específico como incuantificable. Y es que la materialización de dicho riesgo determinará las actividades, equipos e insumos que deberá emplear el contratista para realizar su entregable.

²¹ En los servicios con bono de éxito, la función de la aleatoriedad reside en alinear los intereses del prestador a los intereses del cliente, en tanto el beneficio de este último (sobre el cual tendrá incidencia parcial la actividad del prestador) impactará positivamente en el patrimonio del prestador, quien recibirá la comisión. Se genera de esta forma en el deudor los incentivos necesarios para extremar los esfuerzos –incluso más allá de los márgenes de la diligencia ordinaria– de cara a la obtención de un resultado esperado por el acreedor, aunque este resultado final esperado por el cliente no forme parte del débito.

“Cabe indicar que la “comisión de éxito” es un costo que no incide directamente en la prestación del servicio contratado, ya que está referido a un hecho aleatorio al desenvolvimiento de las facultades del contratista, el cual es, un resultado ajeno al cumplimiento del contrato. A partir de lo señalado podemos inferir que si bien los contratos comprendidos en el numeral 6 del artículo 14 del Reglamento pueden considerarse conmutativos, dado que en ellos se evidencian prestaciones claramente definidas e invariables (brindar un servicio diligente a cambio de un honorario fijo), puede distinguirse, además, la presencia de un elemento propio de un contrato aleatorio como lo es el riesgo, el cual se manifiesta en la posibilidad de que el contratista puede reclamar -o no- la comisión de éxito, dependiendo del resultado que este consiga.

De esta manera, las contrataciones que contemplan el pago de una comisión de éxito revisten características particulares, pues no solo tienen una naturaleza meramente conmutativa, sino que además poseen un elemento aleatorio. En esa medida, su tratamiento deberá obedecer a las particularidades que presentada uno de sus componentes”.

Pese a la conclusión referida, la Opinión de OSCE incluye a la comisión de éxito (que identifica como “elemento propio de un contrato aleatorio”) como un monto computable en la base de cálculo para la carta fianza de fiel cumplimiento.

Por otro lado, nuestro Código Civil se refiere al carácter aleatorio de un contrato en la disciplina de la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1441 inciso 2) y de la lesión (artículo 1447).

En vista de la presencia del fenómeno que nos convoca en nuestro sistema legal, se hace imperativo proponer una definición de aquel que resulte satisfactoria.

ii. Sobre la definición de contrato aleatorio

De entrada, observamos que la tendencia funcional respecto a la noción del contrato aleatorio no parece hallar recepción en el Código Civil peruano. Ello se debe a que este cuerpo normativo concibe a la compraventa de esperanza incierta y la transacción librada a la suerte, contratos indiscutiblemente aleatorios, como tipos negociales con una función económica típica de intercambio entre cosa y precio²² y de resolución de la litis, respectivamente. Así, a ojos de nuestro legislador, pese a la evidente presencia de componentes aleatorios esenciales en la compraventa de esperanza incierta y en la transacción librada a la suerte, estos esquemas no llegan a contar con una función aleatoria (por algunos denominada como función de lucro incierto). Dicha función no puede ser entonces el rasgo definidor del contrato aleatorio, al no estar presente ni siquiera en los contratos típicamente aleatorios.

²² En esta línea, para el caso de la compraventa de esperanza incierta, se ha aseverado que la razón que mueve a las partes a contratar es el intercambio de cosa con precio, y no simplemente el intento de apostar (Franzoni, 2012, p. 177). Véase en: FRANZONI, Massimo. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, pp. 171-194.

De manera genérica, creemos que la tendencia que explica de mejor forma el fenómeno de la aleatoriedad contractual es aquella estructural. Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones necesarias para entender correctamente los alcances de la noción de nos ocupa. En primer lugar, debemos partir de la noción de objeto de contrato, al cual definiremos como la prestación contractual principal²³ –entendida en sentido amplio– tal como fue programada por el acto de autonomía privada. El objeto del contrato cuenta con diversos aspectos esenciales. Se trata de aquellas variables constantes cuya individualización por la autonomía privada resulta mínimamente suficiente para la configuración y funcionamiento de la prestación en la operación contractual.

Entre estos aspectos esenciales del objeto encontramos los siguientes: (i) la individualización de la prestación, (ii) la cantidad, (iii) la calidad y (iv) la oportunidad de ejecución²⁴.

- La *individualización de la prestación*, que responde a la pregunta *¿qué es lo que...?*
- La *cantidad de prestación*, que responde a la pregunta *¿cuánto...?*
- La *calidad de prestación*, que responde a la pregunta *¿cómo...?*
- La *temporalidad de la prestación*, que responde a la pregunta *¿cuándo...?*

En el ámbito de las obligaciones contractuales, los aspectos anteriormente listados deben *prima facie* ser fijados por la autonomía privada. Ello en la medida que —junto con la contraprestación, cuando corresponda— tales aspectos integran el núcleo que viabiliza el funcionamiento mínimo de operaciones negociales que los contienen.

Teniendo en mente la noción de objeto antes expuesta y anticipando su estrecha relación con la definición objeto de este trabajo, pasaremos –en segundo lugar– a presentar la definición de contrato aleatorio que estimamos como correcta.

Para que se configure un contrato aleatorio, conforme al reglamento de intereses, el alea debe inexorablemente incidir directamente en la configuración del objeto del contrato (o prestación contractual). Esta idea ya había sido destacada por Nicolò, para quien

“El alea convencional puede (...) desarrollar un rol más comprometedor cuando **la asunción del riesgo concierna directamente al objeto del contrato** y ponga en

²³ A tales efectos, entendemos que la prestación puede incluir tanto a la actividad en sí misma considerada como a su resultado debido, según sea el caso.

²⁴ Nos hemos centrado en aquellos aspectos constantes. Se trata de elementos indispensables para la configuración legal de cualquier obligación de hacer, en tanto supeditan su funcionamiento económico mínimo. Sin embargo, podría haber otros elementos necesarios para la operatividad del negocio según la común intención de las partes y la operación concreta. Ello ocurriría por ejemplo con la ubicuidad, que precisa el sitio o sitios geográficos donde el deudor deberá ejecutar la prestación. Este componente parece no ser constante puesto que, en la sociedad actual, sobre todo para la ejecución de prestaciones de hacer inmateriales podría llegar a ser irrelevante el lugar del cumplimiento. Otro aspecto coyuntural es la individualidad del deudor, el cual cobra relevancia jurídica solo en las obligaciones infungibles.

tela de juicio la entidad de la prestación de una de las partes o incluso la existencia de la misma.

Aquí el alea no concierne solo un modo de ejecución de la prestación de una de las partes, dificultad de cumplimiento o vicios del objeto, previsión de lucro y similares, sino que **incide directamente sobre una u otra de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, de quise que, en correspondencia con la verificación o no de determinados eventos, cambia el aspecto cuantitativo de la cosa debida por una de las partes o incluso decae el mismo deber de prestación**²⁵. [Énfasis agregado]

En similar dirección –aunque apelando a la distinción de la categoría que nos ocupa y la de los contratos condicionados–,²⁶ Valsecchi (1954, pp. 26 y 27) puntualiza la influencia del evento de riesgo en los compromisos de por lo menos una de las partes del contrato aleatorio. En palabras del autor:

“El contrato aleatorio, como el contrato condicionado, se basa en la **deducción en el contenido contractual de un acontecimiento futuro e incierto**, el cual se refleja con diversos efectos en los dos tipos de negocios. Mientras en el contrato condicionado, la verificación o no del evento repercute en la integralidad del negocio, en el sentido que éste se volverá eficaz o cesará de existir, **en el contrato aleatorio, del evento depende únicamente el surgimiento de las obligaciones a cargo de una o de la otra parte**, pese a que el contrato es eficaz desde su nacimiento”²⁷. [Énfasis agregado]

Siguiendo esta tendencia, un contrato será aleatorio cuando, conforme a la programación de intereses, la propia existencia de un componente del objeto del contrato (o prestación) y/o alguno de sus aspectos esenciales es originalmente indeterminada pero determinable (*primera fase*), siendo que su individualización ulterior (*segunda fase*) dependerá necesariamente del acaecimiento de un evento de riesgo optamos por denominar “*riesgo cualificado*”. Este último se caracteriza por su futuridad y carácter fortuito o casual²⁸ así como por incidir de manera preponderante y desigual en las prestaciones de las partes.

²⁵ NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, p. 1028. Pese a ello, el autor considera indispensable la concurrencia del aspecto causal, para la existencia de un verdadero contrato aleatorio. Así, el autor refiere que “el sinalagma contractual presenta sustancialmente un carácter de incerteza, dato que el intercambio no se actúa entre dos prestaciones ciertas, sino entre una prestación cierta y otra que es en definitiva o se teme que sea incierta o simplemente un punto de vista cuantitativo o incluso por un punto de vista cualitativo” (2008, p. 1028). Como se verá supra, no concordamos con este último elemento.

²⁶ VALSECCHI, Emilio. Giuoco e scommessa. Transazione. Italia: Giuffrè, 1954, pp. 26-27.

²⁷ En la misma línea, Scalfi (1987, p. 255) ha señalado que una cosa es que el evento esté conectado a la eficacia del negocio en su integralidad (acá no habrá contrato aleatorio sino condicionado) y otra cosa es que el evento influya en el contenido del contrato, en sentido favorable o desfavorable (hipótesis de contrato aleatorio). Véase en: SCALFI, Gianguido. “Alea”. Digesto delle Discipline Privatistiche. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, p. 255.

²⁸ Pérez (2012) considera que el hecho aleatorio en su dimensión genérica se caracteriza por la futuridad, incertidumbre y contingencialidad. En palabras del autor: “La primera supone que el suceso aleatorio no es actual, sino potencial, puede acontecer o no, en el futuro. La segunda constituye un estado de

La influencia del riesgo cualificado en alguna de las prestaciones debe derivar del tipo de contrato, de la naturaleza de la operación o bien de la común intención de las partes. En cualquier caso, aquel componente ha de ser incluido en el reglamento de intereses del acto constitutivo desde momento del consentimiento.

Según Shinn, es un error considerar que la común intención de las partes puede convertir a un contrato en aleatorio. En palabras del autor:

“El alea es un evento fuera del control de las partes. Si, al momento de contratar, un evento incierto afecta el cumplimiento o el alcance del cumplimiento de cualquiera de las partes, es la naturaleza del evento de condicionamiento, no la intención de las partes, lo que hace al contrato aleatorio. La posibilidad contraria es imposible de establecer. Si, al momento de la contratación, el cumplimiento no depende de un evento incierto (es decir, es uno fuera del control de cualquiera de las partes) ni un intento mutuo magníficamente manifestado de las partes dirigido a tratar al contrato como aleatorio tendría efecto”.²⁹

No compartimos aquel parecer. Es cierto que la mera declaración de voluntad expresada en los títulos o denominaciones de los contratos y cláusulas no puede convertir automáticamente a un contrato en aleatorio, en tanto la categoría es el resultado de una calificación y, por ende, monopolio del Derecho. Empero, las partes que deseen dar vida un negocio aleatorio atípico se encontrarán facultadas para – mediante el uso de su autonomía privada– fijar libremente el evento riesgo cualificado y enlazarlo con alguna de las prestaciones que componen el objeto negocial. Cumplida esa carga, el contrato deberá ser calificado como aleatorio; y lo será porque la común intención de las partes –que a tales fines se suele manifestar mediante una declaración de voluntad expresa³⁰– lo dictaminó de esa forma³¹.

conciencia intermedio entre la necesidad y la imposibilidad. La incertidumbre es además una categoría gradual, no rígida, ni inflexible. Implica una falta de certeza. En tanto, la tercera se identifica con la idea de suerte. Así, el suceso o hecho aleatorio puede significar la posibilidad de perder, sufrir un daño o una adversidad o, todo lo contrario, obtener una ventaja, beneficio o ganancia. La contingencialidad lleva implícita el compuesto binario ganar-perder, es la expresión de una disyuntiva, vinculada al azar, a la suerte”. Véase en FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios. En Contratos aleatorios, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, pp. 33-48.

²⁹ SHINN, C. (1987). The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, pp. 323.

³⁰ Dice al respecto Toral (2008, p. 222): “Para que las partes concluyan un contrato aleatorio no tipificado se necesita una explícita y positiva declaración de voluntad respecto del riesgo. No es suficiente, como apuntábamos, su conocimiento, y el hecho de aun conociéndolo contratar, para aceptarlo y asumir las consecuencias del alea. En los contratos aleatorios no tipificados es necesaria una declaración explícita de los contratantes, no para impedir la introducción de un riesgo en el contrato, sino para introducirlo. Cuando se perfecciona un contrato aleatorio tipificado en el Código Civil, sin embargo, es innecesaria esta explícita declaración respecto al riesgo, porque en estos contratos el riesgo determinante de la aleatoriedad es inherente al tipo contractual, y la celebración del contrato trae implícita la asunción de su alea típica”. Véase en: TORAL, Estrella. “El contrato de renta vitalicia.” Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008.

³¹ En ese sentido, Franzoni (2012, p. 177) considera que la conversión en aleatorio de un contrato conmutativo típico no genera la nulidad por contraste con las normas del tipo. Esta afirmación se puede aplicar plenamente en nuestro sistema legal para los contratos paritarios con negociación

De otro lado, la extensión del riesgo aleatorio cuenta con fronteras que fluyen de la interpretación de la voluntad declarada de las partes. Por consiguiente, no porque un contrato sea aleatorio la parte a cargo de la prestación originalmente embrionaria asumirá la ocurrencia de absolutamente cualquier evento fortuito imaginable (incluso más allá de lo que las partes pudieron haber contemplado razonablemente al obligarse) que la defina en su contenido. Todo contrato aleatorio distribuye únicamente un riesgo propio –aunque bastante amplificado–, que las partes asumieron al vincularse.

Finalmente, la materialización plena del riesgo cualificado impactará en el equilibrio económico con lo cual tocará la esfera patrimonial de todas partes contractuales y no solo de la que se comprometió a efectuar la prestación contingente. Es inconcebible que el contrato pueda involucrar una ventaja o pérdida para alguna de las partes sin además involucrar una complementaria ventaja o pérdida para la otra³², es decir, el riesgo favorece a una parte y penaliza a la otra en el plano económico.³³

iii. Requisitos para la configuración del riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios

Los contratos aleatorios se caracterizan por la relevancia jurídica de un tipo de riesgo específico al cual denominamos como “riesgo cualificado” o “riesgo aleatorio”, frases que denotan a un riesgo con ciertas características peculiares que lo diferencian de otros riesgos presentes en la fase de ejecución contractual. En palabras de Toral:

“Lo verdaderamente importante, por tanto, es discernir cuál es el riesgo o alea propia de estos contratos [*aleatorios*], pues éste es el elemento típico en torno al cual la categoría se forma y adquiere autónoma relevancia. Una vez determinado este elemento típico de la categoría, y diferenciado del resto de riesgos que afectan a los demás contratos, podremos distinguir y caracterizar con rigurosidad los contratos aleatorios.

Dejando al margen las distintas disquisiciones terminológicas, nos centraremos en determinar las características propias del riesgo que afecta al contrato aleatorio, configurándolo, para distinguirlo del resto de riesgos que afectan a los demás contratos., ¿qué características debe tener un riesgo para que constituya un contrato aleatorio?” [Corchetes agregados]³⁴

En nuestra opinión, para que el contrato sea aleatorio el riesgo cualificado o aleatorio ha de cumplir copulativamente con múltiples elementos configurativos que influyen o en la prestación contractual o en la naturaleza misma del evento aleatorio. Los

individualizada, pero no totalmente a los contratos estandarizados (de adhesión y con cláusulas generales de contratación), conforme a lo señalado en el artículo 1399 del Código Civil.

³² SHINN, C. (1987). The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, pp. 305.

³³ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 191-182.

³⁴ En la misma línea, Sacco (2016, p. 1442) refiere que el riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios no es ni cualquier evento incierto jurídicamente relevante. Véase en: SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1442.

requisitos del riesgo cualificado, cuya asunción convierte al contrato en aleatorio se agrupan en las dos siguientes categorías:

A. Requisitos relativos al evento de riesgo cualificado

a. Carácter casual o fortuito

El riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios ha de ser casual o fortuito. Desde el momento de celebración de estos acuerdos existe un “factor *sine qua non* de incertidumbre”³⁵. Ello implica que el riesgo asumido por las partes “puede ser un evento completamente fortuito, más allá del poder de la intervención o acción humana, o puede residir en un acto dentro del control de terceras personas”³⁶. En todo caso, debe tratarse de un evento ajeno al exclusivo control razonable de alguno de los contrayentes, esto es, un evento ubicado fuera de sus posibilidades de acción y previsión de los contratantes, además de ajeno a su esfera organizativa.

Aplicando el marco teórico apenas expuesto, supóngase que el Estado “E” y el contratista general “MC” celebran un contrato de construcción para la implementación llave en mano de un terminal portuario. Asimismo, asúmase que “MC” subcontrata a “S” para ejecutar un sistema específico del proyecto de “E”, incorporando en el acuerdo entre ambos una modalidad *pay-if-paid*, según la cual “MC” condiciona el surgimiento de los pagos parciales y final a “S” al evento constituido por el pago de “E” a “MC”, respecto a los entregables del proyecto que cuentan con la intervención de “S”.

Supóngase que “S” culmina satisfactoriamente las obras subcontratadas, las cuales son valorizadas y aprobadas por todos los niveles contractuales competentes. Pese a ello, en aplicación de la cláusula *pay-if-paid*, si “E” no remunera a “MC” por los entregables que contienen las obras subcontratadas a “S”, este último no ostentará el derecho de cobrar por las actividades desplegadas, por idóneas que hayan sido. En efecto, tras celebrar el subcontrato, “S” será titular de una mera *chance* de cobrar por sus trabajos, cuya conversión en un derecho subjetivo crediticio (retribución establece) dependerá de un detonante eventual: el pago de “E”.

Como se advierte, podría ocurrir que “S” deje de percibir no solo la contraprestación que esperaba obtener (valorización de las actividades subcontratadas aprobadas), sino incluso el retorno de su inversión (costos – directos e indirectos afrontados– tales como la compra de insumos y equipos a proveedores y el pago de planillas a su personal). Ello ocurrirá si la oportunidad

³⁵ ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 677.

³⁶ SHINN, C. The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, p. 297.

de cobrar de “S” se materializa en un sentido desfavorable, es decir, si no se produce el detonante eventual (pago de “E”).

En este tipo de estructuras el derecho a la retribución del subcontratista resulta incierto o contingente en tanto, según la común intención de las partes, su eficacia se encuentra sometida a un detonante eventual, ajeno a su control y previsión: el desembolso del cliente (un tercero respecto al subcontrato) a favor del contratista general. Luego, desde el prisma legal, la contraprestación a favor del subcontratista bajo el subcontrato califica como aleatoria, esto es, como una oportunidad o *chance* dependiente de factores de riesgo cualificados. De este modo, el subcontrato es aleatorio.

Si como resultado del procedimiento *pay-if-paid* no llega a emerger el derecho de crédito del subcontratista, este último no podrá tan siquiera recuperar los costos incurridos en el proyecto mediante una demanda de enriquecimiento sin causa dirigida al cliente³⁷. Y es que si bien las atribuciones de trabajo y materiales provenientes del ejecutor secundario que se incorporaron al proyecto habrán generado una indudable merma en el deudor causalmente vinculada a un incremento patrimonial en el cliente (consecuencia de dicha incorporación), el contrato aleatorio celebrado entre el subcontratista y el contratista general vendría a ser la justificación jurídica (justa causa) que soporta las atribuciones patrimoniales prestadas por el *downstream contractor* (obras subcontratadas).

Cabe agregar que, hoy el día, el alcance de lo que debe entenderse por evento casual o fortuito es tomado de manera flexible. Ello en la medida que se suele aceptar que aquel evento pueda encontrarse parcialmente a disposición de una de las partes del contrato aleatorio y parcialmente a merced de acontecimientos completamente dependientes del azar. Esto se aprecia, por ejemplo, en los contratos de intermediación o corretaje inmobiliario, en los que la comisión del corredor (única contraprestación por sus actividades) dependerá en parte de la decisión del cliente del corredor respecto al cierre del *deal* y en parte de la presentación de ofertas de los interesados además del propio desembolso efectivo del precio por estos últimos.

En los casos apenas planteados, el funcionamiento mínimamente razonable de la operación y una asignación neutral de riesgos determina que la parte que tiene a disposición el evento casual o fortuito deba comportarse de buena fe, lo cual podría implicar que aquella parte deba seguir un curso ordinario de negocios o desplegar actividades razonablemente tendentes a influir o a no influir en el advenimiento del evento. Consecuentemente, la parte que tiene a su disposición el evento casual o fortuito actuará ilegítimamente si, al margen de dicho estándar de buena fe, influye de manera irrazonable en el acaecimiento del

³⁷ DUNCAN WALLACE, Ian. *Hudson's Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors*. 1995, pp. 1364.

evento en pos sus intereses exclusivos y en desmedro de los intereses de la contraparte.

Finalmente, es importante considerar que no será fortuito el riesgo que pueda ser previsto o cuantificado razonablemente por las partes previo al cierre del contrato, aunque aquellas carezcan de control sobre su materialización. Esto ocurre, por ejemplo, en las compraventas en las que las partes dispongan que la cuantificación del precio depende del precio del bien en bolsa a cierta fecha³⁸. Es claro que en este caso el azar no cumple un rol protagónico en la operación, por lo que el contrato califica como conmutativo y no aleatorio.

Otro ejemplo de riesgo previsible que no da lugar a contrato aleatorio. El prestador "A" se compromete a sellar un pozo de emanación de gas ubicado en el terreno de "B", cobrando por ello un precio a suma alzada en base a la estimación de las cantidades de trabajo que calculó previo al momento del consentimiento. La estimación se realiza en base a estudios y muestreos que permiten calcular –aunque sin llegar a una certeza absoluta, según el avance de la técnica– la cantidad de recursos (horas-hombre, horas-máquina y gastos generales) a emplearse para conseguir el resultado requerido. En este ejemplo, "A" asumirá el riesgo de la cantidad de trabajos a emplear para sellar el pozo respecto a las estimaciones efectuadas³⁹. Pero la asunción de dicho riesgo no determinará que el contrato sea aleatorio, pues el impacto en el aspecto cuantitativo de la prestación sí pudo ser previsto o cuantificado razonablemente, hasta donde la técnica lo permite, previo al cierre del acuerdo. De hecho, esta es la forma en que normalmente se cotiza contratos de servicios y construcción, sin que por ello califiquen como aleatorios.

b. Carácter futuro.

El riesgo que caracteriza a la aleatoriedad se relaciona a eventos futuros o de conocibilidad futura. Para ilustrar lo primero piénsese en los ejemplos asociados a la *emptio spei* (compraventa de esperanza incierta), como el caso del pescador "P", quien le vende la totalidad de la pesca del día –independientemente de su propia existencia, calidad y cantidad– a "C", a cambio de S/ \$ 1000.00. En este escenario, será un acontecimiento futuro –posterior al momento de perfeccionamiento del consentimiento (esto es, mientras la relación se encuentra en vías de ejecución) – configurará la pesca del vendedor "P" y, correlativamente, individualizará los bienes que adquirirá "C".

Por otro lado, un evento es de conocibilidad futura cuando, pese a haber ya acaecido y no haber incerteza objetiva, el evento en sí mismo o sus consecuencias solo serán susceptibles de ser conocidas por las partes en la fase de ejecución de la relación jurídica. En esta misma línea, un sector de la doctrina

³⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, p. 203.

³⁹ Ello impactará de manera favorable o desfavorable en su utilidad.

española entiende que la incerteza subjetiva respecto a un evento pasado puede llegar a constituir el riesgo propio de un contrato aleatorio:

“Si el evento es presente o ya ha acaecido, pero los contratantes no tienen conocimiento de su advenimiento, o de su resultado, no deja de ser incierto y puede generar el alea típica de determinados contratos aleatorios. En este supuesto el evento sigue siendo incierto para las partes, y si bien se ha criticado que en estos casos no es el elemento generador de las prestaciones típicas del contrato, no se puede objetar que sí será el elemento de discernimiento de las mismas.

Por estos motivos en determinados contratos aleatorios, por ejemplo la apuesta en la que ambos contratantes desconocen el resultado, se admite la referencia del evento incierto a hechos presentes o pasados, siempre que sean desconocidos por las partes.

Parece defendible, por tanto, que es la incertidumbre subjetiva la que interesa al contrato, porque la voluntad de las partes es la fuente del mismo y su incertidumbre la que debe tomarse en consideración”⁴⁰

Dicho de otro modo, el evento de riesgo será de conocibilidad futura cuando los contratantes ignoren la ocurrencia del evento de riesgo⁴¹ al tiempo de contraer la obligación, pese a que el evento en sí mismo ya haya acaecido. Así, existirá un evento de conocibilidad futura en la venta de un baúl lacrado respecto al cual el vendedor y el comprador ignoran su contenido, pero contemplan la posibilidad –incierta– de que contenga bienes de mayor o menor valor.

El artículo 1942 del Código Civil peruano acoge al carácter de futuridad de los contratos aleatorios, tal como lo hemos entendido, con ocasión al contrato de juego y apuesta permitidos. En efecto, el dispositivo citado dictamina que en el juego y apuesta “el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido por las partes”. Si bien, el artículo 1927⁴², que disciplina un contrato típico distinto como la renta vitalicia, parece tomar postura por la tesis de la incerteza objetiva del riesgo como requisito *sine qua non* del contrato aleatorio, opinamos que este dispositivo debe entenderse en un sentido excepcional, y ello en pro de la autonomía privada y de los intereses comerciales consolidados en el tráfico jurídico.

⁴⁰ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 226 y 227.

⁴¹ SCALFI, G. "Alea". Digesto delle Discipline Privatistiche. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 1.

⁴² Código Civil. Artículo 1927.- "Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública.

También es nula la renta vitalicia constituida en cabeza de una persona que padece de enfermedad, si murió por efecto directo de ella dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura pública".

B. Requisitos relativos al impacto del riesgo cualificado en la prestación contractual

a. Función de determinación

En la previsión de las partes, el riesgo cualificado debe asumir una función de determinación⁴³ del contenido de la prestación⁴⁴, rol que ha de ser conocido y querido por las partes. Dicho de otro modo, la prestación comprometida (o su inexistencia) y/o sus aspectos esenciales se definirán solo una vez producido el evento aleatorio, tal como podría ocurrir, por ejemplo, con la llegada a la meta de un caballo vencedor en un hipódromo⁴⁵.

La función de determinación hace que la prestación contractual aleatoria cuente con dos fases:

- **Primera fase.** Se trata de una etapa inmediatamente posterior a la formación del consentimiento, en la cual las partes asignan un mera *chance* u oportunidad coyuntural. En esta fase embrionaria, la prestación contractual –*chance*– se encuentra incompleta o indeterminada en su propia entidad y/o en la de sus elementos esenciales finales, pues está a la espera de definición o estabilización ulterior, la cual de todas maneras habrá de darse en un sentido u otro.
- **Segunda fase.** Este hito se verifica en la etapa de ejecución del contrato. En esta fase, acaece o se materializa el riesgo cualificado y, como consecuencia de ello, la *chance* primigeniamente indefinida se hace cierta (en un sentido u otro), completándose así el contenido de la prestación contractual. Suele afirmarse que recién en este momento será viable la cuantificación económica objetiva de la relación de cambio.

Veamos un ejemplo. El establecimiento “B”, autorizado administrativamente para llevar a cabo juegos y apuestas, organiza un juego de bingo en donde se ofrece al primer ganador de una determinada cartilla la cantidad de USD \$ 15,000 y al segundo ganador, la obligación de pintar su vivienda⁴⁶. La función de determinación de la prestación se aprecia con claridad en este caso, pues

⁴³ BALESTRA, Luigi. “El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2012, pp. 78.

⁴⁴ Tal como refiere Belli (2016, p. 64), este dato reviste mayúscula importancia para distinguir el alea económica y alea jurídica. Mientras la primera refiere al riesgo que el valor de las prestaciones ya determinadas pueda fluctuar en el tiempo, el alea jurídica –que el autor parece equiparar al elemento caracterizador de los contratos aleatorios– se refiere a la indeterminación, bajo el aspecto de la existencia y de la consistencia material, de una o ambas prestaciones contractuales. Véase en: BELLI, Guido. *L’alea contrattuale: Tra autonomia privata e speculazione economica*. Nápoles, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

⁴⁵ ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 682.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 681.

el evento fortuito constituido por la especificación de cierta cartilla como ganadora, individualizará la existencia de uno, de dos o de ningún premio.⁴⁷

Vale la pena añadir que la función de determinación de la prestación hace que el acaecer del evento de riesgo cualificado sea absolutamente necesario – independientemente del cómo se manifieste– para completar el contenido prestacional. La verificación del evento incierto es entonces fundamental, pues de aquel depende la concreción de la estructura y el contenido del contrato. Toral dice al respecto:

“Éste [el evento incierto] podrá realizarse en sentido positivo o negativo, pero esta alternativa deberá acontecer en todo caso, para que así pueda concretarse el contenido y la estructura del contrato.

Si el evento incierto no se produce o su resultado es distinto al previsto por las partes no hay contrato aleatorio, porque resulta imposible determinar las prestaciones de los contratantes, o la estructura misma del contrato. Por ello es fundamental la correcta delimitación del evento incierto.

En este sentido, se ha dicho que el alea en los contratos aleatorios nunca puede tener carácter indeterminado o indeterminable, porque el evento incierto debe realizarse siempre. Este es uno de los rasgos que nos permite diferenciar el alea de los contratos aleatorios del alea normal del contrato y, también, de los contratos condicionados con los que tantas veces se confunde.

Por tanto (...) **el evento incierto debe estar lo suficientemente delimitado para poder concretar la prestación, para operar como criterio de determinación de la misma**⁴⁸. [Énfasis y corchetes agregados]

En este orden de ideas, si el componente aleatorio es solo eventual porque el riesgo involucrado podría no manifestarse en absoluto⁴⁹ sin comprometer el despliegue de las prestaciones contractual, entonces el evento de riesgo no absuelve una genuina función de determinación. Consecuentemente, en estos casos el contrato no es aleatorio. Ello ocurre, por ejemplo, en el acuerdo que contiene un pacto por el que el contratista “A” asume, frente al comitente “B” el riesgo de incrementos del sueldo mínimo de sus operarios pertenecientes a un sindicato de trabajadores a consecuencia de los nuevos convenios colectivos celebrados con el sindicato. En este caso, las prestaciones de “A” y “B” se encontrarán perfectamente determinadas, independientemente de que en el devenir de la relación contractual se

⁴⁷ El autor acepta que el premio en un contrato de juego y apuesta permitido esté dado por prestaciones de dar, hacer y no hacer.

⁴⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 224-225.

⁴⁹ NICOLÒ, R. "Alea". En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, p. 1028.

implemente o no un convenio colectivo. Luego, el evento de alea simplemente no incidirá necesariamente en el objeto del contrato. Este último no requiere indispensablemente de una estabilización mediante el riesgo aleatorio.

En cambio, sí será aleatoria la promesa del hecho de tercero cuando el promitente carece de control y previsión sobre la conducta del tercero. Esto ocurre si el elector "A" le promete al elector "B", a manera de aseveración, que presidente "X" –recientemente proclamado– duplicará el sueldo mínimo durante el primer año de su gestión, caso contrario, "A" se compromete a pagarle S/ 1000 a "B". En este caso, la función asegurativa –o de cobertura de riesgos– del vínculo hace que la prestación del promitente se encuentre supeditada a que el presidente realice o no el hecho prometido en su primer año, coyuntura que necesariamente habrá de acontecer en alguno de los sentidos posibles –sí o no– viabilizando de este modo la configuración de la promesa de "A". En este caso, la determinación de la prestación es entonces indesligable de la ocurrencia del evento incierto. Si éste no acaece de algún modo, el objeto permanecerá incompleto, con las consecuencias legales que de ello se derive.

b. Preponderancia

Para que un acuerdo califique como aleatorio, el componente incierto debe adquirir un carácter preponderante o esencial en el programa contractual, pudiendo en algunos casos llegar incidir en la función económica-individual (causa concreta) de cada contrato aleatorio. Un sector de la doctrina refiere al carácter de preponderancia en los siguientes términos:

"El alea, así entendida, debe venir referida a la prestación fundamental de los contratos. No puede considerarse aleatorio, tampoco, el contrato en el que el alea viene referida sólo a una de las prestaciones accesorias del acuerdo de intereses. Para que el contrato pueda considerarse aleatorio el alea debe referirse a las prestaciones que caracterizan el tipo contractual, a aquellas que nos indican la causa del contrato. Si bien, no es necesario que la incertidumbre incida sobre las prestaciones de todas las partes contratantes, basta con la afección a una de las prestaciones de las partes, siempre que ésta sea principal. Cuando del contrato derive una única prestación, lógicamente debe ser ésta la que resulte afectada por la incertidumbre derivada del evento incierto, lo que permite, en principio, la aleatoriedad de los contratos a título gratuito"⁵⁰ [Énfasis agregado].

La esencialidad de la influencia que tiene el riesgo cualificado en la prestación puede llegar a determinar la calificación del contrato, haciendo que aquel (i) deje de pertenecer a un tipo legal, (ii) pertenezca a un subtipo o (iii) califique como

⁵⁰ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 224.

un esquema atípico, aunque en estos casos es probable que se requiera una declaración expresa⁵¹.

Un ejemplo nos permitirá entender cuándo estamos frente al carácter preponderante del riesgo cualificado que caracteriza a la categoría analizada en el presente estudio. Asumamos que cuatro personas llegan a un acuerdo con el fin de implementar un sistema en ocasiones conocido como “pandero”, para lo cual se comprometen a aportar \$ 100 bimensualmente a un fondo –administrado por “A”, quien a su vez es uno de los aportantes– durante 4 períodos. Cada aporte se efectúa con la expectativa de que cada uno de los aportantes perciba como retorno –fijo e incondicional– el fondo colectado bimestralmente por “A” de todos los partícipes en cada ronda de aportes (esto es, \$ 400). Al tiempo de contratar, “A” procede a efectuar un sorteo –de donde fluye el riesgo cualificado de la operación– para determinar los turnos en que cada partícipe percibirá el fondo agregado por cada período.

En este supuesto, la operación cuenta con un elemento aleatorio: cada aportante entregará y cobrará \$ 400 en diferentes oportunidades siendo que la distinta oportunidad –aleatoria– de repago ocasiona que cada persona reciba valores económicos diversos. En efecto, si “A” obtiene el primer turno, percibirá un valor económico alto, pues dispondrá rápidamente de un capital (bien intrínsecamente fructífero) de \$ 400 con la posibilidad de devolverlo al fondo en el tiempo y sin intereses. En este caso, la suerte ha determinado que “A” obtenga un financiamiento gratuito.

En contraste, el aportante que reciba los \$ 400 en el último turno percibirá un valor comercial inferior al obtenido por el afortunado “A”, al asumir el peso financiero (costo de oportunidad) dado por no haber podido emplear su capital (aportado al fondo) durante cuatro períodos. En este escenario, las circunstancias le atribuyeron a la estructura una mera función de ahorro o custodia para “B”. En vista de que el riesgo cualificado determina si el interés contractual central que la operación satisface es uno de financiamiento o ahorro / custodia (es decir, la suerte define la función de la operación para cada aportante), la estructura contractual califica como aleatoria.

También se verifica la preponderancia de la prestación tocada por el riesgo cualificado en los contratos de arrendamiento inmobiliario de local comercial con renta completamente variable. Ello se debe a que en estos casos la

⁵¹ Dice al respecto Toral (2008, p. 222): “Para que las partes concluyan un contrato aleatorio no tipificado se necesita una explícita y positiva declaración de voluntad respecto del riesgo. No es suficiente, como apuntábamos, su conocimiento, y el hecho de aun conociéndolo contratar, para aceptarlo y asumir las consecuencias del alea. En los contratos aleatorios no tipificados es necesaria una declaración explícita de los contratantes, no para impedir la introducción de un riesgo en el contrato, sino para introducirlo. Cuando se perfecciona un contrato aleatorio tipificado en el Código Civil, sin embargo, es innecesaria esta explícita declaración respecto al riesgo, porque en estos contratos el riesgo determinante de la aleatoriedad es inherente al tipo contractual, y la celebración del contrato trae implícita la asunción de su alea típica”. Véase en: TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 222.

prestación influenciada por dicho riesgo es nada menos que la prestación contractual esencial y sinalagmática del arrendatario.

Si el riesgo aleatorio no estuviese destinado a desplegar un rol preponderante en la operación, sino uno secundario, estaremos frente a un contrato conmutativo, aunque con aspectos aleatorios que no inciden en su calificación. La doctrina suele referirse a estas hipótesis como “alea normal extendida”. Por esta razón, no será aleatoria la compraventa *ad corpus* ni la venta *as-is*, en el sentido que las desviaciones métricas y la presencia de vicios en bienes de segundo uso no concitaron el interés central de las partes, quienes prestan mayor atención al bien en su entidad física global existente.

En suma, las partes pueden insertar en el contenido de un contrato típicamente conmutativo un elemento de alea que cumpla con los requisitos hasta aquí vistos del riesgo cualificado, pero esto no basta para que el contrato califique como aleatorio. En cambio, a tales fines se requerirá que tal elemento aleatorio sea uno esencial, al punto de preponderar sobre los elementos conmutativos de la operación. Si la esencialidad del elemento de alea no está presente, el contrato seguirá siendo conmutativo aunque con un ámbito de alea normal extendida.

Pasando a otro punto, si bien nos parece claro que la situación de incerteza puede incidir en la causa concreta (función económica-individual) de los contratos aleatorios, no creemos que aquella situación se erija como la causa en el cien por ciento negocios que conforman la categoría, al punto de entender a la causa de todo contrato aleatorio como un “intercambio entre una prestación cierta y una prestación por su naturaleza incierta, determinable posteriormente con el acaecimiento de un evento futuro”⁵²

En realidad, la referida función de lucro incierto (función típicamente aleatoria) no siempre se consagra como la función económica de la categoría materia de análisis. Así la venta de esperanza incierta (*emptio spei*), por más aleatoria que

⁵² NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1029. Nicolò explicita lo siguiente: “La figura del contrato aleatorio “por voluntad de las partes” se tiene (...) en aquellas hipótesis en las que el propósito de las partes configura el alea, así como ésta se configura en los contratos aleatorios típicos, o sea, como un momento esencial del sinalagma que la condiciona ab initio, en el sentido que necesariamente el intercambio entre las prestaciones contrapuestas se presenta como un intercambio entre una prestación cierta y una prestación por su naturaleza incierta, determinable posteriormente con el acaecimiento de un evento futuro, o bien se pone, como ocurre, por ejemplo, en el juego y apuesta, como el evento que debe determinar el sujeto en definitiva obligado a ejecutar la prestación.

El ejemplo más significativo de semejante propósito de las partes está constituido por la *emptio spei* (...), en la cual, cuando las partes han querido verdaderamente considerar la cosa futura como una spes, susceptible también de permanecer como tal, la configuración del alea es indudablemente tan esencial y tan profundamente connatural al sinalagma, que no puede dudarse que aquí se tiene un contrato aleatorio en sentido técnico, en el cual la función del intercambio se determina, desde su génesis, en relación a la incerteza de una de las prestaciones recíprocas.

No solo se necesita que el alea incida genéricamente en el objeto del contrato (y particularmente en la prestación del vendedor), sino que se necesita que aquella incida de manera esencial y necesaria, en el sentido que la prestación del vendedor es necesariamente incierta y querida como tal por las partes, las cuales son conscientes de hacer depender exclusivamente de un evento futuro la existencia y la entidad de la prestación misma”. (p. 1029)

sea, aún conserva la función típica de toda compraventa: el intercambio entre cosa y precio. Del mismo modo, la transacción librada a la suerte conserva una función económica de solución de la *litis*.

Por otro lado, la posición ahora objetada desvirtuaría la posibilidad de que existan contratos aleatorios de liberalidad, pues en estos –al carecer de intercambio alguno– no podría tener lugar la función de lucro incierto, entendida como intercambio entre prestaciones cierta e incierta. Sin embargo, no parece existir ninguna regla o principio que avale la exclusión de esta importante categoría de contratos del universo de los negocios aleatorios.

c. Influencia desigual o heterogénea

Según la programación de intereses, el evento aleatorio no debe influenciar las prestaciones esenciales de los contratantes ni de manera igual ni de manera proporcional. Puesto en otros términos, para que se configure un contrato aleatorio se precisa que el acaecer del riesgo cualificado impacte de forma desigual, o al menos desproporcional, en una y otra prestación contractual.

Si un evento futuro e incierto influye por igual en ambas prestaciones contractuales no estaremos frente a un acuerdo aleatorio, sino frente a un contrato conmutativo sometido a condición (suspensiva o resolutoria, entendida como modalidad del negocio jurídico)^{53 54}.

Para graficar lo antes mencionado, asumiremos que Beta arrendó a Alfa un departamento de su propiedad ubicado en la ciudad Ómicron. Dado que Alfa no tenía certeza de su mudanza por razones laborales a dicha ciudad, hizo incluir en el contrato de arrendamiento (i) una condición suspensiva por la cual supeditó la eficacia del mismo a la celebración de un contrato de trabajo en la ciudad Ómicron con el empleador Omega (con quien se encontraba en tratativas) y (ii) una condición resolutoria, por la cual el arrendamiento habría de resolverse por cualquier razón de terminación de la relación laboral. De este modo, en función a la celebración del contrato de trabajo entre Alfa y Omega, el contrato de arrendamiento del departamento iba a cobrar o no eficacia.

El contrato de trabajo se llegó a celebrar, razón por la cual el arrendamiento del bien llegó a desplegar sus efectos finales. Sin embargo, tras seis meses de

⁵³ La condición se limita a hacer depender los efectos de un contrato de un evento futuro e incierto. En ese sentido, no secundamos las posiciones según las cuales el condicionamiento de un contrato excluya automáticamente a su calificación como aleatorio. Pero el condicionamiento de solo una prestación sinalagmática –compensada con una prestación cierta– o de dos prestaciones contractuales de forma dispar –como en la apuesta– sí podría dar lugar a genuinos contratos aleatorios.

⁵⁴ En similar sentido, Scalfi (1987, p. 255) ha señalado que una cosa es que el evento esté conectado a la eficacia del negocio (acá no habrá contrato aleatorio sino condicionado) y otra cosa es que el evento influya en el contenido del contrato, en sentido favorable o desfavorable (hipótesis de contrato aleatorio). Cabe aclarar que el autor (Scalfi, 1987, p. 257) entiende al contenido del contrato como sinónimo de prestación. Véase en: SCALFI, G. “Alea”. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 257.

vigencia, la relación laboral de Alfa fue disuelta debido a la quiebra del empleador. Por tal razón, Alfa, quien se vio en la necesidad de mudarse nuevamente a la ciudad donde vivía anteriormente, invocó la condición resolutoria para disolver el contrato de arrendamiento del departamento ubicado en Ómicron.

En este caso tendremos un mero contrato de arrendamiento condicionado, pues el evento futuro e incierto supeditó la eficacia tanto de las prestaciones del arrendador como la de las prestaciones del arrendatario. Un contrato condicionado no necesariamente es aleatorio. Pero un contrato que utiliza la condición de eficacia para influir de manera desigual en por lo menos una de las prestaciones sí podría calificar como aleatorio, tal como ocurre con los contratos de servicios *pay-if-paid*, que condicionan la retribución al pago del tercero-cliente.

Dicho de otra manera, para que exista un contrato aleatorio, el riesgo cualificado –que bien podría regularse contractualmente como una condición de eficacia parcial– debe (i) repercutir únicamente en por lo menos una prestación; o, alternativamente (ii) incidir de manera desigual en dos prestaciones sinalagmáticas, tal como acontece en la apuesta.⁵⁵

Presentaremos, finalmente, un ejemplo de impacto proporcional en las prestaciones contractuales, el cual, precisamente por ser proporcional, no da lugar a contrato aleatorio. Tal hipótesis puede ser apreciada en caso “A” se comprometa a transferir a favor de “B” tantas unidades de mercadería como corresponda según las necesidades objetivas de “B”, a cambio de un precio por cada unidad solicitada por el adquirente. En este caso, el evento incierto constituido por la variación de las necesidades de “B” incidirá bilateralmente en la prestación de ambas partes⁵⁶, pues la contraprestación subirá o bajará proporcionalmente en función a las necesidades del adquirente. Consecuentemente, al existir un impacto proporcional del riesgo cualificado en prestación y contraprestación contractual, no estaremos frente a un contrato aleatorio.

IV. Aleatoriedad contractual y cuantificación económica de la ganancia/pérdida

Se suele afirmar que en un contrato aleatorio el valor de las ganancias y pérdidas derivadas de la ejecución de prestación y contraprestación⁵⁷ no puede ser calculado por las partes al tiempo de la formación del consentimiento. Según esta afirmación, “los contratos aleatorios son aquellos en los que el interés pecuniario no está bien determinado en el momento de la perfección del contrato. Las partes contratantes, en su estipulación, no saben si obtendrán ganancias o pérdidas o cuál será la entidad de

⁵⁵ FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2021, pp. 36.

⁵⁶ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1442.

⁵⁷ FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2021, pp. 36.

la ganancia o pérdida. Existe, por tanto, una incertidumbre acerca del resultado final del contrato”⁵⁸.

Estimamos, en cambio, que la imposibilidad de que los contratantes calculen la relación de cambio no es en realidad componente constante de la definición correcta del contrato aleatorio, sino solo una consecuencia frecuente de ésta.

Veamos. Es correcto afirmar que, al acudir a una estructura aleatoria, las partes afrontan conscientemente el albur consistente en el costo-beneficio o ganar/perder⁵⁹ que derive del resultado final prestación. Tal como asevera Roppo, “los contratantes asumen el riesgo de ver -por efecto de la casualidad- exagerada la prestación a su cargo, o reducida o incluso anulada la prestación esperada”⁶⁰. Esta última podría adquirir un valor económico enorme, diminuto e incluso inexistente (igual a cero), dependiendo de variables ajenas a la esfera de los contratantes y vinculadas a la suerte.

No se sabe a ciencia cierta qué parte saldrá ganando o perdiendo con el despliegue del programa contractual. En palabras de Franzoni: a través de la asignación del alea, las partes reparten el ganar/perder derivado de la ejecución de la prestación propia (o de la contraparte, en caso corresponda), cuya determinación se verá diferida al momento de materialización del riesgo⁶¹. Y el resultado económico definitivo del contrato dependerá en estas hipótesis de la casualidad.⁶²

En el contrato aleatorio existe entonces una situación coyuntural de ganancia/pérdida que puede revelarse tanto a favor como contra de una persona⁶³. Esta situación que es querida y asumida por los autores del acuerdo. Desde esta perspectiva, un elevado beneficio o perjuicio por un contratante no le habrá *caído del cielo*, sino que será consecuencia de la integración ulterior de una *chance* u oportunidad obtenida mediante el contrato. No se puede hablar entonces de enriquecimiento sin causa, el beneficio tiene claramente un título contractual.

Sin embargo, la imposibilidad de cálculo inicial de la relación de cambio entre prestación y contraprestación no forma parte la noción de contrato aleatorio, sino que es una derivación de las características configurativas de dicha noción, que nos hemos ocupado de presentar.

En realidad, la cuantificación objetiva del valor de las prestaciones contractual solo será viable en la *segunda fase* de la prestación aleatoria, esto es, cuando la prestación no es una mera *chance*, sino que se ha estabilizado su contenido final en todos sus aspectos

⁵⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 202.

⁵⁹ Denominado “contenido binario” por Leiva, 2000, p. 8. Véase en: LEIVA, Luis. “Un nuevo concepto de alea contractual”. En *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 39, 2000, pp. 8.

⁶⁰ ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 413.

⁶¹ FRANZONI, Massimo. (2012). El seguro entre los contratos aleatorios. En Pérez, Leonardo (Coordinador) *Contratos aleatorios*, pp. 172, Bogotá, Colombia: Temis.

⁶² ALCALDE, J. (2021). Suerte. En *El Mercurio*, pp. 3. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/08/04/suerte.aspx>

⁶³ SCALFI, G. “Alea”. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 255.

esenciales, producto del acaecimiento del evento de riesgo cualificado. Recién en este momento, las partes están en posición de conocer con razonable certeza la magnitud económica de lo dado y de lo recibido y, por ende, están en posición de calcular de la relación de valor ganancia/pérdida.

Puesto en otros términos, la cuantificación económica de conveniencia del contrato aleatorio sólo podrá efectuarse razonablemente cuando el contenido final de la prestación se haya fijado o estabilizado por la verificación del evento incierto⁶⁴. Y semejante integración ocurrirá exclusivamente en la segunda de las fases del contrato aleatorio.

El problema se presenta cuando entendimiento de la aleatoriedad basado en la supuesta inviabilidad de cuantificación de la relación ganancia/pérdida al tiempo del consentimiento es tomado como el único rasgo definidor de la categoría. En esta línea, autores como Stiglitz consideran que es aleatorio aquel contrato “(...) en el cual la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la ventaja, o sea, la entidad del riesgo al que todo contratante se expone, no pueda ser estimada en el acto de formación del contrato y recién se la conocerá con seguridad según el curso de los acontecimientos”.

El entendimiento que toma como elemento definidor del contrato aleatorio a la inviabilidad originaria de estimación de la relación ganancia/pérdida no refiere en realidad a un elemento configurativo constante de la categoría, sino a una de sus consecuencias de sólo presente. Esta consecuencia no llega a calificar propiamente la categoría por las siguientes razones: (i) por no demostrarse del todo cierta; (ii) incluso si fuese cierta, (a) no lo sería en el 100% de contratos aleatorios; o, (b) no sería privativa de los contratos aleatorios.

Por un lado, es comúnmente aceptado que las valoraciones de bienes y servicios asignados mediante contratos son subjetivas⁶⁵. Luego, en virtud de su autonomía privada, las partes podrán siempre estimar *–rectius: asignar valor subjetivo–* a lo que obtendrán inmediatamente del contrato, aun cuando lo que se intercambie sean meras *chances*^{66 67}) propias de contratos aleatorios que permanecen en su *primera fase*.

Así, por ejemplo, para “A”, adquirir de un baúl lacrado que tenga la *chance* infinitesimal de contener un anillo de oro puede valer USD \$ 1000, por lo que “A” podría estar

⁶⁴ SHINN, C. “The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference”. En *Loyola Law Review*, 33, 2, 1987, pp. 305.

⁶⁵ El ordenamiento jurídico no tiene como fin primario garantizar la equivalencia entre prestaciones, como sí tiene por propósito proteger la libertad del querer de los individuos o a las partes contra las graves turbaciones económicas. En palabras de Nicolò: “No me parecen por ello del todo exactas las opiniones de aquellos que ven un vicio sobrevenido de la causa o de quienes, en ausencia de equivalencia de las prestaciones que constituyen el sinalagma, ven un vicio originario de la causa del contrato” (p. 1026). Véase en: NICOLÒ, R. “Alea”. En *Enciclopedia del Diritto*. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1025-1026.

⁶⁶ En efecto, nada impide que los contratantes le asignen un valor subjetivo a la *chance* del ganar/perder, basándose en sus consideraciones personales y experiencia.

⁶⁷ El autor sostiene el riesgo, que considera como el objeto o prestación típica del contrato aleatorio, es siempre susceptible de valoración, por difícil que esta sea. Aunque vincula dicha valoración a cálculos matemáticos.

dispuesto a pagar por el bien \$ 800. El contrato es aleatorio. Pese a ello, las partes podrán atribuir –subjetivamente– valor a la *chance* o prestación embrionaria, configurar –subjetivamente– la medida del intercambio, y en base a ello, configurar la relación de ganancias y pérdidas, al momento de celebrar el contrato. Como consecuencia, la alegada inviabilidad de mesurar económicamente la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la ventaja, que caracterizaría al contrato aleatorio, simplemente se revelaría inexistente.

Contra ello, podría señalarse que el punto de referencia de la estimación llevada a cabo por las partes no debe ser valor subjetivo de la *chance* (*primera fase* del contrato aleatorio) sino el valor objetivo del contenido final de la prestación, *segunda fase* producida tras el acaecimiento del riesgo cualificado.

in embargo, esta afirmación podría no ser cierta en todos los casos, pues el valor de la prestación final (en su *segunda fase*) podría llegar a ser convincentemente medurado por las partes con un rango bajo de error –aunque sin llegar a destruir la incerteza, que presupone el riesgo cualificado- desde la formación de ciertos contratos aleatorios. Si bien semejante cálculo resulta extremadamente costoso, pues requerirá de una base estadística, de contratantes altamente sofisticados y con información suficiente, podría llegar a darse por ejemplo en el seguro y el juego y apuesta permitidos. Por ende, la inviabilidad de cuantificación económica de la medida de cambio simplemente no se encontraría presente en todos los contratos aleatorios. No se trataría de un elemento constante.

Finalmente, la tesis que acoge como elemento definidor de la aleatoriedad a la inviabilidad de cuantificación de la relación ganancia/pérdida al tiempo del consentimiento se manifiesta incorrecta por ser un rasgo no privativo de los contratos aleatorios, sino que podría estar presente también en ciertos contratos conmutativos. En efecto, existen contratos indubitablemente conmutativos en los cuales, al momento de su formación, para las partes resulta inviable conocer y calcular con certeza las ventajas y pérdidas que les reportará la relación jurídica. Esto ocurre cotidianamente en los contratos de ejecución diferida⁶⁸.

Para graficar lo mencionado tomaremos un ejemplo propuesto por Sacco, para quien la extrema dificultad de calcular la relación de cambio se presentaría si un ciudadano vende su vivienda a un forastero en pleno asedio de la ciudad donde se encuentra el inmueble por un ejército enemigo.⁶⁹ En tal hipótesis, la coyuntura determinará que, al tiempo de ponerse de acuerdo, las partes no se encuentren en capacidad de mesurar las ventajas económicas que les reporte el intercambio. Pese a ello, la compraventa inmobiliaria indudablemente calificará como conmutativa y no como aleatoria.

En síntesis, las peculiaridades del contrato aleatorio respecto a la cuantificación económica de la ganancia/pérdida son importantes, aunque no llegan a definir en sí mismas a la categoría *materia* de examen. Propiamente, aquellas peculiaridades

⁶⁸ Pero también podría ocurrir en un negocio jurídico de ejecución inmediata.

⁶⁹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1443.

constituyen en todo caso una consecuencia frecuente de su definición técnicamente correcta.

V. Patologías particulares de los contratos aleatorios. Mención

Diversas patologías del contrato en general presentan peculiaridades en los contratos aleatorios. Mencionaremos algunas de ellas a continuación, aunque sin un ánimo de agotar el análisis sobre este punto. A tales fines, no nos pronunciaremos sobre el complejo problema de las razones morales que llevan a algunas legislaciones a limitar la exigibilidad de ciertos esquemas aleatorios como el juego y apuesta⁷⁰. Nos referiremos en cambio a problemas más genéricos, que conciernen a la estructura misma de la figura que nos convoca.

En primer lugar, se mencionó *infra* anteriormente que la ocurrencia o no del evento aleatorio debe ser ignorada por las partes al contraer la obligación. De esta forma, cabe preguntarnos qué ocurre si al concluir el acuerdo alguno de los contrayentes conocía la necesaria existencia o inexistencia del evento que el otro considera como aleatorio y aun así se vinculó (pretendiendo ignorar aquella circunstancia) o si al concluir el contrato, una parte conocía circunstancias que influyen considerablemente en la forma en que se resolverá finalmente la situación de incertidumbre, sin que por ello exista una ausencia total de incerteza respecto a la producción del evento aleatorio.

En el último de los casos mencionados, la parte perjudicada podrá anular el contrato por dolo. Si al contratar no hubiese dolo de una parte, sino error respecto a la medida probabilística del evento aleatorio, resulta en no poca medida controvertido la configuración de algún tipo de error jurídicamente relevante.

Distinto es el caso de la ausencia total de alea, la cual podría ocasionar derechamente la nulidad del negocio jurídico, remedio que preponderaría –en caso de concurrencia– ante la anulabilidad causada por algún vicio del consentimiento. Esto ocurrirá si debido a la ausencia del riesgo cualificado, el programa contractual no cuenta con un presupuesto indispensable para su funcionamiento mínimo. Esta coyuntura se presenta principalmente en los contratos que presentan típicamente una función de lucro incierto pura. La inexistencia de alea estaría presente, por ejemplo, ante la celebración de un contrato de renta vitalicia a favor de una persona que a ese momento había fallecido. En esta hipótesis, la ausencia de alea capaz de influir en la prestación del deudor contractual producirá la ausencia de causa.⁷¹

Otros planteamientos extienden el remedio-sanción de la nulidad a aquellos casos en que no se encuentra presente el alea bilateral, la cual se erigiría como un presupuesto de validez necesario para la función contractual. Se trata de hipótesis en que si bien el funcionamiento del contrato no es completamente inviable (como el caso de la renta

⁷⁰ Véase, al respecto: ARIAS Schreiber, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 672 y ss.

⁷¹ PERLINGIERI, Giovanni. La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. “vitalizi impropri”. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015, pp. 190.

vitalicia a favor de persona que ya había fallecido), una de las partes tiene un conocimiento cierto sobre la situación que se suponía debía ser de incertidumbre bilateral⁷², es decir, tiene conocimiento cierto sobre la producción o no producción del evento fortuito. Esto ocurrirá, por ejemplo, en la venta de un baúl lacrado respecto al cual, al momento del consentimiento el vendedor tuviese pleno conocimiento de su ausencia total de contenido.

El segundo efecto jurídico peculiar de los contratos aleatorios se presenta en la etapa de ejecución del contrato aleatorio. En esta fase, ninguna de las partes podrá influir con dolo o culpa en la verificación del evento aleatorio en perjuicio de la contraparte. En caso contrario, si la técnica empleada para introducir la aleatoriedad hubiese sido la condición, podría ser de aplicación el artículo 176 del Código Civil⁷³, al cual subyace el principio según el cual ninguna parte puede obtener provecho de su propia mala fe.

Como se mencionó anteriormente, es bastante evidente que, cuando el contrato regula un riesgo cualificado parcialmente dependiente de una de las partes, el funcionamiento mínimamente razonable de la operación determina que la parte que tiene a disposición el evento aleatorio deba comportarse de buena fe objetiva, lo cual podría implicar que aquella parte deba seguir un curso ordinario de negocios o desplegar actividades razonablemente tendentes a influir o a no influir en el advenimiento del evento. Consecuentemente, aquella parte actuará ilegítimamente si, al margen de dicho estándar de buena fe, influye de manera irrazonable en el acaecimiento del evento en pos sus intereses exclusivos y en desmedro de los intereses de la contraparte.

En este orden de ideas, incluso fuera del campo de actuación del artículo 176 del Código Civil, la influencia irregular de un contratante en la verificación del riesgo cualificado será ilegítima, pudiendo, a opción de la parte perjudicada, ser neutralizada por la buena fe objetiva o haciendo derivar un resarcimiento por pérdida de la *chance* a favor de la víctima.

En tercer lugar, nos referiremos a las peculiaridades de la excesiva onerosidad de la prestación en los negocios jurídicos aleatorios. Algunos sistemas legales, como el italiano, excluyen la aplicación de la imprevisión en contratos aleatorios. En opinión de Balestra, aplicada al sistema italiano, la razón de dicha exclusión radica en que

“radica en la circunstancia de que, en dichos contratos, la composición de intereses de las partes es incompleta, en cuanto contiene una remisión al suceso futuro e incierto. Dicho suceso, por ende, no adquiere valor de simple criterio de medición de la prestación, sino que asume la calidad de ser criterio de

⁷² TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 227.

⁷³ Código Civil peruano. Artículo 176.- "Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

integración del juicio de valor manifestado de forma incompleta por las partes al tiempo de celebrar el contrato”⁷⁴.

Sin embargo, el artículo 1441 del Código Civil peruano no sigue esta postura, sino que permite la aplicación del régimen de la excesiva onerosidad a los contratos aleatorios cuando se extralimite el “riesgo propio”. Respecto a esta noción, dice De la Puente:

“[e]l riesgo propio del contrato aleatorio es la incertidumbre sobre lo que va a ocurrir en el desenvolvimiento normal del contrato, incertidumbre que proviene, precisamente, de que la existencia o determinación del valor concreto de las prestaciones depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato”⁷⁵.

Fuera de las fronteras del riesgo propio, el sistema legal autoriza la intervención en el contenido económico de los contratos aleatorios si la determinación final de la prestación ocasiona que ésta exceda las fronteras del riesgo propio asumido por los contratantes⁷⁶. Dicha intervención se da mediante la figura de la excesiva onerosidad, en tanto se verifiquen sus requisitos legales. Dicho de otra forma, no sería correcto afirmar que se encuentra automáticamente excluida la imprevisión si el contrato es aleatorio y sobreviene un cambio de circunstancias que afecta a la prestación aleatoria (esto es, a la prestación influenciada por el evento de riesgo cualificad).

En el mismo sentido, Bianca comenta que, en principio, la excesiva onerosidad no puede ser invocada en los contratos aleatorios por cuanto las partes colocan a cargo de una o ambas partes el riesgo de la desproporción de las prestaciones en función de un factor casual⁷⁷. Empero, “los riesgos cubiertos por los contratos aleatorios permanecen circunscritos dentro de áreas típicamente determinadas o delimitadas por el contrato”. Consecuentemente, si el evento de riesgo exorbita de dicho ámbito, a tales contratos se aplicarán las normas de la excesiva onerosidad⁷⁸.

En la misma dirección Auletta menciona lo siguiente:

“en los contratos aleatorios las partes asumen el alea [...] derivada de un determinado evento y por ello en dicha esfera todo remedio se encuentra

⁷⁴ BALESTRA, Luigi. “El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2012, pp. 75.

⁷⁵ Empleando la misma terminología, la Resolución de Corte Superior de Lima, del 6 de diciembre de 2019 (Expediente: 000132-2013) señala lo siguiente: Este colegiado estima que la excepción en estudio ha sido resuelta con estricta sujeción a lo alegado en el proceso, es decir en función de las pretensiones de la demanda arbitral, careciendo de asidero la interpretación que ha hecho la parte recurrente para sostener que existe una excesiva onerosidad de la prestación, de la cual ella mismo no tiene certeza, tanto más, si de acuerdo a los artículos 1440 y 1441 del Código Civil, la excesiva onerosidad de la prestación opera (...) en los contratos aleatorios (cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato), supuestos que no se presentan en autos, donde como se dijo en el laudo, la prestaciones ya han sido ejecutadas.

⁷⁶ Entonces, si la materialización de dicha variable –que configura la prestación– es una no asumida por las partes (exorbita el quantum de aleatoriedad deseada), el deudor podrá aplicar remedios a su favor.

⁷⁷ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 432.

⁷⁸ Se aprecia que el autor se refiere a la modalidad invertida de la excesiva onerosidad.

excluido, pero fuera de dicha esfera, los equilibrios sobrevenidos presentan los mismos caracteres que los desequilibrios en los contratos no aleatorios”⁷⁹.
[Énfasis agregado]

El siguiente caso nos ilustra sobre riesgos no asumidos por las partes de contratos aleatorios toda vez que exorbitan el riesgo propio de la operación (que no es otra cosa que el alea normal de un contrato aleatorio). En esta hipótesis, el deudor bien podría aplicar los remedios asociados a la excesiva onerosidad⁸⁰, pese a que la controversia versa sobre contratos aleatorios.

Un comprador adquiere la cosecha futura de un fundo agrícola a cambio de un precio fijo que prescinde de la mayor o menor cantidad de frutas en que consista esa cosecha. En tal caso, el precio deberá ser pagado por el comprador aun cuando resulte excesivo frente a una cosecha reducida a causa de adversidades meteorológicas excepcionales (evento de riesgo cualificado o aleatorio). En cambio, si la ausencia de cosecha se debe al perecimiento del fundo agrícola por haber sido cubierto por lava (derivada de la erupción volcánica), se tratará de un riesgo no asumido por el comprador en el contrato aleatorio. En tal caso, este último podrá exitosamente invocar la excesiva onerosidad.⁸¹

Ahora bien, la excesiva onerosidad también podría invocarse en el marco de un contrato aleatorio cuando otras prestaciones –distintas a aquella excesivamente onerosa– sean tocadas directamente con el cambio de circunstancias sobrevenido. Así, el contrato de seguro es aleatorio en tanto la obligación de pagar la indemnización por el asegurador depende de un siniestro absolutamente incierto pero previsto en la hipótesis contractual. Por ende, los costos que acarre a la compañía aseguradora el pago de la póliza a causa de la verificación de este evento *prima facie* no da lugar a excesiva onerosidad. En cambio, sí puede dar lugar a aquel remedio jurídico la ocurrencia de eventos que alteran el equilibrio entre las dos prestaciones recíprocas (la prima y de la cobertura asegurativa). Tal sería el caso de una extraordinaria devaluación de la moneda que haga que la prima ya no mantenga su carácter contraprestativo.⁸²

VI. CONCLUSIONES

- i. El alea normal es la “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad” conformada por los siguientes escenarios:
 - **Escenario 1:** La conveniencia o inconveniencia del resultado económico *ex post* derivado del despliegue de una relación contractual, la cual se podrá medir tras la consumación (total o parcial) de dicha relación jurídica, pero

⁷⁹ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 436.

⁸⁰ En caso demuestre la verificación de sus requisitos configuradores.

⁸¹ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 432-433.

⁸² *Ibid.*, pp. 432

que se habrá asumido desde el momento del consentimiento (*ex ante*). Aquella coyuntura se debe a factores como los cambios del valor que el mercado le atribuye ciertos bienes o servicios, a estimaciones o cálculos inexactos, frustración de motivos internos y, en general, a alteraciones en las circunstancias posteriores al momento de celebrar el acuerdo.

- **Escenario 2:** Fluctuaciones económicas u oscilaciones de valores que las partes habrán de soportar al momento de poner en marcha su prestación y que harán que ésta última tenga mayor o menor onerosidad al ser desplegada. El advenimiento de aquellas fluctuaciones económicas será capaz de alterar el valor económico de prestaciones, aunque ello ocurrirá eventualmente, pues se trata de fluctuaciones meramente coyunturales, que podrían no darse.
- ii. El riesgo presente en los dos tipos de alea normal es externo al contrato porque la común intención de las partes no le atribuye al evento aleatorio la función individualizar la prestación u objeto contractual. Dicho de otro modo, el alea normal incide en prestaciones ya previamente determinadas por el título constitutivo. Por ende, los aspectos esenciales de estas prestaciones no están diseñados para ser integrados por el azar.
 - iii. En contraste con el alea normal, que está presente en la universalidad de contratos, los contratos aleatorios se caracterizan porque su contenido contiene reglas que disciplinan un riesgo particular que denominamos “riesgo cualificado” o “riesgo aleatorio”. Para que el contrato sea aleatorio, conforme al programa negocial, existirá un riesgo cualificado cuando se verifican copulativamente múltiples elementos configurativos que influyen o en la prestación contractual o en el propio evento aleatorio.
 - iv. Los requisitos del riesgo cualificado o aleatorio se agrupan en dos categorías:
 - Requisitos relativos al evento de riesgo cualificado: carácter casual o fortuito; y, carácter futuro.
 - Requisitos relativos al impacto del riesgo cualificado en la prestación contractual: función de determinación; preponderancia; e influencia desigual o heterogénea.
 - v. Usualmente se define al contrato aleatorio como aquel en el que las partes, al momento del perfeccionamiento del consentimiento, no se encuentran en posición de cuantificar la relación ganancia/pérdida que derivará del despliegue del contrato. Sin embargo, esta característica no es en realidad un elemento configurativo de la categoría, sino a una de sus consecuencias usualmente presentes. Aquella característica no llega a calificar propiamente la categoría por las siguientes razones: (i) por no demostrarse del todo cierta; (ii) incluso si fuese cierta, (a) no lo sería en la totalidad de contratos aleatorios; o, (b) no sería privativa de los contratos aleatorios.

Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el Derecho penal

José Antonio Caro John*

Resumen. – El presente trabajo emplea como criterio el riesgo permitido utilizado en el ámbito de la imputación objetiva. El análisis de este escrito, además de ser dogmático, incluye jurisprudencia a fin de llevar a la práctica las hipótesis señaladas.

Abstract. - This paper uses as a criterion the permissible risk used in the field of objective imputation. The analysis of this paper, in addition to being dogmatic, includes jurisprudence in order to put into practice the hypotheses indicated.

Palabras clave. – Derecho penal – Riesgo permitido – Rol – Deber – Imputación.

Key words. - Criminal law - Permitted risk - Role - Duty – Imputation.

* Profesor de Derecho penal en la Universidad del Pacífico.

I. El paso del dogma causal al riesgo permitido

Es real que durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación del nexo causal entre acción y resultado¹. La fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación, de manera que el resultado causal era equiparado con el resultado típico. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior. Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se encuentra el famoso “caso del burdel”², donde el regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo, y junto a él también fue hallado responsable como cómplice un vendedor de vino. A juicio del tribunal que condenó al vendedor, el vino que repartió incrementó la visita de parroquianos al burdel. Los jueces estuvieron convencidos de que “la actividad de reparto del vendedor de vino se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel”, teniéndose en cuenta además que el funcionamiento clandestino del local era una actividad “conocida” por el vendedor de vino. El fundamento del castigo de la complicidad se basó en la mera comprobación del nexo causal existente entre la conducta de favorecimiento al hecho mediante la venta de vino y el resultado beneficioso para el autor.

En la línea de pensamiento de una imputación típica como en el caso del burdel la solución se encuentra en la comprobación de la fenomenología causal externa de la acción unida al conocimiento psíquico del actuante sobre dicha fenomenología. Así, la relevancia penal de la conducta se define acorde a la fórmula “causalidad + dolo = responsabilidad”³, esquema que tuvo su máximo apogeo en la dogmática jurídico-penal en el último tercio del siglo XIX bajo el influjo de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el Derecho penal, notándose su presencia posteriormente con matices diferentes en el sistema clásico y luego en el sistema neoclásico⁴.

¹ Cfr. VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlin/Leipzig, 1919, § 28; BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Tübingen 1902, p. 38; RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904 (aquí citado según la recopilación de su obra completa por Arthur Kaufmann, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el título Gesamtausgabe, tomo 7, Strafrecht I, volumen coordinado por Monika Frommel, Heidelberg 1995) pp. 118 ss. Una magnífica exposición de la teoría del *nexo causal* que muestra su contenido y “desarrollo tan impetuoso como sujeto a cambios” puede verse en MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I., traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, pp. 220-228.

² Sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 14 de junio de 1906, véase RGSt 39, pp. 44 ss. No es difícil vislumbrar que en el trasfondo de la valoración estuvo el esquema mental de la fórmula *conditio sine qua non*; es decir, si el vendedor no hubiese repartido vino al burdel, la concurrencia de parroquianos no se habría incrementado, y el negocio tampoco se habría convertido en tan próspero. Por tanto, el vino favoreció el funcionamiento exitoso del negocio clandestino. La imputación al tipo objetivo dependió únicamente de constatar la pura fenomenología naturalista de los hechos. A lo constatado empíricamente se añadió el conocimiento psíquico del vendedor al considerarse que su obrar fue doloso porque el vendedor supo en todo tiempo que el burdel era clandestino.

³ Radical en su crítica contra dicha fórmula es LESCH, Heiko Harmut, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland”, en JR 2001, p. 384.

⁴ Véase la magnífica exposición de los rasgos generales de la evolución en el objeto y método de estas corrientes dogmáticas en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal*

Pero esta perspectiva de comprensión de la imputación jurídico-penal cambió drásticamente con el fenómeno contemporáneo de la normativización de la de la tipicidad, y, en general de las categorías jurídico-penales, fenómeno sobre el que Roxin hace medio siglo en 1970 anticipó visionariamente como la dirección ineludible a seguir: “La verdadera cuestión jurídica fundamental no radica en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en la fijación de los criterios según los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. El cambio de perspectiva de la causalidad a la imputación evidencia que ya en la teoría de la acción el centro de gravedad se desplaza de lo óntico al ámbito normativo: si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos”.

Desde una perspectiva normativo funcional reflejada en su descollante producción científica, JAKOBS en 1983 sentenció de manera decisiva en la 1ra. edición de su Tratado que “la dogmática penal ontologista se quiebra, y ello más radicalmente de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situados a inferior nivel de abstracción), a los que la dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o —más descoloridamente— una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional”.

La perspectiva de análisis es normativa porque lo determinante para establecer el carácter típico de la conducta es su significado de antinormatividad en un contexto social concreto y no en el mero fenómeno causal producido por la conducta. Si bien la causalidad está presente en la facticidad de los hechos, constituyendo el punto de partida del análisis, especialmente en los delitos de comisión activa, sin embargo — como enfatiza Robles Planas— “no puede erigirse en el definiens [o concepto definidor] del injusto de la acción”.

No obstante, cuando se creía que el modelo de atribución de responsabilidad basado en el dogma causal parecía estar superado gracias a la contundencia argumentativa del pensamiento normativista, que tiene en la imputación objetiva a su teoría más representativa, no deja de sorprender que existan todavía algunos casos en la práctica penal que muestran la presencia del dogma causal en la resolución de los casos penales, como si en pleno siglo XXI la agonizante perspectiva naturalista se resistiera a abandonar el enterrado mundo del Derecho penal decimonónico. A título de ejemplo veamos algunos de esos casos.

contemporáneo, José María Bosch Editor, Barcelona 1992, pp. 48 ss., así como la 2ª ed. ampliada y actualizada por la editora BdeF de Buenos Aires en 2010, con la adición a este capítulo en las pp. 280 y ss. donde destaca que la “dogmática normativista” marca sin duda el rasgo distintivo de las investigaciones monográficas en la actualidad.

i. Caso de la cocinera⁵

Una mujer fue condenada a 13 años de pena privativa de la libertad por el delito de promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado en condición de integrante de una organización criminal (arts. 296 y 297.6 CP). La imputación fue haber ejercido el oficio de cocinera, desde cuya posición al alimentar a su marido y los empleados de éste, todos ellos integrantes de una organización criminal dedicada al narcotráfico, favoreció el funcionamiento de la organización. La Corte Suprema de Justicia al momento de confirmar la condena de los demás, absolvió a la cocinera, con el siguiente fundamento:

“(…) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra”⁶.

En este caso, mediante un razonamiento completamente opuesto al del dogma causal arraigado en la sentencia condenatoria de la instancia previa, la Corte Suprema sostuvo que la conducta de proveer alimentación a los coimputados concuerda con el estereotipo de lo que atañe desempeñar cotidianamente a quien se dedica a las labores de cocina. Siendo esto así, no tiene sentido condenar a una persona cuando su actuar no desborda los límites del estándar de conducta adecuado a un rol socialmente estereotipado, pues en ese caso no hay rebasamiento de prohibición penal alguna. La solución fue correcta, puesto que cocinar y dar de comer a unos delincuentes representa en su facticidad únicamente pura causación fenomenológica que en modo alguno contiene el sentido normativo de una participación punible. Hay una ajenidad normativa del obrar acorde a un rol socialmente estereotipado de la cocinera respecto

⁵ Este caso se hizo conocido luego de que la Corte Suprema el 14 de septiembre de 2012 (R.N. 3078-2011-Puno. Ponente VILLA STEIN) absolviera a una mujer de la imputación por el delito de tráfico ilícito de drogas en organización criminal. La sentencia impugnada fue dictada primeramente por la Sala Penal Liquidadora de Puno en el Exp. 01039-2009, de fecha 22 de julio de 2011, en cuyo Considerando Sexto (Hechos imputados) concretó la imputación contra la sentenciada del modo siguiente: “los procesados V.M.LI. [esposo de la cocinera] y R.M.C [empleado del primero] dirigían el proceso de elaboración de la droga ilícita y la procesada J.C.C. [cocinera] proveía de alimentación para los demás procesados”.

⁶ Fundamento 3.6 (subrayado agregado).

de la comunidad delictiva u organización criminal dedicada al narcotráfico conformada por su marido.

ii. Caso de los vasitos de tecnopor⁷

Al gerente general de una empresa de ferrocarril que transporta turistas desde Ollantaytambo hacia Machu Picchu se le imputó la autoría del delito de contaminación ambiental (art. 304, 1er. párrafo CP), luego de haberse encontrado en la línea férrea residuos sólidos consistentes en vasitos de tecnopor que fueron arrojados por los usuarios de los trenes. Para la fiscalía estos residuos sólidos causaron impactos ambientales significativos en la zona, y al ostentar el gerente general el dominio gerencial de la empresa debe responder penalmente por el resultado.

Claramente existió una fijación naturalista –propia del dogma causal– en la imputación de cargos realizado por la fiscalía, pues tan solo en base al puro resultado se postuló la responsabilidad penal del directivo de la empresa, obviándose por completo que el juicio de relevancia típica de una conducta consiste más bien en una adscripción antinormatividad a partir de las regulaciones existentes que delimitan la libertad de actuación o el ámbito de competencias del agente. Más aún, si estamos ante un segmento social altamente regulado, como en efecto es el sector medioambiental, la fiscalía debió verificar primero si existía alguna norma concreta en el campo extrapenal que la conducta del gerente general pudo haber rebasado; sólo después de haber realizado ese juicio de valoración, y al confrontarla con los elementos del tipo penal, hubiese estado en condiciones de adscribir o negar la relevancia típica a la conducta imputada.

La Sala Penal Superior de Cusco, contradiciendo la imputación fiscal, confirmó asertivamente la absolucón con base en una perspectiva normativa completamente distante de la pura fenomenología causal del resultado:

“5.6.- Durante el desarrollo del presente proceso, este Tribunal advierte que el titular de la acción penal pública no ha acreditado en forma suficiente que el acusado [...], en su condición de gerente general [...] haya usado a terceras personas para contaminar el medio ambiente en la ruta ferroviaria Ollantaytambo – Machu Picchu – Ollantaytambo. Al haberse omitido por el señor Fiscal la actuación de medio probatorio que acredite las funciones específicas del referido procesado. El artículo 27° del Código Penal prevé la punibilidad de la actuación en nombre de persona jurídica, señalando que el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo del delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la

⁷ Caso resuelto por la Segunda Sala Penal del Apelaciones de Cusco, en el Exp. 1450-2014, sentencia de vista de 12 de julio de 2018.

penalidad de este tipo no concurren con él pero sí en la representada. Como señala el A Quo, este tipo de punibilidad prevé la condición del actuar por otro. Teniéndose también en cuenta que la distribución de funciones en la estructura empresarial supone que los representantes legales no realicen acciones en sentido estricto y que su función básicamente es la de representación y liderazgo. Por lo tanto no se acreditó en juicio que el imputado [...] sea responsable de la comisión del hecho imputado. Añadiendo a ello que al ser la empresa [...], una de gran envergadura, tal y como lo ha sostenido el imputado, existen áreas específicas de trabajo que se encargan de temas concretos, los cuales no siempre en su totalidad llegan a ser de pleno conocimiento del gerente general, en vista de que ello significaría para esta persona una sobrecarga de trabajo; dominando el principio de la distribución de funciones y el principio de confianza”.

No es suficiente mencionar la existencia del deber general de evitar impactos ambientales como resultado asociado al ejercicio de actividades de la empresa, porque si la empresa contaba con una organización normativa con reparto de competencias y funciones debió identificarse el deber concreto con cuya infracción podría haberse atribuido una relevancia típica al comportamiento omisivo del gerente general. Si bien éste tiene un deber de vigilar, supervisar, controlar el correcto funcionamiento de la política ambiental al interior de la empresa, el cumplimiento de ese deber opera mediante actos de delegación o transferencia de competencias. Quien delega se libera así de la administración directa del riesgo y confía válidamente en que el delegado administrará correctamente la competencia delegada.

II. Establecimiento del riesgo permitido como categoría nuclear de la tipicidad

La dimensión conceptual de la imputación objetiva se plasma en institutos dogmáticos, útiles para su cabal comprensión y aplicación práctica. Estos institutos dogmáticos son: a) el riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la prohibición de regreso, y d) la imputación a la víctima.

El presente estudio se limita al tratamiento del riesgo permitido como el ámbito de interacción social donde se delimita normativamente los contornos de la libertad de acción de la persona en la sociedad. No todo riesgo creado debe ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en determinados contextos está dispuesta a tolerar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios para el desarrollo de los contactos sociales. Por ejemplo, ninguna corte de justicia se atrevería a juzgar a un ciudadano por la compra de un automóvil de último modelo porque al conducirlo va a crear un riesgo de muerte o de lesión para las personas que a pie también toman parte en el tráfico rodado. La circulación de vehículos motorizados por el centro de las ciudades muestra sin lugar a duda un riesgo para los bienes del entorno social, mucho más cuando se desplazan con altas velocidades. Pero, no por ello se prohíbe la compra-venta de automóviles.

Incluso el empleo y consumo de algunos productos plantea cierto abuso, como la energía eléctrica, el internet, o el alcohol, pero mientras la sociedad con su modernización y cada vez más elevado grado de tecnificación necesita de esos bienes o servicios para funcionar, no podrá renunciar a los mismos, sino tendrá que aprender a convivir con el abuso de esos bienes, por formar parte del riesgo permitido. Hoy nadie está dispuesto a volver a comunicarse con señales de humo, ni a desplazarse en carruajes ni a vestirse con taparrabos.

Lo importante a resaltar es que no está prohibido jurídicamente practicar conductas per se riesgosas. Sería absurdo -además de imposible- que el ordenamiento jurídico prohibiera toda situación riesgosa para librar a las personas de todos los peligros posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, pero mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”, está cubierta por el riesgo permitido. Nadie está obligado a desaparecer los riesgos que acompañen a su actividad, mucho menos está obligado a reducirlos a cero, como se ve de una mejor manera en el ámbito de las empresas. El deber jurídico es de mantener los riesgos controlados, dentro de los estándares y límites permitidos, más no a desaparecerlos.

i. El paso de la adecuación al riesgo permitido

El dogma causal se emparenta con la teoría de la lesión de un bien jurídico entendido en sentido naturalista como destrucción de un bien en su existencia natural. Welzel contradijo este punto de vista desde sus primeros trabajos, considerándola una interpretación equivocada de la “realidad social del Derecho”⁸, pues en la sociedad sólo hay bienes jurídicos en la medida que “desempeñan una función”⁹ y una visión estática de ellos equipararía la realidad con un “mundo museal muerto”¹⁰. Para Welzel en la vida cotidiana todas las personas están expuestas de modo permanente a sufrir una lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos, sin embargo, el Derecho penal no está presente de manera permanente como guardián de dichos bienes, ya que el Derecho penal pertenece al “mundo del sentido, del significado”¹¹ y no al de la naturaleza. En esta línea de argumentación hoy JAKOBS añade que al Derecho penal no le atañe, por ejemplo, castigar al asesino por simplemente haber destruido una vida humana que, “per se no es más que un mero hecho natural”, sino por haberse rebelado contra la norma que “convierte al sistema psicofísico ‘ser humano’ en un ser humano que no debe ser matado sin razón”¹².

Así, hay situaciones donde determinados peligros, incluso daños causales, no generan el interés de intervención del Derecho penal, pese a existir un bien jurídico lesionado en su esencia natural. Esos peligros no activan el interés de persecución del Derecho penal

⁸ WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en IDEM, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín 1975, p. 140.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibid.*, p. 141.

¹¹ *Ibid.*, p. 142.

¹² JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 25, nota al pie 10.

precisamente, como dice Welzel, por haber sido producidas por una conducta socialmente adecuada¹³. Este es el caso, por ejemplo, de quien tiene relaciones sexuales con una mujer con tuberculosis con la intención de que fallezca en el parto, al no poder resistirlo por tener la salud resquebrajada; también el caso del sobrino que para heredar la herencia de su tío rico lo alienta a usar el transporte público con la esperanza de que fallezca en un accidente¹⁴. De producirse un resultado lesivo, los comportamientos de ambos agentes son “socialmente adecuados y no realizan ningún tipo penal de homicidio”¹⁵. En el juicio de valoración no tienen cabida la causalidad ni el dolo, sino únicamente el significado “socialmente adecuado de la conducta que de ninguna manera es un modelo de conducta, sino un comportamiento realizado en el marco de la libertad social de la acción”¹⁶.

En la adecuación social se anudan el Derecho penal y la sociedad, a partir de lo cual el concepto dogmático del delito despliega su sentido como imputación de antinormatividad resultante de los contactos sociales y no de las lesiones naturalísticas generadas por dichos contactos. Evidentemente, las consideraciones valorativas aportadas por la adecuación social para la determinación de la relevancia o irrelevancia penal de la conducta son diametralmente opuestas al del dogma causal y de todo punto de vista parecido. La teoría de la adecuación social es correcta en este sentido; sin embargo, por sí sola, sin un estándar normativo dentro de su configuración, adolece de una “evidente vaguedad”¹⁷ en la resolución jurídica de los problemas generados por las conductas estimadas como socialmente habituales que son practicadas para favorecer la comisión de un delito.

Es por ello que el riesgo permitido, como instituto dogmático de la imputación objetiva del comportamiento, viene a superar los problemas no resueltos por la adecuación social. Con base en una solución normativa, el riesgo permitido emprende la determinación de la relevancia típica de una conducta a partir de la demarcación de los límites del ámbito de competencia del agente abarcado necesariamente por una norma extrapenal. El quid de la cuestión en la determinación del carácter típico de una conducta está entonces en esclarecer si la misma reúne el significado de un obrar conforme a un rol social y normativamente estereotipado de la persona vinculado a un contexto social concreto, o si más bien lo extralimitó dando lugar a la configuración de un riesgo prohibido. Es por ello que estamos ante una teoría de la conducta típica con

¹³ WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, cit. pp. 142 ss.; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, pp. 55 ss.

¹⁴ Ambos ejemplos están en WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, p. 56. Pero el caso del sobrino que convence a su tío a tomar el tren con la intención de que éste fallezca en un accidente ferroviario, lo cual sucede en la práctica, ya había sido tratado por Welzel en 1939 en su grandiosa obra “Studien zum System des Strafrechts”, escribiendo al respecto “este ejemplo no tiene nada que ver con ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción, al que hemos denominado adecuación social”, véase IDEM, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., p. 142.

¹⁵ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 56.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg 1988, p. 237.

una explicación normativa concreta y no genérica como en su momento lo mostró la teoría de la adecuación social.

La pregunta es si el legislador debería prohibir los riesgos permitidos y qué ganaría la sociedad con esta medida. La respuesta es evidente: El Derecho penal es un orden secundario del ordenamiento jurídico que interviene como ultima ratio sólo después de que la conducta haya rebasado los límites de lo tolerado o permitido en el orden primario contenido en las normas extrapenales¹⁸, de manera que si dicho orden tolera ciertas conductas que contengan un peligro abstracto, o conductas una idoneidad potencial establecida estadísticamente para lesionar los objetos penalmente protegidos, le es vedado al Derecho penal declararlos como pasibles de sanción penal. He allí que por esta razón al legislador le es imposible prohibir estos riesgos porque la prohibición colisionaría precisamente y de manera frontal con “el riesgo general de la vida”¹⁹, cuyo campo de operación forma parte de la indiscutible libertad de acción de que gozan todas las personas dentro de la sociedad de un Estado de libertades y que la Constitución garantiza a todo ciudadano en el art. 2, inc.1, con el reconocimiento de su derecho al “libre desarrollo y bienestar”. Queda entonces entregado al propio ámbito de organización del ciudadano la gestión de su esfera de libertad personal cuando participa de la interacción en sociedad.

El legislador no puede ni debe ser invasivo sobre cómo la persona ha de organizar y adoptar los mecanismos de precaución y cuidado ante los riesgos mínimos que presupone la convivencia en una sociedad de libertades; por esta razón no está prohibido per se jurídicamente practicar las conductas antes descritas, por riesgosas y peligrosas que puedan ser, en la medida que están abarcadas concretamente por el riesgo permitido²⁰. Sería absurdo, además de imposible, que el legislador prohibiera toda actividad y prestación de servicios peligrosas con el objetivo de proteger a las personas frente a todos los riesgos posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”²¹, está cubierta por el riesgo permitido. Y respondiendo a la pregunta de qué ganaría la sociedad con la permisión de estos riesgos, pues gana modernidad, tecnología y comodidad para sus integrantes de convivir con un estilo de vida sin taparrabos ni con señales de humo para comunicarse. La supresión radical de todos estos riesgos sólo sometería a la sociedad a un subdesarrollo que nadie estaría dispuesto a aceptar. No hay alternativa, parte del ejercicio del derecho a la autodeterminación consiste en que las personas convivan con estos riesgos dentro de la sociedad.

¹⁸ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002, p. 198.

¹⁹ JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín 1972, p. 92.

²⁰ Fundamental al respecto, LESCH, Heiko *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et.al. 1999, pp. 263 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, pp. 72 ss.

²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 72.

Es importante resaltar que el vocablo riesgo permitido en modo alguno se refiere a un ámbito de permisiones en el sentido de una causa de justificación. Toda causa de justificación requiere de un contexto excepcional, o de una situación de necesidad para su configuración, como en el caso de la legítima defensa, o en el del estado de necesidad justificante. Todo lo contrario, el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal o habitual de la interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno²². Su ubicación sistemática en un sentido dogmático corresponde al tipo objetivo. El riesgo permitido está cubierto por el estado normal de vigencia de normas en la sociedad, mejor dicho, por situaciones que la sociedad tolera por considerarlas adecuadas a su configuración normativa de manera consustancial. Si tuviera que considerarse el riesgo permitido como una causa de justificación, entonces tendría que reconocerse que todas las acciones riesgosas pertenecientes a los riesgos generales de la vida son acciones típicas, pero justificadas, lo que claramente es un contrasentido. En modo alguno habría diferencia entre una conducta riesgosa general y una conducta típica porque toda actividad y prestación de servicios riesgosas serían típicas; tampoco podría diferenciarse entre un ilícito administrativo y un ilícito penal, cuando sabemos que los ilícitos administrativos encierran una antinormatividad para el segmento social concreto –por ejemplo, un ilícito tributario, otro medioambiental o aduanero–, pero no por ello califican directa ni automáticamente como conductas delictivas: quien deja de pagar los impuestos que establecen las leyes, pero sin emplear cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, actúa obviamente de manera riesgosa, e incurre en un ilícito tributario, pero no por ello realiza una conducta típica del delito de defraudación tributaria (art. 1, D. Leg. 813 – Ley penal tributaria). Igualmente, quien elude el control aduanero ingresando mercancías del extranjero que superan el valor de cuatro unidades impositivas tributaria solamente incurre en un ilícito aduanero, no obstante que dicho obrar encierra una peligrosidad para ese sector social, pero, de ninguna manera, realiza una conducta típica de contrabando (art. 1, Ley 28008 – Ley de los delitos aduaneros); tampoco comete delito de contaminación ambiental quien, a pesar de actuar de manera riesgosa realizando emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, no supera los límites máximos permisibles establecido en los reglamentos y las leyes de la materia (art. 304 CP).

Por lo mismo, si tuviésemos que admitir que el estudio del riesgo permitido es en la antijuricidad, como un supuesto más de una causa de justificación, tendríamos que aceptar que todas las actividades riesgosas acabadas de describir, que en sí mismas a lo sumo podrían ser calificadas como un ilícito administrativo, serían acciones típicas pero justificadas. Es decir, un completo absurdo. Indiscutiblemente todas estas conductas encierran un peligro para el sector social concernido, pero en la medida que no superan los estándares de comportamiento que el Derecho penal desapueba, son atípicos; reúnen el significado de un obrar enmarcado dentro del riesgo permitido.

²² Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 46.

En la línea de lo expuesto, la jurisprudencia penal nacional aporta que:

“en la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo, si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo, esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida, (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el riesgo no permitido, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol”²³.

Claramente, el razonamiento judicial plasma la realidad socio-normativa que acompaña a todo riesgo, pues, como tal, el riesgo es consustancial a todo contacto social, pero su tratamiento normativo es realizado de manera diferenciada por el ordenamiento jurídico. Esto hace posible diferenciar normativamente entre riesgos permitidos y riesgos prohibidos

ii. Riesgo permitido como un obrar acorde al rol de la persona

Si el hecho típico reúne el sentido de quebrantamiento de un rol quiere decir que la imputación es el reverso del cumplimiento del rol. El ejercicio del rol personal determina que el sujeto debe cumplir la expectativa social, y, por tanto, ser respetuoso con la norma. El reverso, esto es, la infracción de la norma o lesión de un deber determina el apartamiento del rol por parte del sujeto, y por ello la defraudación de la expectativa social. La imputación penal representa así la desviación antinormativa de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada rol.

Esta cuestión es reconocida en la práctica judicial del modo siguiente:

“(...) el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables” (cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Grijley, Lima, 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador”²⁴

²³ Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006, Considerando Quinto.

²⁴ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ), Considerando Único. Véase asimismo el Exp. N° 142-06, de fecha 2 de abril de 2007, 3ra. Sala Penal Superior con Reos Libres: “El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta

“(…) Los tipos penales prohíben (ya sea por comisión o por omisión) la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, por lo que castiga todo comportamiento que tiene un sentido lesivo o que favorezca la producción de ese resultado; que, sin embargo, en una sociedad altamente complejizada cada uno de sus miembros portan roles, tales como rol de policía, profesor, juez, constructor, chofer, etcétera, y en la medida en que los portadores de dichos roles se mantengan en ella sus conductas no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos; que, en estos supuestos, nos encontramos ante conductas neutrales o cotidianas, las cuales mientras se mantengan dentro de su rol no tendrán relevancia penal”²⁵.

“(…) El acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple”²⁶.

El rol sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad²⁷. En términos jurídico-penales, el rol fija una posición jurídica, una posición de deber, un estatus jurídico, una titularidad de derechos y deberes, un ámbito de competencia personal del que todo interactor es portador dentro de la sociedad, y de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad.

Hay dos tipos de roles el rol general de persona, que aporta el fundamento de la responsabilidad por la lesión de los límites generales de la libertad. Ningún actor social puede sustraerse a este rol porque constituye la posición de deber más general que cumplir para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. Este rol está

conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga – chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido”. La cita ha sido tomada de CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 309.

²⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009-Amazonas (ponente SANTA MARÍA MORILLO), de fecha 22 de octubre de 2010, considerando tercero.

²⁶ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima, de 22 de diciembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO), considerando séptimo -declarado precedente vinculante en la parte in fine de misma ejecutoria-, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 134.

²⁷ Cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15ª ed., Opladen 1977, pp. 32 y ss.; LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen 1987, pp. 86 ss.

configurado sobre la base de una relación jurídica “negativa”, del *neminem laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: “no dañes a los demás”, y que el filósofo Hegel lo resume magistralmente en su sentencia “sé persona y respeta a los demás como personas”²⁸. El ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales, por lo que para SÁNCHEZ-VERA el mandato jurídico:

“ (...) sé una persona’ obliga a superar toda individualidad. Los otros no son ‘respetados’ en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata, pues, del concepto ‘persona’ como concepto fundamental del ‘Derecho abstracto’ o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos (...). El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia”²⁹.

Por esta razón, el cumplimiento de este rol general garantiza la vigencia de una relación social entre personas, donde los interactuantes sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

También está el rol especial, que concretiza el rol general en el segmento parcial de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un status especial. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público, de los padres respecto a sus hijos, de los cónyuges entre sí. El titular de este rol, en virtud del status especial, tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un “ámbito común”³⁰.

La jurisprudencia nacional entiende a este respecto que el quebrantamiento del rol especial no da lugar a “un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así

²⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes Hoffmeister que incluye las anotaciones del propio Hegel en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlin 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.

²⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, p. 413 s.

³⁰ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p.67.

obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional”³¹.

De otra parte, el rol reúne tres características inherentes a su configuración, a saber:

- a. El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social, en el ejemplo del policía, a él se le identifica por el papel que ostenta y no por su individualidad. Que en su mundo privado él sea un apostador es irrelevante, puesto que lo único válido y de interés para la sociedad es que él cumpla su deber a cabalidad, dando protección y seguridad a las personas, sin usar su posición de poder para abusar y cometer atropellos sobre los derechos de las personas.
- b. El rol delimita los ámbitos de competencia personales que caracterizan la posición del actuante en los contactos sociales; así es posible distinguir fácilmente los deberes y derechos. Por ejemplo: las funciones que conciernen a las gerencias de una municipalidad son diferentes. No es asunto del gerente financiero lo que compete al gerente legal, ni al gerente de servicios a la ciudad, ni a las distintas subgerencias. Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones, de manera que no todos los funcionarios ediles son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social.
- c. El rol establece una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su ámbito de competencia personal. Significa que los conocimientos psíquicos o conocimientos excedentes al rol son irrelevantes para el Derecho penal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce que “el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno”³².

El rol se configura de esta manera como un concepto sustraído a la individualidad del ser humano porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a personas que actúen en algún status, sea general o especial. Si las expectativas tuvieran que referirse a la individualidad, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones

³¹ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de junio de 2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero. En idéntico sentido, véase también el R.N. N° 1335-2009, de 10 de agosto de 2010 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero.

³² Este es el conocido “caso hoja de coca”, R.N. N° 552-2004-Puno, de fecha 25 de noviembre de 2004, Considerando Tercero. Véase el texto de la ejecutoria en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006, p. 501.

individuales, con los que no se puede entablar una comunicación estandarizada en la sociedad.

La individualidad es para el Derecho penal mera subjetividad, es decir, irrelevante por completo para sustentar una imputación. La práctica jurisprudencial lo reconoce así: “(...) la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada (...) se encuentra acorde a Ley”³³. Frente a la individualidad los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano, en sí mismas inabarcables. El rol es la tarjeta de presentación, la “etiqueta en la solapa”³⁴ del sujeto dentro de la sociedad que lo habilita como actor social y posibilita su identificación como persona en una determinada posición de deber, con una clara delimitación de su esfera de libertad de actuación jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera del titular del rol en su posición de deber, llámese funcionario público, empresario, médico, etc. Imaginemos nomás qué pasaría si el administrador de una Municipalidad al desempeñar sus funciones involucra las funciones propias del cargo con su vida privada. No es difícil imaginar que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura edil porque sencillamente la función pública no opera de esa manera.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables y exigibles de cumplir únicamente en el sector social donde ejerce su fuerza comunicativa. Por ejemplo: el juez penal es lo que es en ese papel únicamente mientras desarrolla su actividad en el horario de despacho judicial, debiendo cumplir expectativas normativas atribuidas al ejercicio de ese cargo. Sin duda en un plano formal no deja de ser juez en la noche cuando va al cine acompañado de su novia a disfrutar de una película romántica, pero en un plano funcional está privado de ejercitar el cargo en dicho lugar porque su rol ya no desempeña fuerza comunicativa alguna. Si casualmente en ese lugar se encuentra con un procesado que ese mismo día por la mañana debió concurrir a una audiencia pública de lectura de sentencia, acto al que el procesado no asistió maliciosamente, y, por muy empeñado que se encuentre el juez para leérsela allí mismo, por tener todavía la sentencia lista en su maletín, con la lectura y el sonar de la campana allí en el cine sólo haría el ridículo, pues la función judicial que se le reconoce sólo tiene validez propiamente circunscrita a un horario del despacho judicial. La condición de titular de un rol habilita a la persona que la ostenta a ejercerla únicamente en el segmento social normativamente reconocido por el ordenamiento jurídico, así el juez en el despacho judicial, el catedrático en la universidad, el futbolista

³³ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO), Considerando Cuarto.

³⁴ Este es el símil al que recurre POLAINO-ORTS para explicar que el rol social define los contornos de lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en una actividad determinada. El rol se muestra como una “etiqueta en la solapa” con la función de comunicar a los demás —y, desde luego, a uno mismo— qué es lo que se debe hacer o no hacer en una determinada posición dentro del contexto de interacción social. Los roles se encargan de fijar el estatus de la persona en el mundo social, y permite proyectar socialmente qué es lo propio y qué es lo ajeno en la delimitación de las esferas de competencia. Véase al respecto, POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación objetiva: esencia y significado”, en KINDHÄUSER/POLAINO-ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.

en un estadio, el piloto en un avión. El titular del rol sólo es reconocido como tal si se comporta de acuerdo con los deberes y derechos inherentes a esa posición de deber en el segmento de la sociedad donde el rol reluce en su fuerza comunicativa. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social, así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

El obrar correctamente en el marco de un rol equivale a estar protegido por un paraguas frente a la lluvia de las imputaciones. El espacio en seco procurado por el paraguas garantiza al portador del rol una zona de libertad con la absoluta seguridad de nunca responder por las consecuencias que pudieran surgir de la administración correcta de esa libertad. El comportamiento que reúna semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido con el significado normativo de estar cubierto por una zona libre de responsabilidad jurídico-penal³⁵. Ergo, sólo la infracción de los deberes pertenecientes a la posición jurídica, o posición de deber, que fija un rol, fundamenta una responsabilidad penal.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia penal donde se plasma lo acabado de decir se encuentra en el “caso del transportista”:

“(...) el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado R.A.Q. radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”³⁶.

iii. Superación del riesgo permitido

El riesgo permitido es superado en el Derecho penal cuando la conducta rebasa los límites del rol de la persona que son demarcadas por una norma extrapenal. Dentro de estos límites la persona ejerce su libertad de acción, o el ámbito de competencia, siempre vinculado a un contexto socio-normativo determinado. En el caso particular de la delimitación de los ámbitos de competencia mediante una norma extrapenal, el sentido típico de la conducta dependerá de la interpretación de la norma extrapenal

³⁵ Cfr. LESCH, Heiko, “Strafbare Beteiligung durch ‘berufstypisches’ Verhalten?”, en JA 2001, p. 988.

³⁶ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

en el contexto normativo del sector parcial donde ejerce su fuerza comunicativa como expresión de una vigencia real de las expectativas del contexto socio-normativo. El sentido de los tipos penales se determina en función del contexto normativo que aporta el orden primario, de manera que lo que en el orden primario está permitido nunca podrá ser típico³⁷. Es importante relieves que el orden primario aporta el sentido o significado normativo definidor de la relevancia típica de la conducta, pero no crea delitos ni penas por exigencia imperativa del principio de legalidad, en cuya virtud sólo mediante una ley penal pueden ser creados los supuestos hipotéticos de las conductas que rebasan los límites del riesgo permitido, y, junto a ellas, las sanciones penales respectivas.

Las normas delimitadoras del riesgo se clasifican en cuatro grupos: a) En primer lugar está la norma general, del propio Código penal. b) En segundo lugar se encuentran las normas especiales, a las que se llega mediante una remisión extrapenal, por ejemplo: la ley medioambiental, la ley tributaria, la ley de tránsito. Aquí se ubica también el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), que delimitan los ámbitos de competencia funcional de las personas que ostentan un estatus especial con la obligación de administrar el segmento que les concierne de función pública, como es el caso de los funcionarios y servidores públicos. c) En tercer lugar se ubican las normas de la *lex artis*, que concretan los límites de la libertad de actuación de los profesionales, plasmándose por lo general en protocolos y normas deontológicas de los colegios profesionales. d) En último lugar están las normas del estándar de conducta, que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios dentro de la sociedad en cuyo estereotipo se plasman los ámbitos de competencia de determinadas actividades. En la medida que nuestro Código penal acoge como una causal de atipicidad el obrar en el ejercicio legítimo de un “oficio”, entonces las valoraciones socio-normativas existentes en el trasfondo de algunas actividades, como del taxista, albañil, panadero, cocinera, entre otros, tienen reconocimiento jurídico con una potencia excluyente de la imputación objetiva. Al último grupo pertenecen también los riesgos permitidos por legitimación histórica³⁸, pues el ámbito de competencia de la persona de este sector social no puede ser entendido sin una referencia a su configuración social, pero reconocida por el ordenamiento jurídico. Precisamente aquí radica la diferencia con la teoría de la adecuación social; si bien el parecido con la misma es evidente, no obstante no es el puro valor ético-social de la conducta el factor de legitimación, sino la valoración jurídica de la conducta que mediante su práctica reiterada y permanente en la sociedad establece un estándar de expectativas que el Derecho reconoce como pauta de

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Límites del tipo objetivo en los delitos económicos”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. II., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2018, p. 161.

³⁸ Así denominado por JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2a. ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, número marginal 7/36. Véase al respecto LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln et al. 1999, p. 230; ampliamente MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 209 ss.

conducta exigible penalmente. Formulado con elegante precisión por Maraver Gómez: “La conducta siempre debe valorarse desde un punto de vista jurídico teniendo en cuenta las valoraciones que configuran la sociedad”³⁹.

Un ejemplo que ilustra la forma de cómo llevar a cabo el juicio de superación del riesgo permitido puede verse en la modalidad básica del homicidio culposo, regulado en el primer párrafo del art. 111 CP, con el siguiente tenor: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.” El tipo penal en este caso sintetiza en su configuración como pauta de conducta la expectativa social de que nadie prive el derecho a vivir de los demás de una manera imprudente, bajo la conminación de una sanción penal. No obstante, estando diseñada la expectativa de este modo, ella alude únicamente al esperar genérico de una forma de conducta que para ser efectiva necesitará de concreción acorde a la regulación del segmento social concreto para no quedar reducido a una mera descripción in abstracto de una conducta típica.

Precisamente, como ejemplo de concreción de la expectativa general pueden darse tres situaciones que ilustran cómo la expectativa de conducta contenida en el art. 111 CP puede ser quebrantada —ergo, superada o desaprobada— de manera distinta según el contexto social donde es practicada la acción: a) Si la muerte ocurre por culpa en una carretera como consecuencia de un atropello vehicular, la ley de tránsito servirá de referente normativo al cual acudir para determinar los contornos del ámbito de competencia que en dicho contexto social el chofer rebasó con su acción riesgosa. b) Pero, si la muerte ocasionada por culpa acontece en el quirófano de una clínica, entonces corresponderá a los protocolos de la *lex artis* la delimitación de los criterios determinantes para esclarecer si la operación quirúrgica se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido o si lo transgredió. c) Si, en cambio, la muerte se produce por culpa en el sector de la construcción, como consecuencia de la caída de un albañil del quinto piso de un edificio sometido a obras, serán las normas de seguridad de la construcción y de seguridad en el trabajo las que aportarán las pautas de valoración para establecer si el resultado le será imputable objetivamente al empleador que no observó correctamente las medidas de seguridad y prevención en el trabajo, o si más bien la muerte no superó riesgo permitido alguno, o si, todo lo contrario, es imputable al ámbito preferente de competencia de la propia víctima.

El ejemplo anterior muestra cómo el riesgo permitido personifica los límites concretos de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial de la sociedad —contexto social— donde ejercita su acción. Entonces es necesario identificar en el caso particular cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia —el rol— de la persona para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo típico o no.

³⁹ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters, Madrid 2009, pp. 357-358.

A esto se refiere la jurisprudencia penal de la Corte Suprema cuando precisa el concepto poniendo el énfasis en lo siguiente: “(...) el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”⁴⁰.

En el campo de los delitos contra la función pública la determinación de los contornos del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del funcionario público. Con independencia de las particularidades del tipo penal, siempre que se trate de una conducta imputable a un funcionario público, la determinación de los límites del riesgo permitido tomará en cuenta necesariamente el estatus y competencias del funcionario delimitadas por la normatividad del sector. Si la posición que ocupa en la estructura jerárquica de la empresa estatal, por ejemplo SEDAPAL, es la de Gerente General, para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidades de este segmento en la estructura empresarial, sirviendo a este respecto el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los Memorandos, Informes Técnicos, etc. La normatividad especial extrapenal permitirá diferenciar al mismo tiempo los diversos niveles de competencias de las demás gerencias, de los jefes de equipos, jefes de proyectos, etc.

En esencia, los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. Habrá una superación de los límites del riesgo permitido cuando la conducta exceda los límites del rol que desempeña la persona dentro de un segmento parcial concreto de la sociedad. Como hemos visto, esos límites están contenidos en normas de naturaleza extrapenal, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se comprenda en la interacción del Derecho penal y la sociedad.

iv. El fenómeno de las compensaciones

Se entiende por compensación a la prestación que realiza el actuante que ha superado el riesgo permitido con el objetivo de descargar o liberarse de la imputación generada por su comportamiento. En la medida que la prestación es realizada después que la conducta cruzó las fronteras de lo permitido, las compensaciones son irrelevantes en el Derecho penal, no surten efecto alguno para descargar la imputación. Esto es así porque lo que el Derecho ha establecido como estándar a través de una norma excluye toda compensación que pudiera darse mediante prácticas individuales y sociales⁴¹.

⁴⁰ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

⁴¹ En este sentido, JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 51: “En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standards, esto es, a las normas contra las puestas en

Toda norma penal fija un estándar de conducta en base al cual se determina la relevancia o irrelevancia penal de un hecho. Existiendo un estándar de conducta, no le es permitido al ciudadano decidir por cuenta propia cuándo su conducta reviste interés o no para el Derecho penal, toda vez que no le es permitido disponer de aquello que es competencia exclusiva del Ordenamiento Jurídico. Esta idea representa a su vez una garantía para el ciudadano, de que sólo le es exigible cumplir jurídicamente aquello que forma parte del estándar de conducta. Lo que no pertenece al estándar de conducta es la fenomenología, que sólo brinda elementos de información de cómo se configura una situación en su aspecto causal o psicológico. Hacer depender la solución de un problema sólo de la fenomenología conduce a planteamientos descontextualizados.

Las normas fijan pautas de conductas estandarizadas y rigen para la generalidad independientemente de las compensaciones individuales que aporte el infractor. El comportamiento declarado prohibido jurídicamente engloba la valoración normativa de rebasar el ámbito del riesgo permitido, por lo que no es válido el argumento en contrario, en el sentido de que no rebasa el riesgo permitido la conducta riesgosa prohibida, pero controlada, en virtud de las capacidades físicas o prácticas experimentadas. Ninguna compensación es atendible porque la regulación creada por el Derecho no pierde su vigencia institucionalizada por desuso, ni por habilidades ni capacidades especiales de corte individual, ni por prácticas sociales.

Un caso de la jurisprudencia penal, pertinente para ilustrar el contenido de la figura de las compensaciones en el Derecho penal, se encuentra en el conocido caso de los quince millones. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó⁴² al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori como autor de los delitos contra la Administración Pública –peculado doloso por apropiación y contra la Fe Pública –falsedad ideológica– en agravio del Estado, en virtud de lo cual le impuso 7 años y 6 meses de pena privativa de la libertad, y fijó en 3 millones de nuevos soles la reparación civil a favor del Estado. La sentencia fue impugnada, dando lugar a que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos⁴³, con lo cual la condena impuesta adquirió la condición de cosa juzgada.

Los hechos imputados por el Ministerio Público y aceptados por el imputado en virtud de la conformidad procesal son los siguientes⁴⁴:

“A. En el marco de la propalación del video denominado “Kouri–Montesinos”, que tuvo lugar el catorce de septiembre de dos mil, y luego de que el acusado Alberto Fujimori Fujimori el día dieciséis de septiembre de ese año anunció la desactivación del SIN, se produjeron las negociaciones correspondientes, bajo la conducción del referido acusado, para apartar a [Vladimiro] Montesinos Torres del cargo que ejercía, que incluyeron la entrega de quince millones de dólares

peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí haya que evitar puestas en peligro abstractas”.

⁴² Exp. N° AV-23-2001, sentencia de 20.07.2009.

⁴³ R.N. N° AV. 23-2001-09, sentencia de 18.07.2011.

⁴⁴ Los hechos conformados son tomados en su integridad de manera literal de la sentencia recaída en el Exp. N° AV-23-2001, de 20.07.2009, párrafo 43. Lo resaltado se corresponde con el texto original.

americanos del erario público por sus servicios a favor del régimen, todo lo cual se concretó finalmente.

B. Para la obtención de los fondos públicos, que debían ser proporcionados a Montesinos Torres, a instancias y con conocimiento del imputado Fujimori Fujimori, se realizaron diversos trámites, requerimientos y procedimientos administrativos, que incluyó la expedición del Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, que autorizaba al Pliego 026 Ministerio de Defensa a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios hasta por la suma de sesenta nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, con cargo a regularizar la acción al cierre del Ejercicio Presupuestario dos mil. Es de destacar, al respecto, una comunicación –oficio número 2041, corriente a fojas cuatrocientos cincuenta y tres–, a la que se le consignó como fecha veinticinco de agosto de dos mil, cursada por el presidente del CCFFAA, general EP Villanueva Ruesta, por órdenes del acusado Fujimori Fujimori, dirigida al ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr; comunicación que a su vez repitió el ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –oficio número 11296–MD–H/3, de esa misma fecha, de fojas cuatrocientos doce–, mediante las que se solicitó una ampliación presupuestal por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles.

C. En las comunicaciones del Sector Defensa se sostenía, falsamente, que ese monto era necesario por razones de seguridad nacional, para concretar el Plan de Operaciones “Soberanía” y, de este modo, evitar el ingreso a territorio peruano de las FARC, a través de la frontera con Colombia. Sobre esa base se expidió el Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, firmado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Defensa y el ministro de Economía y Finanzas, y rubricado por el acusado Fujimori Fujimori como Presidente de la República. Esa norma determinó el requerimiento del ministro de Defensa –oficio número 11338 MD/3, del veintidós de septiembre de dos mil– dirigido al ministro de Economía y Finanzas solicitando el importe de cincuenta y dos millones quinientos mil soles con cargo a la cantidad indicada en dicho Decreto de Urgencia; requerimiento que fue atendido por el Sector Economía y Finanzas.

D. El cheque del Banco de la Nación por la suma requerida en moneda nacional tiene fecha veintidós de septiembre de dos mil. Ese mismo día el Banco de la Nación adquirió la cantidad de quince millones de dólares americanos, con intervención del general EP Munte Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF. El citado oficial general en horas de la noche del indicado día, en la sede del SIN, hizo entrega del dinero a Montesinos Torres. A su vez, el referido día veintidós de septiembre de dos mil Montesinos Torres alcanzó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía en el exterior.

E. Posteriormente, el dos de noviembre de dos mil, el acusado Fujimori Fujimori convocó a Palacio de Gobierno a los Ministros Bergamino Cruz y Boloña Behr y al Vice Ministro de Hacienda Jalilie Awapara. En presencia de ellos –y con la asistencia de su cuñado y Embajador del Perú en Japón Aritomi Shinto– hizo entrega al primero de quince millones de dólares –que se encontraban en cuatro maletas–, cantidad que convertida en moneda nacional revertió al Tesoro Público al día siguiente en mérito a una gestión administrativa ante el Banco de la Nación realizada por el general EP Miente Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF, a instancias del ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –quien cursó el oficio número 11379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, dirigido al ministro de Economía y Finanzas, que señalaba que el CCFFAA ha revaluado la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el oficio 11338 ME/3, del veintidós de septiembre, y, por tanto, cumple con revertir esa cantidad al Tesoro Público–

F. El dinero en cuestión no era el mismo que se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas el día veintidós de septiembre de dos mil –esto es, cuarenta y un días antes–, se retiró del Banco de la Nación y se entregó a Montesinos Torres –no se trataba de los mismos billetes–. Cabe puntualizar, atento a lo señalado por el Fiscal en la estación de exposición oral de la acusación y de los cargos –artículo 243^o.1 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro– (i) que el veintitrés de septiembre de dos mil Montesinos Torres se fugó a Panamá, pero retornó al Perú el veintitrés de octubre de ese mismo año; (ii) que, sin embargo, el veintiocho de octubre de dos mil se detectaron tres cuentas en Suiza a nombre de Montesinos Torres; (iii) que al día siguiente Montesinos Torres fugó del país y un día después se conoció de las tres cuentas que tenía en Suiza y que fueron intervenidas por las autoridades de ese país –el uno de noviembre se comunicó telefónicamente al Perú de ese hallazgo y el dos de noviembre se cursó la comunicación oficial al Perú–; y (iv) que ese mismo día dos de noviembre, en horas de la noche, el acusado entregó al ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, otros quince millones de dólares, cantidad que fue revertida al Tesoro Público.

G. Es de significar que en la acusación reformulada se hizo mención que se reproducía, en lo pertinente, la primera acusación emitida antes de la decisión de la Corte Suprema de Chile –último párrafo del folio quince de la acusación reformulada de fojas siete mil trescientos setenta y tres–. En el segundo párrafo del folio treinta y ocho de la primera acusación –corriente a fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve– se anotó lo siguiente: “...no estando demás señalar, que el dinero que semanas después entregó Fujimori Fujimori a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno, se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone”. Este párrafo, unido al conjunto de la postulación fiscal, permite advertir que la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori

entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil.”

El problema generado sobre las compensaciones, si bien con otra terminología, fue planteado inteligentemente por la defensa del Alberto Fujimori Fujimori, al sostener que “no puede declararse culpable al imputado Fujimori Fujimori porque se restituyeron los fondos públicos ascendientes a quince millones de dólares, lo que alternativamente produjo los siguientes efectos jurídicos: exclusión de la antijuricidad material por ausencia de lesión del bien jurídico, o arrepentimiento activo o reparación del daño con carácter exoneratorio”⁴⁵.

Siendo esto así, prosigue, “no se puede entender que el delito de peculado se consumó, la apropiación no llegó al estado de consumación porque no se afectó el bien jurídico: patrimonio público funcional, traducido en la debida ejecución del gasto público, en la afectación del servicio público. La antijuricidad material requiere no una mera infracción del deber del cargo, sino la afectación del correcto funcionamiento de la Administración con la lesión del servicio público, lo que no ha ocurrido”⁴⁶.

En contra de este argumento, el Ministerio Público señaló que:

“los billetes en dólares proporcionados a Montesinos Torres en la noche del veintidós de septiembre de dos mil, de quince millones de dólares, son diferentes a los que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el dos de noviembre de dos mil, entregó en Palacio de Gobierno al entonces ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, para ser devueltos al tesoro público”⁴⁷

“(…) ‘se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone’ (...) la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil”⁴⁸.

La Corte Suprema sobre la problemática en cuestión resolvió lo siguiente:

“[A]: Sobre la restitución de fondos, “lo expuesto por la defensa no puede ser aceptado para la decisión del caso, ya que adolece de varias incoherencias e inconsistencias dogmáticas. En primer lugar, porque la regulación de causales de exclusión de antijuricidad material en la legislación nacional sólo contempla el caso del delito imposible o tentativa inidónea previsto en el artículo 17° del

⁴⁵ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 38 [“Parte Primera. Capítulo III. Posición de la defensa”].

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 39.E

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 34.J [“Parte Primera. Capítulo II. §4. La acusación acumulada y reformulada o adecuada”].

⁴⁸ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 43.G [“Parte Segunda. Capítulo I. §2. Los hechos conformados”]. Subrayado en el original.

Código Penal. Al respecto, es evidente que los hechos admitidos por el acusado no corresponden a dicha forma de tentativa. De otro lado, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia nacional el delito de peculado se perfecciona con los actos de apropiación o de utilización que realiza el funcionario sobre los bienes o caudales de la Administración Pública. Esto significa que el delito se consuma con el solo fraccionamiento o salida de modo temporal o definitivo de los bienes y caudales de la esfera de custodia del Estado. Lo cual produce una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad, transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe bienes y caudales públicos; así como también, la intangibilidad y la conservación presupuestal o de reserva de los bienes o recursos que integran el patrimonio del Estado. Efectivamente, el tipo legal de esta infracción requiere, siempre, la extracción de los caudales públicos de la esfera de custodia del Estado y su ingreso, cuando menos momentáneo, a la esfera de dominio patrimonial del autor del delito. (...) Por consiguiente, la conducta del acusado, de acuerdo a los hechos por él admitidos –con asistencia de su defensa–, al entregar caudales del erario público a Montesinos Torres, lesionó de modo directo y pleno los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual aquél realizó un comportamiento formal y materialmente antijurídico –es de insistir que lo que el tipo legal de peculado requiere es una afectación a la función pública entendida como administración, la que se da desde el momento en que el agente se apropia de los bienes, a partir de lo cual se comporta de manera infiel, ajena a sus deberes de correcto administrador–. Sobre todo, porque para ello se simuló un falso objetivo presupuestal que fue obviamente frustrado por el empleo real e ilícito que se dio a los recursos obtenidos dañando el fin presupuestal de la Administración”⁴⁹.

[B]: Sobre el arrepentimiento activo, “es de precisar que según el artículo 18º, segundo párrafo, del Código Penal, éste requiere que se impida eficazmente el resultado lesivo. Así, por lo demás, lo exige la doctrina nacional y la jurisprudencia. Según los hechos aceptados por el acusado el resultado se produjo por acción dolosa de éste, quien no sólo se apropió de caudales del Estado sino que los cedió ilegalmente a un tercero. Como advierte la doctrina y la jurisprudencia nacional hay consumación de peculado aun cuando la apropiación haya sido momentánea y los bienes o caudales hayan sido devueltos con posterioridad”.

[C]: En relación la reparación del daño con carácter exoneratorio: “se debe destacar que conforme a la legislación penal vigente la reparación posterior del daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad del delito cometido. Ella, de ser espontánea, sólo constituye una circunstancia atenuante genérica que ayuda al juzgador a graduar la pena concreta dentro de los límites de la pena básica, sin autorizar, siquiera, la

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 57 [“Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada”].

aplicación de una sanción por debajo del mínimo legal. Por tanto, conforme a los hechos admitidos y conformados por el acusado, la reversión de una suma equivalente a la apropiada ocurrió luego de cuarenta y un días de su entrega a Vladimiro Montesinos Torres. El dinero en cuestión, además, no fue el mismo que se le entregó –se aprecia incluso de los documentos materia de oralización que el dinero que revirtió al tesoro contenía otros billetes y de distinta denominación, y procedía de otra fuente. Siendo así, no hay efectividad exonerativa de punibilidad que pueda estimarse a favor del imputado por reparación posterior del daño ocasionado en el delito cometido”.

El problema en mención conlleva a precisar la explicación de que el mundo del sector público representa un segmento de la sociedad donde el ámbito de competencia del deber funcional es impuesto a su titular –funcionario público– sin que él pueda determinar la extensión de su espacio de libertad de actuación en el cargo. Por la forma cómo se encuentra estructurada la competencia funcional, la responsabilidad en que pueda incurrir el funcionario no se enjuicia dentro del sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias, sino en el marco del deber positivo de naturaleza institucional que lo obliga a garantizar la existencia y el adecuado funcionamiento de la función pública. La responsabilidad jurídico-penal no se deriva así de un comportamiento en sentido fenomenológico-naturalista, sino del quebrantamiento de los deberes inherentes a la competencia funcional⁵⁰.

Es por esta razón que la conducta atribuida a Alberto Fujimori Fujimori, de haber provocado indebidamente una apropiación de los fondos del Estado, de quince millones de dólares, reúne el sentido de superación del riesgo permitido del tipo penal de peculado (art. 387 CP). Tratándose el actor de un funcionario público, y, en el presente caso, de la más alta envergadura del funcionariado nacional, poco importa si él tuvo o no tuvo el dominio del hecho, o si obró mediante acción u omisión, o si luego restituyó lo apropiado. No importa, en realidad, porque lo decisivo para establecer que la conducta rebasó los límites del riesgo permitido en el segmento de la función pública es la lesión que el obligado especial —el Ex Presidente— ocasionó al deber de “a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”⁵¹.

El elemento normativo medular de este delito, que a su vez constituye la acción típica, es la apropiación, que se dio cuando los quince millones de dólares salieron indebidamente de la esfera de la administración pública dentro de una operación dispuesta por el Ex Presidente que involucró además a ministros de Estado y funcionarios de alto rango. Ahora bien, una vez producida la lesión del deber institucional, mejor dicho, existiendo consumación, decae el argumento de que el Ex

⁵⁰ En profundidad al respecto, JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., número marginal 29/74 ss.

⁵¹ ACUERDO PLENARIO 4-2005/CJ-116 sobre “Definición y estructura típica del delito de peculado”, Fundamento Jurídico N° 7.

Presidente se mantuvo dentro del riesgo permitido, no habiéndolo superado porque “se restituyeron los fondos públicos”. Expresado estos argumentos en la terminología de la imputación objetiva se diría que no es imputable objetivamente al Ex Presidente el tipo de peculado, porque al haber restituido el dinero apropiado a las arcas del Estado, no rebasó los límites del riesgo permitido. No obstante, semejantes consideraciones no son correctas porque la restitución de un bien corresponde a un momento *ex post* de valoración, esto es, después que la conducta rebasó en extenso el ámbito del riesgo permitido, luego que la conducta generó una razón para ser administrada por el Derecho penal. En la medida que la conducta típica practicada responde a la naturaleza de un delito de infracción de deber, configurado por la pura lesión del deber institucional del Ex Presidente, el objetivo de descargar la imputación generada por la apropiación mediante la restitución deviene improductiva porque ninguna compensación conjuga una potencia dogmática suficiente que haga desvanecer el carácter típico alcanzado por la lesión del deber.

El argumento es el siguiente: lo que el Derecho ha establecido como estándar en una norma excluye toda compensación aportada mediante prácticas individuales o sociales. Esto reluce con mayor claridad al constatarse que los elementos normativos del tipo penal de peculado están sustraídos a las variaciones que el funcionario le quiera dar acorde a su mundo individual. El funcionario público no decide cuándo su conducta pierde sentido jurídico-penal de peculado porque simplemente no le es permitido decidir sobre aquello que ante el ordenamiento jurídico y la sociedad tiene una vigencia institucional estandarizada. Los tipos penales engloban la sanción y la reparación civil, y, entregan al campo de lo jurídico-penal, la ordenación de los deberes negativos y positivos que sirven de base para la imputación y la sanción penal. Es exactamente en este nivel donde se desenvuelve la valoración acerca de si una conducta se mantiene dentro del riesgo permitido o si lo rebasa. El argumento de la restitución del bien –técnicamente, el de la compensación– es absolutamente inidóneo para producir efecto alguno de descarga o exclusión de la imputación penal. Con acierto afirma PAWLIK al respecto que “el instituto de la compensación del daño no es adecuado para contrapesar el específico injusto del ciudadano”⁵². Por ello, el discurso de la restitución o de la reparación del daño corresponde al campo de lo civil, y, para los efectos del presente caso, como bien lo señala la sentencia, “sólo constituye una circunstancia atenuante”⁵³ que no añade ni quita nada a la conducta desbordante del riesgo permitido.

Un argumento estéril para contrarrestar el ingenioso argumento de la restitución fue el invocado en la acusación, de que los billetes de quince millones de dólares restituidos por el Ex Presidente no son los mismos que le fueron entregados para dárselos a Vladimiro Montesinos. Entonces, por tratarse de billetes distintos, no procede la restitución. ¿Cambiaría la situación si se hubiese tratado de los mismos

⁵² PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, pp. 88-89.

⁵³ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 58 [“Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada”].

billetes? En realidad, para los efectos de determinar el carácter típico de la conducta es irrelevante y por demás indiferente la constitución naturalística de los billetes, por tratarse el dinero de un bien fungible. El delito de peculado se cometió con la apropiación del dinero en el valor intrínseco del monto global; es superfluo, por tanto, argüir que los billetes restituidos no fueron los mismos que los apropiados para dar por consumado el delito de peculado. Sencillamente, toda compensación está excluida en el Derecho penal.

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa

Mauricio Camere Figueroa*

Resumen. – El autor analiza el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial bajo una perspectiva normativa. De esta forma, se busca dar una interpretación acorde a las exigencias de la sociedad actual, delimitando cada elemento típico y sus diversas manifestaciones, además de explicar la ratio legis de su incriminación como una forma especial del delito de cohecho.

Abstract. - The author analyzes the crime of active bribery in the field of police work under a normative perspective. In this way, it seeks to give an interpretation in accordance with the demands of today's society, delimiting each typical element and its various manifestations, in addition to explaining the ratio legis of its incrimination as a special form of the crime of bribery.

Palabras claves. – Agente corruptor, Inducción, Función Policial, Deberes Positivos.

Keywords. – Corrupting agent, Inducement, Police function, Positive duties.

* Coordinador General del Taller de Dogmática Penal de la UNMSM (2023). Asistente de Catedra de Derecho Penal Parte General y Especial en la misma casa de estudio. Asistente legal en HC Defensa Penal.

I. Aproximación general

Dentro del catálogo de delitos contra la Administración Pública (Título XVIII) se encuentra ubicado el artículo 398-A en el Capítulo II de nuestro Código Penal que engloba los delitos cometidos por “Funcionarios Públicos”. En específico, dentro de la sección IV titulada como “Corrupción de funcionarios” encontramos el delito de **“Cohecho activo en el ámbito de la función policial”**, el cual contiene la siguiente descripción típica:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años.”

La regulación del artículo 398-A no siempre ha mantenido el mismo contenido, ya que inicialmente este artículo establecía la conducta típica de cohecho activo del abogado: **corrupción activa del abogado**². Es a partir del año 2017 que se incorpora, nuevamente, el artículo 398-A, pero con un contenido distinto³, a saber: **Cohecho activo en el ámbito de la función policial**. La cuestión que surge, de lo hasta ahora expuesto, es comprender por qué el legislador decidió incorporar de forma autónoma este delito que ya de forma general estaba siendo abarcado por el delito de **cohecho activo genérico**⁴ (¡el agente policial es también un funcionario público!).

¹ Los delitos contra la Administración Pública en nuestro código penal se clasifican *formalmente* en: a) delitos cometidos por particulares; b) delitos cometidos por funcionarios públicos: 1. Abuso a la autoridad, títulos y honores; 2. concusión; 3. peculado; y 4. corrupción de funcionarios; y c) delitos contra la administración de justicia. Para una clasificación material, en atención a las peculiaridades de la realización de la conducta: de prevalimiento, desobediencia y aprovechamiento de la posición, vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, pp. 191-215.

² Delito incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10 mayo 1992, el cual tenía el siguiente contenido:

“Si en el caso del Artículo 398, el agente del delito de corrupción de un Juez, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Auxiliar de Justicia o cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años e inhabilitación conforme a los incisos 4) u 8) del Artículo 36 del Código Penal y con 180 a 365 días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme al inciso 4) del Artículo 36 y con 90 a 120 días multa”. Posteriormente derogado por el Artículo 4 de la Ley N° 28355, publicado el 06 octubre 2004, el cual lo incorporo como un párrafo adicional en el artículo 398.

³ Delito incorporado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351 que modifica el código penal para fortalecer la “seguridad ciudadana”, publicado el 07 enero 2017. La incorporación también incluye los delitos de cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial y desde entonces no ha existido mayores modificaciones.

⁴ El artículo 397 de nuestro código penal tiene el siguiente contenido:

Al respecto, la exposición de motivos es un **punto de partida**⁵ para comprender la justificación político-criminal de criminalización de este comportamiento⁶. Así, en el apartado 6^{to} que abarca la “Censura Penal de la Corrupción” se aborda como segundo punto el problema de la “Corrupción Policial”. A modo de síntesis, se exponen los siguientes argumentos de la exposición de motivos:

- La criminalización autónoma de la corrupción de los agentes policiales se centra en los casos de soborno u otras conductas que atentan contra su deber funcional.
- La pena operativizada contribuirá a la prevención de conductas ilícitas del cuerpo policial.
- Las cifras de la corrupción policial destacan que, por ejemplo, en el año 2015 fueron 34 los casos de flagrancia de dicho fenómeno, de modo que, se evidencia una muestra superior a diferencia de los casos usuales de corrupción pública de los funcionarios del Ministerio Público y el Poder Judicial.
- El rol de la Policía Nacional es sustancial debido a su condición especial. Estos son la imagen representativa de la ley, el orden y la seguridad en beneficio de la colectividad, por ello, su conducta contraria es socialmente reprochable.

De lo expuesto, resultan cuestionables los argumentos presentados para regular de forma autónoma este delito⁷. Específicamente es rechazable el dato estadístico para fundamentar la necesidad de criminalización de comportamientos⁸. Por el contrario, los resultados estadísticos son un indicio que se deben tomar en cuenta junto con otros factores más a valorar. Consideramos que el *quid del asunto* radica en la posición especial del funcionario policial quien, en tanto obligado institucional, desarrolla su actividad policial en una relación muy dinámica con diferentes ciudadanos. En atención a ello, en la constante **interacción** que existe entre funcionario policial y ciudadanía es que podría explicarse la necesidad de positivización de unas expectativas sociales que

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (cursiva agregada).

⁵ Cuando se estudia la parte especial del derecho penal, esta no puede limitarse a realizar una interpretación como realización de la voluntad legislador, ni mucho menos a reducirlo a una exegesis del texto de la ley, por el contrario, es necesario dar justificación a la *ratio legis* de cada delito de la parte especial en atención a la justificación de la pena o, con otras palabras, la parte especial se ocupa, también, de la cuestión fundamental del derecho penal, a saber: **¿Por qué es permisible penar?**, vid. KUBICIEL, Michael. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021, p. 177.

⁶ Exposición de Motivos, descargada de la página web del Congreso de la República con fecha 13 de enero de 2017. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1351.pdf>.

⁷ De la idea de prevención nos ocuparemos al abordar la cuestión del “bien jurídico penalmente protegido” en este delito.

⁸ Igualmente rechaza el argumento estadístico, pero en el ámbito de la violencia contra la mujer POLAINO-ORTS, M. y UGAZ HEUDEBERT, J. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 24.

la estructura social exige⁹. Así pues, lo acertado de la exposición de motivos es resaltar el rol de la Policía Nacional para la configuración social, de modo que, la regulación de este delito, que, si bien es cierto esta abarcado de forma genérica por el delito de cohecho, logra **contextualizar** el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre el funcionario policial y los ciudadanos. En efecto, la norma es un criterio fundamental de todo mundo social, y no meramente individual, que sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos¹⁰, por ello, la tipificación autónoma del delito de cohecho en el ámbito de la función policial cumple la tarea de orientar conductas en el mundo social, a saber: tanto del funcionario policial como del ciudadano en la relación de interacción que surge entre ambos. De ahí que, **“la necesidad de aprobación de una norma se produce desde el momento en que surge la necesidad de reglar un determinado sector social”**¹¹.

En cuanto a la ubicación del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, como se dijo, se encuentra dentro de la **sección IV, “Corrupción de Funcionarios”**, junto con otras figuras típicas, además de las otras modalidades de cohecho: negociación incompatible (art. 399), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401). A su vez, este delito se complementa con el **artículo 398-B, “Inhabilitación”**, el cual precisa que, si se corrompe a un miembro de la Policía Nacional encargado de la **función de tránsito o seguridad vial**, se impondrá la inhabilitación en la cancelación o incapacidad definitiva, según el caso, para la obtención de la autorización para conducir.

Que este tipo penal este catalogado como un delito de **corrupción de funcionarios** implica que es necesario aproximarnos al concepto de “corrupción”¹². El significado de corrupción es muy amplio¹³, multifuncional y polisémico¹⁴, sin embargo, el denominador común en todas las acepciones radica en: la pérdida de cualidad, la desnaturalización o deterioro, el rompimiento de un equilibrio que mantiene la entidad¹⁵. Contextualizando el concepto, esto es, no entendiendo la corrupción de forma aislada, sino en el ámbito **público**, podemos precisar que la corrupción consiste

-
- ⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 259.
- ¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005, p. 142, precisando que la norma se configura por: 1) la posibilidad de infracción; 2) ser medio orientador de conductas; y 3) asegura expectativas sociales.
- ¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 258.
- ¹² Pese a las diversas aplicaciones que rebasan el marco jurídico del concepto, aquí se utiliza como “soborno, cohecho”, en el contexto de la administración pública.
- ¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.
- ¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 7. CASTRO CUENCA, Carlos G. “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del centro, 2020, p. 46, quien sostiene: “Hoy en día, se ha señalado que la corrupción proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos y que tiene manifestaciones de índole privada, pública y social, motivo por el que se ha estudiado desde la sociología, la psicología, la criminología, la ética y el derecho, lo que ha dificultado la elaboración de un concepto unitario de corrupción”.
- ¹⁵ *Ibid.*, p. 8. Similar, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

en la utilización indebida o ilícita de las funciones públicas¹⁶ (que se derivan del Estado), en provecho de sus gestores¹⁷ o, en otras palabras, un deterioro de las instituciones públicas (funcionamiento irregular), de modo que, se vuelve incapaz de responder a las exigencias sociales¹⁸. En ese sentido, cuando se hace referencia a la **“corrupción de funcionarios”** debemos tener en cuenta dos puntos clave, a saber: 1) al funcionario que ostenta una posición diferenciada del resto de ciudadanos, por la atribución de derechos y deberes específicos en atención a la parcela social que le corresponde administrar únicamente a él (cuota de poder) en interés de la colectividad; y 2) la superposición de intereses ajenos a la colectividad, y en definitiva a la función que se le ha designado, deteriorando los valores que fundamentan las atribuciones del sujeto. A modo de síntesis: toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general¹⁹, en definitiva, **la defraudación de una institución social: El Estado**²⁰.

Con relación al delito analizado, la corrupción se denomina cohecho solo cuando se presenta en las esferas de competencia de los funcionarios y servidores públicos, por ello el cohecho es una de las formas de corrupción, que hace referencia cuando un funcionario público defrauda el correcto funcionamiento de la administración pública y de la imparcialidad como condiciones fundamentales de sus actos²¹. Indistintamente, se usa el término “soborno” para aludir al **cohecho**, sin embargo, pese a que ambas figuras están relacionadas, la primera, el “soborno”, se centra en la conducta de un sujeto que trata de corromper al funcionario público²², el cual se asemeja a la figura

¹⁶ En contra de un concepto social de corrupción por ser insuficiente para una aplicación *jurídico-penal*, KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 16, quien sostiene: “Por un lado, el poder público o privado también puede ser utilizado para beneficios privados de tal manera que, de acuerdo al Derecho alemán, no pueda calificar como corrupción: podría pensarse, por ejemplo, el caso del directivo que obliga al subordinado a actuar. Aquí, según el ordenamiento alemán, resulta relevante el delito de coacción (§ 240 StGB), que abarca de manera reconocida un delito contra la libertad de la persona y ningún hecho corrupto. Además, el concepto mencionado inicialmente deja abierta la cuestión de los parámetros diferenciadores entre un indebido ejercicio del poder y un ejercicio permisible de la función asignada a un rol social o profesional”.

¹⁷ Definición 4^{ta} de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>.

¹⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 16.

²⁰ KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 20, quien acertadamente afirma: “La protección de una institución contra la suspensión corrupta de sus reglas básicas es el objetivo común y -tanto desde el punto de vista constitucional como penal- permisible de todos los tipos penales que abarcan la corrupción. Una de las reglas fundamentales de cualquier institución es que las acciones de sus miembros se lleven a cabo en los canales abiertos por la institución solo si no están asociadas con beneficios que son inadmisibles bajo las reglas en y para la institución (...) Por lo tanto, la corrupción implica un ‘intercambio impropio’ de ventajas, por un lado, y una acción dentro de la institución, por el otro. (...) Más bien, la tipicidad de un comportamiento depende de si el otorgamiento o aceptación de una ventaja de la institución es ajena, esto es, ilegal”.

²¹ *Ibid.*, p. 17.

²² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 17. También, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

delictiva del **cohecho activo**. En materia penal el término cohecho hace referencia tanto al comportamiento de corrupción del funcionario o del particular, ambas fuentes generadoras de corrupción²³.

Asimismo, la figura de “cohecho” como una de las modalidades estructurales de la corrupción delictiva dentro de nuestro Código Penal, tiene diversas figuras típicas: a) cohecho pasivo propio (art. 393); b) cohecho pasivo impropio (art. 394); c) cohecho pasivo específico (art. 395); d) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); e) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B); cohecho activo genérico (art. 397); f) cohecho activo específico (art. 398); g) cohecho activo en el ejercicio de la función policial (art. 398-A), etc. Lo esencial es entender que, en el **cohecho pasivo** el centro de atención de la norma penal es la conducta del funcionario público, mientras que en el **cohecho activo** es la conducta de un sujeto indeterminado que trata de corromper al funcionario. De esta forma, el núcleo central de los delitos de cohecho es la **compra-venta (o su intento) de la función pública**²⁴. De esta manera, la tipología del cohecho de nuestra regulación positiva es reflejo de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que se configuran en el mundo funcional, alrededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo y del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados²⁵. En su modalidad de cohecho activo se centrará el análisis dogmático del delito regulado en el artículo 398-A.

Finalmente, respecto a las características del cohecho activo, se debe señalar que puede evidenciarse su naturaleza unilateral²⁶ y bilateral²⁷ en atención a la conducta típica que se realice (solicita; y dar o prometer, respectivamente). Lo que sí es necesario para su configuración es la **concurrencia** del funcionario policial y un sujeto que trate o logre corromper al funcionario, sancionándose cada conducta de forma independiente. Esto último, lleva a un sector de la doctrina entender que es un delito de “participación necesaria”²⁸, “plurisubjetivo”²⁹ o de “encuentro”³⁰. Al respecto, debe mencionarse que el legislador ha decidido tipificar de forma autónoma una

²³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 18.

²⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delito de Cohecho. Reflexiones sobre su regulación en España tras la reforma de 2010”. En JAKOBS, G., POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M., CARO JOHN, J., GARCÍA CAVERO, P., GERMANI, J. *Legitimación del Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 155.

²⁶ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 547.

²⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 409. También, MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95.

²⁸ MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95.

²⁹ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

³⁰ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 808. También, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 385.

conducta de participación de emprendimiento³¹ en donde se exige solamente la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede **manifestar de forma unilateral o bilateral**³² responsabilizando a cada uno de forma independiente en atención a su propio comportamiento. Así las cosas, de la estructura típica de este delito se puede sostener que es la de una **inducción o instigación** (incluyendo la tentativa punible), por consiguiente, para determinar la conducta relevante (solicitar, dar u ofrecer) de este delito es necesario que se cumplan los requisitos generales de la figura de la instigación³³: 1) elemento objetivo; 2) elemento subjetivo; y 3) elemento final.

II. El bien jurídico penalmente protegido: ¿ficción?

Para comprender la lesividad de este comportamiento, debemos hacer referencia al **bien jurídico** que se protege en este delito. Este análisis no puede centrarse únicamente en el delito de cohecho activo, sino que es necesario comprender lo que realmente se protege con los delitos de cohecho en general. Por lo tanto, a continuación, expondremos los argumentos de la doctrina en la comprensión del bien jurídico penalmente protegido.

i. ¿Imparcialidad, legalidad y correcto funcionamiento?

Abanto Vásquez precisa que el bien jurídico afectado en todo delito contra la Administración Pública es y debe ser “el funcionamiento de la Administración Pública”³⁴, mientras que el objeto del bien jurídico directamente atacado o bien jurídico específico depende de cada figura delictiva. En el **cohecho propio** se afecta la legalidad e imparcialidad en el desempeño funcional y en el **cohecho impropio** la imparcialidad en el desempeño de funciones que admiten un poder discrecional o el peligro para la imparcialidad; mientras que en el **cohecho activo** se protege la imparcialidad y el **ejercicio regular de la actividad funcional**³⁵. De forma similar, Montoya Vivanco distinguiendo los bienes jurídicos específicos en cada modalidad de cohecho, señala que la “imparcialidad del ejercicio de la función pública” y “la gratuidad o no venalidad de la función pública”³⁶ son los bienes específicos que se protegen en el delito de

³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 296, quien sostiene: “Estos supuestos delictivos se caracterizan por constituir tipos de consumación alternativa en relación con el propio *iter criminis*, estimándose alcanzado el grado perfecto de la ejecución, tanto cuando se produce consumación real, como cuando artificialmente se determina ésta por sólo haberse dado comienzo a la ejecución, o efectuado todos los actos ejecutivos sin llegar a producir el resultado propio de la consumación genuina”.

³² VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 384. También, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 55.

³³ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, pp. 774-780.

³⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 420.

³⁵ *Ibid.*, pp. 422-421

³⁶ MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 100.

cohecho pasivo propio y cohecho activo propio; y cohecho pasivo impropio y cohecho activo impropio, respectivamente.

Fidel Vargas señala que el interés o valor esencial a tutelar normativamente es “la imparcialidad del sujeto público”³⁷. Esta imparcialidad es la **condición esencial de la actividad del funcionario** y supone que en el desarrollo de su actividad funcional debe actuar con neutralidad y objetividad. Tanto en el delito de cohecho pasivo como activo se protege la imparcialidad pues siempre está en juego el ejercicio de actos funcionariales libre de presiones o elementos anómalos que interfieran en su normal desenvolvimiento.

De forma similar, sostiene Reategui Sánchez que el bien jurídico es la “imparcialidad de la actuación administrativa”³⁸ que se evidencia en el cumplimiento del deber de objetividad o indiferencia, y el deber de distribuir beneficios a favor de la colectividad. En cuanto al delito de **cohecho activo**, específicamente se protege el ejercicio regular de las funciones públicas contra actos de sujetos que intentan corromper a los funcionarios públicos.

Por su parte, Peña Cabrera, considera que el bien jurídico tutelado ha de corresponderse con los conceptos elementales que guían la Administración Pública, tales como la imparcialidad, objetividad y estricta legalidad, que son baluartes esenciales de toda la función pública³⁹. Además, precisa que es problemático fundamentar ese mismo bien jurídico en el cohecho impropio debido a que en esta modalidad el funcionario cumple con sus funciones, en consecuencia, la criminalización de esta modalidad es puramente político-criminal y resulta incompatible con la idea material de injusto⁴⁰, de ahí que, no se pueda fundamentar en todas las figuras delictivas de cohecho un mismo bien jurídico. También la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en la Apelación NCPP 03-2015, San Martín (f.j. 12)⁴¹ señalando que: “el bien jurídico específico tutelado está dirigido a preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público”.

De todo lo expuesto, resulta cuestionable que la doctrina tenga una visión **estática**⁴² del bien jurídico en los delitos contra la Administración de Pública y, en particular, en

³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 53.

³⁸ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 810.

³⁹ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Sala Penal Permanente: Recurso de Apelación NCPP N° 03-2015-San Martín, fundamento jurídico 12.

⁴² Ya Welzel se mostraba en contra, y sostenía que la teoría de la lesión del bien jurídico, envuelta por el dogma causal, reduce el concepto del delito a la lesión “externa” de un bien jurídico, lo cual desconocería la semántica de la configuración social, esto es, desconocería la realidad social del derecho. Así pues, sostenía Welzel que: “sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; solo una concepción de la realidad como “mundo museal muerto” puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna”, vid., FRISCH,

los delitos de “Corrupción de Funcionarios”; reduciendo el ámbito de lesividad del comportamiento a la **lesión** externa de un bien jurídico existente. Si lo que se protege es la “imparcialidad” y “legalidad” no se entiende por qué el Derecho Penal no interviene cuando, por ejemplo, un funcionario policial prescinde del conducto regular para formular cualquier solicitud o reclamo⁴³; llega con retraso a la ceremonia que se le ha designado por preferir ver el periódico cerca al trabajo⁴⁴; o no cumple o altera las ordenes impartidas⁴⁵, es evidente que en estos supuestos, y en muchos otros más, se evidencia la no imparcialidad del funcionario, pero el Derecho Penal no interviene. Esta perspectiva de la doctrina clásica pasa por alto dos cuestiones, a saber: 1) el aspecto social y la relevancia del Estado, en tanto una **institución** elemental para la sociedad; y 2) el funcionario público, sujeto especial revestido de una cualidad **fundante** a quien se le encomienda una competencia específica⁴⁶ en representación de la ciudadanía. A su vez, ordenar el Derecho Penal en función de un esquema tan sencillo como lo es la idea de “proteger bienes existentes” resulta insuficiente⁴⁷, pues los bienes también requieren ciertas condiciones de supervivencia (no se puede entender un bien de forma aislada, vagando por la sociedad) sin las cuales no pueden ser usados, por ello, es necesario proteger dichas **condiciones de subsistencia**. Así, solo en un Estado con una administración de justicia segura podrá existir propiedad segura, ello implica proteger también a la administración de justicia frente a los cohechos, prevaricaciones, etc., pero cuando el funcionario público comete un cohecho no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él: “Correcto Funcionamiento Administración Pública”, sino que **no ha generado aquella correcta administración pública que debe existir⁴⁸, esto es, no lo ha puesto en funcionamiento**. Veamos a detalle, este cambio de perspectiva.

ii. Instituciones sociales y deberes positivos

La tesis de la protección de los bienes jurídicos, esto es, que una persona encarnada en sus bienes es protegida frente a los ataques de otras personas en tanto exige una pretensión general al ordenamiento jurídico de **respeto⁴⁹**, se muestra insuficiente para explicar todo cometido del Derecho Penal. En efecto, teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, el Derecho Penal ha de garantizar la institución negativa

W., JAKOBS, G., KUBICIEL, M., PAWLIK, M., STUCKENBERG, C. (eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 130.

⁴³ Infracción Leve N° 16, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁴ Infracción Leve N° 18, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁵ Infracción Leve N° 26, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. “Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español”, en *Revista del Poder Judicial*, Vol. 6, Núm. 6/7, 2011, p. 2. DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.210>.

⁴⁷ JAKOBS, G. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *Libro Homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Externado Colombia, 2003, p. 43.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibid.*, p 42.

neminem laede (¡no lesiones mis derechos!) al menos en sus puntos fundamentales⁵⁰, de esta forma se posibilita una conducción vital autodeterminada, lo cual constituye un proyecto sumamente rico en sus presupuestos⁵¹. Sin embargo, el sistema de deberes de respeto no cubre todos esos presupuestos para poder garantizar la realidad de la libertad personal, por ello, es necesario “proteger”- si se quiere mantener la terminología tradicional- determinadas condiciones de mantenimientos sin las cuales los bienes jurídicos (vida, salud, libertad, etc.) carecen de valor: la vida o la salud sólo pueden conservarse si existen centros hospitalarios- que son posibles gracias a la Municipalidades- y también una policía que los proteja frente a agresiones ilegítimas⁵². El Derecho Penal debe ocuparse en, sentido amplio, de la creación y preservación de bienes jurídicos, esto es, **situaciones positivamente valoradas**⁵³. Por un lado, lo hace garantizando la relación jurídica negativa esencial de toda interacción mínima en sociedad: deber negativo entre las personas. Por otro lado, una segunda forma de ocuparse es mediante la tutela de un bien vulnerado o incluso **estableciendo un bien**⁵⁴: deber positivo de fomento o mejora. En ese sentido, el juez debe decidir el litigio de forma neutral, el comandante debe impedir los delitos de sus subordinados, el padre debe curar a su hijo de la enfermedad pese que él no lo ha causado, etc. Y para que estos deberes positivos existan, es necesario una **institución** con capacidad para cumplirlos: la paternidad; la Administración Pública, de justicia, en definitiva, el **Estado**. De ahí que, la idea proteger bienes jurídicos ante su lesión resulta insuficiente en el ámbito de deberes positivos, ya que, no puede comprenderse la función del Derecho Penal como si siempre estuviese dirigida a la protección de bienes existentes, al contrario, en el ámbito de los deberes positivos los bienes deben ser producidos o constituirse, en definitiva, «las instituciones deben ponerse en funcionamiento, esto es, establecerse»⁵⁵.

El Estado, es una de esas instituciones sociales que posibilita la realidad de la libertad personal, o mejor decir, la realidad del derecho. Así pues, el objeto de las relaciones de garantía institucionales está constituido por las condiciones estructurales de una institucionalización social del derecho, lo cual no puede garantizarse mediante la organización descentralizada entre personas⁵⁶. La institucionalización social del derecho es posible por los **presupuestos de una vigencia organizada del**

⁵⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 93.

⁵¹ PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 94.

⁵² JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 61-62. También, JAKOBS, G. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Buenos Aires: Bdef, 2020, p. 54, añadiendo que: “(...) para el desarrollo y la ampliación de la formación educacional de la población existen escuelas y universidades, mientras que para la manutención y el fomento de la productividad el legislador crea el derecho comercial y societario, estableciendo tribunales para definir el derecho aplicable, así como para el mantenimiento de la democracia se realizan elecciones”.

⁵³ JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, p. 53.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 57.

⁵⁶ MÜSSIG, Bernd. “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”. En GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p.212.

ordenamiento jurídico, esto es, requisito de todo ordenamiento jurídico es garantizar la seguridad exterior e interior. Esta última, la seguridad interior, incluye el establecimiento de procedimientos y organizaciones, en cuanto infraestructuras basadas en el poder, para el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico⁵⁷, por ello, los titulares estatales de esta infraestructura de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico actúan en el marco de relaciones institucionales de garantía: la policía en tanto garante de protección y prevención de delitos, los jueces y funcionarios al servicio de la administración de justicia en tanto garantes de la decisión con autoridad justa o los fiscales en cuanto garantes de la persecución penal⁵⁸.

De lo expuesto, se entiende que existe una relación general **Estado-ciudadano**, en tanto nos encontramos en un **Estado de Juridicidad**, es decir, tras la renuncia del Estado Naturaleza, exigimos al Estado un cúmulo de prestaciones elementales que debe garantizar⁵⁹ para posibilitar una libertad personal verdadera. Esas prestaciones que la sociedad exige a esta institución se materializan mediante sus funcionarios públicos, sus representantes. La gran cantidad de cometidos que el Estado moderno asume fundamenta el deber de los órganos estatales a satisfacer, conforme a cada ordenamiento, los cometidos estatales que se le exigen⁶⁰. Así, los funcionarios públicos están obligados con las exigencias que se derivan de esa posición especial, la cual, ha sido fundamentada por el Estado. De este modo, será el núcleo de las funciones estatales las que revisten de legitimidad a las competencias jurídicas que se le asignan a un determinado sujeto para el cometido estatal. Esto implica, que la persona que ocupa un rol especial estatal debe administrar los derechos y deberes especiales que se le han atribuido conforme al cometido estatal, o mejor decir, la satisfacción de las prestaciones estatales elementales son **los presupuestos de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico cuyo cometido le compete al funcionario público**. En ese sentido, cuando un funcionario comete un delito, defrauda la vigencia organizada del ordenamiento jurídico, esto es, la expectativa de poner en funcionamiento una institución elemental: El Estado.

En los delitos de corrupción de funcionarios, lo central es que el funcionario público no defraude ciertas expectativas que se le tienen asignadas, en concreto, que cumpla con realizar los cometidos estatales sin corrupción; en consecuencia, el *quid* del asunto es que no defraude su rol especial e infrinja un deber positivo: *de fomento*. Se trata de una relación jurídica positiva en atención al cumplimiento de las funciones estatales respectivas, y en tanto representante del Estado debe realizar dicha *prestación de fomento libre de corrupción*. Entonces, la *ratio legis* radica en castigar el aprovechamiento del cargo que realizan estos funcionarios públicos al incumplir sus

⁵⁷ *Ibid.*, p. 213.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 195.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 198-199.

competencias institucionales⁶¹, de modo que no se produce o constituye una institución elemental. Esto último no implica un mero cambio terminológico, pues como se expuso, la idea de proteger bienes es insuficiente: **no se trata de bienes, sino de personas**, el Derecho penal debe garantizar las relaciones jurídicas, que existen entre las personas, que posibilitan el orden social, y lo hace, por un lado, asegurando las relaciones negativas y por otro, asegurando las relaciones positivas encomendadas a ciertos sujetos. En ese sentido, se busca justificar **porqué a una determinada persona se le impone una pena debido a que no realizó determinadas prestaciones que permiten la existencia de una libertad real.**

Como se dijo inicialmente, con estos delitos se establecen las reglas de juego en un determinado sector social para posibilitar la orientación social, de este modo, en el ámbito de la función policial, se trata que toda actuación del funcionario policial revista de legitimidad y no sea utilizada en su provecho particular, a su vez, el ciudadano tiene que respetar al representante del Estado en tanto garante de los cometidos estatales: **policiales**, de modo que, no puede sobornar- o intentarlo- al funcionario. En definitiva, el art. 398-A establece el siguiente mensaje: **¡no defraudes la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales!** Esto último, muestra la particular forma de entender la responsabilidad penal de aquellos que no están vinculados con una institución⁶² y por lo tanto no pueden lesionarla.

III. Tipicidad objetiva

El delito regulado en el artículo 398-A, hace referencia a la **conducta del agente corruptor de “ofrecer, dar o prometer” un medio corruptor** (“donativo o cualquier ventaja o beneficio”) **a un miembro de la policía nacional para que: a) realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial** (lo que se denomina como “propio”); **o b) realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones respectivas** (lo que se denomina como “impropio”).

Se trata de la infracción **culpable** de la norma de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En efecto, solo quien vulnera la norma siendo responsable adquiere el **significado** según el esquema interpretativo objetivo⁶³, esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa **corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad**. No se trata de “culpabilidad” como adición de un elemento más del delito, como usualmente lo entiende la doctrina, sino de algo **constitutivo** pues únicamente entran en la lupa del Derecho Penal aquellos sujetos que son autorresponsables. En esa misma línea, afirma Jakobs que: **«la diferencia jurídico-penalmente determinante para**

⁶¹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁶² *Ibid.*, p. 403.

⁶³ JAKOBS, G. *El concepto jurídico-penal de acción*. Bogotá: Externado de Colombia, 1996, p. 44.

valorar una conducta reza: sentido o naturaleza, en lo cual, la naturaleza puede contener perfectamente otro sentido parcial, pero justamente no un sentido relevante para el Derecho penal»⁶⁴. En lo que sigue pasaremos a explicar detalladamente, cada uno de los elementos típicos del delito, o mejor decir, a desentrañar el significado de la conducta de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

i. La conducta típica: ofrece, da o promete

En primer lugar, el **agente corruptor debe realizar la conducta típica de “ofrecer, dar o prometer”**. Básicamente se trata de una conducta de inducción, pues el interesado induce a un funcionario (o lo intenta) a que se comporte deslealmente para lograr un objetivo. De esta forma el tipo penal ofrece un triple mecanismo corruptor alternativo, sancionándose cada una de estas según las características del caso⁶⁵. En ese sentido, el agente corruptor tiene que ser competente por la realización típica, es decir, el sujeto rebasa los límites del riesgo permitido y realizó una conducta con un significado perturbador.

- Ofrecer

Así, por un lado, **“ofrecer”** hace referencia a la conducta de **proponer**⁶⁶, es decir, exponer un proyecto o una idea a otra para que esta lo acepte y dé su conformidad para realizarlo; de **procurar**⁶⁷, esto es, intentar conseguir o lograr un objetivo; de **gestionar**, o sea, de hacer las acciones necesarias para conseguir o resolver una cosa; y **ofertar**, lo que significa ofrecimiento o propuesta de algo. En ese sentido, en este contexto, **“ofrecer”** significa que un ciudadano, de forma **unilateral**, propone u oferta la entrega de un medio corruptor a un funcionario policial, quien, siendo competente de sus atribuciones, o bien acepta la oferta y se compromete a realizar la conducta propuesta o la rechaza. En ambos escenarios, la conducta se centra en el agente corruptor, que con la conducta de ofrecimiento responde penalmente independientemente de la actuación del funcionario policial⁶⁸. En atención a esto último, se señala que al ser un delito de

⁶⁴ JAKOBS, G. “Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común”. En FALCONE, Andrés (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 252.

⁶⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 467.

⁶⁷ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁶⁸ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 662, destacando el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva como expresión de la lucha de la corrupción. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 471.

mera actividad con el ofrecimiento se consuma el delito⁶⁹, de modo que, para su configuración se tendrá que acreditar la oferta corruptora⁷⁰.

- Dar

Por otro lado, “**dar**”, hace referencia a la conducta de **entregar**, esto es, poner una cosa en poder de alguien; de **otorgar**, es decir, conceder o dar una cosa, generalmente como mérito o recompensa; y de **transferir**, que significa ceder un derecho, un poder o una atribución que se tiene sobre cierta cosa o también pasar dinero de una cuenta a otra mediante una transferencia bancaria. En ese sentido, en este contexto, “dar” significa entregar materialmente el medio corruptor, por parte de un ciudadano, y otro de recepción⁷¹, por parte del funcionario policial, para que este último realice una conducta contraria a sus obligaciones o conforme a estas. Esto último, pone en evidencia que no basta con ofrecer, sino que se tiene que entregar y recibir el medio corruptor⁷², de ahí que, en esta modalidad típica es necesario la **bilateralidad** entre ambas prestaciones: dar-recibir, lo cual también configurará para el funcionario policial el cohecho pasivo.

De esta forma, para que pueda existir una diferenciación con las otras conductas típicas, la conducta “dar” abarca todos los supuestos en donde el funcionario le solicita al ciudadano y este le entrega el medio corruptor, o cuando es el ciudadano quien tiene la iniciativa y le entrega el medio corruptor⁷³, en ambos casos la entrega debe ser inmediata.

- Prometer

Por último, “**prometer**”, hace referencia a la conducta de **pactar**, es decir, acordar algo entre dos o más personas; de **asegurar**, esto es, dar garantía o seguridad de que una cosa va a suceder o realizarse; o específicamente significa decir a una persona que hará algo, comprometiéndose u obligándose a ello. En ese sentido, en este contexto, se trata de “prometer” un medio corruptor a **futuro**, es decir, de algo que puede pasar y, en este ámbito, lo que pasará es la entrega del medio corruptor al funcionario policial que **aceptó** la promesa. Esto último, pone en evidencia la **bilateralidad** que se manifiesta en el pacto o acuerdo establecido entre el agente corruptor y el funcionario, de modo que, el

⁶⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

⁷⁰ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 668. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639.

⁷¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183.

⁷² *Idem*.

⁷³ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 669.

funcionario policial tras realizar la conducta acordada podrá recibir el medio corruptor prometido.

De esta forma, se diferencia de la anterior conducta típica (dar) porque no hay entrega del bien, sino solo la promesa a futuro de la entrega, sin embargo, es necesario que se acepte la promesa que **motiva** al funcionario policial⁷⁴ a corromperse, de ahí que, cuando no se acepte la promesa, la conducta del agente corruptor será de **ofrecimiento**. Que a futuro se incumpla lo prometido no excluye que sea punible el delito, pues este se consuma con la promesa y no la entrega efectiva, una vez más, delito de mera actividad⁷⁵. Asimismo, la promesa debe ser idónea y reunir las características de seriedad, credibilidad y posibilidad, de modo que, ofrecimientos imposibles de cumplir, de contenido fantástico o inexistentes no reúnen dichas características⁷⁶ y por ello son impunes.

A. Precisiones

Debe especificarse, como se expondrá más adelante, que las 3 conductas típicas señaladas están en una **relación final** con la conducta del funcionario policial. Así, por ejemplo, el corruptor **“ofrece”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; el corruptor **“da”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; y el corruptor **“promete”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones. Por consiguiente, debe existir **homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado**⁷⁷, es decir, una congruencia perfecta que revele sin fisuras que la actuación inductiva tuvo la intensidad suficiente para determinar a un concreto autor a la ejecución de un concreto delito, en este contexto, para que el funcionario policial infrinja o cumpla con sus obligaciones. Así, por ejemplo, no configuraría delito de cohecho activo si un sujeto le entrega dinero a un efectivo policial para que este vaya, en su tiempo libre, a la escuela a dar una charla a los jóvenes, o cuando se le entrega dinero para que cuando llegue a casa le haga el favor de ir al supermercado a comprar ciertos productos, u ofrece 50 soles al policía de tránsito por ayudarlo a reparar o empujar el auto averiado, etc. En definitiva, las conductas típicas de ofrecer, dar o prometer están dirigidas a las **competencias**

⁷⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. Similar, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

⁷⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 642. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

⁷⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 44.

⁷⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 p. 15. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>.

del funcionario policial, de lo contrario, si es ajeno a sus derechos y deberes quedará impune.

A su vez, no se debe obviar que puedan presentarse supuestos en donde las conductas típicas se alternan de modo que concurren, por ejemplo, la entrega de un medio corruptor y la promesa de algún otro medio corruptor cuando complete el trabajo⁷⁸.

Además, las conductas típicas están en una **relación temporal** con el medio corruptor, pues en el “ofrecimiento” no se entrega aun el medio corruptor, sino que simplemente se propone; mientras que cuando se “da” el medio corruptor, la recepción es inmediata; y cuando se “promete”, esto es, existe un acuerdo de voluntades entre el “corruptor” y funcionario policial, el medio corruptor se entregara (o no) a futuro, por lo general, después que se realiza la conducta del funcionario policial.

Así pues, estas 3 conductas típicas fenotípicamente pueden darse de cualquier forma, pues el tipo penal hace referencia a **“bajo cualquier modalidad”** y buscan, generalmente, que el funcionario favorezca los intereses del “corruptor”. Al dejar abierto el tipo penal la modalidad de ofrecimiento, entrega o promesa del corruptor hacia el funcionario policial, ello posibilita entender que el corruptor puede, por ejemplo, ofrecerle a un efectivo policial de un rango inferior que posteriormente le propondrá al oficial de una posición superior. En definitiva, la conducta típica puede ser directa o indirectamente (por acto propio o mediante terceros), explícita o implícitamente, escrito u oralmente⁷⁹.

ii. Medios corruptores: donativo o cualquier ventaja o beneficio

En segundo lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa se lleva a cabo mediante **los medios corruptores** establecidos en el mismo tipo penal, esto es, **“donativo o cualquier ventaja o beneficio”**. Ello merece una explicación:

- a) El donativo es el bien mueble o inmueble que el efectivo policial acepta, recibe o rechaza⁸⁰. Este obsequio o regalo tiene un valor económico⁸¹, esto es, traducible en dinero. Este donativo, como señala un sector de la doctrina, implica el quiebre de la imparcialidad del funcionario ya que se está poniendo “precio o pago” por los actos funcionariales públicos. Este es de naturaleza material o corpórea, de este modo podemos valorarlo objetivamente y diferenciarla de la ventaja o beneficio. El donativo, más allá de establecer un mínimo de cuantificación económica, debe ser de tal intensidad que debe mover o motivar a que el

⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

⁷⁹ *Idem*.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646.

⁸⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 36.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 645.

⁸¹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

funcionario realice lo establecido por el interesado⁸². Ejemplos de donativos pueden ser muy diversos, tales como sumas de dinero, transferencias bancarias, celulares, laptops, etc.

- b) La ventaja o beneficio, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, tiene un papel subsidiario⁸³, abarcando todo aquello que no esté considerado como donativo. Por ejemplo, empleos, ascensos, premios, servicios gratuitos, un favor sexual etc. En ese sentido, el legislador establece una fórmula *numerus apertus* que permite una diversidad de formas.

Cabe mencionar que, en atención a la conducta de cohecho activo, sobre el medio corruptor, la Corte Suprema ha determinado que es necesario que **se acredite dicho medio, de lo contrario no se configura el delito de cohecho activo**⁸⁴. En ese sentido, la determinación del sometimiento a **influencias fuertes** de un funcionario policial **autorresponsable** puede ser acreditado mediante una valoración objetiva⁸⁵. Como señala Hernán Orosco:

“Si bien en la esfera intersubjetiva, a diferencia de lo que sucede con las explicaciones causales, no es posible afirmar con total certeza que la decisión delictiva del ejecutor se debe a la influencia motivacional ejercida por otra persona, esta afirmación sí es mucho más plausible cuando dicha persona no se limitó a una influencia cualquiera sobre la voluntad del ejecutor, sino que le prometió una remuneración”⁸⁶.

Igualmente, también se ha exigido que se precise la **imputación necesaria del delito, no solo en el aspecto fáctico y jurídico, sino sobre todo el probatorio**⁸⁷, en ese sentido, no basta con mencionar el delito del Código Penal y la descripción de los hechos para sustentar la responsabilidad, ya que si no existe una **base objetiva debidamente acreditada** no existirá responsabilidad penal alguna.

iii. Miembro de la policía nacional y función policial

⁸² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 41.

⁸³ *Ibid*, p. 46.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁸⁴ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 2298-2014, Callao, fundamento jurídico, 4. Igualmente, la Sala Penal Transitoria: Apelación N° 10-2017, Puno, que en su sumilla establece: “En el caso, este Supremo Tribunal, con la prueba personal y documental actuada en juicio, se acreditó que el imputado, agente de calidad especial, realizó la conducta prescrita en el verbo rector “solicitar” en forma directa o indirecta, a terceros, intermediarios, entre otros, a fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia fiscal. Entonces, se enervó el principio de presunción de inocencia”.

⁸⁵ Sobre la Co-Influencia sobre los intervinientes y una propuesta de la graduación de la intervención delictiva, vid., OROZCO LÓPEZ, Hernán D. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”. *InDret*, N° 2-2021, p. 172. Recuperado de: <https://indret.com/la-graduacion-de-la-intervencion-delictiva/>.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 457-2018, Puno, fundamento jurídico 4.

En tercer lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa de un medio corruptor debe recaer sobre un **miembro de la Policía Nacional, y, por ende, de sus funciones derivadas**. En ese sentido, es miembro de la Policía Nacional **el funcionario público que se le imputa un ámbito de competencia con funciones y facultades para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, de modo que, representa la ley, el orden y la seguridad en toda la República**⁸⁸.

En la medida en que estamos ante un supuesto particular de cohecho activo, el art. 398-A del Código Penal abarca los contextos de **“Función Policial”**. Esta hace referencia a la **finalidad fundamental del funcionario policial**, la cual está regulada en el art. 166° de la Constitución Política:

“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

En consecuencia, cuando se hace referencia a la “función policial” se quiere decir que **el funcionario policial actúa bajo el amparo de su finalidad fundamental**⁸⁹, como, por ejemplo, garantizando, manteniendo y restableciendo el orden interno; prestando protección, etc. De este modo, la función policial se materializa mediante la **ejecución del servicio policial**, requiriéndose del personal policial conocimientos especializados que permita la excelencia del servicio a prestar⁹⁰. Esto significa que no cualquier persona puede ser policía, sino que se requiere determinados requisitos para ostentar un rol especial.

En atención a las exigencias típicas del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, **la conducta del corruptor se dirige al funcionario policial**. En este punto, debe precisarse si se utiliza un concepto abierto de funcionario policial o uno restrictivo. Por un lado, un concepto abierto de funcionario policial implicaría desbordar los límites de la tipicidad, porque simplemente bastara con corroborar la

⁸⁸ Definición propia elaborada a partir del art. 2° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. También, tener en cuenta la definición del Manual de Organizaciones de las comisarias PNP, 2016, que define al policía como “persona humana investida de poder de policía del Estado para el ejercicio de sus funciones, que vela por la protección de la vida, el cumplimiento de la ley, la seguridad del patrimonio público y privado, para garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los peruanos”.

⁸⁹ La Ley de la Policía Nacional del Perú, en su Título Preliminar, artículo III, “función policial”, señala que: La Policía Nacional del Perú para el cumplimiento de la función policial realiza lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección, y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.
- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.
- 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.
- 7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia

⁹⁰ *Idem*.

formalidad del funcionario policial⁹¹ y las atribuciones genéricas que tiene todo funcionario policial y que están reguladas en el título I y II de la “Ley de la Policía Nacional del Perú”⁹²; por consiguiente, un concepto restrictivo de funcionario policial es más plausible. Así, la conducta del “corruptor” debe ir dirigido hacia el funcionario policial competente de la realización de los actos que tiene a su **cargo**, esto significa que son los parámetros relativos al rol que el agente desempeña los que determinan los límites de lo permitido, y en el caso del funcionario policial sus finalidades, los medios y los límites del ejercicio de su función están delimitados con precisión en el plano administrativo, disciplinario, procesal y penal⁹³. Como afirma el profesor Pawlik:

“En el marco de la imputación personal solamente entran en cuestión las condiciones bajo las cuales un cometido estatal se actualiza en la persona de un funcionario concreto –aquí: determinado funcionario policial–. Por eso, el funcionario policial cuyo deber de garante está en discusión tiene que ser visto, desde la perspectiva de un observador objetivo que sea ajeno a la función pública, en su rol de representante del Estado respecto de su cometido de impedir delitos, es decir, de funcionario obligado a actuar preventivamente con **su competencia territorial y material**”⁹⁴.

Esto último lleva a la cuestión de qué pasaría si se le pide ayuda a un funcionario que no sea competente directo de lo instigado por el corruptor. En estos casos, en donde no se ostenta la competencia directa, y, sin embargo, este funcionario ayuda, en la medida que, por ejemplo, transmite lo que quiere el corruptor al funcionario competente, por ejemplo, el comisario, se debe sancionar al funcionario que ayudó o facilitó el delito como un cómplice. Esta solución, coincide con el parecer doctrinal mayoritario que entiende que **el sujeto activo en este delito es cualquier persona, ya que estamos ante un delito común**, de modo que, también puede ser otro funcionario público.⁹⁵ Así, es cómplice el funcionario que coopera a la realización del delito,

⁹¹ VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, pp. 4-5. Disponible en <https://indret.com/en-los-limites-del-rol/>. Igualmente, PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 7. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/>.

⁹² El art. 1° regula el ámbito de competencia (funcional y exclusiva a nivel nacional en materia de orden interno y orden público); artículo 2° que regula las funciones como por ejemplo velar por orden interno, la paz, convivencia social pacífica, etc.; art. 3° que regula las atribuciones, como por ejemplo intervenir cuando el ejercicio policial así lo requiera, requerir la identificación de cualquier persona; el artículo 4° que regula las obligaciones del personal policial o el art. 5° que regula sus derechos.

⁹³ VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, p. 16, señalando que: “el punto de partida para resolver los problemas que plantean los conocimientos especiales del funcionario público, entonces, solo puede ser la reglamentación vigente que regula su función”.

⁹⁴ PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 20. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/>

⁹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 647; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 392.

transmitiendo la propuesta del “corruptor” y no autor, ya que no estamos en un delito de infracción de deber.

Al respecto, debe tomarse en cuenta el manual de organizaciones y funciones de las comisarías⁹⁶ para determinar la **competencia territorial y material** del funcionario policial. En ese sentido, se debe tener en cuenta la estructura jerárquica y orgánica de la comisaría para determinar al funcionario responsable, a su vez, en esta estructura es donde se pueden dar diversos supuestos de intervención delictiva, de modo que, es necesario conocer las funciones específicas de cada funcionario policial:

- **Órgano de Comando:**
Comisario.
- **Órganos de Apoyo:**
Oficina de Administración: a) Unidad de Recursos Humanos; b) Unidad de Logística; y c) Unidad de Seguridad Interna: i) Oficial de Servicios y Atención al Público; ii) Comandante de Guardia; iii) Servicio de Armería; iii) Radio Operador y Telefonista.
Oficina de Inteligencia.
Oficina de Planeamiento, desarrollo y estadística.
Comité de evaluaciones de gestión.
Secretaría: a) Unidad de Trámite Documentario y Archivo; y b) Unidad de Copias Certificadas.
- **Órganos de Ejecución:**
Departamento de Orden y Seguridad: a) Sección de Patrullaje Motorizado; b) Sección de Patrullaje a Pie; y c) Sección de Participación Ciudadana.
Departamento de Investigación Policial: a) Sección de Delitos y Apoyo a la Justicia, Faltas y Contravenciones; b) Sección de Familia; y c) Sección de Tránsito.

Sin ánimos de una explicación exhaustiva de todas las funciones de cada efectivo policial, mencionaremos algunas que pueden ser de suma importancia para el análisis de los diversos supuestos. Empecemos con la posición jerárquica superior, el “Comisario”⁹⁷, quien es el que está al mando de la comisaría. Este posee la función general de planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar las funciones y actividades administrativas-operativas de la comisaría dentro del marco de la política institucional;

⁹⁶ La Comisaría es la célula básica de la organización de la Policía Nacional del Perú; depende de las Regiones o Frentes Policiales. Desarrolla la labor de prevención, seguridad e investigación; mantiene una estrecha relación con la comunidad, gobiernos locales y regionales, con quienes promueven la participación de su personal en actividades a favor de la seguridad ciudadana, así como el desarrollo económico y social de la jurisdicción, son de naturaleza urbana o rural según su ubicación geográfica, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarías PNP*, 2016, p. 4. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/manual-organizacion-comisarias-policiales-31410512>.

⁹⁷ El cargo de comisario será desempeñado por un oficial de armas, egresado de la Escuela de Post Grado o de cursos similares en el país o el extranjero, correspondientes a su grado, deben encontrarse con aptitud psicossomática “A”. Excepcionalmente en los lugares donde no se logre cubrir el cargo de comisario con oficiales de armas, se asignarán suboficiales de armas, en los grados de Sub Oficial Superior o Brigadier PNP. La función a desarrollar será a dedicación exclusiva. A detalle, también sobre sus funciones generales y específicas, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarías PNP*, 2016, p. 7.

supervisar y controlar las investigaciones policiales de delitos, faltas, contravenciones, etc.; determinar la situación legal de las personas detenidas de acuerdo a ley; disponer que las mujeres detenidas y menores retenidos, sujetos a investigación en la comisaría; y Controlar el cumplimiento de la legislación de tránsito, dispone la investigación y denuncia de los accidentes de tránsito, entre otras.

El oficial de servicio y atención al público, quien se encarga de garantizar la seguridad interna y externa de la comisaría, así como del público, detenidos, materiales, equipos, armamento y otros; atender directa e inmediatamente al público que acude a la comisaría, orientándolos acorde a sus requerimientos dando una respuesta inmediata en los casos de emergencia; y cubrir servicio durante las 24 horas ininterrumpidas, no pudiendo abandonar las instalaciones, debiendo estar premunido de su arma de reglamento y equipo policial que viabilice su inmediata intervención, entre otras.

El comandante de guardia, quien se encarga de estar a cargo de los Libros de Registros de Detenidos, en el que anotará con exactitud la entrada y salida de los mismos, sin borrones o enmendaduras; verificar que a los detenidos, antes de ser ingresados a los ambientes destinados para la detención de personas, se les haya practicado el cacheo o registro personal, para detectar objetos que puedan ser utilizados contra su integridad; y anotar en el Libro de Registro de Depósito de Prendas de Detenidos, el inventario de prendas, objetos, especies o dinero, haciendo firmar al detenido la conformidad de lo registrado para su posterior devolución, entre otras.

El servicio de control de detenidos, quien verificará la presencia física y cantidad de personas detenidas, su integridad y estado de salud, así como su tiempo de permanencia; verificar el estado de salud de los detenidos al momento de ser recibidos del Comandante de Guardia o del Departamento de Investigaciones; y la seguridad y presentación de los ambientes destinados para la detención de personas, manteniendo en su poder en todo momento la llave del mismo, entre otras.

Los oficiales de tránsito, quienes se encargan de dirigir las acciones de prevención e investigación de accidentes de tránsito en el ámbito de su jurisdicción, identificando a los autores para la denuncia ante las autoridades correspondientes, dando cuenta a su jefe de departamento; intervenir de oficio y en forma inmediata en caso de flagrancia respecto a accidentes de tránsito, dando cuenta a la autoridad jurisdiccional correspondiente para las acciones pertinentes; imponer papeletas de infracción al Reglamento Nacional de Tránsito, poniendo a disposición de la autoridad competente la licencia de conducir en caso la infracción lo amerite; y recibir los vehículos que son puestos a disposición de la comisaría, levantando el acta de situación vehicular, debiendo entregar copia de las mismas al personal de servicio de seguridad de las instalaciones para su registro en el libro correspondiente, entra otras.

Debe señalarse que en estos contextos es donde, por lo general, se presentan los casos de “coimas”. Estos hacen referencia a los donativos de pequeña cantidad que pueden acelerar trámites, procesos, obviar entrapamientos burocráticos o motivar en

general la voluntad del sujeto público⁹⁸. Estas, pese al poco valor dinerario, son punibles ya que generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo de las funciones⁹⁹ o más concretamente, estos supuestos no son de insignificancia por que se dan en un contexto relevante por crear un riesgo prohibido¹⁰⁰. Así, por ejemplo, ha habido sentencias en casos en donde policía ha solicitado 10 u ofrecido 20 soles¹⁰¹. Además, hay que tener en cuenta lo regulado por el artículo 398-B, que agrava el delito si se corrompe a un funcionario policial de tránsito o seguridad vial. Sin embargo, hay que resaltar que este punto controvertido ha sido poco abordado por la doctrina, con una fundamentación escasa, pues parece evidente que sancionar este tipo de comportamientos iría en contra del **principio de mínima intervención**, y si ello no fuera así, se tendría que argumentar el porqué, cosa que el parecer doctrinal que defiende la punibilidad de estos supuestos no ha hecho. Sin ánimos de entrar en esta discusión, sostendremos que a partir de los criterios de **imputación objetiva** y de la dogmática de la **inducción** parece poco plausible afirmar una inducción punible que, por ejemplo, S/. 10 soles son suficientes para determinar a un policía (salvo una situación límite) a no impone la multa o que lo lleve a la comisaria, por ello, capaz lo más adecuado sea calificar estos supuestos como los de un *omnimodo facturus*¹⁰² (un policía que ya estaba determinado a liberar al conductor porque le dio lastima o pena, ejemplo).

iv. El “acuerdo de voluntades”

Respecto a la conducta de “dar” y “prometer” se requiere un **acuerdo de voluntades**¹⁰³. Esto implica que entre el agente corruptor y el funcionario policial existe un acuerdo en: 1) la entrega del medio corruptor, que puede ser inmediato (dar) o a futuro (promesa); y 2) la conducta del funcionario policial en atención a sus obligaciones que beneficiara al corruptor. En efecto, entre el corruptor y funcionario policial existe un “pacto” o “concertación”, esto es, ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley permite o no (en atención a las competencias del funcionario concreto), en busca de beneficios propios (para el corruptor, por un lado; y para el funcionario policial -medio corruptor-, por otro)¹⁰⁴. De esta forma se requiere

⁹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 50.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 387.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 pp. 19-27. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>. MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol. *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*. Barcelona: Atelier, 2023, p. 310, quien afirma: “Sobre esta premisa, considero que hay razones suficientes para reinterpretar la figura del *omnimodo facturus*, no como una línea de división entre la inducción y la complicidad, sino como una frontera entre una conducta motivadora penalmente relevante en forma de intervención y una relevante”.

¹⁰³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188.

¹⁰⁴ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 1126-2017, Áncash, que lo desarrolla respecto al delito de colusión en su sumilla: “(...) [2] La concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley no permite, en busca de beneficios propios, que no necesariamente debe causar perjuicio a la administración”.

la **bilateralidad** del acuerdo que realizan ambos sujetos; por consiguiente, no podrá configurarse el tipo penal de cohecho activo, si es que no se determina el acuerdo de voluntades previo al comportamiento final del funcionario policial competente.

En esa misma línea, respecto a las conductas típicas en mención, la jurisprudencia ha señalado que:

“Existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido”¹⁰⁵.

En cambio, en la conducta típica de “ofrecer” bastará con el ofrecimiento mismo, no siendo necesario un acuerdo, ya que esta oferta puede ser rechazada. Así, únicamente basta la **unilateralidad** de la oferta/propuesta. Por ello, en esta modalidad típica bastara con el comportamiento de ofrecer para que se configure el tipo, lo que en otras cosas equivale a un “intento de instigación” punible.

IV. Intervención delictiva

Por último, cabe señalar los supuestos de pluralidad de intervinientes en la comisión del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En ese sentido, teniendo en cuenta que este es un delito común o de dominio, el criterio para determinar la autoría, según la doctrina mayoritaria, es el **dominio del hecho típico**. Por tanto, autor es el personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento: **tiene en sus manos el desarrollo del suceso típico**. Por otro lado, partícipe es quien no tiene dominio del hecho típico.

Así, será autor directo quien realice de propia mano las conductas típicas de “**ofrecer, dar o prometer**” a un miembro de la Policía Nacional, esta modalidad es la forma más usual de cometer el delito. Por ejemplo, el taxista que ha sido detenido por manejar a una excesiva velocidad ofrece, da o promete al policía que lo intervino que cese con su detención a cambio de 100 soles, o si es que fuera un policía de tránsito, le ofrece, da o promete 300 soles para que no le imponga una papeleta. Cabe precisar que, el tipo penal señala “bajo cualquier modalidad”, de modo que, no se requiere la concurrencia fáctica del agente corruptor, sino que puede realizar las conductas cuando no se encuentra junto con el policía, por ejemplo, cuando lo llama y le ofrece cierta suma de dinero para que incumpla con sus funciones o mediante una videollamada, etc.

La autoría mediata se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo por medio de otro. Por ejemplo, cuando se utiliza a un menor para que él sea quien ofrezca el medio corruptor al policía o cuando por engaño, le digo a un sujeto autorresponsable que entregue un paquete al policía.

¹⁰⁵ Segunda Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 1406-2007, Callao, fundamento jurídico 5.

La coautoría se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo conjuntamente con otros. Por ejemplo, existirá coautoría cuando se realice la conducta típica de ofrecimiento por dos esposos, tanto el que conduce como el que está de copiloto, y son ambos quienes ofrecen un medio corruptor al policial para que incumpla con sus funciones o cuando alternativamente uno ofrece y otro promete al policía.

La participación delictiva dependerá si estamos ante conductas de instigación o complicidad. La instigación, por un lado, se configurará cuando alguien determina a otro a cometer el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, por ejemplo, cuando detienen a un sujeto y debido a eso llama a un conocido para que lo oriente en esta situación y este último le da las razones determinantes para que intente ofrecer algún medio corruptor al policía. Por otro lado, la complicidad se configurará cuando se preste auxilio o asistencia a la comisión del delito. Por ejemplo, son conductas de complicidad: entregar por encargo la suma de dinero al policía, transmitir la propuesta de soborno al policía, dar los datos de la familia de un policía para que el soborno sea más efectivo, reforzar el dolo del policía cuando está evaluando la propuesta corruptora, etc. La diferencia entre complicidad primaria y secundaria dependerá de la importancia del aporte sin el cual el hecho no se hubiese perpetrado y tendrá que ser evaluado caso por caso.

Esta forma de determinar la autoría, en nuestra opinión, no es convincente y existen muchas razones para abandonar la teoría del dominio del hecho¹⁰⁶. A efectos de practicidad, explicaremos nuestra forma de entender los supuestos de intervención delictiva. En primer lugar, la distinción entre autoría y participación no es cualitativa, sino **cuantitativa**, esto significa que dependerá de la importancia del aporte determinar si ese interviniente responde como autor o participe. En segundo lugar, la accesoriedad no se entiende como relación de dependencia sino como **imputación**, esto es, algo es propio, no solo cuando concurre una realización de propia mano, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido. En tercer lugar, no existe un hecho ajeno en donde se participa, sino que el hecho es de todos, en efecto, todos son competentes por el hecho típico. En cuarto lugar, la determinación de “autoría y participación” se da por dos niveles, a saber: 1) el primer nivel refiere a la fundamentación de la competencia por el hecho, esto es, determinar cualitativamente quienes son intervinientes, quienes están vinculados por sus prestaciones (división vinculante de trabajo); y 2) la valoración del aporte, en base determinados criterios (influencia sobre el suceso típico, influencia sobre los intervinientes y la confluencia de ambos, graduación de la influencia sobre el hecho en leve, moderada o grave).

¹⁰⁶ El desarrollo de las críticas de esta teoría no puede abordarse aquí debido a que excede las pretensiones de este trabajo, al respecto vid., LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 1995, p. 13-76. JAKOBS, G. *Teoría Intervención la delictiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 2016, pp. 19-103.

Así, existirán supuestos de autoría directa¹⁰⁷, cuando efectivamente se realice de propia mano, se instrumentaliza a un inimputable y cuando haya un hecho pre-configurado, esto es, cuando ya se haya determinado que policía, la forma de entrega de dinero, los montos, los que ejecutaran el delito. Un ejemplo de esto último será cuando un padre manda a un sujeto a que hable con el policía para que le ofrezca sumas de dinero para que suelte al hijo detenido, en este caso, el padre será autor siempre y cuando el haya pre-configurado el hecho y la “ejecución” sea tan trivial que lo puede realizar cualquiera. O, por ejemplo, en los contextos de organizaciones criminales, cuando se dé la orden de sobornar a un policía, el que está al mando de la organización criminal responde como un autor, en coautoría con sus subordinados.

V. Tipicidad subjetiva

De la redacción típica del cohecho activo en el ámbito de la función policial se desprende que este es un delito doloso. En ese sentido se exige que el autor tenga el conocimiento (y voluntad, para algunos¹⁰⁸) que está realizando la conducta típica, esto es, que está corrompiendo al funcionario o servidor público. Así pues, es necesario que el “corruptor” tenga conocimiento que está ofreciendo/dando/ prometiendo un medio corruptor a un funcionario para que realice determinadas conductas en atención a su función. De lo que se trata, es de la atribución de un conocimiento penalmente relevante en atención a sus competencias de conocimientos, esto es, aquello que debe conocer en función de su parcela social que le corresponde administrar, de modo que, será el contexto social de la acción lo que permitirá atribuir el conocimiento exigido. Asimismo, el dolo debe abarcar que mediante el comportamiento típico correspondiente que se está poniendo en juego a los efectos de que el sujeto público realice u omita los actos de violación de sus obligaciones o en cumplimientos de estas.

i. Delito de tendencia

Estamos ante un delito con “**elementos subjetivos especiales**”, esto es, que requieren elementos subjetivos adicionales a los generales (dolo o culpa). Específicamente estamos ante un tipo de “**tendencia interna trascendente**” en donde los elementos subjetivos adicionales trascienden a la parte objetiva de la conducta típica¹⁰⁹. Al respecto, debe decirse que ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar determinadas conductas típicamente relevantes pueden estar expresamente en el tipo penal (el ánimo de lucro en el hurto) o se pueden desprender de su correcta interpretación (ánimo de difamación). En el caso concreto, se desprende de la misma interpretación del tipo de cohecho activo en el ámbito de la función policial

¹⁰⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 71.

¹⁰⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p.648.

¹⁰⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, p. 402.

que existe una **finalidad** del corruptor de ser favorecido por el comportamiento del funcionario.

En este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado señalando que:

“La finalidad que busca el sujeto activo con su actuar es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales. Es un delito doloso. El agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete cualquier ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que éste le favorezca al desarrollar sus obligaciones funcionales”¹¹⁰.

VI. Consumación y ¿tentativa?

Una solución diferenciada nos permitirá establecer la consumación o tentativa de este delito. Así pues, **respecto a la conducta de “ofrecer”** existe consenso, doctrinal y jurisprudencial, en señalar que al ser un delito de mera actividad el delito se consuma con la realización de dicha conducta¹¹¹: de **ofrecer**, siendo indiferentes si el funcionario policial acepta o no. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria¹¹², señala que:

“Para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, [el] comportamiento delictivo [...] se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público”.

Igualmente, la Sala Penal de Apelaciones¹¹³ señala que:

“La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer. El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad”.

Por otro lado, respecto a la **conducta típica de “dar” y “prometer”**, existe pues diferentes posiciones al respecto. Así, un sector de la doctrina señala que la

¹¹⁰ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011-33-1826-JR-PE-03.

¹¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

¹¹² Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 321-2011, Puno, fundamento jurídico 11.

¹¹³ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011-33-1826-JR-PE-03.

consumación requiere un resultado que consiste en que se produzca la recepción de la promesa o entrega del medio corruptor¹¹⁴. A esta opinión se le opone el sector mayoritario, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, al señalar que, en esta modalidad igualmente estamos ante un delito de mera actividad¹¹⁵ de naturaleza unilateral, pues:

“La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar la ventaja o beneficio indebido con la finalidad de que el beneficiado realice un acto en violación a sus deberes. No hace falta que previamente haya un ofrecimiento, ni menos hace falta que haya de por medio un pedido o un acuerdo. También el delito se consuma independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales”¹¹⁶.

A nuestro modo de ver, el legislador penal está haciendo uso de las técnicas de anticipación de las barreras de punición penal, de modo que, este es un delito de **“emprendimiento”¹¹⁷**, los cuales constituyen supuestos **“consumación alternativa”**, es decir, la tentativa se equipara a la consumación asociando a ambos estadios la misma sanción penal, de ahí que, se alcance el grado perfecto de consumación tanto cuando se produce consumación real como cuando se determina esta por solo haberse dado comienzo a la ejecución o demás actos ejecutivos. En efecto, teniendo en cuenta que el legislador ha decidido criminalizar conductas en estadios previos, nos encontramos en un terreno en donde es difícil establecer los límites de la intervención penal, por ello, esta forma de ver las cosas, delito de consumación alternativa, permite establecer el ámbito punible de conductas con tales características. Como advierte Jakobs, “pero si ya son inciertos el comienzo y el fin de un estadio previo materialmente determinado, no puede sorprender que sea todavía más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa que es aun legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada”¹¹⁸.

En ese sentido, le damos la razón a la posición minoritaria al entender que efectivamente el “dar” implica la recepción de lo dado y, bajo la posición que así se sostiene, “prometer” también implica ese acuerdo mutuo con el funcionario, de modo que, cuando no se recepcione o se niegue la entrega o la promesa se configurara un

¹¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. También, pero solo respecto de la conducta típica de “dar”, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

¹¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

¹¹⁶ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011-33-1826-JR-PE-03.

¹¹⁷ Fundamental, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 300. Igualmente, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 363.

¹¹⁸ JAKOBS, G. “Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”. EL MISMO, *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293.

ofrecimiento¹¹⁹. No existe pues delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en grado de tentativa¹²⁰, la técnica legislativa permite entender que estas 3 conductas típicas del estadio previo ya determinan la punibilidad del delito en momentos distintos, o mejor decir, estas 3 conductas son expresión de la anticipación penal, de modo que, no se puede anticipar más de lo que ya se ha establecido y serán las características del caso las que permitan determinar cuál de ellas se configura. De todas maneras, las 3 modalidades típicas están equiparadas y le corresponde la misma sanción, simplemente **consumación alternativa**.

VII. Conclusiones

Finalmente, concluiremos resumiendo las principales ideas que se han desarrollado en este trabajo:

- El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial es un delito específico del delito de cohecho activo genérico. La *ratio legis* de su tipificación se basa en la necesidad de contextualizar el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre los funcionarios policiales y ciudadanos.
- La corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general, en definitiva, **la defraudación de una institución social: el Estado**.
- La discusión en torno a la naturaleza unilateral o bilateral en este delito debe ser relativizada, ello porque poco o nada aporta a su comprensión. Para su configuración se exige la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede **manifestar de forma unilateral o bilateral** sancionado a cada uno de forma independiente. Así estamos ante un delito de inducción o instigación, regulado de forma autónoma, sancionándose la tentativa del mismo.
- La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido ha de ser imparcialidad del funcionario público, de modo que, con ello se evidencia la lesión del correcto funcionamiento a la Administración Pública.
- Una comprensión del Derecho Penal reducida a la protección de bienes se muestra insuficiente. Los bienes también han de crearse, constituirse,

¹¹⁹ Si se quiere, puede decirse que el “ofrecimiento” es la tentativa en tanto que abarca estos supuestos *unilaterales*, pero la responsabilidad será la misma en las 3 conductas típicas.

¹²⁰ Ténganse en cuenta que la tentativa es el ejemplo prototípico de las técnicas de anticipación penal y responde al déficit del paradigma del delito de lesión al bien jurídico, en definitiva, al paradigma del delito de resultado. Hoy por hoy, la diversidad de delitos y las nuevas formas de criminalización no pueden mantenerse en este esquema tradicional, recuérdese que estamos en un terreno en donde se anticipa la tutela penal de forma *excepcional*, y dicha característica se debe a que la mayoría de estos comportamientos son socialmente adecuados, esto es, pertenecen a la esfera privada del ciudadano. Por eso, si ya se está utilizando una técnica de anticipación penal, no se puede seguir retrocediendo para establecer el intento de un delito que ya determina su consumación en el estadio previo. Sobre ello, respecto el delito de sicariato y conspiración como fenómeno del derecho penal del enemigo en sentido *funcionalista*, vid. CAMERE FIGUEROA, Elian M. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, N° 116 (nov. 2022), pp. 80–87. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

fomentarse. El Derecho Penal debe determinar quiénes son competentes de dicho cometido de fomento para las instituciones elementales en atención a la estructura social.

- Un cometido estatal se actualiza en un funcionario público, de modo que, este actúa en representación de lo general. Por ello, debe realizar dicha prestación de fomento libre de corrupción, lo cual implica: 1) no aprovecharse del cargo; y 2) el debido respeto al realizar su cometido estatal sin que se este imposibilitado. En el delito de cohecho activo, el ciudadano **no debe defraudar la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales.**
- La realización típica de este delito quiere la infracción culpable de la norma, esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa **corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad.**
- La conducta típica tiene la estructura de inducción punible, con la particularidad que se sanciona la tentativa de esta. Así, mediante el uso de la técnica de anticipación de la punibilidad se sanciona las 3 conductas alternativamente. Por ello, estamos ante un delito de **consumación alternativa**, en donde la tentativa y consumación son equiparadas.
- El funcionario policial actúa en el marco de su función policial, esto es, bajo el amparo de su finalidad fundamental, que no es otra cosa que actuar bajo el ámbito de competencia especial que se le ha designado.
- Es necesario que la conducta de cohecho activo este dirigida al funcionario con competencia territorial y material, esto es, debe ser dirigido a sus funciones específicas no ajenas a las mismas.

Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Internacional Público

Elvis Ojeda Huerta*

Resumen. – Con el inicio de las acciones bélicas rusas en Ucrania, en febrero de 2022, que configuró una flagrante vulneración al principio de la abstención del uso de la fuerza (artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas), ¿se podría insinuar que las normas jurídicas internacionales son ineficaces? ¿podrían resurgir los argumentos que cuestionan la naturaleza del Derecho Internacional? El presente artículo tiene por finalidad responder a ambas preguntas y demostrar que sería una equivocación desconocer la existencia del Derecho Internacional o sugerir que el ordenamiento jurídico internacional es ineficaz.

Abstract. - Since the beginning of the Russian attacks in Ukraine in February 2022, which constituted a flagrant violation of the prohibition against the use of force (article 2(4) of the Charter of the United Nations), could it be suggested that international legal norms are ineffective? Would the arguments that question the nature of International Law make a comeback? This article aims to answer both questions and demonstrate that it would be a mistake to ignore the existence of International Law or to insinuate that the international legal system is ineffective.

Palabras claves. – Derecho Internacional Público, apologistas, negacionistas, escépticos, doctrina, eficacia.

Keywords. – International Law, apologists, deniers, skeptics, doctrine, effectiveness.

* Diplomático de carrera. Magíster en Derecho (LL.M.) por la London School of Economics and Political Science (LSE). Magíster en Relaciones Internacionales y Diplomacia por la Academia Diplomática del Perú Javier Pérez de Cuéllar. Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico, con estudios en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y el Institut d'études politiques de París.
Correo electrónico: ojedah@rree.gob.pe / Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7096-5324>.

I. Introducción

Desde que, en el siglo XIX, John Austin se refiriera al Derecho Internacional Público como “mal llamado Derecho”, cada cierto tiempo los principales expertos del mundo académico terminan sumergidos en un nuevo debate sobre el fundamento y eficacia del Derecho Internacional.² Así, por ejemplo, en un panel realizado en 2009 en la Universidad de Berkeley, titulado “¿En qué sentido el Derecho internacional es Derecho?”, el reconocido profesor Thomas Franck expresó su sorpresa al encontrarse nuevamente reunido con otros juristas “para hacer esta vieja y cansada pregunta”.³ Las interrogantes sobre la verdadera esencia del Derecho Internacional pueden resumirse, principalmente, desde dos perspectivas. De una parte, para un sector de la doctrina –los apologistas– no existen razones para cuestionar la naturaleza del Derecho Internacional, por lo que afirman que claramente es “Derecho”. De otra parte, otro sector de la doctrina –los escépticos o negacionistas–, muestra escepticismo sobre la existencia misma del Derecho Internacional.⁴

Si bien la controversia sobre la naturaleza y eficacia del Derecho Internacional no es nueva –pues se trata de una antigua polémica en el mundo académico–, con el inicio de la invasión rusa en Ucrania en febrero de 2022, que ha configurado una flagrante vulneración al principio de la abstención del uso de la fuerza (contenido en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas⁵), ¿se podría insinuar que las normas jurídicas internacionales son ineficaces? ¿podrían volver a surgir los argumentos que cuestionan la naturaleza del Derecho Internacional? El presente artículo tiene por finalidad responder a ambas preguntas y demostrar que sería una equivocación desconocer la existencia del Derecho Internacional o sugerir que el ordenamiento jurídico internacional es ineficaz.

Para este propósito, en la segunda sección, este trabajo comenzará describiendo los principales argumentos que sustentan la posición de los escépticos sobre la naturaleza

¹ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge Texts in the History of Political Thought. Wilfrid Rumble (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 344.

² MÉGRET, Frédéric. *International Law as Law*. En: CRAWFORD, James, & KOSKENNIEMI, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 64-92, p. 72; ALVAREZ, José. ‘But is it Law?’. En: *In what sense is international law law?*, Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting, 2009, pp. 163-165, p. 163.

³ FRANCK, Thomas. ‘Remarks’. En: *In what sense is international law law?*, Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting, 2009, pp. 161-163, p. 161.

⁴ Para más información sobre la posición negacionista ver: BOLTON, John. *Is There Really “Law” in International Affairs?*. En: *Transnational Law & Contemporary Problems*, 10(1), 2000, pp. 1-48; HALPER, Stefan, & CLARKE, Jonathan. *America Alone: The Neo-Conservatives and the Global Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 384; MURPHY, John. *The United States and the Rule of Law in International Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 378; REUS-SMIT, Christian. *American Power and World Order*. Cambridge: Polity, 2004, pp. 200; HAMM, Bernd (ed). *Devastating Society: The Neo-Conservative Assault on Democracy and Justice*. Londres: Pluto, 2005, pp. 328.

⁵ Artículo 2: “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

y eficacia del Derecho Internacional. Luego, se esbozarán algunas ideas en respuesta a dichas críticas basadas en (i) la ausencia de mecanismos de cumplimiento de la ley; y (ii) la ausencia de órganos centralizados. En la tercera sección, se examinará la posición de los escépticos que califica al Derecho Internacional como un conjunto de normas morales que se cumplen únicamente cuando los intereses de los Estados están en juego. Con base a dichos cuestionamientos, en la cuarta sección se detallarán las principales razones por las que la mencionada controversia se mantiene vigente hasta la fecha. En la última parte se brindarán las reflexiones finales del trabajo.

Si bien hoy en día se tiene mayor certeza sobre la naturaleza y efectividad del Derecho Internacional Público, todavía no se ha llegado a formular una respuesta lo suficientemente convincente y persuasiva respecto de la discusión sobre la eficacia del Derecho Internacional Público.⁶ Tal como resalta Franck, el mismo hecho de tener que debatir cada cierto tiempo sobre el mismo asunto es una clara muestra de aquello.⁷ Así, el actual conflicto bélico en Ucrania podría otorgar sólidos argumentos a los escépticos para que reafirmen su postura crítica del Derecho Internacional y, nuevamente, confronten la posición de los apologistas.

Es de mencionar que este artículo se encuentra dirigido principalmente a aquellas personas –especialmente universitarios y universitarias– que se encuentren interesadas en iniciar y desarrollar sus carreras en la apasionante área del Derecho Internacional. Igualmente, es de señalar que, en este trabajo, no se pretende cubrir todas las aristas de las interrogantes centrales de la investigación ni brindar respuestas concluyentes o definitivas; más bien, se intentará dar una primera aproximación a la materia –utilizando ejemplos que deriven del actual escenario internacional–, a fin de generar un debate más amplio y una mejor comprensión de un área que impacta directa e indirectamente en la vida diaria de la población mundial.

II. Principales críticas a la naturaleza del Derecho Internacional

Los negacionistas cuestionan la posibilidad de que el Derecho Internacional Público sea considerado “Derecho” principalmente por dos razones. Primero, porque esta área del Derecho (i) carece de mecanismos centralizados de creación y aplicación de sus leyes; y, segundo, debido a que (ii) carece de una jurisdicción internacional obligatoria. Es decir, para los negacionistas, el Derecho Internacional no podría llegar a convertirse plenamente en “Derecho” porque no logra imponer o hacer cumplir obligaciones a los sujetos que conforman la sociedad internacional; y, ante el surgimiento de controversias, no exige a los sujetos someterlas ante órganos jurisdiccionales a menos que expresen su consentimiento. En ese contexto, la finalidad de la presente sección

⁶ GUZMAN, Andrew. “Rethinking International Law as Law”. En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 155-157, p. 155; CARRILLO SALCEDO, Juan. “El fundamento del derecho internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico”. En: *Revista Española de Derecho Internacional*, 50(1), 1998, pp. 13-33, p. 16.

⁷ FRANCK, Thomas. ‘Remarks’. En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 161-163, p. 161.

es refutar las dos principales críticas que forman parte de la posición negacionista, a fin de brindar una primera aproximación a la interrogante sobre la eficacia del Derecho Internacional.

i. Ausencia de poder de cumplimiento y sanción

Bajo la óptica del sector negacionista, la primera crítica parte del concepto de “Derecho”, el cual, en términos prácticos, puede ser definido como aquella capacidad para (i) utilizar la fuerza coercitiva; o, (ii) emitir normas de obligatorio cumplimiento, incluso en contra de la objeción de aquellos que estarán obligados bajo dichas normas jurídicas, usualmente, a través de un órgano legislativo.⁸ Este cuestionamiento también se encuentra relacionado con la falta de mecanismos de cumplimiento y sanciones efectivas aplicables a los sujetos de Derecho Internacional. Según esta posición, como la sociedad internacional no cuenta con los medios suficientes para movilizar una fuerza policial internacional que castigue a los sujetos que vulneran sus normas jurídicas, el Derecho Internacional carece de una esencia jurídica.

Sobre el particular, es de resaltar que, si bien no se ha creado una especie de cuerpo de “seguridad transnacional” –con características similares a las fuerzas policiales de los Estados– la sociedad internacional en su conjunto cuenta con instituciones y procedimientos para hacer cumplir el ordenamiento jurídico internacional. Un claro ejemplo se encuentra en el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la Carta) “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, cuyos artículos 42 y 43 facultan al Consejo de Seguridad a imponer sanciones y usar medidas que impliquen el uso de la fuerza a fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.⁹ Otro ejemplo está incluido en el artículo 94 de la Carta, en el que se establece que, si un Estado incumple con las obligaciones establecidas en una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, el otro

⁸ GUZMAN, Andrew. “Rethinking International Law as Law”. En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 155-157, p. 155.

⁹ Capítulo VII: Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión
Artículo 42: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

Artículo 43: “1. Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales. 2. Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse. 3. El convenio o convenios serán negociados a iniciativa del Consejo de Seguridad tan pronto como sea posible; serán concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros, y estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales”.

Estado parte de dicho litigio puede recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá elaborar recomendaciones o dictar medidas a fin de que se ejecute el referido fallo.¹⁰

Igualmente, cuando un Estado comete un hecho ilícito internacional en perjuicio de otro, el Derecho Internacional faculta al Estado lesionado a adoptar contramedidas en contra del infractor para instigarlo a cesar dicha conducta; restaurar de la obligación vulnerada con aquel incumplimiento; reclamar garantías para cumplir con la obligación en el futuro.¹¹ Las contramedidas, que forman parte del Derecho consuetudinario, han sido reconocidas por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo al “Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán”¹² y en el caso “Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua contra los Estados Unidos de América”.¹³ Asimismo, las contramedidas fueron codificadas en el “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”¹⁴, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.

Es de mencionar, igualmente, que la propia Corte Internacional de Justicia ha reconocido –en el caso relativo a la “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Segunda Fase)”– que la comunidad internacional en su conjunto puede reclamar por la violación de obligaciones *erga omnes*, en vista de la importancia de los derechos involucrados.¹⁵ Esa es la razón por la que, por ejemplo, las sanciones económicas impuestas por la comunidad internacional a Rusia constituyen medidas legítimas que han sido adoptadas bajo el marco jurídico internacional por la manifiesta vulneración a los principios de prohibición del uso de la fuerza e integridad territorial.

En consecuencia, es posible confirmar la existencia de mecanismos que posibilitan la aplicación de leyes internacionales.¹⁶ La particularidad reside en que dichas medidas poseen características que difieren de aquellas disposiciones contempladas en el

¹⁰ Artículo 94: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.

2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

¹¹ PASTOR RIDRUEJO, José. *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public*. En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, pp. 63 – 83; SÁNCHEZ, Víctor. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 472, p. 307.

¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). *Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*. Fallo del 24 de mayo de 1980.

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). *Caso relativo a las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*. Fallo del 27 de junio de 1986.

¹⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, en 2001, y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor de ese período de sesiones (A/56/10), artículo 22 y artículos 49–54.

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). *Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Segunda Fase)*. Fallo del 5 de febrero de 1970, párrafo 33; Para más información sobre

¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2010, pp. 831, p. 23.

derecho doméstico. Si bien, en ocasiones, las referidas contramedidas no alcanzan los resultados deseados, éstas fueron creadas con el objetivo de brindar alternativas a los Estados perjudicados, a fin de restaurar la relación jurídica con el Estado responsable, cumpliendo ciertas condiciones, tales como la temporalidad, reversibilidad y proporcionalidad.¹⁷

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, vale la pena resaltar que en determinadas situaciones el Derecho interno también opera sin necesidad de ejercer la fuerza coercitiva. Por ejemplo, al interior de un Estado, un tribunal de última instancia podría emitir una sentencia cuyo contenido sea contrario a los intereses del poder ejecutivo a pesar de que esa corte no necesariamente tenga capacidad de coacción para hacer cumplir dicha decisión. Es decir, si bien el referido tribunal supremo carece de poder coercitivo, dicho fallo sería de obligatorio cumplimiento.¹⁸

Es de resaltar, igualmente, que, en ocasiones, algunas normas jurídicas surgen de reglas consuetudinarias que no mantienen un sistema central de sanciones.¹⁹ Hart afirma, por ejemplo, que la ley se encuentra presente cuando la conducta se hace no opcional u obligatoria, por lo que las normas jurídicas podrían surgir o crearse de diversas maneras, siendo una de ellas, a través de reglas sociales o como consecuencia de una intensa presión social.²⁰ Bajo esta premisa, entonces, los Estados cumplirían con el marco jurídico internacional en situaciones marcadas por la presión que ejercen la sociedad civil, Organizaciones No Gubernamentales (ONG), actores transnacionales u otros Estados. Esta es una de las razones por la que, determinados Estados cumplen con disposiciones del *soft law*, a pesar de no encontrarse obligados por instrumentos internacionales. En ese sentido, desde esta perspectiva, no se requiere la presencia de un sistema centralmente organizado de castigos para que los sujetos de Derecho cumplan con las leyes, puesto que las normas de conducta también han surgido de reglas consuetudinarias, que responden, principalmente, a la presión social que terceros actores ejercen sobre el comportamiento de dichos sujetos. En consecuencia, es posible afirmar que las normas del Derecho Internacional son vinculantes incluso cuando no exista un procedimiento efectivo que asegure su cumplimiento, capacidad coactiva o un mecanismo de sanciones.

ii. Ausencia de órganos centralizados

La segunda crítica sobre el fundamento del Derecho Internacional está relacionada con sus características descentralizadas. Según los escépticos, el Derecho Internacional

¹⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, volumen II, segunda parte, 2001, comentarios de los artículos 49–54 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁸ GUZMAN, Andrew. “Rethinking International Law as Law”. En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 155-157, p. 155.

¹⁹ MURPHY, Sean. ‘The Concept of International Law’. En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 165-169, p. 166.

²⁰ HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 227.

carece de una esencia “jurídica” porque no existe un ente central que dicte normas de obligatorio cumplimiento para los Estados. Adicionalmente, bajo esta perspectiva, hace falta una jurisdicción internacional obligatoria a la que los Estados tengan que acudir para resolver sus controversias. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho doméstico, en el ordenamiento jurídico internacional los Estados son legisladores y sujetos destinatarios de los derechos y obligaciones que deriven de las normas jurídicas creadas por ellos mismos; igualmente, tienen discreción y plena libertad para elegir los mecanismos que permitan solucionar sus controversias.

Al respecto, y a fin de rebatir el presente argumento, resulta necesario realizar una breve descripción de la característica fundamental del Estado: la soberanía, la cual puede ser definida como “un atributo jurídico que caracteriza el conjunto de competencias que ejerce el Estado en su territorio o en sus relaciones exteriores”.²¹ De una parte, la soberanía interna o positiva reconoce competencias exclusivas a los Estados dentro de sus territorios para promulgar normas jurídicas y excluye a otros poderes que pretendan tener algún tipo de injerencia. De otra parte, la soberanía externa o negativa impide que, por encima de los Estados, se encuentre otra entidad estatal, ley extranjera distinta al Derecho Internacional, o autoridad superior –de más nivel o con mayor poder–, a menos que el propio Estado lo haya decidido de esa manera.²²

En tal sentido, el concepto de soberanía no solo otorga a los Estados la capacidad y prerrogativas para asumir compromisos, celebrar acuerdos, reconocer derechos y contraer obligaciones dentro de los límites del marco jurídico internacional; también, impide que un ente central superior dicte normas y/o resuelva controversias en una “sociedad anárquica”.²³ Los Estados gozan de independencia e igualdad soberana²⁴, por lo que tienen la potestad de demandar los mismos derechos y obligaciones de los demás Estados.²⁵ En la misma línea, ningún otro Estado puede intervenir en sus asuntos internos (principio de no intervención en los asuntos internos) o no pueden ser juzgados ante los tribunales de otros Estados (inmunidad de jurisdicción).²⁶ De esta manera, la sociedad internacional ha concebido un conjunto de normas jurídicas e instituciones de carácter descentralizado que regula las relaciones entre entidades autogobernadas, en el que los Estados no solo son sujetos de Derecho y legisladores;

²¹ SÁNCHEZ, Víctor. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 472, p. 145.

²² *Idem*.

²³ BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. New York: Columbia University Press, 2012.

²⁴ El principio de igualdad soberana de los Estados ha sido en la Carta de las Naciones Unidas, la cual establece en su Artículo 2: “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros; Asimismo, el principio de igualdad soberana se desarrolla en detalle en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

²⁵ SÁNCHEZ, Víctor. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens, 2010, pp. 472, p. 145.

²⁶ *Idem*, p. 148.

también, requieren expresar su consentimiento para que otras entidades –cortes internacionales, tribunales arbitrales– resuelvan sus disputas.

La carencia de poderes centrales es un rasgo fundamental de la existencia del Derecho Internacional.²⁷ Además de preservar el conjunto de normas e instituciones que forman parte del ordenamiento jurídico internacional, también brinda flexibilidad para su constante desarrollo y adaptación. Así, el sistema legal internacional se ha mantenido en constante transformación y ha tomado diversas formas a lo largo del tiempo.²⁸ En otras palabras, el Derecho Internacional no hubiera evolucionado sin instituciones descentralizadas y flexibles.

Ahora bien, es de destacar que, el Derecho doméstico también faculta a los sujetos de Derecho –personas naturales, personas jurídicas u otros– a crear reglas con efectos jurídicos de obligatorio cumplimiento para sí mismos. Por ejemplo, los particulares se encuentran habilitados a celebrar contratos –mediante la expresión del consentimiento– que generen obligaciones jurídicas para las partes, con el propósito de cumplir sus deseos y obtener beneficios. Igualmente, ciertos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de que los poderes del Estado –por ejemplo, el ejecutivo o legislativo– tengan la facultad de crear normas jurídicas que limiten su propio accionar. De la misma forma, en el Derecho interno, los legisladores o funcionarios que elaboran las normas jurídicas no solo obligan a otros mediante dichos dispositivos; también, se obligan a ellos mismos. En consecuencia, es posible afirmar que, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho doméstico, los sujetos tienen la potestad de crear y regular sus propios derechos y obligaciones.

Finalmente, como fuera señalado previamente, si se toma en consideración la existencia de leyes siempre que un comportamiento se vuelva obligatorio²⁹ –por ejemplo, a través de reglas sociales generalizadas en un tiempo determinado– algunos ordenamientos jurídicos internos se desarrollan sin necesidad de la presencia de una autoridad central que cree normas jurídicas. Por ejemplo, similar al Derecho Internacional –área que surge principalmente de la costumbre–, el Derecho común o *Common Law*, característico de los sistemas nacionales anglosajones, ha evolucionado con base a ciertos valores que se reflejaron en la práctica general de determinados actores relevantes a lo largo de la historia. En tal sentido, varias normas jurídicas del Derecho interno no cumplen con la teoría bajo la cual el Derecho consiste en la existencia de una autoridad única con atributos soberanos, que emita normas de obligatorio cumplimiento respaldada por la amenaza de sanciones. Dicho de otra manera, no todas las normas jurídicas son elaboradas por un soberano exclusivo, puesto que pueden crearse de distintas formas. Igualmente, estas leyes no

²⁷ PASTOR RIDRUEJO, José. *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public*. En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p. 23.

²⁸ MÉGRET, Frédéric. *International Law as Law*. En: CRAWFORD, James, & KOSKENNIEMI, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 64-92, p. 64.

²⁹ HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 227.

necesariamente se encuentran dirigidas a regular el comportamiento de la población u obligar a las personas a realizar determinadas acciones.

III. “Moral”, no Derecho

Antes de referirnos al estado actual y el futuro del caso peruano, es pertinente mencionar algunas novedades y cambios en distintos ordenamientos, que nos dan una mejor idea de la orientación del Derecho Internacional Privado en la actualidad. Analicemos pues, los casos de Uruguay, Colombia y España.

Luego de haber analizado las principales razones por las que los negacionistas cuestionan la naturaleza y eficacia del Derecho Internacional, surge una pregunta relacionada a la percepción que se pueda tener sobre esta área: para los escépticos ¿qué es el Derecho Internacional? Según esta posición, los Estados solo cumplen con el Derecho Internacional cuando ningún interés nacional significativo se presente de por medio. Por tal motivo, y en el mejor de los casos, únicamente se trataría de un conjunto de limitaciones autoimpuestas por cada Estado, las cuales pueden deshacerse a discreción. Por ejemplo, los negacionistas manifiestan que, la propia potestad de adherirse o denunciar acuerdos que contengan disposiciones para someter sus disputas ante tribunales internacionales convierte al Derecho Internacional en una herramienta en función de la utilidad individual y no en un marco jurídico vinculante. En consecuencia, y con base a los dos argumentos descritos en la sección anterior, de acuerdo con esta posición, el Derecho entre entidades formalmente iguales solo podría tratarse de simple “moralidad”.

Esta moralidad se basa en el comportamiento de los Estados, el cual, al responder a intereses nacionales, únicamente cumplirá con sus obligaciones internacionales cuando se perciba un posible rédito o beneficio propio. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la razón por la que los Estados evitan iniciar guerras se debe, principalmente, a que un conflicto armado no les genera ningún beneficio en particular. Es decir, la ausencia de la guerra no responde a la obediencia de una norma internacional que les prohíba hacerlo; sino, es resultado de los propios objetivos de los Estados. En consecuencia, la regla de comportamiento que prohíbe iniciar una guerra es tan solo una “aparición de norma”³⁰, debido a que solo tiene significado mientras los Estados consideren que es de su interés respetarla. En otras palabras, para los escépticos, el comportamiento estatal responde a un cálculo económico racional y no a un sentido de obediencia a la ley, por lo que el Derecho Internacional solo funcionaría cuando no hay un interés significativo en juego.³¹

³⁰ MÉGRET, Frédéric. *International Law as Law*. En: CRAWFORD, James, & KOSKENNIEMI, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 64-92, p. 74.

³¹ POSNER, Eric. *Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?* *Stanford Law Review*, 55(5), 2003, pp. 1901-1919; GOLDSMITH, Jack & POSNER, Eric. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 188.

Al respecto, es de resaltar que dicha apreciación no supone que los Estados desconozcan la presencia de un ordenamiento jurídico internacional. Por el contrario, los Estados, al utilizar las normas internacionales para alcanzar sus propios intereses, estarían reconociendo la existencia y eficacia misma del Derecho Internacional. Por ejemplo, durante los siglos XIX y XX, las antiguas colonias europeas encontraron en el Derecho Internacional las herramientas necesarias para alcanzar su objetivo principal en la escena mundial: el reconocimiento como Estados independientes y soberanos.³² De igual forma, el ejercicio de la legítima defensa de Ucrania, en respuesta a los actos de agresión de Rusia, no solo reivindica al ordenamiento jurídico internacional que le brinda la posibilidad de protegerse contra ataques ilegítimos; mediante el ejercicio de ese derecho, Ucrania también busca proteger sus intereses nacionales.

Un ejemplo adicional que desestima la posición escéptica se encuentra en los derechos y deberes reconocidos en los tratados bilaterales de inversión (TBI). A fin de incentivar nuevas inversiones, los Estados se amparan en el Derecho Internacional para brindar seguridad jurídica a aquellas empresas transnacionales que demanden compromisos creíbles para proteger su capital ante eventuales riesgos políticos. Es decir, en seguimiento a sus intereses particulares, los Estados celebran este tipo de acuerdos para garantizar que los contratos de inversión en países extranjeros serán respetados. En tal sentido, es posible afirmar que, en este tipo de situaciones, el comportamiento estatal –amparado en reglas del Derecho Internacional de obligatorio cumplimiento– también tiene por propósito alcanzar objetivos que se respaldan en intereses propios.

Sin perjuicio de lo anterior, es de señalar que la vulneración del ordenamiento jurídico internacional podría estar influenciado por otro tipo de factores distintos a la intencionalidad de los Estados. Elementos externos tales como la geografía o la conducta de otros Estados, así como la falta de capacidad interna para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, son claves para determinar las motivaciones detrás del respeto a las normas del Derecho Internacional. Por ejemplo, cuando un tratado ha sido recientemente celebrado o un fallo acaba de ser emitido, en ciertas ocasiones los Estados incumplen con sus obligaciones por problemas con la interpretación de dicho acuerdo o ante la necesidad de mayor tiempo para ajustar su legislación interna a la decisión del tribunal internacional.³³ Estas circunstancias no desconocen la existencia y eficacia del Derecho Internacional; más bien, reflejan la manera en que ciertas eventualidades inciden sobre el proceso de toma de decisiones de los Estados para cumplir con las leyes internacionales según sus propios intereses. Suponer lo contrario significaría alejarse de la realidad e intentar aplicar el Derecho Internacional en abstracto, sin tomar en consideración otros factores que influyen sobre el comportamiento de los actores internacionales.

³² ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 198.

³³ JACOBSON, Harold & WEISS, Edith. *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords (Global Environmental Accord: Strategies for Sustainability and Institutional Innovation)*. Cambridge: The MIT Press, 2000.

Ahora bien, determinados elementos o factores adicionales permiten demostrar que los Estados reconocen la obligatoriedad del Derecho Internacional Público. El primero de ellos se encuentra relacionado con el intento de justificación de los hechos internacionalmente ilícitos por parte de los Estados que vulneran las leyes internacionales. Es de mencionar, por ejemplo, el caso de Rusia, que intentó encontrar pretextos para persuadir a la sociedad internacional, de manera que se permitiera el ingreso de sus tropas a Ucrania. Desde el reconocimiento de las regiones Donetsk y Luhansk como repúblicas soberanas e independientes³⁴, hasta la necesidad de poner fin al “crimen de genocidio” contra prorrusos residentes en la región de Dombás³⁵, Rusia ha intentado revestir de legalidad su conducta agresora. Al intentar justificar su comportamiento en supuestas razones jurídicas, Rusia reconoce –indirectamente– que existen reglas de obligatorio cumplimiento que forman parte de un ordenamiento jurídico internacional. El segundo factor está relacionado con la existencia de tribunales internacionales y el interés de los Estados en hacer cumplir las decisiones que emiten. Si los Estados no reconocieran que las normas del Derecho Internacional constituyen realmente “Derecho”, no acudirían a órganos jurisdiccionales internacionales para intentar resolver sus controversias, con la esperanza de que, posteriormente, a través de las decisiones de los tribunales, tengan un respaldo para exigir derechos y hacer cumplir obligaciones.

IV. Debate respecto la naturaleza del Derecho Internacional.

Ante la imperfección de las instituciones del Derecho Internacional, es comprensible y hasta razonable que frecuentemente aparezcan críticas. No obstante, más allá de las interrogantes relacionadas con la estructura del Derecho Internacional –desarrolladas líneas arriba– resulta conveniente indagar cuáles son las motivaciones detrás de dichos cuestionamientos. Igualmente, es indispensable analizar si dichas críticas son elaboradas desde una perspectiva apropiada. En ese sentido, la presente sección tiene por objetivo explicar las principales razones por las cuales los cuestionamientos respecto de la naturaleza y eficacia del Derecho Internacional se mantienen vigentes hasta la fecha.

i. Cuestionamientos al Derecho Internacional

La primera motivación detrás de los cuestionamientos a la existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales está relacionada con la política. Las críticas

³⁴ CNN. Putin reconoce la independencia de las regiones separatistas de Donetsk y Luhansk en el este Ucrania. Ver: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/02/21/putin-regiones-ucrania-rebeldes-independientes-trax/>; BBC. Donetsk y Luhansk: qué significa que Rusia reconozca la independencia de estas regiones rebeldes de Ucrania. Ver: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60472491>.

³⁵ RFI. Putin says conflict in eastern Ukraine 'looks like genocide'. Ver: <https://www.rfi.fr/en/putin-says-conflict-in-eastern-ukraine-looks-like-genocide>; REUTERS. Ukraine appeals for U.N. help, Russia says can't ignore 'genocide'. Ver: <https://www.reuters.com/world/ukraine-appeals-un-help-warning-no-one-can-sit-out-this-crisis-2022-02-23/>; HINTON, Alexander. Putin's claims that Ukraine is committing genocide are baseless, but not unprecedented. The Conversation. Ver: <https://theconversation.com/putins-claims-that-ukraine-is-committing-genocide-are-baseless-but-not-unprecedented-177511>.

suelen surgir en situaciones enmarcadas en contextos políticos delicados o cruciales. Por ejemplo, el panel realizado en la Universidad de Berkley en 2009 se llevó a cabo al comienzo de una nueva “era política”.³⁶ De manera similar, un eventual debate sobre la eficacia de las normas de Derecho Internacional se desarrollaría en un contexto marcado por un conflicto en el continente europeo que ha tenido repercusiones políticas, económicas y sociales en el mundo entero.³⁷ Así, es en el marco de estos tipos de situaciones que se intenta brindar explicaciones a crisis específicas en desmedro del Derecho Internacional Público.

La segunda explicación se encuentra relacionada a las cargas u obligaciones que el Derecho Internacional impone especialmente a los países poderosos o con más presencia en el escenario internacional. Toda vez que el Derecho intenta nivelar las desigualdades entre el actor más débil y el más fuerte, constituyendo una carga para este último, existe la posibilidad de que los principales críticos del Derecho Internacional defiendan los intereses de países a quienes les convendría evitar la obligatoriedad de las normas internacionales. Por ejemplo, Franck argumenta que, en los Estados Unidos, las referidas críticas son principalmente formuladas por un sector de la política de ese país que tendría plena libertad de actuación sin las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico internacional.³⁸

En la misma línea, la tercera razón detrás de las críticas se encuentra vinculada al intento de desligarse de obligaciones que derivan de sentencias, tratados o la costumbre. Al objetar o deslegitimar la naturaleza de las leyes internacionales, los Estados ya no tendrían que encontrar razones que los excusen del incumplimiento de estas. En cambio, desde la perspectiva de dichos Estados, sortearían sus responsabilidades mediante el argumento de no encontrarse obligados a comportarse de una manera específica. En otras palabras, el intento de desacreditar la obligatoriedad del Derecho Internacional surge de la idea de que este constituye un impedimento para que los Estados actúen sin restricciones en perjuicio de otros actores internacionales.

La cuarta explicación está ligada a la constante comparación entre el Derecho Internacional y el Derecho doméstico. Al respecto, es necesario resaltar que, como ha sido señalado anteriormente, el ordenamiento jurídico internacional regula las relaciones entre sujetos que forman parte de una sociedad internacional con características distintas a las sociedades al interior de los Estados. Por tal motivo, las

³⁶ FRANCK, Thomas. ‘Remarks’. En: In what sense is international law law?, Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting, 2009, pp. 161-163, p. 161.

³⁷ Según datos de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la invasión rusa de Ucrania ha ocasionado más de 7,000 civiles muertos; 11,500 heridos; y 8 millones de personas desplazadas. Es de mencionar que las cifras oficiales de las víctimas varían según el organismo que las publica. La ACNUDH ha señalado que las cifras reales podrían ser más altas. Más información disponible en: https://www.ohchr.org/en/ohchr_homepage.

³⁸ *Idem*.

peculiaridades o defectos del Derecho Internacional responden a las características inherentes de los sujetos a los que sus leyes vinculan, particularmente, aquellas que responden a las entidades iguales y soberanas.

En síntesis, las críticas al Derecho Internacional responden principalmente a motivaciones políticas³⁹ o a una visión “idealizada” sobre el funcionamiento del derecho en la sociedad.⁴⁰ Al igual de lo que ocurre en el Derecho doméstico, en el ámbito internacional las normas jurídicas e instituciones no tienen la capacidad de transformar la realidad por sí solas. A fin de que se produzcan los resultados deseados, no solo se requiere que los sujetos de Derecho cumplan con las obligaciones que emanan de aquellas leyes; también, es indispensable que las instituciones internacionales funcionen eficientemente.

ii. ¿Cuestión de percepción?

Las áreas del Derecho Internacional son vastas: comercio internacional, Derechos Humanos, protección del medio ambiente, salud, telecomunicaciones, tráfico aéreo, entre otras. Si bien es cierto, diariamente se vulneran cierto número de normas jurídicas internacionales, sería importante calcular la proporción que estos incumplimientos representan del total de las obligaciones asumidas por la sociedad internacional, estimación difícil de realizar. Dicho esto, lo cierto es que, ante la gran cantidad de instrumentos internacionales que regulan el comportamiento entre Estados –tratados bilaterales o multilaterales, acuerdos verbales, entre otros–, así como las abundantes normas jurídicas que emanan de la costumbre, hasta la fecha no se ha demostrado que la mayoría de los Estados incumplan esta amplia red de obligaciones.⁴¹ Por el contrario, tal y como Louis Henkin señaló en 1979, “casi todos los Estados cumplen casi todos los principios del Derecho Internacional y casi todas sus obligaciones internacionales casi todo el tiempo”.⁴² En ese sentido, al igual que en el Derecho doméstico, la sociedad internacional diariamente cumple con la gran mayoría de leyes que conforman el ordenamiento jurídico internacional –y que inciden en la vida cotidiana– sin que ese hecho pase advertido.

Ahora bien, es necesario mencionar que, debido al gran impacto sobre grandes poblaciones, las vulneraciones a las normas del Derecho Internacional –principalmente aquellas referidas al principio de no agresión y a las violaciones a los Derechos Humanos– suelen tener mayor cobertura en los medios de comunicación, incidiendo directamente sobre la opinión pública. A pesar de la amplia información en medios de prensa, la permanente intención de los Estados de cumplir con el conjunto de leyes

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ PRIETO-RÍOS, Enrique & URUEÑA, René. *El derecho internacional y la guerra en Ucrania*. Razón Pública, <https://razonpublica.com/derecho-internacional-guerra-ucrania/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2023.

⁴¹ CHAYES, Antonia. ‘*International Agreements: Why They Count as Law*’. En: *In what sense is international law law?*, Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting, 2009, pp. 158-161, p. 158.

⁴² HENKIN, Louis. *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*. Nueva York: Columbia University Press, 1979, p. 47.

internacionales confirma la importancia que el ordenamiento jurídico internacional representa para estos. Es decir, los Estados constantemente ratifican la legalidad de las obligaciones asumidas.

Este aspecto es especialmente relevante si se toma en cuenta que, en la mayoría de los casos, los Estados celebran tratados que están dispuestos a respetar e implementar⁴³, aun cuando el incumplimiento de estos pueda generar impactos negativos en la opinión pública. Dicho esfuerzo se refleja claramente en el análisis de intensidad y complejidad en los procesos de negociación de acuerdos internacionales.⁴⁴ Prueba de ello es que los Estados emplean amplios recursos –personal, tiempo y dinero– durante las etapas de negociación, firma y ratificación de tratados. Igualmente, en el desarrollo de la negociación, celebración y posterior implementación de los acuerdos, los Estados cumplen con un conjunto de reglas procedimentales y prácticas que revelan su involucramiento con el Derecho Internacional. Asimismo, los políticos y funcionarios del Estado ocupan buena parte de su tiempo sumergidos en negociaciones y debates internos para conseguir un equilibrio entre lo que es alcanzable en el ámbito internacional con las pautas aceptables a nivel doméstico.⁴⁵

Si los Estados no tomaran en serio las obligaciones jurídicas que surgen de la celebración de un acuerdo internacional, no se esforzarían en involucrarse en negociaciones difíciles, consumiendo tiempo y recursos. Un claro ejemplo de aquello es el proceso de negociación del Derecho del mar, que se llevó a cabo desde 1956 hasta 1982, y que culminó con la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.⁴⁶ Son pocos los Estados que podrían permitirse invertir recursos humanos y financieros durante tantos años de trabajo –en los niveles interno y externo–, si creyeran que las obligaciones y derechos reconocidos en dicho instrumento internacional no fueran vinculantes; si pensaran que las disposiciones contempladas en el referido tratado podrían ser apartadas cuando no les convenga; o, si sintieran que igualmente habrían cumplido con las disposiciones de la mencionada convención por sí mismos.

Adicionalmente, como resalta Hathaway, para determinar la eficacia de una norma jurídica no basta con analizar únicamente su grado de cumplimiento; también se requiere incluir en el análisis la manera en que el ordenamiento jurídico responde a dicha vulneración.⁴⁷ En tal sentido, por ejemplo, a fin de determinar si el principio de la

⁴³ SIMMONS, Beth. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁴⁴ CHAYES, Antonia. 'International Agreements: Why They Count as Law'. En: In what sense is international law law?, Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting, 2009, pp. 158-161, p. 160.

⁴⁵ PUTNAM, Robert. *Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games*. En: International Organization, 42(3), Cambridge: The MIT Press, 1988, pp. 427- 460, p. 430.

⁴⁶ Para más detalles sobre el proceso de negociación visitar: ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (OMI). Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ver: <https://www.imo.org/es/OurWork/Legal/Paginas/UnitedNationsConventionOnTheLawOfTheSea.aspx>

⁴⁷ HATHAWAY, Oona. *How Russia's invasion of Ukraine tested the international legal order*. Institución Brookings: <https://www.brookings.edu/articles/how-russias-invasion-of-ukraine-tested-the-international-legal-order/>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2023.

abstención del uso de la fuerza continúa siendo eficaz –ante la vulneración de esta norma jurídica desde el inicio de los ataques rusos contra Ucrania–, no solo es necesario examinar si Rusia vulneró dicha norma jurídica; también debería analizarse las consecuencias que Rusia ha enfrentado por esa guerra ilegal.⁴⁸ Tal y como ha sido descrito a lo largo de este trabajo, en el Derecho Internacional existen distintas instituciones y mecanismos que tienen por objetivo sancionar a los responsables; detener el hecho ilícito internacional; y disuadir un comportamiento ilegal similar por parte de otros sujetos de derecho. Es decir, la inobservancia de una norma jurídica internacional –por ejemplo, aquella la contenida en el artículo 2(4) de la Carta– no determina la eficacia o no de la misma.

V. Reflexiones finales

La conducta de Rusia constituye una flagrante violación al principio de la abstención del uso de la fuerza, contenido en el artículo 2(4) de la Carta y considerado el “principio fundamental sobre el que se sustenta el resto del sistema internacional”.⁴⁹ Si bien dicha invasión ha marcado el actual contexto internacional, sería una equivocación insinuar que las normas del ordenamiento jurídico internacional son ineficaces; o que el Derecho Internacional no existe. Este trabajo ha brindado ciertos alcances que permiten respaldar esta posición.

A lo largo del presente artículo, primero se esbozaron argumentos que refutaron las dos principales críticas a la estructura del Derecho Internacional. Respecto de la primera crítica, referida a la ausencia de mecanismos de cumplimiento y sanciones efectivas, se demostró que el ordenamiento jurídico internacional contempla varios procedimientos e instituciones que tienen por objetivo hacer cumplir las obligaciones internacionales, con características distintas a las del Derecho interno. Asimismo, se resaltó que, incluso en el Derecho doméstico, las normas jurídicas operan sin coacción o sanciones en determinadas situaciones, ya sea por presión social o intereses nacionales.

Con relación a la segunda crítica, relativa a la ausencia de órganos centralizados y de una única autoridad que emita normas de obligatorio cumplimiento, este artículo argumentó que la carencia de poderes centrales brinda flexibilidad al Derecho Internacional para su constante evolución y adaptación. Asimismo, el trabajo evidenció que las normas jurídicas se crean de diferentes maneras, incluso como consecuencia de reglas sociales o ante la presión de la opinión pública y la sociedad civil. Igualmente, se demostró que en el Derecho doméstico también existen situaciones en las que los sujetos tienen la facultad de crear sus propios derechos y obligaciones, al igual que los Estados en el Derecho Internacional.

Luego de rebatir los principales cuestionamientos a la existencia del ordenamiento jurídico internacional, demostrando así que este cuenta con particularidades que le

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

permiten desarrollarse; y, a la vez, evidenciando que dichos elementos también se presentan en los ordenamientos jurídicos internos; este artículo procedió a analizar la posibilidad de que el Derecho Internacional represente únicamente un conjunto de normas morales y no jurídicas, conforme ha sido afirmado por la postura negacionista. En tal sentido, este artículo demostró que la posición de los escépticos –quienes manifiestan que los Estados solo cumplen con las normas internacionales cuando existe un interés nacional significativo– solo confirma que los Estados respetan las normas internacionales en atención a sus intereses políticos; no obstante, esta forma de actuar no desconoce el carácter vinculante del ordenamiento jurídico internacional. Este reconocimiento se manifiesta en intentos de justificación de hechos ilícitos internacionales; solución de controversias ante tribunales internacionales; así como mediante el empleo de recursos, tiempo y esfuerzo para negociar y celebrar tratados. En ese contexto, la mayoría de los Estados cumplen con el Derecho Internacional, o al menos lo reconocen como mandatorio. Posteriormente, este trabajo examinó las principales motivaciones detrás de las críticas al Derecho Internacional, siendo las principales los delicados contextos políticos; los intereses de algunos sectores políticos; la conveniencia para incumplir con obligaciones internacionales; y, la comparación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.

Se ha demostrado que los principales cuestionamientos a la esencia del Derecho Internacional apuntan principalmente al alcance de las prerrogativas que tienen los Estados como sujetos de Derecho primarios y originarios; así como a la configuración de las instituciones del ordenamiento jurídico internacional, que se caracterizan por tener un carácter descentralizado y flexible. En ese contexto, este artículo considera que el debate, en lugar de centrarse en la discusión sobre la existencia del Derecho Internacional, debería girar en torno a la interrogante sobre el propósito de esta área del Derecho. Mediante un mejor entendimiento de su finalidad, sería posible determinar de qué manera las leyes internacionales influyen sobre el comportamiento de los actores estatales y no estatales en la vida cotidiana. Al tener una mejor comprensión, se reconocería el papel primordial de la política en la toma de decisiones de los Estados, a fin de que sea posible encontrar vías para que el conjunto de reglas internacionales se vuelva más efectivo.⁵⁰ Es decir, sería factible influenciar la conducta de la sociedad internacional, con la intención de hacer cumplir el ordenamiento jurídico internacional, reducir la incertidumbre y mejorar la predictibilidad.

Finalmente, este trabajo considera necesario iniciar un debate respecto de la conveniencia de redefinir el concepto mismo de Derecho Internacional, para que se tomen en consideración a aquellas leyes e instituciones que –teniendo un origen no convencional– logran influenciar o modificar la conducta de los Estados y otros sujetos de Derecho. Por ejemplo, en esa innovadora definición podrían incluirse ciertas normas de comportamiento que surgen de la presión social; de otros Estados u otros actores

⁵⁰ GUZMAN, Andrew. "Rethinking International Law as Law". En: *In what sense is international law law?*, *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 2009, pp. 155-157, p. 156.

internacionales; así como de ONG's o personas naturales.⁵¹ De esta manera, se evaluaría la posibilidad de que el Derecho Internacional reconozca a determinadas categorías no tradicionales, por ejemplo, el “soft law”, que buscan generar un impacto –aunque reducido por su naturaleza no vinculante– sobre la conducta de los Estados.

⁵¹ *Ibid.*, p. 157.

"Entre lo justo y lo necesario": la motivación del laudo arbitral

Daichi Yano*

Paula Silva**

Resumen. – A pesar del amplio desarrollo del arbitraje en Perú, la práctica arbitral peruana aún continúa batallando con la inclusión de defectos en la motivación como causal de anulación del Laudo. Si bien la doctrina señala que el laudo puede ser anulado por algunos limitados asuntos relacionados a la motivación, aún quedan preguntas por responder como: qué estándar de motivación deben aplicar las Salas Comerciales para revisar la motivación del laudo y si es posible hablar de buenas prácticas para la anulación de un laudo por motivación. El presente artículo pretende responder estas preguntas mediante el análisis teórico y práctico del sistema arbitral y analizar la evolución del sistema peruano a partir de un repaso jurisprudencial de aciertos y desaciertos de las Salas Comerciales.

Abstract. - Despite the extensive development of arbitration in Peru, Peruvian arbitration practice still continues to struggle with the inclusion of defects in the reasoning as grounds for annulment of the Award. Although the doctrine indicates that the award can be annulled for some limited issues related to the motivation, there are still questions to be answered such as: what standard of motivation should Commercial Chambers apply to review the motivation of the award and whether it is possible to speak of good practices for the annulment of an award due to motivation. This article aims to answer these questions through a theoretical and practical analysis of the arbitration system and to analyze the evolution of the Peruvian system based on a jurisprudential review of the successes and failures of the Commercial Chambers.

Palabras claves. – Arbitraje - Anulación de Laudo - Motivación del Laudo.

Keywords. – Arbitration - Annulment of Award - Motivation of the award.

* Asistente legal del Estudio Echeconar asociado a Baker Mckenzie Internacional. Miembro del Área de Solución de Disputas del Estudio Echeconar. Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico. Ex Presidente del Consejo Directivo de Forseti-Revista de Derecho.

** Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico.

I. Introducción

La Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la "LA"), recoge taxativamente ciertos supuestos para la anulación del laudo arbitral. Una de estas causales es la prevista en el literal b), que el laudo puede ser anulado cuando una de las partes no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos en el proceso arbitral o literal c), que se incumplan con el acuerdo de las partes o las disposiciones de la propia LA.

Pues bien, en la práctica, los justiciables han considerado que estas causales se pueden interpretar de manera amplia y que permiten recurrir a la anulación del laudo por la afectación de cualquier derecho, entre ellos, el derecho al debido proceso arbitral y, concretamente, el derecho a que los laudos arbitrales se encuentren debidamente motivados.

Así, en la práctica, particularmente la causal b) ha sido interpretada como un cajón de sastre para demandar la anulación, lo que ha tenido como consecuencia el aumento de los recursos de anulación de laudo arbitral interpuestos ante las Salas Comerciales por vicios en la motivación.

La motivación según RODRIGUEZ "es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, y su importancia es de tal magnitud que la doctrina la considera como un elemento del debido proceso; situación que ha coadyuvado para extender su ámbito no solo a las resoluciones judiciales, sino también a las administrativas y a las arbitrales."¹. WONG nos explica que consiste en "justificar la decisión adoptada. No describir la forma como se ha arribado a ella, no explicarla como si fuera un fenómeno natural sino, por el contrario, justificarla como una decisión aceptable"².

La motivación, en el arbitraje es parte del contenido del laudo en la medida en que las partes no hayan pactado en contra y puede ser materia de revisión a fin de verificar las razones por las cuales se decidió de una u otra forma, además del cumplimiento del convenio arbitral.

Coincidimos con la afirmación de MOURRE de que hoy en día la judicatura no es un adversario ni enemigo del arbitraje sino un socio que ayuda a afianzar su legitimidad día a día en el litigio comercial³. Sin embargo, para que esta sociedad funcione

¹ CASTILLO, José; LUJÁN, Manuel; ZAVALETA, Róger. Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. ARA Editores, 2006. pp. 370-371.

² WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 113.

³ "Desde un punto de vista más general, el control de la motivación sólo puede ser beneficioso para el arbitraje. La suposición de que el juez es necesariamente un adversario al que hay que privar de todo medio de injerencia en los procedimientos de arbitraje está superada. El juez ya no es, ni mucho menos, el enemigo del arbitraje. En la actualidad, el arbitraje se ha impuesto como un método habitual de resolución de litigios en el comercio internacional. Se ha impuesto, no sólo como en el pasado para los grandes litigios con un alto nivel de complejidad, sino también para el día a día de los litigios comerciales internacionales.

correctamente y, tanto jueces como árbitros puedan cumplir con su rol, los jueces deben tener una participación limitada como revisores de las decisiones arbitrales.

Una mayor participación del juez desnaturaliza el sistema arbitral pues precisamente el principal efecto del pacto arbitral es evitar las cortes nacionales (efecto negativo del convenio arbitral). Este llamado efecto negativo es, de hecho, uno de los principales beneficios que percibe el usuario del arbitraje.

De acuerdo con la encuesta a usuarios del sistema elaborada por Queen Mary University en el año 2018, el evitar las cortes nacionales se posiciona como el segundo atributo más importante para las partes de un arbitraje (un 60% de los usuarios respondió que esta era una de las características más valiosas del sistema). Siendo ello así, el permitir a los jueces de cortes nacionales una mayor participación en la revisión del laudo, no solo desnaturalizaría el sistema, sino que también lo despojaría de uno de sus principales beneficios.

El arbitraje no plantea una segunda instancia ni un recurso de apelación que permita que se revise el fondo de las decisiones de los árbitros. El recurso de anulación de laudo es excepcional y ante causas taxativas. Si el recurso de anulación se llegara a utilizar como una apelación, las cortes nacionales se convertirían en el órgano de última instancia. ¿Por qué motivo las partes pactarían una jurisdicción privada distinta a la nacional si finalmente las cortes nacionales toman la última decisión? Un sistema de arbitraje diseñado de esta manera carecería de sentido.

A pesar de ello, la realidad refleja que existen muchos casos en los que las partes, al recibir un resultado adverso cambian de opinión. Así como la referida encuesta de Queen Mary University del año 2018 refleja la importancia que le dan las partes a que las cortes nacionales no intervengan, también existe un porcentaje de usuarios, menor pero no insignificante (14%), que considera que la falta de recursos de apelación sobre el fondo de las controversias es una de las peores características del sistema arbitral. Si bien esta puede ser una crítica válida al sistema, en definitiva, no serían las cortes nacionales las más apropiadas para resolverlo pues generaría las contradicciones previamente expuestas.

Ahora bien, el problema no está en el diseño del sistema en la Ley de Arbitraje, sino en el uso desnaturalizado que le dan algunos usuarios. Quienes plantean recursos manifiestamente improcedentes motivados únicamente en "vicios de motivación del

Por tanto, se dirige a un público cada vez más amplio, al que debe garantizar que inspira confianza por la claridad, inteligibilidad y legitimidad de sus soluciones. Más que cualquier otro juez, el árbitro está investido de un poder considerable: juzga en primera y última instancia, sin que ningún tribunal pueda ejercer control alguno sobre la legalidad de sus laudos; y como todo poder, es bueno que esté en cierto modo controlado. La experiencia y la competencia de las principales instituciones contribuyen en gran medida, desde este punto de vista, a la credibilidad del arbitraje; el juez también tiene un papel que desempeñar, que sería peligroso reducir al mínimo." (Traducción libre). MOURRE, Alexis. 'Réflexions critiques sur la suppression du contrôle de la motivation des sentences arbitrales en droit français'. ASA Bulletin Volume 19 Issue 4. Kluwer Law International, 2001. pp. 634 – 652.

laudo" y que -en realidad- son una apelación encubierta⁴. Ello no hace más que retrasar lo inevitable (la firmeza del laudo) generando a su vez:

- Una afectación a la legitimidad del arbitraje pues perjudica su celeridad y eficiencia.
- Una pérdida de las principales ventajas del arbitraje: que las cortes nacionales no intervengan en la controversia
- Una carga adicional al ya congestionado Poder Judicial

Este tipo de comportamientos, a la luz de ciertas decisiones que desarrollaremos en el cuerpo del presente artículo pueden ser identificadas y desestimadas por los jueces y evitadas por las partes a fin de evitar: (i) un perjuicio al dinamismo del tráfico comercial; y, (ii) un aumento en la carga de casos de nuestra judicatura.

Tras años de práctica arbitral en el Perú, debemos destacar que este comportamiento no ha sido usualmente amparado por las salas comerciales. Para demostrar ello destacaremos decisiones emitidas por las cortes nacionales que demuestran un avance significativo respecto reconocimiento y respeto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias y, sobretodo, al límite que ello implica para el escrutinio que pueden hacer los jueces a las decisiones de los árbitros.

Sin perjuicio de ello, no puede dejarse de lado que en este camino, se han emitido decisiones que podrían haber traspasado los límites propios de la función judicial en el arbitraje, y por lo mismo, vale la pena revisarlas.

Este trabajo no apunta a hacer un análisis estadístico que identifique cuanto han pecado los jueces al momento de pronunciarse sobre el asunto de la motivación de los laudos arbitrales o cuantas veces los recursos planteados por las partes, sustentados en un vicio de motivación, han sido rechazados. Este trabajo pretende analizar y criticar, cuando sea necesario, algunos ejemplos que pueden resultar ilustrativos.

Antes de pasar a dicho análisis, resulta útil hacer una recapitulación de la evolución del recurso de anulación en la jurisprudencia peruana en los últimos años.

II. La evolución jurisprudencial en los últimos años

Al inicio de la década pasada BULLARD señaló que, gracias a las reglas claras en la nueva legislación arbitral, se puede reconocer que el Poder Judicial ha adoptado una conducta adecuada frente al arbitraje, respetando la institución y entendiendo su importancia. "Y, por tanto, ha respetado en términos generales la regla y el principio de inevitabilidad y de control ex post, salvo excepciones que justamente confirman la

⁴ "El recurso de anulación suele ser usado en el Perú por la parte que pierde, no solo como un mecanismo para intentar dejar sin efecto el laudo, sino también para retrasar así la solución definitiva del conflicto." REGGIARDO, Mario. Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo. *Advocatus* N° 29, 2013. p. 206.

regla."⁵ Si bien podían existir algunas discrepancias con las decisiones de las cortes nacionales sobre el asunto, se podía tener la tranquilidad de que el éxito y crecimiento del arbitraje se debía en parte al respeto por parte de la judicatura⁶. Ello fue cambiando con el tiempo debido al comportamiento de jueces y partes.

REGGIARDO advirtió que en el año 2013 las Salas Comerciales recibieron 161 recursos de anulación de los cuales 23 fueron amparados y 11 de esos 23 fueron por indebida motivación⁷. Así, se comenzaba a manifestar un aumento en los recursos de anulación fundamentados en asuntos relacionados a la motivación del laudo.

Dos años después, en el 2015, CANTUARIAS Y REPETTO manifestaron su preocupación sobre la causal de anulación que en sus palabras es "la causal utilizada en prácticamente el 100% de los recursos de anulación por la parte perdedora del laudo para revertir en la anulación lo que no pudo ganar en el arbitraje"⁸ y plantearon una preocupación adicional sobre la aplicación en los procesos de anulación de laudo del estándar utilizado por el Tribunal Constitucional para determinar si existen problemas de motivación en una sentencia judicial (el Caso "Llamoja"⁹).

RIVAS, en un estudio hecho en el 2017 señala que casi el 60% de los procesos de anulación de laudos se sustentan en un cuestionamiento a la motivación del laudo¹⁰. Ese mismo año, LEÓN indicó que las Salas comerciales habían rechazado 9 de cada 10 recursos en los últimos cinco años, pero -a pesar de ello- manifestaba una preocupación sobre la forma creciente en que se venía amparando estas demandas.¹¹

No podemos ignorar las preocupaciones de los autores, no solo porque reflejan una desconfianza en el control que se realizará sobre el laudo, sino porque también reflejan una mala práctica de cuestionar laudos arbitrales por cuestiones manifiestamente improcedentes. En ese sentido es que procederemos a hacer un análisis de algunas decisiones destacables que nos mantendrían en el camino correcto.

III. La correcta protección a la debida motivación en los laudos arbitrales

En el camino a identificar los lineamientos correctos, y dados los cambios en tendencias de los últimos años, es necesario establecer cuál es la aplicación correcta del recurso

⁵ BULLARD, Alfredo. El control judicial del Arbitraje. Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010. Palestra Editores S.A.C., 2012. p. 29.

⁶ BULLARD, Alfredo. El control judicial del Arbitraje. Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010. Palestra Editores S.A.C., 2012. p. 30.

⁷ REGGIARDO, Mario. Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo. *Advocatus* N° 29, 2013. p. 208.

⁸ CANTUARIAS, Fernando; REPETTO, Jose Luis. El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS* N° 51, 2015. p. 33.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC.

¹⁰ RIVAS, Gino. La anulación del laudo por su motivación en el Perú – Cómo hacer frente a una vía distorsionada. *THEMIS Revista De Derecho* N° 72, 2018. p. 227.

¹¹ LEON, Ricardo. ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?. *Arbitraje PUCP Año 6 N° 7*, 2017. p. 46.

de anulación con respecto a un potencial vicio de motivación. En otras palabras, es necesario antes establecer con claridad cuáles son las posibilidades que brinda la Ley de Arbitraje vigente para cuestionar la motivación del laudo mediante un recurso de anulación.

Para ello, son tres los artículos de la L.A relevantes: Art. 56, Art. 62 y el propio artículo de anulación, Art. 63.

En primer lugar, el Art. 56 establece que la motivación es parte del contenido del laudo y, salvo pacto en contrario¹², todo laudo deberá ser motivado:

"Artículo 56

1. **Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto** o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar." (Énfasis agregado).

CANTUARIAS nos explica que "la motivación pretende, por un lado, posibilitar la interposición de los recursos impugnativos ordinarios y, por otro lado, proporcionar a las partes información acerca de por qué se ganó o perdió un caso."¹³.

Más adelante, el Art. 62 es claro en señalar que no existe una apelación o recurso impugnativo que permita corregir el contenido del laudo, el único recurso previsto contra el laudo es el recurso de anulación y está limitado a determinadas causales taxativas previstas en la Ley:

"Artículo 62

1. **Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación.** Este recurso constituye la **única vía de impugnación del laudo** y tiene por objeto la revisión de su validez por **las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.**
2. [...] **Está prohibido** bajo responsabilidad, **pronunciarse sobre el fondo de la controversia** o sobre el contenido de la decisión **o calificar los criterios,**

¹² "Ello significa que las partes pueden pactar un laudo sin motivación. Con ello la norma rompe la idea, inspirada en una aproximación procesalista, que los laudos, como las sentencias, deben necesariamente ser motivados, y que la no motivación es una violación al derecho de defensa. En el arbitraje ello no es cierto, pues al admitirse que el laudo puede no estar motivado, se acepta que la omisión de la motivación no necesariamente viola los derechos de las partes y que, ocurrida dicha renuncia, no hay afectación al derecho de defensa." BULLARD, Alfredo. Art. 56- Contenido del laudo. En comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2011. pp. 613-614.

¹³ CANTUARIAS, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. p. 315.

**motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. (énfasis
añadido)**

Como señala ARRARTE, esta norma no es más que la materialización del llamado efecto negativo del convenio arbitral, si entendemos que a través de la celebración del convenio arbitral, las partes han renunciado a que la controversia suscitada entre ellas, sea materia de decisión por una autoridad judicial, precisamente para someterla al pronunciamiento de un tribunal arbitral, parece claro que una revisión judicial, sea en el fuero común o constitucional, no puede entrar al análisis del contenido de la decisión¹⁴.

RIVAS se cuestiona -correctamente- "¿qué sentido tendría que las partes designen un árbitro para que éste resuelva su disputa si posteriormente un juez podría ratificar, modificar o revocar la decisión arbitral."¹⁵ Ninguno. Por ello, la prohibición del Art. 62.2 es coherente con la decisión de las partes.

Finalmente, el Art. 63 de la L.A prevé las siguientes causales de anulación.

"Artículo 63.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

¹⁴ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje. La anulación del laudo y el proceso de amparo». En Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Embajada de Francia y Estudio Mario Castillo Freyre, 2008, volumen 6, p. 139.

¹⁵ RIVAS, Gino. La anulación del laudo por su motivación en el Perú – Cómo hacer frente a una vía distorsionada. THEMIS Revista De Derecho N° 72, 2018. p. 226.

- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral."

Como se evidencia, de la lectura de este artículo no se desprende que un vicio de motivación sea una causal de anulación. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han brindado una interpretación amplia de estas causales, tanto las Salas Comerciales como los usuarios del arbitraje, se han decantado por los incisos b., en tanto la debida motivación forma parte del debido proceso; y c., en tanto se le puede concebir como una afectación a los derechos de una de las partes como un incumplimiento a las reglas del arbitraje¹⁶ para solicitar y amparar la anulación de laudos por vicios en la motivación.

Independientemente de la causal que se invoque, porque no es propósito de este trabajo entrar a esa discusión¹⁷, advertimos que el problema radica en el sustento del vicio de motivación que se invoca al pretender anular el laudo. Pues es el fundamento de estos pedidos los que determinan si estos son manifiestamente contrarios a la prohibición de revisión sobre el fondo del laudo o si estamos ante un legítimo reclamo ante una arbitrariedad en el arbitraje. Para ello debemos identificar ¿Cómo puede garantizarse el derecho a la debida motivación sin que el juez incurra en una revisión sobre el fondo de una controversia arbitral? ¿cuál es el estándar de motivación en arbitraje que el juez puede revisar?

La respuesta está en leer estos tres artículos en referencia de manera conjunta, la causal c. del Art. 63 establece que el laudo puede ser anulado en tanto sea contrario a alguna de las disposiciones de la L.A. La disposición relevante de la L.A para este punto es el Art. 56, el cual señala que, salvo pacto en contrario, los laudos deben ser motivados. Dada la prohibición del Art. 62.2 a que los jueces revisen el fondo de la controversia o califiquen la calidad de la motivación del laudo, es seguro concluir que un laudo puede ser anulado únicamente cuando no exista motivación. Esto porque la

¹⁶ RIVAS, Gino. La anulación del laudo por su motivación en el Perú – Cómo hacer frente a una vía distorsionada. THEMIS Revista De Derecho N° 72, 2018. p. 227.

¹⁷ "los jueces peruanos al momento de tratar los supuestos defectos que tendría la motivación de los laudos, vienen apelando a la causal de anulación prevista en el artículo 63.1.b de la Ley de Arbitraje, (...) Conforme a la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley de Arbitraje peruana, el tema de la motivación debe analizarse a partir de la causal contenida en el artículo 63.1.c, ya que si no existe motivación en el laudo, lo que existe es una violación del pacto de las partes. (...)" CANTUARIAS, Fernando; REPETTO, Jose Luis. El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. IUS ET VERITAS N° 51, 2015. p. 43.

motivación funciona como un requisito de validez del laudo, y por ende, de no existir la misma, dicho laudo deberá ser anulado.

BULLARD coincide con esta posición:

“La motivación es en el arbitraje, prescindible. Pero esta norma [refiriéndose al Art. 56 de la LA], leída conjuntamente con el 62, **lleva a considerar que basta que exista una motivación, pero no se exige que la misma sea adecuada**”¹⁸.

Así, el juez tendría que verificar únicamente la existencia de motivación como un análisis formal del laudo, más no el razonamiento interno que haya llevado a los árbitros a tomar dicha decisión. El cuestionamiento de la existencia de motivación deberá responderse con el propio texto del laudo, sin necesidad de que la Sala revise otros actuados del expediente¹⁹.

LEÓN PASTOR también coincide con esta posición señalando que: “[...], puede hacerse un control externo, verificando la existencia de tales fundamentos, sin entrar a evaluar si estos son o no correctos, porque eso es privativo del juzgador”²⁰. A su parecer, este ejercicio es completamente posible pues: “las categorías de las teorías de la argumentación, ellas nos dan herramientas de análisis conceptual exigente, para discriminar cuándo, en un primer nivel, una decisión está motivada y cuándo, en un segundo nivel, esos motivos son correctos.”²¹. De ello podemos identificar que en un análisis de motivación se pueden analizar dos aspectos: (i) la existencia de motivación y (ii) la corrección de esta motivación. En el control de las decisiones arbitrales solo se analiza el primer aspecto.

Así, estamos de acuerdo con CANTUARIAS Y REPETTO cuando señalan que el estándar de motivación en el arbitraje es que se diga (i) quién gana, (ii) por qué gana y (iii) que quede claro por qué una persona tiene la razón²². Ello implica que ante la ausencia²³ e incongruencia²⁴ en la motivación se genera la anulación del laudo²⁵. Ante la ausencia

¹⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. *Advocatus*, 2015, N° 32, p. 199-203.

¹⁹ Cabe mencionar que esto no se condice con los pedidos de información adicional del expediente que realizan las Salas Comerciales antes de declarar admisible la demanda de anulación.

²⁰ LEÓN PASTOR, Ricardo. “¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?”, *Arbitraje PUCP* Año 6, N° 07.

²¹ *Idem*.

²² CANTUARIAS, Fernando; REPETTO, Jose Luis. El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS* N° 51, 2015. p. 40.

²³ Cuando, por ejemplo, (i) no se dice nada sobre el análisis del caso o (ii) el “análisis” del caso se limita al plano teórico sin referirse a lo ocurrido o cuando el Árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos (casos de motivación aparente).

²⁴ Cuando se manifiesta una incongruencia entre lo resuelto y lo motivado, por ejemplo, cuando se pide al tribunal que resuelva un asunto y el laudo declara fundado el asunto, pero la motivación se refiere a otro asunto, es claro que no hubo motivación sobre la pretensión discutida en el arbitraje.

²⁵ Coincidimos con REGGIARDO "A mi juicio, sobre este tema procede la anulación de laudo por tres motivos: i) inexistencia de motivación, ii) motivación sustancialmente incongruente; y, de modo muy excepcional, iii) motivación aparente." REGGIARDO, Mario. Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo. *Advocatus* N° 29, 2013. p. 210.

total y la incongruencia, como se puede apreciar, no se determina por qué gana ni queda claro por qué tiene la razón.

La jurisprudencia ha ratificado esta posición aplicando el estándar de inexistencia de motivación como única posibilidad para anular un laudo, entendiendo que la motivación aparente es también una forma de no motivar:

“a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión (...).”²⁶

Bajo este análisis, queda claro que el estándar de motivación que propone la L.A es distinto al estándar judicial. En ese sentido, se vuelve relevante contestar una pregunta bastante debatida en los últimos años: ¿puede el arbitraje aplicar un estándar de motivación distinto al judicial? Y, en segundo lugar, ¿cuál sería la diferencia entre ambos estándares?

En primer lugar, no cabe duda de que las garantías del proceso judicial y el arbitral son distintas. En palabras de WONG:

"[...] la sujeción a un arbitraje privado conlleva un abandono legítimo de muchos de los derechos que conforman el derecho a un debido proceso judicial. Concluimos, asimismo, que cuando los particulares, para resolver sus conflictos disponibles, excluyen a la jurisdicción ordinaria excluyen por ese mismo hecho a todos los derechos contenidos en el debido proceso distintos del derecho a la defensa o de los otros derechos cuya lesión constituye una causal expresamente contemplada en la ley como de nulidad del laudo arbitral.”²⁷

Ahora, lo anterior no nos debe llevar a pensar -tampoco- que no son necesarias garantías mínimas en el arbitraje ya que, pese a que el arbitraje funciona -y funciona bien-, no podemos dejar de lado el hecho de que el control de la labor de los árbitros es importante, en particular sobre su decisión final contenida en el laudo²⁸. En esa línea, coincidimos con NUÑEZ DEL PRADO cuando señala que "la necesidad de impugnar parece responder a una tendencia natural del ser humano. A las personas les carcome

²⁶ Resolución N° 14 bajo Exp. N° 274-2012 de fecha 08 de agosto de 2013, Considerando 10.

²⁷ WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 95.

²⁸ "El arbitraje no es, sin embargo, un «coto de caza» donde los árbitros pueden hacer lo que les da la gana, libres de control. El recurso de anulación es la forma como la ley preserva el derecho de las partes de que los árbitros actúen correctamente y, sobre todo, respeten el pacto arbitral. Siempre digo que el recurso de anulación es justamente un sistema de protección del convenio arbitral. Y la esencia del convenio arbitral es, como ya dijimos, que los árbitros resuelvan, dentro del marco de lo acordado, el fondo de la controversia. Por eso es un recurso limitado, diferente a la apelación." BULLARD, Alfredo. El control judicial del Arbitraje. Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010. Palestra Editores S.A.C., 2012. p. 30.

la posibilidad que todo se acabe de una sola vez sin ningún tipo de control."²⁹. Somos de la opinión de que la posibilidad de revisión del laudo da garantías que permiten a las partes que pactan arbitraje tener una mayor seguridad en este mecanismo de resolución de controversias.

Por lo mismo, la conclusión del análisis anterior es que sí debe asegurarse la existencia de motivación y que dicha verificación está a cargo de las cortes nacionales. La diferencia yace en el estándar de motivación aplicado por ellos. Mientras que el estándar arbitral proviene de la propia LA, en el caso de las sentencias el estándar de motivación aplicable proviene de la propia constitución.

Esta diferencia ha sido correctamente explicada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España:

“Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control. Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 3 7.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador. Puede que la confusión que este Tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre; y 176/1996, de 11 de noviembre) —y luego reiterada en posteriores— de la expresión “equivalente jurisdiccional” para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral”³⁰.

Por otro lado, las altas exigencias del estándar de motivación judicial guardan sentido con las finalidades de su jurisprudencia. En el ámbito judicial, la motivación de las decisiones tiene una función uniformizadora mediante el desarrollo de jurisprudencia

²⁹ NUÑEZ DEL PRADO, Fabio. El recurso de anulación de laudo y el derecho a patatear. THEMIS Revista De Derecho N° 71, 2017. p. 16.

³⁰ Sentencia del Expediente 3956-2018, 2021, p. 20.

y precedentes que -a su vez- dan señales al mercado y predictibilidad sobre cómo y porqué se fallaría de cierta manera.

Sin embargo, los laudos a diferencia de las sentencias y resoluciones judiciales, -usualmente- son confidenciales³¹ y sus efectos -en principio- no se extienden a aquellos que no hayan sido parte del arbitraje. Entonces, de las funciones de la motivación mencionadas, en el arbitraje sería únicamente la de proporcionar información a las partes del resultado de la decisión (cosa a la que se podría renunciar).

Asimismo, la función de los árbitros y los jueces están ubicadas en contextos distintos. Es relevante ubicar la función arbitral en el contexto en el que aquel que resuelve la controversia es un sujeto (o grupo de personas) designado por las partes. Como explica SERVÁN "la selección del juzgador permite a las partes obtener la justicia que se ajusta a sus necesidades, ya que las partes pueden ser fácilmente comprendidas por los árbitros. (...) Esta situación además genera una sensación de cercanía y proximidad de las partes con el proceso, que repercute en la confianza de las partes en el proceso en su conjunto. Así, las partes tienen la impresión de que controlan el arbitraje, lo que marca una diferencia sustancial con el proceso judicial."³².

Y es que los jueces -a diferencia de los árbitros- no son elegidos, son asignados a cada caso mediante un sistema en el que las partes del proceso no tienen ninguna injerencia. En razón de ello y ante una natural desconfianza en la capacidad de un desconocido de poder resolver las controversias de forma adecuada es que las garantías procesales como -por ejemplo- la doble instancia y una debida motivación son requeridas en los procesos.

Ahora bien, esta diferencia de estándares aplicables no es únicamente teórica. Esta distinción ha sido ampliamente debatida precisamente por los impactos prácticos que conlleva. Como ya mencionaban Cantuarias y Repetto, el estándar de motivación judicial ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en el Caso Llamoja (Exp. 00728-2008-PHC/TC), en este caso el Tribunal estableció hasta cinco vicios en la motivación:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente
- b) Falta de motivación interna del razonamiento
- c) Deficiencias en la motivación externa
- d) Motivación insuficiente
- e) Motivación sustancialmente incongruente

³¹ "frente a terceros, los laudos son confidenciales, salvo pacto en contrario y, por lo tanto, no van a ser conocidos por terceros." CANTUARIAS, Fernando; REPETTO, Jose Luis. El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. IUS ET VERITAS N° 51, 2015. p. 39.

³² SERVÁN, Nicolás. Una receta para evitar el fracaso de otra reforma del sistema de justicia. Tesis presentada para optar al Título profesional de Abogado. Universidad del Pacífico, 2022. pp. 78-79.

De acuerdo al análisis previo de la L.A, dado el límite planteado a la revisión de los jueces, en el arbitraje solamente será revisable el vicio a) inexistencia de motivación o motivación aparente.

Ahora, a pesar de que se ha manifestado en algunas decisiones de las Salas Comerciales, no consideramos que la motivación insuficiente sea un fundamento que amerite anular un laudo pues la suficiencia o insuficiencia en la motivación del laudo ya entra en una zona gris en la que la subjetividad del juez puede entrar a tallar y debemos reconocer y neutralizar este peligro porque "el establecer límites adecuados a los jueces es central en el desarrollo del arbitraje"³³.

En la línea de lo explicado, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia ya referida del 2021 ha señalado que "el art. 37.4 LA únicamente dispone que "el laudo será siempre motivado", pero **no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra.**"³⁴ (Énfasis agregado).

Al igual que en nuestro ordenamiento, en la legislación española las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de Arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a las decisiones de los árbitros, en particular, no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contravenir el orden público³⁵.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español explicó que "de la regulación legal tan **sólo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos.** No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan **solo que consten las razones de la decisión,** sin que

³³ BULLARD, Alfredo. El control judicial del Arbitraje. Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010. Palestra Editores S.A.C., 2012. p. 27.

³⁴ Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español Recurso de Amparo N° 3956-2018.

³⁵ "Artículo 63.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

- d. Que el tribunal arbitral ha **resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.**
- e. Que el tribunal arbitral ha **resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.**
- f. Que según las leyes de la República, **el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.**

(...)" (Énfasis agregado).

tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas."³⁶ (Énfasis agregado). Precisamente el estándar que consideramos se debe seguir.

En ese sentido, nos reafirmamos en que bajo la prohibición del Art. 62.2 de la LA no es posible que se anule un laudo bajo insuficiencia de la motivación. Esto pues para realizar dicho examen el juez necesariamente tendría que calificar los criterios y motivos del tribunal arbitral.

IV. Experiencia destacable de la jurisprudencia peruana

De la revisión de algunas Sentencias emitidas por las Salas Comerciales podemos obtener una variedad de pronunciamientos entre los cuales encontramos algunos que debemos destacar y algunos tropiezos que nos desvían -a veces de forma inadvertida- del claro estándar que debería buscarse en la revisión de la motivación del laudo. Veamos.

Las Salas, al momento de fundamentar sus decisiones recurren a ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Ello a fin de sustentar los parámetros en los cuales enmarcan su decisión. Ahora, muchas veces las Sentencias del Tribunal Constitucional no se ajustan al arbitraje y terminan confundiendo a quienes creen que sus alcances se pueden aplicar a los casos en los que se invocan.

Por ejemplo, en la Sentencia de la Segunda Sala Comercial de fecha 16 de diciembre de 2015 recaída en el Exp. N° 70-2015 se ha hecho referencia al caso "Maria Julia":

"SETIMO: Dentro de los derechos constitucionales pasibles de protección por vía del recurso de anulación, se encuentra el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 de la Constitución, y cuya pertinencia y garantía en sede arbitral ha quedado indubitablemente consagrada con la sentencia del caso Cantuarias Salaverry y fuera reiterado en el citado caso María Julia, en que el Tribunal Constitucional estableció:

"12. de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, "la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra

³⁶ Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español Recurso de Amparo N° 3956-2018.

exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso" (STC 6167-2005- PHC/TC, fundamento 9)."

Esto podría dar a entender que todas las garantías del debido proceso y componentes de la función jurisdiccional deben estar presentes en el arbitraje. Ello no es así. Como explicamos anteriormente, el arbitraje se sitúa en un contexto distinto al de un proceso y, como bien explica WONG sobre precisamente este tipo de pronunciamientos, "Esta afirmación del Tribunal parece inobjetable pero basta analizarla críticamente para demostrar su falsedad, en efecto, en el arbitraje no se observan todos los principios y derechos de la función jurisdiccional así como tampoco se observan todas las garantías que componen el derecho al debido proceso."³⁷

En esa misma Sentencia también se hizo referencia a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Exp. N° 1313-2005-HC/TC) sobre los alcances de la motivación:

"OCTAVO: El Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que: "es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión". (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11)"

Si bien este extracto podría verse como algo positivo por el lado en el que señala que no se garantiza una determinada extensión de la motivación, su uso puede dejar bastante que desear pues se puede entender como una homologación de la labor de motivación del árbitro a la de un juez y -por otro lado- abre la puerta al análisis de la suficiencia de la motivación cuando señala que el contenido esencial se respeta cuando "por sí mismo, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada".

El mismo defecto podemos advertir en la Sentencia de la Segunda Sala Comercial de fecha 25 de julio de 2014 recaída en el Exp. N° 351-2013 cuando, pese a que reconoce

³⁷ WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 94.

que no se debe de dar respuesta a cada una de las pretensiones, erra al dejar abierta la puerta al poder evaluar la "insuficiencia" de fundamentos:

"SETIMO: Sin embargo, debe tenerse presente que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por si mismo, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión" (STC Nro. 1291-2000- AA/TC); y de otro lado, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, sino que la insuficiencia, vista en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo (STC Nro. 728-2008- PHC/TC)."

Y es que el tropiezo que nos preocupa sobre el marco teórico que hemos señalado en los párrafos anteriores se ha reflejado en pronunciamientos en los que las Salas Comerciales han optado por un análisis de la suficiencia de la motivación, por ejemplo, en la Sentencia de la Segunda Sala Comercial de fecha 16 de diciembre de 2015 recaída en el Exp. N° 109-2015³⁸:

"Décimo Quinto.- Efectuando una apreciación compulsada de los fundamentos primordiales que sostienen el Recurso de Anulación y los glosados por el Árbitro Único, éstos últimos transcritos en el considerando inmediato anterior, **se colige que la sede arbitral no satisface los estándares mínimos que sobre el contenido constitucional del derecho a la motivación ha establecido el Tribunal Constitucional**, siendo que el Laudo impugnado **incurre en una deficiente motivación**, lo que implica la afectación al debido proceso arbitral.

(...)

16.2. El Árbitro Único al dilucidar sobre la existencia del daño y su probanza, enunció que con la evaluación verificada en torno a la primera pretensión de la demanda arbitral quedó convencido que la presentación del Informe de Resultados por parte de la Empresa no tenía plazo y que la Entidad al no cuestionar su presentación lo consintió, concluyendo que EMTE no incurrió en alguna causal que amerite la aplicación de la penalidad por mora, correspondiendo a CORPAC devolver la suma descontada por Nota de Débito N° 020-0001371, lo que generó perjuicios a la Contratista, quien asumió costos asociados por el actuar de CORPAC que han sido acreditados; empero, **dicha explicación no es suficiente**, desde que no se desarrolla con precisión la conducta generadora del daño, el daño mismo y el nexo de causalidad entre

³⁸ El análisis de la suficiencia de la motivación del laudo se ha seguido manifestando en los años, por ejemplo, en las Sentencias recaídas en los Exp. 00174-2022, 323-2022.

estos dos últimos elementos, como podría ser el ilustrar cómo la supuesta falta de incursión por parte de la Empresa en la comisión de causal para la aplicación de penalidad por mora y el hecho de que CORPAC deba devolver la suma descontada a través de la Nota de Débito N° 020-0001371, **constituyan las únicas situaciones generadoras del daño y si éstas son suficientes para estimar una pretensión indemnizatoria por daño emergente.**

16.3. Sobre este mismo punto, **el Árbitro Único, de manera general, cita una serie de documentos presentados por la Contratista, los que, según su apreciación, son suficientes para probar los perjuicios a EMTE;** sin embargo, no explica de qué manera cada uno de los documentos allí mencionados se concatenan de tal manera que en conjunto resulten pertinentes e idóneos para acreditar los perjuicios supuestamente ocasionados a la Contratista, careciendo de un decurso lógico jurídico y análisis probatorio respectivo en este extremo.

(...)

Décimo Séptimo.- **Los defectos anotados relievan que el Laudo sub materia se encuentra incurso en vicio por motivación insuficiente, al no contener el mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho imprescindibles para asumir que la decisión se encuentra debidamente motivada.** Como se ha podido determinar la decisum arbitral padece de un adecuado examen de los elementos que integran la responsabilidad civil, lo que ha originado que carezca de coherencia lógica-jurídica y valoración conjunta y razonada de los medios probatorios.

Décimo Octavo.- En síntesis, habiéndose advertido una **inadecuada y deficiente motivación** en el Laudo bajo examen sobre la pretensión relativa al pago de una indemnización por daño emergente, da lugar a su anulación, (...)" (Énfasis agregado).

En esta Sentencia podemos advertir que la Sala hace referencia a "estándares mínimos sobre el contenido constitucional del derecho a la motivación" ¿Cuál es estándar? Al parecer, uno a criterio del juez. Y es que, la suficiencia de la motivación abre una puerta a un mayor análisis por parte de las Cortes pues "el Tribunal estima que la insuficiencia debe apreciarse caso por caso (...). Sin embargo, resulta evidente que la falta de exhaustividad al momento de fundamentar la decisión abre la posibilidad para que quien juzga la existencia del defecto incorpore criterios subjetivos en su examen, creando de este modo mayores cuotas de inseguridad."³⁹ Así, si la motivación no es exhaustiva, contestando todo aquello que fue alegado por las partes, el juez

³⁹ WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 127.

encargado de la revisión posterior del laudo tendrá un mayor margen para poder señalar si las justificaciones del árbitro le parecen suficientes o no⁴⁰.

Como podemos apreciar en el extracto de la citada Sentencia, la Sala expresa que: (i) una explicación no es suficiente y critica que no se hayan analizado otras situaciones, (ii) se refiere a la apreciación del árbitro de documentos, referencia de la cual se desprende una crítica de la suficiencia de estos para probar perjuicios y (iii) no contiene el mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho "imprescindibles". Aquí entra a tallar la interpretación de los hechos y del derecho por parte del juez y de lo que este considera que se debe analizar, pues, si no se ha analizado ello de forma "suficiente", podríamos estar ante la nulidad del laudo pues lo que se habría analizado de forma "insuficiente" sería "imprescindible" o "fundamental" para resolver la controversia de una u otra forma.

WONG señala que en este supuesto "la supuesta relevancia del hecho o argumento dejado de apreciar por los árbitros debe ser de una entidad tal que la lesión al derecho de defensa de las partes sea manifiesta. De no ser así se estaría burlando la prohibición legal de no emitir decisión sobre el fondo de lo decidido en vía arbitral."⁴¹. Pero, ¿quién determina esta relevancia del hecho o argumento? Es el mismo juez, por lo que el criterio sigue siendo subjetivo.

Los recursos de ese tipo siempre se van a manifestar en la medida en que el perdedor de una disputa siempre va a creer que la motivación del laudo no es suficiente pues no ha desarrollado de forma suficiente los argumentos y pruebas que son determinantes para que le den la razón. Es labor de las Salas Comerciales evitar que se sigan interponiendo, cerrándoles esa puerta que puede dar lugar a injerencias no deseadas por parte de los jueces. Podemos afirmar -a priori- que aquellos que pactan arbitraje prefieren una mala decisión de un árbitro que eligieron a una mala decisión del juez que revisa el laudo.

Habiendo hecho una breve crítica de un elemento que nos sigue preocupando en las Sentencias, debemos destacar el pronunciamiento hecho en la Sentencia de la Segunda Sala Comercial de fecha 27 de abril de 2021 recaída en el Exp. N° 00583-2019:

"De lo expuesto se determina que, la rigurosidad, respecto de la motivación al interior de un laudo, por el principio de autonomía de las partes que rige a los arbitrajes, no es exigida así de estricto, como lo es para una sentencia emitida por un Juez (...) el control que realiza el Poder Judicial, no debe colisionar con el principio de irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N° 1071, pues su labor se encuentra limitada sólo

⁴⁰ WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 127.

⁴¹ WONG, Julio. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Jurista Editores, 2013. p. 205.

a decidir sobre la validez o invalidez del laudo, en base a las causales estipuladas en la ley de la materia" (Énfasis agregado).

La Sentencia reconoce que el estándar de motivación de un laudo no es el mismo para los árbitros que para los jueces al motivar una sentencia. Y, a pesar de que recoge la Sentencia del STC. 1313-2005-HC/TC para hacer referencia a la extensión de la motivación, dejando abierta la posibilidad de un análisis sobre la suficiencia de la motivación, hace bien en reconocer: (i) que la demandante pretende, en realidad, un pronunciamiento del fondo de la controversia y (ii) que la Sala puede estar de acuerdo o no con el razonamiento, criterios, interpretación o posición jurídica empleados por el árbitro, pero no se pueden entrar a revisarlos:

"3.61. Asimismo, es menester agregar que, aunque ENEL cuestiona la motivación contenida en el laudo, **los fundamentos que sustentan tal aseveración, conllevan la intención nítida de una evaluación jurídicamente vedada en estos procesos**, como es el pronunciamiento del fondo de la materia sometida a arbitraje, o la revaloración de los medios probatorios ofrecidos en dicha sede; lo cual se encuentra prohibido por el artículo 62° numeral 2) de la Ley Arbitral. Finalmente, debemos ser enfáticos en reiterar que **este Colegiado puede o no estar de acuerdo con el razonamiento, criterio, interpretación, posición jurídica o conceptos empleados por el Árbitro, para resolver los puntos controvertidos sometidos al proceso; sin embargo, no podemos entrar a revisarlos más que en lo estrictamente formal.**" (Énfasis agregado).

Por último, pero no menos importante, la Sentencia hace hincapié a que el estándar de motivación que las partes esperaban del laudo es aquel que pactaron al elegir el reglamento arbitral que regiría las actuaciones:

"no debe soslayarse que ambas partes pactaron que el estándar de motivación está contenido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI"

Ahora, en esa misma línea, la Sentencia de la Primera Sala Comercial de fecha 15 de febrero de 2022 de un proceso de reconocimiento de laudo (Exp. N° 00207-2021) hace una serie de buenas precisiones que merecen ser destacadas y compartidas:

"esta Corte tiene claro, también, que el propio Tribunal Constitucional ha admitido **la intensidad distinta en el contenido del debido proceso en su vertiente procesal, según que se trate la controversia en sede judicial o arbitral**

(...)

Es así que autorizada doctrina nacional concluye que **"dichas garantías (las del debido proceso) serán aplicables al arbitraje siempre que sean compatibles con la naturaleza y fines de dicha institución"**; a saber: la flexibilidad,

confidencialidad y neutralidad del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas, que se sustenta y en el que prevalece la voluntad jurígena de las partes. Es así, por ejemplo, que de acuerdo al marco legal peruano, en el arbitraje pueden las partes acordar prescindir de la motivación del laudo, como se desprende del artículo 56.1 de la Ley, lo que pone en entredicho que la motivación sea per se un elemento típico del debido proceso arbitral, ineludible y condicionante de la validez del laudo, pues conforme al Derecho positivo nacional, válidamente puede afirmarse que en el arbitraje existe la obligación de motivar, salvo pacto en contrario." (Énfasis agregado).

"sobre la base que **la motivación del laudo no puede ser asumida en los mismos términos que la motivación de una resolución judicial**, el Colegiado considera que sus alcances deben ser acotados en el marco de dos elementos fundamentales: la propia caracterización del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y su modulación en tratándose de laudos arbitrales según los pronunciamientos de los órganos judiciales competentes en materia de colaboración y control arbitral; y, de otro lado, el principio de irrevisabilidad del laudo." (Énfasis agregado).

Como se puede observar, la Sentencia reconoce que el contenido del debido proceso en un arbitraje es de una intensidad o estándar distinto al que se exige en un proceso judicial (incluso señala que es distinto dentro de los diferentes tipos de procesos). Así, indica que las garantías serán aplicables en la medida en que sean compatibles con la naturaleza y los fines de la institución.

Ahora, por otro lado, debemos destacar que la Sala hace bien al referirse al reglamento arbitral, pues el arbitraje en cuestión era administrado por la CCI que tiene un procedimiento particular en la emisión del laudo, el cual pasa por un escrutinio previo por parte de la Corte de Arbitraje de la CCI:

"Ahora bien, planteada la alegación esencial de incumplimiento de una regla del procedimiento arbitral aplicable al caso concreto, por supuesta indebida motivación, el Colegiado no puede menos de considerar que tratándose en el caso concreto de un arbitraje administrado por el Tribunal Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional, resulta pertinente lo dispuesto por el artículo 34 de su Reglamento Arbitral"

En ese sentido, es mérito de la Sala advertir que **"la institución arbitral se ha reservado una función de control formal de la regularidad del laudo**, ex ante su emisión, siendo que en el caso concreto se cumplió ello según se encuentra certificado por la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje CCI, a folios 3513." (Énfasis agregado). Así, "cabe presumir que **dicho laudo ha sido emitido en cumplimiento de las reglas que rigen ante dicha institución, entre ellas, la de motivación**, debiendo entenderse

que el laudo en referencia satisface el estándar de motivación aplicado por la Cámara de Comercio Internacional en el escrutinio del laudo" (Énfasis agregado).

Para comprender este razonamiento, es importante entender qué es el escrutinio bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional⁴²:

“Art. 34. – Escrutinio del laudo por la Corte

Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte”.

Como rescatan EZCURRA y MASNJAK “la Corte puede formular observaciones en cuanto a la forma y fondo del laudo, pero solo las observaciones de forma son vinculantes para los árbitros. El reglamento enfatiza que la Corte respeta la libertad de decisión del tribunal arbitral y que el laudo no podrá emitirse antes de haber sido aprobado en cuanto a su forma”⁴³. Es decir, al ser este un medio de revisión previa a la emisión del laudo tiene mayores posibilidades de reducir el margen del error al cual podría estar sujeto el laudo.

Ahora, es nuestra opinión que, existiendo dicha labor por parte de la institución arbitral que administró el arbitraje, la Sala pudo haberse referido a que el laudo ya había sido sometido a una revisión de su motivación y cumplía con el estándar de motivación de la institución pactada por las partes. Independientemente de ello, la Sala siguió con su análisis.

En nuestra opinión, las cortes nacionales podrían considerar que ya se ha cumplido con el estándar de motivación aplicable al caso por el solo hecho de haber sido sometido al escrutinio en el centro arbitral que haya administrado el arbitraje. Esto de ninguna forma significa que el laudo no pueda ser sometido al recurso de anulación, o incluso anulado, sino que ello por lo menos debería limitar el análisis de motivación de la Sala que resuelva sobre dicho recurso. Cabe resaltar, que en la actualidad este criterio no es aplicado por las Salas Comerciales.

Adicionalmente, una decisión particularmente ilustrativa de los análisis de motivación que pueden manifestarse es la Sentencia de la Segunda Sala Comercial de fecha 21 de abril de 2015 (Exp. N° 292-2014), en esta sentencia la parte perdedora del arbitraje

⁴² Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente desde marzo del año 2017.

⁴³ EZCURRA, Huáscar; MASNJAK, Daniel. Pongamos a competir a las instituciones arbitrales: a favor del escrutinio de laudos en el Perú. THEMIS Revista de Derecho, 2020, N° 77, p. 517-530.

solicitó la anulación del laudo hasta por cuatro puntos viciados de motivación, dos de ellos son los relevantes para este análisis.

En primer lugar, esta sentencia incurre en el mismo error de las sentencias previamente reseñadas: en su base conceptual se remite a pronunciamientos del Tribunal Constitucional para establecer el estándar de motivación aplicable al laudo, realizando especial énfasis en que la motivación debería ser suficiente. Como ya hemos explicado ampliamente, este es un estándar de motivación judicial, no aplicable al arbitraje.

Esta mala conceptualización, en definitiva, impactó en su forma de resolver el recurso pues al denegar un extremo de la demanda, realiza un análisis muy pormenorizado del laudo y los documentos arbitrales, llegando incluso a hacer referencias al dictamen pericial actuado en el caso y al conocimiento o desconocimiento de los árbitros⁴⁴. Si bien este análisis no tuvo como consecuencia la anulación, ello no lo exime de haber sobrepasado los límites de su función pues revisa el fondo de la controversia. En otras palabras, este análisis resultó innecesario. La Sala debió remitirse únicamente a la existencia de motivación para justificar dicho extremo de la resolución arbitral.

A pesar del concepto erróneo que enmarca esta sentencia, podemos destacar de esta sentencia es que la anulación parcial que realiza sí responde a un supuesto de motivación inexistente cuando señala:

“Sin embargo, se advierte del laudo en mención, que la primera pretensión principal ha sido declarada fundada en parte, por lo que a la luz del lacónico fundamento del laudo, no se entiende por qué la accesoria ha de ser desestimada in integrum, lo que otorga relevancia al argumento de la nulidad planteado por los nulidiscuentes, que este Colegiado estima suficiente para juzgar la invalidez del laudo en dicho extremo, al no haberse dado respuesta congruente y motivada respecto de dicha pretensión indemnizatoria, debiendo reenviarse a sede arbitral a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento” (Énfasis añadido).

Este análisis es correcto pues para determinar la nulidad, la Sala únicamente se limita a revisar el propio texto del laudo y a advertir que no existe contenido alguno que sustente la decisión de declarar infundada dicho extremo de la demanda.

V. Conclusiones

Hoy en día el juez no es un adversario ni enemigo del árbitro sino un socio que -desde un rol limitado- ayuda a dar seguridad a las partes de que el arbitraje se llevará de acuerdo a lo previsto por ellas, conforme al convenio y sin vulnerar los derechos de las partes.

⁴⁴ Considerando Décimo Quinto de la sentencia en referencia.

Pese al respeto que la judicatura ha mostrado a los límites que se han introducido mediante la legislación arbitral vigente a la intervención judicial, la realidad refleja que existen recursos que se plantean sobre vicios de motivación distintos a su inexistencia que -muchas veces- reflejan una apelación encubierta. Ante ello, y ante la falta de claridad respecto a la posibilidad de analizar ciertos vicios como la motivación insuficiente, se ha dejado abierta una puerta que puede dar lugar a cierta subjetividad por parte de los jueces.

A pesar de ello, somos optimistas en señalar que el conocimiento por parte de los jueces sobre la naturaleza del arbitraje y lo que se adecua a esta institución ha mejorado significativamente con el tiempo y se puede reflejar en ciertas decisiones emitidas en los últimos años. Siendo ello así, creemos que corresponde a los litigantes y usuarios del sistema no dificultar la labor revisora de los jueces evitando la interposición de recursos con fundamentaciones basadas en estándares de motivación ajenos al arbitraje. Ello no deja de lado la labor de los jueces de alejarse de aquellos elementos identificados que confunden el marco legal aplicable a la revisión del laudo para que eventualmente no haya duda de esta revisión es justa y necesaria.

Régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida: aspectos operativos y naturaleza jurídica

Alexis Meza Mitacc*

Resumen. - Las empresas de servicio de entrega rápida ofrecen entregas de envíos garantizados, rápidos, confiables, a todo el mundo, integrados, puerta a puerta, que son rastreados y controlados en todo el proceso logístico. En este artículo revisamos los aspectos operativos y la naturaleza jurídica de la operatividad y el tratamiento aduanero del servicio de envíos de entrega rápida en el Perú.

Abstract. - Express delivery service companies offer guaranteed, fast, reliable, worldwide, integrated, door-to-door delivery of shipments that are tracked and controlled throughout the logistics process. In this article we review the operational aspects and the legal nature of the operation and customs treatment of express delivery services in Peru.

Palabras clave. - Servicio de envíos de entrega rápida – Régimen Aduanero – Logística internacional.

Keywords. - Express delivery service - Customs regime - International logistics.

* Abogado asociado de Salas Rizo Patrón & Margary Abogados SRL. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex jefe de División de Importación de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao; asesor y consultor desarrollando labores en materia jurídica, económica, gestión empresarial sobre tributación, logística internacional y comercio exterior.

I. Acerca del servicio de envíos de entrega rápida

i. Breve presentación y características del servicio

La industria *express* tuvo sus inicios en los años 1960 en los Estados Unidos, consolidándose la siguiente década luego de la desregulación en el transporte aéreo, caracterizándose por gestionar una plataforma logística integrada, realizar entregas en plazos establecidos, de manera segura diferenciándolo de los envíos postales y del transporte de carga general aérea. Hacia los años 1980, la industria se posiciona como un modelo de negocio global.

En la actualidad, la logística internacional se caracteriza por un alto grado de especialización, reducción de los costos de transacción, formación de redes integradas atendiendo el suministro, la producción y distribución de las mercancías. Es un servicio “puerta a puerta”¹.

Las empresas *courier* o de envíos de entrega rápida responden a esa característica de gestión integrada de un segmento específico del tráfico internacional de mercancías: Las que por su urgencia deben ser entregadas con prontitud y seguridad.

En la última década, el comercio electrónico transfronterizo se ha canalizado a través de la plataforma logística del servicio expreso, estando a su alcance global y la personalización de las operaciones en un ambiente virtual. Nos referimos a la modalidad de comercio por canales virtuales (venta de productos a través de tiendas online, redes sociales y *market places*), que permiten a compradores adquirir productos de cualquier parte del mundo y ser entregados directamente en su domicilio². La industria *express* forma parte de la logística del comercio electrónico, facilitando el intercambio comercial y optimizando la cadena logística internacional³. El servicio de envío de entrega rápida, como plataforma logística integrada ha mostrado atender las diferentes modalidades del comercio electrónico, en especial el *Business to Consumer* (B2C) entre empresas y público general, *Business to Business* (B2B) entre empresas, representando cerca del 85% del volumen de importaciones del servicio *express* en el Perú.

El servicio de envíos de entrega rápida es inclusivo al comercio exterior de las personas naturales y, especialmente, las micro, pequeñas y medianas empresas gestionando muestras comerciales, partes, piezas, repuestos, insumos, documentos o productos publicitarios entre otros. Al respecto, en el estudio realizado por Landa, Núñez y Valdivia, se muestra evidencia de correlación Los estudios de correlación y regresión

¹ SILVA, Luis Miguel. La implementación legislativa de los compromisos asumidos en el capítulo de procedimiento aduanero del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América. *Jus La Revista*, 2006, pp. 202-213.

² SÁENZ, Carlos. y Restrepo, Jannet. Tráfico postal y envíos urgentes: Facilitador de las importaciones de limitados volúmenes de mercancías. Escenarios: Empresa y territorio. Vol. 8, 2019, pp. 1.16.

³ ARIAS, Maryorie. y RAYME, Rosa. (2023). La influencia del comercio electrónico en el desempeño logístico de las empresas *courier* internacionales en el territorio peruano en los años 2016 a 2020. (Tesis de grado, UPC).

efectuados permiten señalar que “existe una fuerte relación del comercio exterior de ingreso y salida del país con la importación por envíos *courier*”.⁴

En el siguiente cuadro presentamos los principales sectores y mercancías gestionadas por el servicio de envíos de entrega rápida:

SECTORES ECONOMICOS
Agroindustrial (pimiento, aceite de oliva, aceite de coco, cochinilla)
Alimentarios (preparaciones de alimentos, condimentos, extractos, esencias, concentrados, levaduras, bebidas, lácteos)
Agrícola (semillas y muestras de maíz, trigo, fécula de papas, forrajeros, verduras, abonos)
Minero (muestras de minerales cobre, zinc, níquel, casos de seguridad, calzados)
Químico (cloruro de magnesio, carbonato de calcio, silicatos, lacas)
Servicios de salud (reactivos de laboratorio, vitaminas, cuidado personal, aparatos de electrodiagnóstico, instrumentos de odontología)
Textil (colorante, tejidos, confecciones, etiquetas, hilado, accesorios de confecciones)
Plástico (prolpropileno, preformas, polietileno)
Manufactura (envases, adornos, artículos de oficina, calzados, de vidrio)
Construcción (muestras pisos laminados, herramientas)
Publicidad (impresos publicitarios, tarjetas)
Transporte (accesorios, repuestos y parte para vehículos de transporte terrestre y aéreo)
Tecnología de información (equipos, repuestos y accesorios de informática)
Telecomunicaciones (teléfonos, aparatos de telegrafía, equipos de audio y video)

El principal valor del servicio *express* es la rapidez para la entrega del envío; por ello, el modo de transporte utilizado debe corresponder a esta característica. En nuestro país, la gestión en el ingreso y salida de los envíos se realiza vía el transporte aéreo internacional.

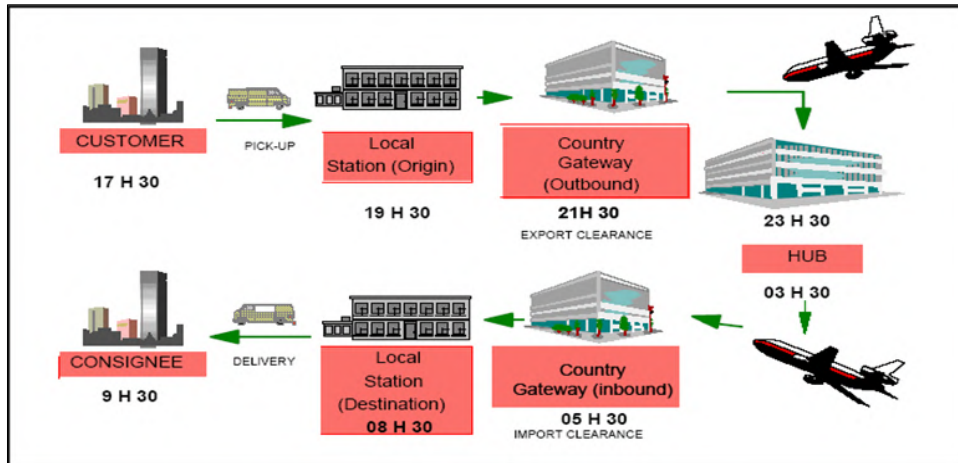
Para explicar brevemente las características y las principales etapas del servicio *express*, conviene citar el Informe “El Impacto de la Industria *Express* en la Economía Global” publicado por Oxford Economics:

“Características de la industria *express*”

La industria *express* simplifica y acelera el proceso de transporte de productos. Organiza la recolección del envío, generalmente al final del día, le permite al remitente el acceso a la información referida al avance en el trayecto de los envíos desde el momento de la recolección del envío hasta la entrega de este, y provee la evidencia de la entrega del mismo. Cuando los envíos son internacionales, la industria *express* se ocupa de obtener la autorización aduanera”⁵.

⁴ LANDA, Gisela, NÚÑEZ, Daniel, y VALDIVIA, Margaret. “Impacto de la Cadena de Suministros *Courier* en el comercio internacional del país”. Tesis de Grado UP, 2017.

⁵ Frontier Economics Ltd. Servicio de entrega urgente y facilitación del comercio: Impacto en la economía mundial, 2015.



ii. Fases del proceso operativo del servicio de envío de entrega rápida:

En el proceso operativo del servicio de envíos de entrega en el Perú, se puede distinguir el flujo de la información o documentos y el flujo de la carga; lo que pasamos a resumir en el siguiente cuadro:

Flujo de la carga o mercancía	Flujo de información y documentos
Recepción de los envíos en los locales de la empresa en país de origen.	Recepción de los documentos en los locales de la empresa en país de origen.
Procesamiento de los envíos en país de origen.	
Transporte de los envíos a zona de embarque, en país de origen.	
	Gestión y trámite aduanero de exportación en país de origen.

Transporte internacional (puede comprender consolidación en aeropuertos <i>Hub</i> y trasbordo).	Gestión de despacho anticipado del trámite aduanero de importación.
Manejo de carga en zona aeroportuaria.	Transmisión de información de manifiesto de carga por el transportista.
Traslado a punto de llegada.	Gestiones en punto de llegada.
Traslado al local de la empresa <i>courier</i> .	Control aduanero.
Distribución y entrega al destinatario.	Registro de recepción por el destinatario.

Se gestiona la información en las diferentes fases del proceso que incluye la trazabilidad de los envíos en el portal web de las empresas de servicio de entrega rápida.

iii. Condiciones del contrato de servicio de envíos de entrega rápida:

La guía de envío de entrega rápida es el documento que contiene el contrato de servicio de envíos de entrega; por un lado, la empresa de servicio de entrega rápida y, por otro lado, el consignatario o consignante. Este documento establece las condiciones, obligaciones o responsabilidades de las partes, considerando las características y proceso operativo de este servicio; en algunos casos se establecen condiciones del embalaje a utilizar según el transporte, peso o volumen de la mercancía.

Si revisamos las guías de envíos de entrega rápida de las principales empresas de servicio de entrega rápida, podemos apreciar las siguientes condiciones:

Condiciones de servicio de principales empresas de servicio de entrega rápida			
Condiciones y términos del contrato de servicio	DHL EXPRESS	FEDEX	UPS
Características del servicio: Recojo, transporte, trámite aduanero, entrega.	x	x	x
Condiciones de transporte: Convenios internacionales relativos a modos de transporte (aéreo, terrestre o ferroviario), tipos de mercancía permitida, consolidación y desconsolidación de carga.	x	x	x
Condiciones para despacho aduanero	x	x	x
Condiciones para entrega y devolución cuando no sea posible entrega. Incluye plazo de entrega garantizado.	x	x	x
Condiciones de embalaje			x
Elaboración propia.			

II. Régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida: breve análisis jurídico

i. Antecedentes normativos

Las regulaciones normativas con relación al servicio y régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida fueron expedidas por el Ministerio de Economía y Finanzas, así como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En la legislación aduanera peruana, los antecedentes del servicio de entrega rápida lo ubicamos en el servicio de mensajería internacional; siendo regulado en 1991 mediante el Decreto Legislativo 685, vigente desde el 06 de Diciembre de 1991, que eliminó el monopolio del servicio postal, crea SERPOST S.A. e incorporó la participación de los operadores privados mediante las concesiones postales, acreditando una carta fianza y dando libertad para pactar libremente las tarifas con los clientes del servicio. La citada norma fue reglamentada mediante Decreto Supremo 153-1993-EF – Reglamento Aduanero de Tráfico Postal, siendo sus principales disposiciones:

- a. La tipificación de los envíos postales, distinguiendo para fines tributarios aquellos destinados a fines comerciales de los de uso personal. En este último caso, exentos de tributos siempre que su valor unitario no exceda de mil dólares americanos (US\$ 1,000.00).
- b. La identificación y transporte en valijas postales.
- c. La observancia de requisitos en caso de mercancías restringidas o prohibidas según legislación sobre la materia.
- d. El trámite aduanero se realice mediante Declaración Simplificada. Los bienes no considerados de uso personal y exclusivo de los destinatarios están obligados al pago de los tributos a la importación y siguen el régimen de importación definitiva.

Con fecha 07 de Julio de 1998 se publicó el Decreto Supremo 071-1998-EF - Reglamento de la Destinación Aduanera Especial de Envíos o Paquetes Transportados por Concesionarios Postales, en el marco de los Decretos Legislativos 685 y 809 y derogó el Decreto Supremo 153-1993-EF, que establecía lo siguiente:

- a. Se considera dentro de los Concesionarios Postales el servicio de mensajería internacional, también conocido como correo rápido, *courier* o servicio expreso.
- b. Se precisa que el servicio de mensajería internacional, correo rápido o *courier*, prestado por los concesionarios postales comprende la recepción, consolidación, transporte, desconsolidación, presentación a las autoridades aduaneras y entrega al destinatario, previo pago de los tributos o presentación de garantía en los casos que corresponda, de las mercancías contenidas en los envíos o paquetes *courier*. Los envíos o paquetes pueden contener cualquier tipo de mercancías, estén o no destinadas a fines comerciales, siendo las únicas limitaciones que su importación o exportación no se encuentren prohibidas y que el valor FOB del envío no supere los US\$ 2 000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América).
- c. La importación o exportación de los envíos o paquetes por los Concesionarios Postales mediante la Declaración de Aduanas puede comprender muestras sin valor comercial, envíos o paquetes de uso personal o exclusivo del destinatario, obsequios u otras mercancías.
- d. Según su participación como transportista, agente de carga, terminal de almacenamiento, declarante o una combinación de ellos, son de aplicación a los concesionarios postales, las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 809 – Ley General de Aduanas, relativos a este tipo de operadores

El 26 de febrero de 2001 se emite el Decreto Supremo 031-2001-EF - Reglamento de la destinación aduanera especial de envíos o paquetes transportados por concesionarios postales, en el marco del Decreto Legislativo 809- Ley General de Aduanas y derogó el Decreto Supremo 071-1998-EF, cuyas principales disposiciones son:

- a. Se mantiene la caracterización del servicio de mensajería y el tratamiento tributario.
- b. Se establece la obligación de transmisión del manifiesto postal y el trámite aduanero de los envíos postales cuyo valor FOB no superaba los dos mil dólares americanos se realizaba mediante Declaración Simplificada, en caso contrario se presentada la Declaración Única de Aduanas.
- c. Se mantiene el criterio señalado en el Decreto Supremo 071-1998-EF que, según su participación como transportista, agente de carga, terminal de almacenamiento, declarante o una combinación de ellos, son de aplicación a los concesionarios postales, las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 809 – Ley General de Aduanas, relativos a este tipo de operadores.

Posteriormente, se expide el Decreto Supremo 067-2006-EF - Reglamento de los Destinos Aduaneros Especiales del Servicio Postal y del Servicio de Mensajería Internacional, publicado el 24.05.2006, que derogó el Decreto Supremo 031-2001-EF, que establecía:

- a. Distingue el servicio postal según el Convenio Postal Universal respecto del servicio de mensajería internacional prestada por las empresas denominadas *courier* que gestionan el ingreso, la salida y el despacho mediante formalidades simplificadas de bienes remitidos como envíos postales cuyo valor no supere los dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2.000,00) ni su peso exceda lo cincuenta (50) kilogramos. Ambos servicios comprenden la recepción, consolidación, transporte, desconsolidación, traslado a los terminales de almacenamiento postal, almacenamiento, presentación a las autoridades aduaneras y entrega al destinatario de los envíos postales.
- b. Establece la inafectación al pago de los tributos que gravan la importación de los envíos postales de bienes para uso personal y exclusivo del destinatario como: La correspondencia, los diarios y publicaciones periódicas, otros impresos cuyo peso bruto no exceda de cinco (05) kilogramos por destinatario en cada envío, los libros hasta por un valor de dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2.000,00) al año por destinatario de diferente título, número o serie, según corresponda y otros bienes cuyo valor en conjunto no exceda de 100 y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 100,00) por envío, hasta por el valor límite de un mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1.000,00).
- c. Los bienes que superen los límites antes citados están afectos a los tributos a la importación.
- d. El transporte, traslado e identificación de la carga *courier* debe ser realizado mediante sacas que los diferencia de cargas de otro tipo de bienes. Para ello, el concesionario postal debe transmitir con carácter de declaración jurada los datos generales de las sacas antes del arribo de la aeronave.
- e. Los envíos que no superen el valor FOB de dos mil dólares americanos se tramitan mediante Declaración Simplificada; mientras que, las que superen dicho límite se realizan mediante Declaración Aduanera de Mercancías.

ii. Acerca del régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida:

La Decisión 671 de la Comunidad Andina de Naciones define el régimen aduanero en los siguientes términos:

“Régimen aduanero. - Es el destino aduanero aplicable a las mercancías, solicitado por el declarante, de acuerdo con la legislación aduanera comunitaria”

La normativa legal aduanera en el Perú establece que las mercancías que ingresen salen o transiten por territorio aduanero deben ser sometidas a un tratamiento aduanero. El destino o tratamiento aduanero es el régimen aduanero. Un régimen aduanero se caracteriza por tener un objeto, formalidades y el procedimiento operativo. Por ejemplo,

el régimen aduanero de importación tiene por objeto nacionalizar la mercancía, cumpliendo formalidades como pago de tributos, cumplimiento de requisitos en caso de mercancías restringidas, verificaciones del valor, clasificación arancelaria u origen, así como del procedimiento operativo como la transmisión de información y numeración de la declaración aduanera, revisión física o documentaria y la autorización de levante de corresponder.

El tráfico internacional de las mercancías objeto del comercio exterior, corresponde a modalidades de ingreso, salida, almacenamiento o tránsito. Estando a estas modalidades, la legislación aduanera denomina régimen aduanero al tratamiento que se concederá a las mercancías.

El dueño, consignatario o consignante determina el régimen aduanero al cual se someterá la mercancía, manifestando su voluntad mediante la Declaración Aduanera de Mercancías.

De acuerdo a la Ley General de Aduanas aprobado mediante Decreto Legislativo 1053, los regímenes aduaneros se clasifican como:

- a. Regímenes Aduaneros (Ejemplo: Importación para el consumo, admisión temporal para perfeccionamiento activo, etc.)
- b. Otros Regímenes Aduaneros Especiales o de Excepción (Ejemplo: Ingreso y salida de equipaje y menaje de casa, material para uso aeronáutico, ingreso o salida de envíos de entrega rápida, etc.)

La destinación (sometimiento a un régimen aduanero) de una mercancía se realiza mediante una Declaración Aduanera de Mercancías o Declaración Simplificada. En este sentido, una mercancía sólo puede ser sometida a un régimen aduanero.

Las mercancías que ingresan o salen al o del territorio aduanero comprendidos en el servicio de envíos de entrega rápida se someten al control aduanero a través del régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida; ello, en concordancia con el artículo 50 de la Decisión 671; según el literal c) del Artículo 98 de la Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo 1053 - se estableció como régimen aduanero especial el ingreso o salida de envíos de entrega rápida transportados por empresas del servicio de entrega rápida, también denominados "courier"; se rige por su Reglamento.

A nivel procedimental, el régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida comprende: 1) La importación, 2) La exportación y 3) Reexpedición o devolución de envíos.

iii. Naturaleza jurídica del régimen aduanero especial de envíos de entrega jurídica

El capítulo de envíos de entrega rápida se ha incorporado en diversos convenios internacionales como: Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, Acuerdo de Libre Comercio Perú – Chile, Tratado de Libre Comercio Perú – Canadá, Tratado de Libre Comercio Perú – República Popular China, Tratado de Libre

Comercio Perú – Singapur, Acuerdo de Libre Comercio Perú – Corea del Sur, Tratado de Libre Comercio Perú – Tailandia, Tratado de Libre Comercio Perú – Honduras, Alianza del Pacífico, Tratado de Libre Comercio Perú - Costa Rica, Tratado de Libre Comercio Perú – Panamá y Acuerdo de Facilitación de Comercio de la OMC.

El Anexo 11-D del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América señala “los servicios de envío urgente significan la expedita recolección, transporte y entrega de documentos, materiales impresos, paquetes, mercancías u otros artículos mientras que se tienen localizados y se mantiene el control de estos artículos durante todo el suministro del servicio”.

El artículo 5.7 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América establece diversas condiciones a considerar en el régimen aduanero de los envíos de entrega rápida como procedimientos aduaneros expeditos, información anticipada en el despacho aduanero y de manifiesto único, sin consideración de peso ni valor, así como la inafectación de tributos a la importación de los envíos cuyo valor FOB es menor a US 200 dólares americanos.

El Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América marcó la pauta -seguida en los otros acuerdos- para un tratamiento diferenciado de los envíos de entrega rápida; es así como se incorpora en el Título II del Capítulo V de la Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo 1053 a las Empresas de Servicios de Entrega Rápida, estableciendo sus requisitos, obligaciones, las infracciones y a nivel reglamentario, mediante la dación del Decreto Supremo 011-2009-EF. Por su parte la Administración Aduanera emitió las normas del Procedimiento operativo del régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida (Procedimiento INTA-PG.28). Desde noviembre de 2020, el reglamento del régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida que rige es el Decreto Supremo 192-2020-EF.

La Ley General de Aduanas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1053 y su modificatoria, considera a los operadores de comercio exterior y los operadores intervinientes. Son operadores de comercio exterior los despachadores de aduana, transportistas, las empresas de servicio de entrega rápida entre otros. Son operadores intervinientes el importador, exportador, beneficiario de los regímenes aduaneros entre otros.

Los requisitos para la autorización de las empresas de servicio de entrega rápida son:

- a. Autorización emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones,
- b. Licencia de funcionamiento municipal,
- c. Acreditar al representante aduanero y auxiliar de despacho,
- d. Acreditar cumplimiento de las obligaciones tributarias,
- e. El titular, gerente general o representante aduanero no registre sanción de inhabilitación o condena por delitos aduaneros,
- f. Contar con portal web, canal de atención a los clientes que cuente con información de la trazabilidad de los envíos,
- g. Sistema de seguridad para el almacenamiento de los envíos,

- h. Constituir garantía de acuerdo a ciertos parámetros, señalados en el Reglamento de la Ley General de Aduanas.

En la regulación del régimen aduanero especial de envíos de entrega hasta antes de la dación del Decreto Legislativo 1433, norma modificatoria del Decreto Legislativo 1053, se establecía un aspecto discutible en el sentido de que eran de aplicación las obligaciones y sanciones para las empresas de servicio de entrega rápida, según su participación como transportista agente de carga internacional, almacén aduanero, despachador de aduana, dueño, consignatario o consignante o una combinación de estos.

Lo antes citado, como lo hemos mencionado, mantenía un criterio erróneo desde el 07.07.1998, fecha de vigencia del Decreto Supremo 71-1998-EF. Estos criterios fueron derogados mediante el Decreto Legislativo 1433, reconociendo la condición de operador logístico integrado de estas empresas.

A partir de la incorporación de un capítulo referido al servicio de envíos de entrega rápida en la Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo 1053, podemos señalar que el servicio *express* -en estricto- tiene una condición distinta del servicio postal.

Al respecto, presentamos un cuadro comparativo de ambos servicios:

	SERVICIO ENTREGA RÁPIDA	SERVICIO POSTAL	
		MENSAJERIA INTERNACIONAL	SERVICIO POSTAL
OPERADOR	Empresa de envíos de entrega rápida	Concesionario postal de mensajería internacional	Concesionario postal comprendido en el convenio postal universal
MARCO LEGAL	Acuerdo promoción comercial Perú-EE. UU., Decreto Legislativo 1053 y modificatorias, Decreto Supremo 192-2020-EF, Procedimiento DESPA.PG.28.	Convenio Postal Universal, Decreto legislativo 685, Decreto Legislativo 1053 y modificatorias, Decreto Supremo 244-2013-ef, Procedimiento DESPA.PG.13.	
ENTIDAD COMPETENTE	SUNAT, Ministerio de Transportes y Comunicaciones	SUNAT, Ministerio de Transportes y Comunicaciones	

MERCANCIA	Documentos y mercancías	Correspondencia, impresos, paquetes de uso personal
DOCUMENTO DE TRANSPORTE	Guía de envíos de entrega rápida	Guía Postal
MANIFIESTO	Manifiesto Desconsolidado EER	Documento de Envío Postal
PARTIDA ARANCELARIA	98.09 y otras	98.01 y otras
VALOR	Sin límite	Los envíos postales para uso personal tienen límite anual de US \$ 1,000, otras mercancías siguen el tratamiento del régimen general
PESO	Sin límite	Paquetes, impreso y encomiendas con límite de peso
IMPUESTOS ADUANEROS	Envíos cuyo valor FOB es mayor a US \$ 200 y menor de US \$ 2000 afecta al 4% (subpartida 9809.00.00.30), inafectas subpartida 9809.00.00.10 y 9809.00.00.20, el resto de los envíos según Arancel de Aduanas	Los bienes de uso personal y envíos postales cuyo valor FOB es menor a US \$ 200 están inafectas, el resto de los bienes afecta a la tasa del régimen general de importación
IMPUESTOS INTERNOS	Subpartidas arancelarias: 9809.00.00.10, 9809.00.00.20 inafectas. Los envíos clasificados en otras subpartidas	Los bienes cuyo valor FOB es menor a US \$ 200 están inafectas al IGV e IPM, los de la partida 9810 con tasa 0% y los otros envíos afectan al 18% (IGV + IPM)

	arancelarias afectas al 18% (IGV, IPM).	
--	--	--

iv. Aspectos operativos del régimen aduanero especial de envíos de entrega rápida

A. Acerca del modelo aduanero

En la destinación aduanera de los envíos se ha establecido categorías: 1) Categoría 1, comprende documentos, publicaciones periódicas o similares; 2) Categoría 2, comprende los envíos cuyo valor FOB es menor a US \$ 200 dólares americanos; 3) Categoría 3, comprende los envíos cuyo valor FOB mayores a US \$ 200 dólares americanos y menores a US \$ 2,000 dólares americanos; 4) Categoría 4, aquellos envíos cuyo valor FOB es mayor a US \$ 2,000.

Respecto a la obligación tributaria, las categorías 1 y 2, en el Artículo 147° inciso m) de la Ley General de Aduanas están inafectas del pago de los derechos arancelarios y demás tributos a la importación.

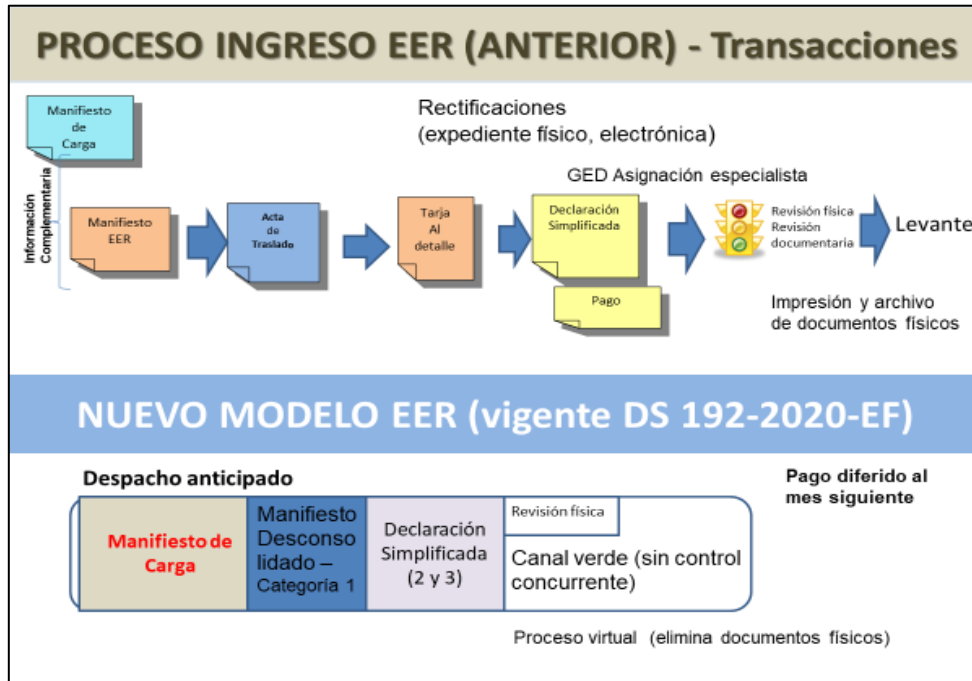
El Decreto Supremo 192-2020-EF, publicado el 21 de julio de 2020, es el Reglamento vigente, que modifica disposiciones de la importación de envíos y mantiene las señaladas en la norma anterior respecto de las exportaciones. Con la dación de este Decreto Supremo se implementa un nuevo modelo de despacho aduanero, en un ambiente virtual eliminando los documentos físicos, gestionando la información electrónica en la transmisión de los datos del manifiesto desconsolidado de envíos de entrega rápida, de la Declaración Simplificada, del pago, control aduanero, rectificaciones y levante.

Al respecto, resumimos las partes más resaltantes:

- a. Incorpora la exigencia de un local como almacén y las responsabilidades de un almacén aduanero a cargo de una empresa de servicio de entrega rápida. En este sentido, el traslado de los envíos desde el punto de llegada y el almacenamiento es responsabilidad de la empresa de servicio de entrega rápida a diferencia de la anterior reglamentación que establecía la intervención del depósito temporal de envíos de entrega rápida.
- b. Si bien se mantiene las categorías 1, 2 y 3, se modifica las condiciones de la categoría 4.
- c. Se incorpora el Manifiesto Desconsolidado, dejando de lado el Manifiesto de Envíos de Entrega Rápida, para la transmisión de la información de la carga en el medio de transporte aéreo y se vincula al Manifiesto de Carga.
- d. La destinación de la categoría 1 se realiza a través del Manifiesto Desconsolidado; en tanto que las de la categoría 2 y 3 mediante Declaración Simplificada individual.
- e. Se aplica el despacho anticipado y en ciertos casos del despacho diferido de las Declaraciones Simplificadas.

- f. Se mantiene el tratamiento tributario de las categorías 2 y 3, de la norma legal anterior.
- g. Se incorpora la garantía previa.

En el siguiente cuadro presentamos que grafica las diferencias y cambios en las transacciones del proceso aduanero de este régimen aduanero:



Como se puede apreciar, se simplifica la gestión de información del manifiesto y la declaración simplificada, los criterios de selección de control, la posibilidad del pago diferido.

B. Acerca del Operador Económico Autorizado

Estando a las medidas para asegurar y facilitar el comercio promovidas por la Organización Mundial de Aduanas, a partir de 2008 se incorpora en nuestra legislación al Operador Económico Autorizado, que inicialmente contempló a exportadores, agencias de aduana, almacenes aduaneros e importadores. Desde el 2018, se incorporó a las empresas de servicio de entrega rápida.

El Operador Económico Autorizado, es un operador de comercio exterior certificado por SUNAT luego de la verificación del cumplimiento de requisitos de seguridad, cumplimiento tributario, solvencia financiera entre otros requisitos. Esta certificación ha sido materia de reconocimientos mutuos con otras Aduanas y concede al operador certificado beneficios como disminución del control aduanero en despachos de importación y exportación, atención preferente en diversos trámites aduaneros, reducción de plazos en trámites aduaneros, asignación de un sectorista para orientación y asistencia especializada en los procedimientos aduaneros entre otros.

C. Acerca del comercio electrónico en zona franca comercial de Tacna

Mediante la Ley 31543, se modifica el artículo 20 de la Ley 27688, ley de Zona Franca y Comercial de Tacna, estableciendo que las personas naturales del resto del territorio nacional a través del comercio electrónico pueden adquirir bienes de la zona comercial de Tacna conforme a lo señalado en el Decreto Supremo 202-92-EF, inafectas del impuesto general a las ventas, impuesto selectivo al consumo y otros por crearse, excepto el impuesto a la renta, hasta el 31 de diciembre de 2027. Asimismo, se establece que las mercancías adquiridas son trasladadas por las empresas de servicio de envíos de entrega rápida.

Mediante Decreto Supremo 004-2021-MINCETUR, se reglamenta lo señalado en la citada Ley, estableciendo que en la operación de comercio electrónico en la zona comercial de Tacna intervienen el comprador, la empresa de comercio electrónico, el administrador de ZOFRATACNA, la SUNAT y la empresa de servicio de envíos de entrega rápida.

Debemos precisar que a la fecha no se ha implementado operativamente esta modalidad de comercio electrónico, dado que requiere implementar un ecosistema informático y de interoperabilidad entre las entidades participantes a fin de viabilizar toda la operación. En este caso, la empresa de servicio de entrega rápida asume el rol de soporte logístico en la recepción, manejo, traslado y entrega de las mercancías al comprador.

III. CONCLUSIONES

En la década de 1990, al modificarse las normas sobre la gestión de los envíos postales que reconocía el monopolio estatal, se da el tratamiento de mensajería internacional al servicio de envío de entrega rápida. En dicho período hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1053 se caracterizó este servicio en el marco del servicio postal que comprende los envíos de uso personal, los documentos o paquetes con limitaciones de peso y valor, entre otros.

Desde los años 2011 que se incorpora un capítulo especial en la Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo 1053 -se ha logrado diferenciar, consolidar y perfeccionar la regulación aduanera del servicio de entrega rápida, distinguiendo de la condición propia de servicio postal, definiendo condiciones y requisitos del operador (empresa de servicio de entrega rápida), instituyendo un procedimiento operativo más simplificado llegando a estar en un ambiente virtual casi en su totalidad a la fecha, reformulando el modelo de negocio aduanero soportado en una plataforma informática moderna.

Antes de la dación del Decreto Legislativo 1433, que modificó el Decreto Legislativo 1053 – Ley General de Aduanas, existía una clara disociación entre la naturaleza del servicio de envíos de entrega rápida y la regulación aduanera, dado que no reconocía su condición de operador logístico de gestión integrada de los envíos de entrega rápida desde el recojo hasta la entrega de los envíos, señalando que las empresas de servicio de entrega rápida asumían obligaciones y eran pasibles de ser sancionadas según su

participación en el proceso aduanera como transportista, agente de carga internacional o almacén aduanero.

Un aspecto controvertido es el referido al tratamiento de la guía de envíos de entrega rápida como contrato de servicio de entrega rápida; sin embargo, está siendo considerado como documento de transporte. Esta situación viene teniendo implicancias especialmente en la aplicación de sanciones según la norma sancionatoria aduanera.

La regulación aduanera del servicio de envíos de entrega rápida ha logrado reconocer las características del proceso logístico del servicio – como plataforma logística preestablecida conformante de una red mundial-, aprovechando las tecnologías de información, mejorando el perfilamiento de riesgo. Ello, ha permitido que las exigencias operativas del comercio electrónico -caracterizado por grandes volúmenes de procesamiento de información y mercancías- han podido ser gestionadas en condiciones apropiadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se requiere realizar algunos ajustes en la normatividad, especialmente en cuanto al régimen sancionador.