

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 14 N° 59 NOVIEMBRE 2022

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Juan Guillermo Piscoya, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
CASOS TRÁGICOS, ARGUMENTACIÓN Y LA CORTE SUPREMA DE EE.UU. <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
LA IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LA PANDEMIA <i>MANUEL ATIENZA</i>	10
.....	
¿PROCEDE LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE HIPOTECA, POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE INEFICACIA DE DICHA HIPOTECA, QUE FUE OTORGADA POR UN "FALSUS PROCURATOR"? <i>ÁNGEL FREDY PINEDA RÍOS</i>	20
.....	
PROCEDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP) DE LA SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES POR EL DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS DENTRO DE LA UNIÓN DE HECHO <i>DEYSI LIBERTAD RIOS QUISPE</i>	26
.....	
"LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA FRENTE AL AVANCE DE LA CIENCIA EN EL PERÚ Y LATINOAMÉRICA" <i>JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ</i>	32
.....	



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Llegamos con este número de IPSO JURE ya a 3 lustros de publicaciones y ha sido nuestro propósito, como muchas veces hemos sostenido en nuestras páginas, ser un espacio de reflexión para jueces, fiscales y académicos del Derecho.

Diversos esfuerzos de otras Cortes de Justicia se han sumado en el complejo camino de la difusión, a través de revistas de distinta denominación y, creemos, se trata siempre de iniciativas que son bienvenidas. A nivel institucional, nuestra revista principal- la revista oficial del Poder Judicial- ya es una publicación indexada, y se ha convertido en un referente nacional e internacional de investigaciones del corpus iuris local, esto es, de los jueces que conforman el judiciario de Perú.

Es importante, entonces, en esa línea de reflexión y así lo entendemos, que los jueces escriban sobre temas que aluden a la jurisdicción, y que otros pensadores lo hagan en esa misma mira de propósitos, pues todo ello contribuye a formar, paso a paso, una verdadera teoría de la jurisdicción, es decir, a entender la existencia de un Poder Judicial de mayor envergadura detrás de su condición de poder del Estado.

¿Puede entenderse, entonces, que la difusión de ideas puede ser asimilada a una teoría de la jurisdicción? Creemos que sí, dado que se trata de jueces, fiscales y académicos reflexionando en función de distintas figuras del Derecho, y he ahí que hay una conexión importante, en tanto una jurisdicción bien proyectada no solo tiene una dimensión procesal, sino implica un conjunto de elementos materiales, entre los cuales hemos de rescatar que el Derecho necesita de una visión de enfoque, reflexión y justificación de sus postulados, y ello se logra en el análisis de ideas, a través de los artículos que publicamos.

No nos limitaremos a señalar a Luigi Ferrajoli y a Perfecto Andrés Ibáñez, como dos de los pensadores más importantes en términos de una teoría de la jurisdicción, pero sí nos hemos de apoyar en sus ideas, para poder proponer un esquema de existencia de un judiciario fuerte, en el cual el emblema de la independencia judicial se constituya en un estandarte de identificación de las tareas de los jueces.

La reflexión que antecede es de suyo valiosa: no hay un Poder Judicial fuerte si no tenemos una expresión fuerte de la independencia judicial. Es simbólico así que el Código Iberoamericano de Ética Judicial, esbozado por Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, hubiera precisamente señalado, como el primero de los 13 valores del juez, el de la independencia judicial. Por tanto, se trata de una condición entre las condiciones para ceñirnos a la idea de un verdadero Poder del estado.

Y no podría haber, en esa línea de reflexión, escenario más complejo para un Estado de derecho que un país en el cual sus jueces no sean fuertes en términos de independencia judicial. La razón es muy puntual: esa independencia es un ancla vital del Estado de derecho, en cuanto constituye una línea matriz para que puedan resolverse los asuntos que conocen los jueces, y es una condición necesaria para la existencia de un judiciario fuerte.

Nuestra tribuna IPSO JURE, en esa lógica a que aludimos, es otro puntal para el reforzamiento de la independencia judicial, en la medida que es una herramienta de valor para que los jueces, principalmente, puedan expresar sus puntos de vista. Y a ese esfuerzo se suman fiscales y académicos del Derecho, para contribuir a la definición material de una línea de reflexión que busca sumar elementos para el debate jurídico, que en el Derecho sea expresión sustantiva del camino correcto que implican las ideas.

Esperamos cumplir muchos lustros más, dado que este número completa en su alcance los 15 años de existencia de nuestra revista, aunque siempre será verdad que la vigencia en el tiempo es un fenómeno difícil de escrutar. Muchas veces, como decía Ortega y Gasset, el hombre es su ser y sus circunstancias. De la misma forma, somos una coyuntura en la existencia de esta ilustre Corte Superior de Justicia, y sumamos un modesto aporte para la reflexión del Derecho.

Quizá 15 años de esfuerzos sea un tiempo considerable para 59 números trimestrales y, sin embargo, es una tarea que nos ha permitido compartir muchas satisfacciones en el camino, y de ello nos preciamos siempre, sea como director de esta revista, o sea que nos toque más adelante bajar al llano, cuando sea tiempo de que otros jueces, una nueva generación, tomen las riendas de nuestra publicación.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



CASOS TRÁGICOS, ARGUMENTACIÓN Y LA CORTE SUPREMA DE EE.UU.¹

Edwin Figueroa Gutarra
Juez



Controversias socio jurídicas de profunda raigambre han acompañado siempre la historia de la humanidad, y mientras más hondo es un conflicto jurisdiccional, mayores polémicas de fundamentación desarrollan los seres humanos. Algunas de esas discusiones sumen a la sociedad en profundos desacuerdos y la lección que al respecto extraemos es que nunca terminamos de entender la verdadera dimensión de cierto tipo de problemas con relevancia jurídica.

Los debates que se generan a la fecha, en la Corte Suprema de EE.UU., a propósito de si se cambia el eje argumentativo de la decisión Roe vs Wade, respecto a la permisividad del aborto, y si podría variar esta figura hacia una probable restricción de la misma en la democracia más añeja del mundo, constituye una muestra palpable de lo que el maestro español Manuel Atienza destaca como casos trágicos, los cuales existen junto a una tipología de casos fáciles y difíciles.

Los asuntos no complejos asumen una faceta un tanto formalista. Un razonamiento subsuntivo, en el modo silogístico que nos planteó Aristóteles en El Organón, una de sus obras cumbre, hace unos 2400 años, bien podría conducirnos, sin mayor esfuerzo, a la solución de un problema sencillo. A su vez, en el segundo escalón, los temas difíciles denotan un mayor número de variables: por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal, probablemente muchas víctimas, quizá muchos imputados, o bien un concurso real o ideal de delitos, serían características que exigen un estándar más alto de argumentación jurídica.

Sin perjuicio de lo acotado, es en los casos trágicos donde advertimos, como anota Atienza, dilemas morales que hacen parecer irresoluble el caso. Buscamos un ideal regulativo al respecto, en modo similar a como Hart parece brindarnos una forma de regla de reconocimiento para encontrar una respuesta satisfactoria dentro de los estándares del positivismo jurídico y, sin embargo, la respuesta correcta se aleja de nuestros propósitos, exigiéndonos subir el baremo de justificación de la decisión. Y ese estándar es más alto en función a que los criterios argumentativos para resolver un caso trágico, demandan el uso de variables más trabajadas para dar solución al caso.

Advertimos, entonces, que las reglas de literalidad se vuelven insuficientes, y que cobra vida aquella famosa pesadilla hartiana, y que se esfuma el noble sueño de una solución adecuada dentro del ordenamiento jurídico unitario, coherente y pleno que Bobbio arguye como estándares de identificación de toda pirámide de normas, en la cual la sistematicidad es un mecanismo ineludible de acción.

¿Será necesario, entonces, un juez Hércules, en el modo en que Dworkin lo plantea, es decir, que exhiba paciencia, sabiduría, habilidad y agudeza para encontrar la respuesta

¹ Publicado en POLEMOS, Portal Jurídico Interdisciplinario. Asociación Civil Derecho & Sociedad. Facultad de Derecho PUCP. Edición julio 2022. Enlace web al artículo: <https://polemos.pe/casos-tragicos-argumentacion-y-la-corte-suprema-de-ee-uu/>

correcta, que por cierto sería solo una? Alexy ya hace referencia a que la única respuesta correcta admite cinco idealizaciones: tiempo ilimitado, información ilimitada, claridad lingüística conceptual ilimitada, capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y carencia de perjuicios ilimitada. Sin embargo, estas son solo, como decimos, idealizaciones y arquetipos que existen suficientemente solo en el plano de los ideales jurídicos. Los jueces de carne y hueso solo somos seres falibles, sujetos expuestos a cometer muchos errores, y los jueces ideales existen únicamente en el plano de la Filosofía del Derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, los casos trágicos demandan respuestas concretas. No hay, en rigor, caso trágico que no pueda tener solución, pues debemos convenir en que, sin excepción, todas las incoherencias y antinomias del ordenamiento jurídico, así como las lagunas y vacíos que se generan en el Derecho, son siempre temporales.

De la misma forma, los jueces tenemos el deber ineludible, cual imperativo categórico kantiano, de dar respuesta final al caso concreto, sea fácil, difícil o trágico. Por excelencia, este último tiende a ser más intrincado, asume aristas más profundas de reflexión, pero de la misma forma, exige una respuesta final de solución del intérprete.

El aborto es un ejemplo de caso trágico manifiesto. Desde 1973, cuando la Corte Suprema de EE.UU. zanja una posición más flexible respecto a esta figura en el caso de la señora Roe contra el fiscal Wade, se ha asumido que la mujer puede disponer libremente, hasta el tercer mes, sobre la vida que lleva en su vientre. A su vez, ese plazo se extendería a seis meses, con aval del Estado, si concurre una causa que pudiera poner en peligro la vida de la madre.

La conclusión es clara: es a partir del séptimo mes que entendemos un concepto final de viabilidad de la vida en el pensamiento norteamericano. Entonces, el derecho de la mujer a decidir sobre la vida que su cuerpo alberga, en este último caso, cuando el embarazo ya ha avanzado notoriamente, es objeto de restricciones si deseara abortar, pues su propia vida corre peligro.

Desde la otra posición, el mayor número de jueces conservadores en la Corte, cuyos nombramientos fueron impulsados en los últimos años en la administración de Estado del partido republicano, hace prever una tendencia a expedir fallos más cercanos a una posición más restrictiva sobre el aborto. De esa forma, es previsible que pueda cambiar de posición la Corte Suprema de ese país. Entonces, el aborto es un tipo de dilema moral y definir estándares sobre el mismo, demanda amplias controversias argumentativas, tanto de quienes están a favor como de quienes se ubican en una posición en contra de esta figura. El debate moral es ineludible.

Esta última situación es un matiz al que no pueden sustraerse los casos trágicos y, en estos la moral es, muchas veces, una expresión de los valores en democracia del juez; otras, de sus más profundas convicciones personales. Si es verdad, como dijo Ortega y Gasset, que el hombre es su ser y sus circunstancias, pues la alegoría es de suyo válida para entender que detrás de los jueces hay también una visión idiosincrásica, como enuncia Atienza, para comprender que una decisión sobre casos trágicos no escaparía a valores determinados de los jueces sobre su formación, sus pensamientos y su forma de ver el mundo.



El dilema moral comienza en los casos trágicos en forma marcada, en tanto no puede reducirse el debate a los estándares de un caso fácil o difícil. El baremo es más alto y el intérprete debe desplegar un esfuerzo más amplio. Ya no es suficiente solo una visión estática del problema. Se hace exigible un enfoque dinámico moral de la controversia. Ya no es convincente solo el leal saber y entender del juez. El caso trágico demanda de él toda su experiencia y habilidad.

Hemos de convenir, al mismo tiempo, en que, si la posición del juzgador solo se basara en sus valores idiosincrásicos, la decisión quedaría relegada a ese ámbito que se suele llamar técnicamente, por parte de la teoría estándar de la argumentación jurídica, contexto de descubrimiento, es decir, de la sola enunciación de la posición, pero no de la justificación.

Lo acotado *supra* resulta particularmente delicado pues si ello ocurriera, entonces incurrimos en el denominado decisionismo judicial, esto es, nos ubicaríamos en un nivel en el cual son los criterios subjetivos del juez los que prevalecen. De ese modo, existe el riesgo de que prejuicios, sospechas o mero subjetivismo sea el matiz central de la decisión.

Los casos trágicos demandan, inexorablemente, que la decisión quede anclada en el denominado contexto de justificación, es decir, dentro de un nivel de aporte de razones, y ya no en meras explicaciones de origen, como sucede en el contexto de descubrimiento. Entonces, es necesario que las justificaciones, entendidas como las razones a aportar, exhiban, de un lado, baremos de legalidad, constitucionalidad, e incluso convencionalidad; y de otro lado, que sean la razonabilidad y la proporcionalidad los rasgos distintivos de la decisión a adoptar.

En consecuencia, podemos sumillar que una interpretación, la que alude al contexto de descubrimiento, es meramente estática, de inicio, apenas de entrada; la segunda, referida al contexto de justificación, es mutable, es evolutiva, y se acerca, con más pretensiones de corrección, a una comprensión más dinámica del Derecho, matizándose entonces, como suele denominarse a esta práctica, como un procedimiento más anclado en lo que el mundo anglosajón ha denominado una *living Constitution*, es decir, un estado de permanente reexpresión de los valores de los derechos fundamentales, pero en clave de progresividad y no de regresividad.

De esa forma, los casos trágicos representan una situación muy compleja para el intérprete, pero, al mismo tiempo, le ofrecen insumos y herramientas que no pretenden ser panaceas y, sin embargo, constituyen directrices de razonamiento que logran aportar más luces al brumoso horizonte que suelen deparar estos tipos de asuntos que denotan más zonas grises que panoramas de luz.

En consideración a lo antes sostenido, es importante prevamos, al examinar un problema, cuál es el nivel de complejidad que el mismo reviste. Si acaso calificara el asunto a evaluar como un caso trágico, inevitablemente los baremos de justificación son más altos, y así son necesarias la ponderación como técnica sustantiva, y el test de proporcionalidad, como criterio procedimental. No son estas figuras, por cierto, las únicas variables de solución al problema, pero, a diferencia de las salidas normativas cerradas que ofrece el positivismo jurídico, sí conllevan una gráfica argumentativa de la discrecionalidad del juez.



El Derecho siempre exhibirá aristas de complejidad. Ello deviene inevitable. Parecería ser que la ley y la jurisprudencia, cada vez más, denotaran ir cerrando los espacios indeterminados de las figuras jurídicas espinosas, y que se fueran reduciendo los márgenes de la discrecionalidad de los jueces. Al fin y al cabo, el Derecho debería apuntar a ser más predecible, convirtiéndose, como pretende enunciar Taruffo, en una expresión de fiabilidad del ordenamiento jurídico mismo, así como debería existir un mayor afianzamiento del principio de igualdad, a fin de que todos, ante un mismo problema, sean tratados de la misma forma si son iguales. A esto último apuntarían los precedentes judiciales, que no son sino mecanismos para hacer más predecible el Derecho.

Y, sin embargo, ese esfuerzo de cerrar puertas a la discrecionalidad hoy se ve rebasado por la naturaleza dinámica de los casos trágicos, los cuales añaden nuevas aristas, en forma constante, a los problemas jurídicos. De esa forma, apreciar un problema trágico parecería contradecir a Heráclito de Efeso, en el sentido de que no podemos bañarnos en un río más de una vez. Los casos trágicos nos hacen volver sobre los problemas jurídicos una y más veces.



LA IMPORTANCIA DE LA PONDERACIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LA PANDEMIA

Manuel Atienza



1.

La sentencia dictada por el Pleno del Tribunal constitucional español en el recurso de inconstitucionalidad 2054/2020 (sentencia 148/2021, de 14 de julio) se ha convertido, sin duda, en una de las más comentadas y discutidas en toda la historia del tribunal. Para empezar, el fallo fue suscrito por seis de los miembros que integraban el tribunal, pero hubo otros cinco magistrados (entre ellos, el presidente) que disintieron del parecer de la mayoría y formularon votos particulares en términos que en algún caso dejaban traslucir la gran tensión que parece haberse producido en el interior del órgano. Y una tensión que, además, no se tradujo en una división estricta entre jueces “conservadores” y “progresistas”, como ha ocurrido con mucha frecuencia en los últimos tiempos. En esta ocasión hubo al menos dos jueces de los habitualmente calificados como conservadores que se apartaron de la opinión de la mayoría; y uno de los supuestamente progresistas que se habría pasado al bando contrario.

Por lo que hace a la comunidad jurídica y a la opinión pública, la división es también bastante notoria. En términos generales, me parece que es posible decir que quienes se sitúan políticamente en los espacios que suelen llamarse de izquierdas o progresistas son sumamente críticos en relación con el fallo mayoritario; mientras que los juristas y los medios de comunicación conservadores han acogido con aprobación la sentencia que, por otro lado, es la respuesta a un recurso de constitucionalidad planteado por un partido político considerado como de extrema derecha: VOX. Pero también aquí no deja de haber excepciones; por ejemplo, no todos los constitucionalistas que han emitido un juicio favorable sobre la sentencia podrían calificarse como políticamente conservadores y, menos aún, como afines a una ideología de extrema derecha.

En todo caso, el análisis que me interesa realizar aquí no tiene básicamente un propósito de tipo político. Lo que quiero mostrar es cómo la argumentación de la mayoría y la de los votos particulares (y creo que, en general, la de quienes suscriben una u otra posición) obedece a dos maneras distintas de entender los derechos fundamentales y de resolver los conflictos entre derechos que se plantean en los recursos de constitucionalidad; lo que, por cierto, seguramente se traduzca también en otras tantas concepciones del Derecho y de la propia Constitución y, en definitiva, en diferencias -parece inevitable que sea así- de carácter político. Pero empecemos por el principio.

Y el principio, en este caso, no son otra cosa que los principios. O sea, para entender la noción de derechos fundamentales y dar cuenta adecuadamente de cómo pueden resolverse los conflictos que de vez en cuando surgen entre ellos, muchos piensan (pensamos) que es indispensable partir de una cierta concepción de los principios y de la ponderación. Pero a

esa manera de ver las cosas (a esa concepción del Derecho) se contraponen otras que tienden a reducir el Derecho a reglas y que es sumamente crítica en relación con la ponderación.¹

2.

La sentencia resuelve un recurso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una serie de disposiciones contenidas en varios reales decretos (y en una orden) que se habían dictado (en marzo y abril de 2020) para hacer frente a la crisis sanitaria surgida a raíz de la pandemia. Hay, por tanto, una multiplicidad de cuestiones planteadas, pero la central (la única que aquí tendré en cuenta) consistía en resolver si ciertos límites a la libertad de circulación de las personas recogidos en varios apartados del art. 7 del Real Decreto que declaraba el estado de alarma eran o no conformes con la Constitución. En particular, se trataba de: (apdo 1) la prohibición de circular por las vías o espacios de uso público, salvo que hubiese alguna causa justificada como, por ejemplo, la adquisición de alimentos, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo, el retorno al lugar de residencia habitual, la asistencia y el cuidado de personas mayores, con discapacidad, etc. y (letra g) “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”; (apdo 3) el permiso de circulación de vehículos particulares para la realización de las anteriores actividades o para repostar en gasolineras o estaciones de servicio (de donde se sigue la prohibición cuando no se dan esas circunstancias); y (apdo 5) la habilitación al Ministerio del Interior para poder acordar el cierre a la circulación de carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico.

Pues bien, lo que quiero sostener aquí es que la “justificación interna” de la decisión mayoritaria y la de los votos disidentes tienen una estructura argumentativa diferente, y esa diferencia tiene implicaciones teóricas y prácticas de interés. En el primer caso, se trata de una subsunción, como corresponde a una comprensión del Derecho (y de los conflictos constitucionales) en términos de reglas; mientras que en el segundo, con lo que nos encontramos es con una ponderación, lo que viene a ser también una consecuencia de pensar que para dar cuenta de los conflictos entre derechos fundamentales (y para dar cuenta del Derecho en general) necesitamos incorporar al esquema las categorías de principio jurídico y de ponderación. Advierto desde ahora que soy perfectamente consciente de que mi reconstrucción no es una “descripción” exacta de la manera de proceder – de motivar- de unos y otros. No pretende serlo. A lo que aspiro es precisamente a ofrecer una “reconstrucción racional” de esos dos procesos argumentativos, porque me parece que ese método reconstructivo puede tener una considerable capacidad explicativa. Procedo entonces a formular los dos esquemas de justificación interna que a mí me parece haber encontrado.

¹ En su voto particular, Juan Antonio Xiol se refiere precisamente (apartado “Observaciones generales”) a que, en su opinión, “la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria” se funda en “concepciones distintas del Derecho”. Y antes había señalado (“Consideraciones previas”) que “las posiciones esencialistas, degradadas hasta el extremo del formalismo” se habían enseñoreado del Tribunal Constitucional, lo que vinculaba con la existencia de “notables recelos frente al principio de ponderación”. Y Gabriel Doménech (en un reciente trabajo aparecido en *InDret*, “Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19”) atribuye también mucha importancia, para entender esas diferencias de planteamiento, a dos concepciones del Derecho a las que denomina “dogmatismo” y “pragmatismo”.



- A) El de la mayoría, un esquema de tipo subsuntivo –un *modus ponens*–, sería este:
1. Si las medidas M (apdos 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto de 2020) suponen una *suspensión* de derechos y no se impusieron tras la declaración de un *estado de excepción o de sitio*, entonces son inconstitucionales.
 2. Las medidas M suponen una suspensión de derechos y se impusieron tras la declaración del estado de alarma (no del estado de excepción o de sitio).
 3. Por lo tanto, son inconstitucionales.
- B) El de los votos disidentes (y, en general, de los críticos de la sentencia) sería, por el contrario, un esquema ponderativo:
1. El principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida lleva a considerar como constitucionales las medidas en cuestión (M). Mientras que el principio de libertad de circulación empuja en sentido opuesto: hacia la calificación de las medidas M como no constitucionales.
 2. En las circunstancias C (abreviatura para referirse a un conjunto de condiciones; fundamentalmente: la existencia de un riesgo grave para la vida, la salud y la integridad física de las personas como consecuencia de una pandemia), el primer principio pesa más que (tiene prioridad sobre) el segundo.
 3. Por lo tanto, las medidas M son constitucionales.²

Como es sabido, la “justificación interna”, cuando se trata de casos difíciles, tiene que ir acompañada de la correspondiente “justificación externa”, o sea, de las argumentaciones dirigidas a justificar la premisa (o las premisas) cuya aceptación no resulte obvia. Veamos entonces en qué consistiría esa argumentación en relación con cada uno de los anteriores esquemas.

3.

En la motivación ofrecida por la mayoría del tribunal, la justificación externa del anterior silogismo puede sintetizarse en dos argumentos referidos a cada una de las dos premisas.

1) En relación con la primera premisa, lo que esgrimen es el art. 55.1 de la Constitución que establece que el derecho a la libertad de circulación puede ser suspendido si se ha declarado el estado de excepción o de sitio. Y del texto de ese artículo infieren, a sensu contrario, que no puede serlo (no puede ser suspendido) si lo declarado es el estado de alarma.

² Simplifico un poco el esquema de la ponderación que he propuesto en algún trabajo (vid. El Derecho como argumentación, Ariel, 2006). Distinguía allí dos pasos argumentativos en ese procedimiento. La conclusión del primero sería una regla o, mejor dicho, la justificación de una regla, que estableciera (en nuestro ejemplo) que si se da una situación de conflicto entre el principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, por un lado, y el principio de libertad de circulación, por el otro (lo que equivale a decir, una situación en la que, a primera vista, serían de aplicación ambos principios), y concurren además las circunstancias C, entonces las medidas M son constitucionales. El segundo paso arrancararía de esa regla (que fungiría de premisa mayor); a la que se añadiría, como premisa menor, la constatación de que en el caso a examen se da ese tipo de conflicto y concurren esas circunstancias; siendo la conclusión final que las medidas M son constitucionales. Hay, como digo, tal y como en el texto lo planteo, una simplificación, pero que no altera lo fundamental del esquema.

2) Y a propósito de la segunda premisa (quizás este sea el punto crucial de toda su argumentación), la mayoría del tribunal entiende que la diferencia entre meramente restringir o *limitar* un derecho (algo constitucionalmente posible en un estado de alarma) y *suspenderlo* radica en la intensidad de la medida adoptada. Como esas medidas suponían, según ellos, límites muy severos y extensos, entonces debían considerarse como suspensiones de derechos.

Hay además otras razones (diríamos que de refuerzo) que la mayoría del tribunal utilizó en favor de esa justificación externa (y, por tanto, de la decisión). Las dos que me parecen más significativas serían:

3) La necesidad de interpretar la ley que desarrolló los estados de alarma, excepción y sitio (una ley orgánica de 1981: la LOEA) en un sentido que califican de “evolutivo” y que se contrapondría a una interpretación meramente “originalista”, que atendiera simplemente a la literalidad de uno de los artículos de esa ley (el 4.b) y a los debates constituyentes - cuando se introdujeron esas tres figuras- y que vinculaban el “estado de alarma” con la existencia de situaciones como las que podría ocasionar una “pandemia”.

4) Vinculada con la anterior, la necesidad de garantizar la mayor protección posible de los derechos fundamentales (en este caso, del derecho a la libre circulación y también a fijar libremente la residencia: ambos incluidos en el 19.1 de la Constitución) que, en su opinión, se produciría con la declaración del estado de excepción, puesto que el mismo exige “la previa autorización del Congreso de los Diputados”, o sea, hubiese dado lugar (y lo daría de cara al futuro) a un mayor control de carácter democrático.

Una de las ventajas de explicitar esos dos esquemas, de justificación interna y externa, es que ello permite -me parece- entender mejor (con más claridad) los argumentos dirigidos contra la sentencia por parte de los magistrados discrepantes y de quienes han escrito -críticamente- sobre el asunto, al igual que determinar su alcance. Obviamente, en el caso de un razonamiento de tipo deductivo (como lo es la justificación interna, el silogismo antes señalado) no es posible efectuar ninguna crítica referida a la inferencia como tal, esto es, si se aceptan las premisas, entonces también tendrá que aceptarse la conclusión. Razón por la cual, esas críticas han de ser entendidas como referidas a las premisas, a la justificación externa. Las que me han parecido más relevantes, podrían reconducirse a los siguientes argumentos:

1) Hay uno de carácter general y que consiste en calificar a la argumentación de la mayoría como “formalista”. Lo que se quiere decir con ello (varios magistrados utilizaron esa expresión o alguna otra de significado equivalente) es que la mayoría habría abordado el problema como si se tratase fundamentalmente de clarificar un concepto: de determinar el significado “esencial” de *limitar* o *suspender* un derecho, evitando así ir al problema de fondo, el de si estaban o no realmente justificadas las medidas en cuestión. De ahí que uno de los magistrados (Ollero) aludiera a la Jurisprudencia de conceptos, esto es al paradigma de lo que suele entenderse por formalismo jurídico de carácter conceptual y les acusara de proceder como los juristas que habitan en el famoso “cielo de los conceptos jurídicos” imaginado por Ihering.



2) Si se acude a los trabajos de dogmática constitucional, la conclusión a la que se llega es que la distinción entre los conceptos de limitación y suspensión de los derechos no puede establecerse con completa nitidez. Pero es que, además, la distinción en cuestión no parece tener que ver exactamente con la intensidad (y generalidad) de la restricción, sino más bien con una dimensión de carácter formal y temporal: se suspenden los derechos cuando dejan de estar en vigor durante un espacio de tiempo; mientras que la limitación no supone esa pérdida de vigor, sino la necesidad de restringirlos para hacer frente, por ejemplo, a una situación de pandemia, y de ahí que las limitaciones – cuando propiamente se trata de un límite y no de una suspensión- sólo estarán justificadas si se dirigen a ese fin y son proporcionadas.

3) Además, la suspensión exige un acto formal (una declaración de suspensión) que no se produjo en este caso. Razón por la cual, la primera premisa de la justificación interna del fallo mayoritario no estaría justificada. Es algo que aparece muy destacado en el voto particular del presidente del tribunal. Según él, la mayoría ha considerado que la suspensión a que alude el artículo 55.1 CE es un concepto sustantivo, cuando no es así, sino que sólo existe si se acuerda formalmente: “en este caso no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio” (fund. 2)³

4) Tampoco es cierto que las restricciones de las medidas tuvieran la intensidad y el carácter de generalidad pretendido por la mayoría. Como se ha visto, el apartado 1 del art. 7 del Real Decreto establece numerosas excepciones (hay incluso una cláusula para introducir situaciones simplemente análogas a las explícitamente señaladas). Existe además – en el Real Decreto- una referencia constante a la necesidad de que esas restricciones han de ser proporcionadas. Y, en fin, algunos de los artículos del Real Decreto que la mayoría consideró constitucionales establecían limitaciones (por ejemplo, el cierre al público de restaurantes) que no habría razón para considerar de menor intensidad que las medidas incorporadas en los apdos 1, 3 y 5 del art. 7.

5) La interpretación “no originalista” o “evolutiva” que la mayoría hace de la distinción entre el estado de alarma y el de excepción no sólo va contra la literalidad de los textos normativos y contra la intención tanto del legislador como del constituyente, sino que significa una clara ruptura en relación con la interpretación del propio Tribunal constitucional, llevada a cabo, por ejemplo, en el ATC 40/2020, de 30 de abril (como pone de manifiesto Cándido Conde-Pumpido en su voto particular). Al contrario de lo que propone la mayoría, lo más acorde con el tenor de las normas, con las intenciones de sus autores y con una interpretación sistemática –coherente- del ordenamiento jurídico español es entender que la diferencia entre estado de alarma y estado de excepción tiene que ver con los fines perseguidos: la alarma trata de hacer frente a una situación de emergencia planteada por una catástrofe natural (como pueda ser un terremoto o una inundación), con

³ Tomás de la Quadra-Salcedo ha aclarado muy bien este punto en un trabajo titulado “La terrible confusión entre limitar y suspender derechos” (en *Agenda pública* de 5 de julio de 2021). Lo que viene a decir es que la suspensión únicamente está prevista en nuestro ordenamiento para “casos de amenaza para el orden constitucional, la seguridad del Estado o su integridad. Nada que ver con la amenaza para la salud derivada de una pandemia”. Y achaca al tribunal la comisión de una falacia de la falsa causa: el efecto de la restricción de los derechos a que se refiere la mayoría no tiene como única posible causa la suspensión.

una crisis sanitaria (como la provocada por una pandemia), con una situación de desabastecimiento..., mientras que el estado de excepción tiene una connotación política, o sea, lo que justifica su declaración es una alteración grave del orden público. En definitiva, lo procedente en el caso de la pandemia era la declaración del estado de alarma, no de excepción.

6) La declaración del estado de excepción no supone tampoco, como vienen a sugerir los magistrados de la mayoría, una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos, sino al contrario. Simplemente porque la suspensión de los derechos tiene consecuencias más graves que la simple limitación. Cabría aducir a ello que lo que importa –lo que realmente supone garantizar la protección de los derechos- tiene que ver esencialmente con el *quién* controla las restricciones y no tanto con la naturaleza de las restricciones. Pero parece obvio que los Reales Decretos no quedan tampoco (no quedaron) fuera del control parlamentario.

7) La sentencia tiene consecuencias claramente negativas, tanto hacia dentro del sistema jurídico, como hacia fuera, en relación con el sistema social. Hacia dentro, porque crea una grave inseguridad jurídica, o sea, no quedan claros cuáles son sus efectos (apdos 55, 56 y 57 del voto particular de Xiol), y la previsión que establece (en el fundamento 11) para intentar limitarlos muestra que los propios magistrados que la suscriben son conscientes de ello. Y hacia fuera porque, como también subraya Xiol, dado que la “suspensión” del derecho fundamental a la libertad de circulación no puede tener una duración superior a 60 días (art. 116.3 CE), ello significa “dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior”, como ocurrió con la pandemia; en el mismo sentido se pronunció Conde-Pumpido: la decisión del tribunal “crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias (p. 14).

8) Como conclusión de todo lo anterior, puede decirse que el fallo mayoritario no ha hecho que el Tribunal Constitucional pueda cumplir en este caso la función –que parece esencial- de estabilización del conflicto social. Para ello se necesitarían decisiones que –sobre todo en situaciones de grave crisis social- puedan gozar de un amplio consenso. Pero lo que ha producido es todo lo contrario: ha contribuido a incrementar el conflicto y, de paso, a desprestigiar una institución obviamente de gran relevancia para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Al final de su voto particular, Conde-Pumpido recuerda una frase del primer presidente del Tribunal, García Pelayo: “la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos”. Mientras que lo que habría hecho en este caso la mayoría es “crear un grave problema político y sanitario” con argumentos supuestamente jurídicos.

4.

Y pasemos ahora al esquema de la ponderación. Como indicaba antes, no se trata exactamente de un argumento de tipo deductivo, pero para volverlo deductivo bastaría con añadir algunas premisas que –me parece- podrían aceptarse sin mayores dificultades. En la ponderación (lo que llamaba el primer paso de ese procedimiento argumentativo) se crea una regla jurídica a partir de los principios aplicables al caso: “Si se da una situación de conflicto entre, por un lado, el derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, y, por



otro lado, el derecho a la libertad de expresión, y concurren además las circunstancias C, entonces las medidas M son constitucionales”. O, dicho de otra manera, a la ponderación hay que acudir cuando se trata de resolver un caso que supone una laguna en el nivel de las reglas del sistema: no existe una pauta específica que se refiera a esa situación a la que, sin embargo, sí que son de aplicación varios principios. Hay por ello que establecer esa regla para luego, en el segundo paso, proceder a una simple subsunción.

La justificación externa de la ponderación, entonces, nos remite a las dos premisas que señalaba en el esquema.

La primera –recuérdese- consistía en constatar la concurrencia de principios (de dos principios, o de sus correspondientes derechos) que tiran en direcciones opuestas. Y lo que aquí cabría cuestionar, entonces, es si efectivamente se da ese conflicto y si los principios concurrentes son precisamente los señalados. En relación con lo primero, no parece que pueda haber materia de discusión, puesto que es de común aceptación (y si no fuera así –si no hubiera conflicto, al menos prima facie- no habría, en realidad, caso que resolver). Pero la lectura de la motivación de la mayoría y de otros textos favorables a esa posición lleva a pensar que, en favor de la inconstitucionalidad de las medidas, cabría incorporar un nuevo principio de carácter formal o procedimental en la terminología de Alexy (yo preferiría llamarlo un principio institucional) que sería el que ordena respetar las competencias constitucionalmente establecidas, a lo que se añadiría un principio material, pues de esa forma se incrementaría también la garantía de los derechos fundamentales. Pero eso nos remite a algo que ya habíamos visto antes: a la cuestión de si lo constitucionalmente requerido en la situación era la declaración del estado de excepción (no del de alarma). Y no parece que la respuesta a la misma haya de ser afirmativa.

La segunda premisa, esto es, la justificación de por qué se atribuye un mayor peso (se da prioridad) a un principio o conjunto de principios sobre otro(s) suele constituir lo que muchos consideran como el verdadero *punctum dolens* de la ponderación. De hecho, la teoría de la ponderación de Alexy y la famosa fórmula del peso viene a ser, cabe decir, la justificación externa de la segunda premisa de ese primer paso de la ponderación. Hay varias maneras de formular ese criterio de proporcionalidad, balance, ponderación o como quiera llamarse, que vienen a ser sustancialmente equivalentes entre sí. En el planteamiento de Alexy, vendría a decir que una medida de restricción de un derecho (M) está justificada si es idónea para lograr el fin (en nuestro caso, la protección de la salud, integridad física y vida de las personas), es necesaria (no existe una medida alternativa que lograra el fin y fuera menos lesiva del derecho afectado -la libre circulación-) y es proporcional en sentido estricto; para determinar esto último, a su vez, deben tomarse en consideración básicamente tres variables: el peso abstracto de cada uno de los principios (o derechos), el grado de afectación de los principios en el caso concreto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy ha elaborado con mucho detalle esa teoría, ha propuesto incluso la traducción de las tres anteriores variables a términos numéricos para construir con ello una fórmula matemática (la fórmula del peso), lo que, en mi opinión, constituye un exceso, por no decir un error. Pero, por lo demás, no hace falta entrar aquí en ninguno de esos detalles, puesto que todos, no sólo los discrepantes con el fallo mayoritario, sino también los magistrados de la mayoría, parecen estar de acuerdo en que, dadas las circunstancias en que se produjo la pandemia (lo que antes llamaba C) las medidas M estaban justificadas. Por



más que pueda parecer extraño (y ciertamente lo es), el fallo mayoritario no pone en duda la proporcionalidad de las medidas (la necesidad de dar prioridad –en las circunstancias C- al derecho a la salud, a la integridad física y a vida sobre el derecho a la libre circulación). Reconoce explícitamente que las medidas adoptadas para combatir la pandemia eran necesarias y proporcionadas y sustancialmente idénticas a las adoptadas en los países de nuestro entorno. Y otro tanto cabría decir del partido político, VOX, que planteó el recurso de inconstitucionalidad, pero después de haber votado en el Congreso de los Diputados en favor de las medidas cuya constitucionalidad pasó luego a cuestionar. Conviene, por cierto, aclarar que ese juicio de proporcionalidad tiene que hacerse teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el momento de la aprobación del Real Decreto, o sea, a partir del conocimiento (fundado) que entonces se tenía sobre la pandemia.

La conclusión que se extrae de todo ello es, me parece, simple e indubitable. Si el problema constitucional que se le planteó al Tribunal se hubiese tratado de resolver en términos de una ponderación, no se habría producido ninguna tensión entre los miembros del tribunal, sino que se habría alcanzado –insisto, muy fácilmente- un acuerdo unánime. ¿Por qué entonces no se procedió así?

5.

No es fácil saberlo. Antes apuntaba a la existencia de formas distintas de concebir el Derecho y los derechos fundamentales. Muchos juristas (incluyendo –claro está- a teóricos del Derecho) son sumamente escépticos en relación con la ponderación y supongo que también en este caso defenderían la necesidad de proceder a partir de reglas, esto es subsumiendo (e interpretando). Eso, naturalmente, no quiere decir que, por ello, tuvieran que ponerse del lado del fallo mayoritario. Por ejemplo, podrían construir un silogismo como el siguiente:

1. Si las medidas M suponen una limitación de derechos, pero no son desproporcionadas y se establecieron tras la declaración del estado de alarma, entonces son constitucionales.
2. Las medidas M cumplen todas esas condiciones.
3. Por lo tanto, son constitucionales.

Pero, claro está, lo que tendrían que indicarnos a continuación es cómo se llega a la formulación de esas premisas, cuál es su justificación externa. En relación con la primera, la normativa, se trata (como ocurre con la correspondiente del fallo de la mayoría) de una *regla* jurídica, esto es, de una pauta específica de comportamiento que no se encontraba previamente (así formulada) en ninguna fuente autoritativa del sistema, y por eso hablaba yo también de la existencia de una laguna en el nivel de las reglas. Lo que el sistema proveía era un material jurídico en bruto (del que formaban parte principios, criterios interpretativos, reglas...) que han de elaborar los juristas (los magistrados del tribunal) para poder encontrar una solución al problema. Y esa elaboración se resume en cierto modo en el paso de los principios a las reglas, siguiendo el esquema de la ponderación antes trazado. En resumidas cuentas, tanto en la justificación externa del anterior esquema como en relación con el del fallo mayoritario, no pueden dejar de usarse argumentos que hacen referencia a principios y a ponderaciones, aunque en ocasiones se haga en forma más o



menos velada. Y por lo que se refiere a la segunda premisa, parece obvio que contiene un juicio de proporcionalidad, de manera que tampoco la ponderación está aquí ausente

La ponderación es, por lo tanto, un tipo de procedimiento argumentativo al que ha de acudir el jurista (el aplicador del Derecho), pero no siempre, sino sólo cuando se encuentra con una situación de laguna (normativa o axiológica)⁴ en el nivel de las reglas. Es importante insistir en que el uso de la ponderación no supone prescindir de la subsunción y del resto de las técnicas argumentativas (deductivas o no) características del razonamiento jurídico. Defender, para este caso, un esquema de justificación interna de tipo ponderativo no supone dejar a un lado el razonamiento subsuntivo o clasificatorio, sino mostrar que se necesitan ambas cosas: para subsumir, hay que saber antes en qué se subsume. De la misma manera que insistir en la relevancia de los principios no quiere decir prescindir de las reglas. Para la resolución de cualquier problema jurídico, al menos si reviste alguna complejidad, se necesita usar tanto reglas como principios. Y eso es lo que ocurre, en particular, en los supuestos de conflictos entre derechos, ya que los derechos no están recogidos únicamente en principios, sino también en reglas. Pero cuando surge el conflicto de cuál de dos derechos en pugna debe prevalecer, no queda otra alternativa que acudir a una ponderación, a un balance de razones en el que lo que se “sopesa”, por cierto, no tienen por qué ser exclusivamente principios, esto es, las reglas también pueden contribuir a inclinar la balanza hacia un lado o hacia otro.



Personalmente considero que la motivación de la sentencia (del fallo mayoritario) es un ejemplo clamoroso (incluso diría que algo obsceno) de formalismo jurídico. La esencia del fallo consiste en evitar entrar en el fondo del asunto (si las medidas estaban o no justificadas) utilizando para ello, como pretexto, la necesidad de proceder a una nítida separación entre los conceptos de estado de alarma y de excepción, de limitación y suspensión de los derechos. Pero hay además buenas razones para considerar que la motivación de la sentencia incurre también en activismo judicial. La apelación a lo que los magistrados de la mayoría llaman “interpretación evolutiva”, para construir como lo hacen esos conceptos, no parece tener otro propósito que el de saltarse el Derecho, eludir lo establecido al respecto por el material jurídico autoritativo. Quizás no esté de más recordar (dada la tendencia a olvidarlo) que lo que hoy llamamos activismo judicial tiene su origen en las decisiones, de orientación netamente conservadora, adoptadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos a comienzos del siglo XX que declararon inconstitucionales una serie de leyes de inspiración más o menos socialista; el ejemplo paradigmático es el caso *Lochner*. Y, en fin, lo que se produce con todo ello es una verdadera maniobra de distracción, esto es, ese planteamiento ha llevado a que lo que se discute en relación con la sentencia (lo que discuten básicamente los juristas “expertos” en la materia) no sea lo que cualquier persona no experta en Derecho (pero dotada de sentido común) diría que hay que discutir. Dicho de otra manera, la sentencia ha transmitido a la opinión pública una idea de

⁴ La distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas tiene mucha relevancia, pero no la desarrollo aquí porque no resulta indispensable para lo que nos ocupa. Simplemente aclaro que lo que se plantea en el caso es una laguna normativa. He tratado el asunto con algún detalle en varios trabajos referidos a la ponderación como “A vueltas con la ponderación” (forma parte ahora del libro *Un debate sobre la ponderación*, escrito con Juan Antonio García Amado –Palestra, Lima, 2011) o “La ponderación en pocas palabras” (en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017)

lo jurídico según la cual el Derecho no es más que un obstáculo que hay que superar para poder hacer lo que se debe hacer.

Y si las cosas son así, me parece que no queda otro remedio que acudir a otra famosa distinción de la teoría de la argumentación jurídica: la contraposición entre el contexto de descubrimiento y el de justificación, entre las razones explicativas y las justificativas de una decisión. Yo no he podido encontrar (y creo que nadie puede hacerlo), en el fallo de la mayoría, un conjunto de argumentos que constituya una buena razón para considerar aceptable, justificada, la decisión. Lo cual invita, naturalmente, a poner el foco en el otro contexto. O sea, a hacerse la pregunta de cuáles pueden haber sido no las *razones*, sino las *causas* (ideológicas, políticas, idiosincrásicas, etc.) que han producido como efecto esa decisión.



¿PROCEDE LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE HIPOTECA, POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE INEFICACIA DE DICHA HIPOTECA, QUE FUE OTORGADA POR UN "FALSUS PROCURATOR"?

Autor: Ángel Fredy PinedaRíos¹



I) PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El día 17 de enero de 2022 se publicó en *LP Pasión por el derecho*, la Casación N° 2756-2019-Lima, presentado bajo el título ¿Se debe amparar necesariamente la pretensión accesorias si se declaró fundada la principal?.

La Casación tiene la sumilla siguiente:

Sería errado concluir –desde una interpretación literal del artículo 87 del Código Procesal Civil - que amparar una pretensión accesorias es mero trámite que sigue al declararse fundada la principal, en tanto ello derivaría a sostener que no sería necesario fundamentar las decisiones judiciales en la parte que se amparan pretensiones accesorias, lo que en sí mismo supondría viciar de contenido el proceso y provocar su nulidad. Toda pretensión venida a proceso debe ser examinada y en el caso en cuestión debe analizarse el vínculo que permita colegir que la secuencia lógica de amparar la principal es la que fundamenta la tutela de la accesorias. Cuando ello no ocurra, no es posible amparar esta.

Esta Casación aborda el tema de las pretensiones accesorias precisando que requieren también de motivación para ser amparadas además que deben ser consecuencia lógica del amparo de la pretensión principal; sin embargo, en el caso concreto, se declara improcedente la pretensión accesorias de cancelación registral de la constitución de hipoteca, pese a que cumpliría con el requisito antes indicado.

Para analizar el tema, empezaremos indicando que el Proceso judicial tuvo como pretensión principal la Ineficacia del Acto Jurídico de Hipoteca, por haberse celebrado por un *Falsus Procurator*, respecto del cual las instancias de mérito resolvieron correctamente declarando fundada la misma, conforme a la última parte del artículo 161 del Código Civil que señala "(...) También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye."

Por su parte, la Casación al resumir la pretensión demandada señaló que "Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por **Sixto Orihuela Zamora y María Cobos Ángulo** representada por Nancy Orihuela Cobos, de fecha 29 de abril de 2019, contra la sentencia de vista de fecha 8 de enero de 2019, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha 17 de abril de 2017, **en el extremo que declaró improcedente la pretensión accesorias de cancelación del asiento 2-D de la ficha N.º 1116842 del Registro de Predios de Lima.** (Resaltado es nuestro)."

¹Juez superior (P) de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Ex Registrador Público de Chiclayo.

Esta precisión de lo que constituye la Pretensión accesoria (**cancelación de asiento registral**) es de suma importancia pues ayudará a comprender que la declaratoria de su improcedencia es un error, conforme pasaremos a explicar.

II) ERRORES COMETIDOS EN LA CASACIÓN 2756-2019, LIMA, EN CUANTO A LA PRETENSIÓN ACCESORIA.

1.- El primer error es considerar-al contrario del resumen ya efectuado- que la pretensión accesoria versa sobre la **nulidad del asiento registral** y entonces, refiere que, como la pretensión principal no declara la nulidad de la hipoteca sino solamente su ineficacia, no puede declararse la nulidad del asiento registral de inscripción de la hipoteca.

En efecto, luego de hacer una distinción entre justificación interna y externa, la Casación señala:

3. *En esa perspectiva en cuanto a la justificación interna, se advierte que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado el artículo 107 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos referido a la nulidad de los asientos registrales, conjuntamente con el artículo 161 del Código Civil, que atiende a supuestos de ineficacia. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha tenido en cuenta que la pretensión principal es una de ineficacia y no de nulidad. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que no es posible declarar la nulidad del asiento registral cuando la pretensión principal no versa sobre la nulidad del acto jurídico que dio origen a la inscripción. Se advierte que la conclusión a la que arriba es congruente formalmente con las premisas establecidas, por lo que existe adecuada justificación interna en la sentencia impugnada.*

4. *En lo que concierne a la justificación externa, este Tribunal Supremo estima que tal justificación existe en el sentido que se han utilizado normas del ordenamiento jurídico para resolver el caso en litigio, utilizando como premisas fácticas los hechos que han acontecido en el proceso y como premisas jurídicas las relevantes para solucionar un litigio sobre ineficacia de acto jurídico. Esta correlación entre ambas premisas ha originado una conclusión compatible con la interpretación de la norma.*

2.- En esa misma línea de ideas, al analizar “el Caso en Cuestión” la citada Casación señala:

2. *En lo que respecta a una supuesta vulneración del artículo 161 del Código Civil, debe manifestarse que tal norma es la que ha justificado el amparo de la pretensión principal, sin embargo, nada tiene que ver con la nulidad del asiento registral que es tema que se regula por otros preceptos jurídicos.*

3. *Atendiendo a lo señalado, no se aprecia vulneración de las normas jurídicas antes referidas, siendo necesario mencionar que la nulidad de un asiento registral se sustenta en la invalidez del acto jurídico que provoca su inscripción, conforme lo prescribe el artículo 107 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, mientras que la ineficacia –pretensión principal de esta demanda- no ataca la validez del acto jurídico, sino la legitimidad de una de las*



partes que intervino en la relación obligatoria. Por tanto, no existe conexidad entre la resolución que declara fundada la demanda y la accesoria que se exige en este recurso.

3.- Sin embargo; como ya hemos hecho notar, la pretensión accesoria no es la de nulidad del Asiento Registral, sino por el contrario, **la cancelación de dicho asiento**, como consecuencia lógica de la ineficacia de la hipoteca, por lo cual la base legal citada no es la correcta, ya que el artículo 107 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN del 18-05-2012), alude a que judicialmente puede pedirse la declaración de Nulidad de un asiento registral, que, como tal, de por sí es nulo y no porque su nulidad derive del acto jurídico que dio origen a dicha inscripción. Así dicho artículo señala:

"Artículo 107.- Cancelación por declaración judicial de invalidez

Quien tenga legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por una inscripción nula o anulable, podrá solicitar judicialmente la declaración de invalidez de dicha inscripción y, en su caso, pedir la cancelación del asiento en mérito a la resolución judicial que declare la invalidez. La declaración de invalidez de las inscripciones sólo puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional."

4.- Además, clarificando dicho supuesto de Cancelación por Nulidad de asiento registral, el artículo 94 inciso c) del citado Reglamento precisa que **la nulidad del asiento registral debe ser por falta de algunos de los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento correspondiente**, lo cual nada tiene que ver con la nulidad del Acto Jurídico que le dio origen.

5.- Asimismo, otro error que comete la Casación 2756-2019 Lima, luego de negar la cancelación del asiento registral de hipoteca, es que considera que la solución más acertada es la **inscripción de la sentencia**, señalando al respecto:

Quinto. Conclusión.- *Así las cosas, debe declararse infundado el recurso de casación; sin embargo, debe señalarse que, si los recurrentes lo consideran necesario podrán inscribir la sentencia dictada en este proceso de manera definitiva, sin impedimento alguno, atendiendo a lo expuesto en el artículo 51 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos y, como quiera que existen anotaciones preventivas, deberá tenerse en cuenta lo expuesto en los numerales 64 y 68 del mismo cuerpo legal.*

Sin embargo; con esta decisión, se deja en claro que no se puede cancelar el asiento de inscripción de la hipoteca, manteniendo una inscripción írrita que no corresponde a acto jurídico alguno y sin propósito u objetivo entendible.



III) ¿EN QUÉ CASOS CORRESPONDERÍA LA INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA DE INEFICACIA?

Cabe aclarar que la inscripción de la sentencia que declara la ineficacia de un acto jurídico, sólo se justificaría en casos como los siguientes:

1º) En el caso en que los acreedores logren que se declare ineficaz para ellos, la venta que su deudor hizo de un bien, perjudicando su crédito, es decir a través de la acción Pauliana, contemplada en el artículo 165 del Código Civil. Dicha inscripción tiene un doble propósito: 1) que se publicite que solamente para dichos acreedores es ineficaz la venta y 2) como acción previa y necesaria para poder ejecutar el cobro de la deuda respecto de dicho inmueble, pues para ello, deberán simultáneamente haber ejecutado dicha deuda en otro proceso, y luego inscribir el embargo a efecto de rematar el bien. En ese sentido, como no se declara propiamente la nulidad de la venta (que tiene alcance erga omnes), sino solamente la ineficacia de la venta (solamente para los acreedores), se inscribe la sentencia de ineficacia, como un paso previo a la ejecución de una deuda realizada en otro proceso.

2º) En el caso que se declare la ineficacia de una hipoteca que realizó solo uno de los cónyuges, pese a que el bien era social, por cuanto dicho acto jurídico puede ser convalidado o ratificado por el cónyuge que no intervino. En esos términos resuelve la Casación N° 3437-2010 Lima del 09 de junio de 2011, que señala:

*Octavo.- A partir de la premisa de que ninguno de los cónyuges, en forma individual, puede disponer de derechos de propiedad sobre los bienes sociales (salvo el caso excepcional), podemos concluir que cuando uno sólo de ellos se compromete a gravar o disponer el patrimonio de la sociedad de gananciales, nos encontramos ante un acto jurídico que se opone a una norma imperativa, en la que existe una falta de representación de uno de los cónyuges o de la disposición de derechos de uno de ellos, como ocurre en el presente caso, en que la hipoteca celebrada sobre el inmueble adquirido por la sociedad conyugal, no fue autorizada por ésta última, pues no consta su firma en dicho documento, ni otorgó poder especial a su cónyuge para que la represente, lo que no significa que el acto jurídico en sí sea nulo, **dado que es susceptible de ser ratificado por el cónyuge que no participó en la celebración del acto jurídico**, situación que no es posible de ser convalidada de declararse nulo dicho acto; en consecuencia, tal como lo ha establecido la sentencia de vista, el petitório de la demanda alude al supuesto de ineficacia regulado por el artículo 161 del Código Civil, y no a la causal invocada por la recurrente.*



IV) SOLUCIÓN AL CASO MATERIA DE ANÁLISIS

Pero volviendo al caso que estamos analizando, la sentencia que declara la ineficacia de la hipoteca respecto de sus propietarios, no es un acto intermedio para esperar que se realice otro posterior pues ya se ha declarado en última instancia que es ineficaz o le es inoponible a los propietarios, es decir que no les debe perjudicar de ninguna manera. Es más, respecto de ellos no queda nada más que dilucidar pues obviamente ni les será exigible el pago de la deuda, ni se les podrá rematar el bien ante su negativa de pago, conforme al artículo 721 del Código Procesal Civil que señala:

Artículo 721.- Mandato de ejecución

Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía.

En ese sentido, resulta más acertada la Casación N° 2048-2013 Lima del 03 de junio de 2014 que, en un caso de Ineficacia de constitución de hipoteca por falso procurador aclara que: **"El acto jurídico de constitución de hipoteca celebrado por el "falsus procurator" es ineficaz frente al falso representado, en tal sentido, no podrá ejecutarse debido a que no puede surtir efectos negativos en la esfera patrimonial del representado, siendo irrelevante el análisis de la buena fe del tercero a favor de quien se constituye la hipoteca."**

Entonces preguntamos: ¿por qué tendría que seguir existiendo la inscripción de la hipoteca y en todo caso, con qué fin, si es que ya no se podría ejecutar contra los propietarios del inmueble, por haberse declarado fundada la pretensión de Ineficacia de dicho acto jurídico?

Parece que este aspecto no ha sido tenido en cuenta por la Casación N° 2756-2019-Lima materia de análisis, que más ha tenido el afán de sentar en abstracto las bases de cómo debería resolverse una Pretensión accesorias (con un análisis propio de la pretensión pero que sea consecuencia de la pretensión principal), pero no se ha dado cuenta que, en el caso concreto que estaba resolviendo, estaba denegando injustificadamente la pretensión accesorias, pese a ser una consecuencia directa y lógica de amparar la pretensión principal, es decir, de ser la única consecuencia aceptable. En efecto, no puede negarse que, con el Poder falso, el Falso Procurador logró un crédito y comprometió el inmueble de los Propietarios en una hipoteca, que fue inscrita, pero que al haber declarado el Poder Judicial su ineficacia, la consecuencia más sensata y razonable, es precisamente que se cancele dicha inscripción. No hay otra solución posible que se pueda otorgarse en justicia, a favor de los demandantes.

Debe tenerse en cuenta que la propia sumilla de la CASACIÓN N° 2756-2019-Lima es clara al precisar que: *Toda pretensión venida a proceso debe ser examinada y en el caso en cuestión debe analizarse el vínculo que permita colegir que la secuencia lógica de amparar la principal es la que fundamenta la tutela de la accesorias. Cuando ello no ocurra, no es posible amparar esta.*

Por ello, si en el presente caso la Casación no dispone la cancelación de la inscripción registral, no está cumpliendo la premisa antes planteada, pese a que sí existe un vínculo que permite colegir que la secuencia lógica de amparar la pretensión principal de Ineficacia del Acto Jurídico de hipoteca es la que fundamenta la tutela accesorias de cancelación del asiento registral de hipoteca.

No debe olvidarse que la partefinal del artículo 161 del Código Civil que fundamenta la Ineficacia de este Acto Jurídico de Hipoteca señala que: **También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.**



Si bien dicha norma alude que el acto jurídico celebrado por el *Falsus Procurator* es ineficaz ante el supuesto representado (en este caso los propietarios demandantes), de ello no puede entenderse que se está haciendo alusión solamente a la persona de los falsos representados, sino por el contrario, la ineficacia debe entenderse referida esencialmente a los bienes que se han visto comprometidos por el ejercicio del Poder Falso. Mas en concreto, si con el Poder falso se realizó la hipoteca de un bien de los supuestos representados (los demandantes) y se inscribió en Registros Públicos, se entiende que su declaratoria de ineficacia es respecto de dicho bien, de propiedad de los supuestos representados, por lo cual debe proceder su cancelación registral.

Finalmente, en cuanto a las normas que respaldan la cancelación del asiento registral, está el propio artículo 161 del Código Civil, que hemos explicado, que debe concordarse con el artículo 94 del Reglamento General de los Registros Públicos que indica:

Artículo 94.- Supuestos de cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas

La cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas se extiende:

e) Cuando por disposición especial se establezcan otros supuestos de cancelación distintos a los previstos en los literales precedentes.

La idea que debe quedar clara entonces es que, si ya no existe un Acto Jurídico eficaz del cual se pueda derivar algún derecho y que pueda originar una ejecución, debe procederse a la cancelación, pues así como se le permitió al *Falsus Procurator* una hipoteca írrita, con más razón se le debe permitir a los Propietarios la cancelación de la misma por haber logrado que se declare la ineficacia del acto jurídico de la hipoteca, máxime si en el presente caso, el *Falsus Procurator* fue sentenciado penalmente y se declaró la nulidad del Poder por Falsedad, como indica la propia Casación.

Esta conclusión se ve reforzada por el artículo 94 del Reglamento General de los Registros Públicos que en el inciso a) señala de modo general que **La cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas se extiende Cuando se extingue totalmente el derecho inscrito**; no precisando la forma de extinción, lo cual podría ser fácilmente interpretado por el operador del derecho, de que también se refiere a la figura de la Ineficacia de acto jurídico, pues como repetimos, al declararse la ineficacia de la hipoteca frente al bien inmueble de los propietarios (supuestos representados), no hay derecho que se pueda exigir de dicha hipoteca, es decir ni el pago, ni la realización del bien, conforme lo señala expresamente y con mayor acierto la Casación N° 2048-2013 Lima del 03 de junio de 2014 ya citada.



PROCEDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP) DE LA SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES POR EL DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS DENTRO DE LA UNIÓN DE HECHO

Deysi Libertad Rios Quispe¹



RESUMEN: El presente artículo trata de responder si es posible inscribir en Registros públicos (SUNARP) la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en una unión de hecho reconocida notarialmente.

SUMARIO: Antecedentes. La unión de hecho en el código civil. Competencia notarial en asuntos no contenciosos: Unión de hecho. Procedencia de la inscripción de la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en una unión de hecho reconocida notarialmente. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Antecedentes:

El artículo 9 de la Constitución Política de 1979 consagró la protección de la unión de hecho en el Capítulo II relativo a La Familia, señalando que: “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Al amparo de la indicada Constitución Política, el Código Civil de 1984 incluyó en su artículo 326, dentro del capítulo de Sociedad de Gananciales, la norma que establece que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Como se aprecia, el requisito de un tiempo mínimo que debe cumplir la unión estable fue expresado en la abrogada Constitución Política de 1979, habiéndose determinado en dos años continuos por el legislador que promulgó el Código Civil de 1984, norma sustantiva que nos rige hasta la fecha.

De acuerdo a la doctrina imperante, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es uno de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se le aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente.

El artículo 5 de la Constitución Política de 1993, establece: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Al respecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 06572-2006-PA/TC del 6/11/2007, el Tribunal Constitucional ha señalado en su fundamento 16: *“De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios. Se excluye, por lo tanto, que alguno de los convivientes esté casado o tenga otra unión de hecho”*. Asimismo, en su fundamento 18 se ha señalado lo siguiente: “La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida.

¹Analista Registral de la SUNARP Zona Registral N°XI-Ica. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

La unión de hecho en el código civil:

Si bien la Constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326 del Código Civil sí lo hace, disponiendo como mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia”. Asimismo, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional a través de la sentencia emitida en el Exp. N° 06572-2006-AA ha señalado que: “(...) el reconocimiento de la comunidad de bienes implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenece a los dos convivientes. Con ello, se asegura que, a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad puedan repartirse equitativamente con lo que se erradicarían los abusos e impedirían el enriquecimiento ilícito”.

En este sentido, son caracteres de la unión de hecho:

- La cohabitación que implica necesariamente vivir bajo un mismo techo;
- La estabilidad;
- La singularidad (situación única y monogámica);
- La publicidad de las relaciones convivenciales; y
- La ausencia de impedimentos matrimoniales.

Competencia notarial en asuntos no contenciosos: Unión de hecho

Originalmente, el reconocimiento de esta situación debía tramitarse necesariamente ante el Poder Judicial; sin embargo, con la dación de la Ley N° 29560, se amplió la competencia notarial en asuntos no contenciosos, modificándose el artículo 1 de la Ley N° 26662, incorporándose el numeral 8: “(...) Los interesados podrán recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 8. Reconocimiento de la unión de hecho (...)”.

El artículo 46 de la precitada ley prescribe que la solicitud que se presenta ante el notario deberá incluir: el reconocimiento expreso de que conviven no menos de dos años de manera continua, declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso, declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más y otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos años continuos, entre otros. La legislación peruana no ha señalado explícitamente el carácter declarativo de este reconocimiento, sin embargo, consideramos que esto puede inferirse del artículo 326 del Código Civil y el artículo 5 de la Constitución Política de 1993. Esbozar una tesis contraria implicaría adicionar un requisito (la declaración notarial o judicial) que no ha sido previsto en la norma antes citada.

Esta situación ha sido dilucidada en el Pleno Jurisdiccional del año 1998, a través de los siguientes acuerdos: “(...) 8.1. El pleno: Por consenso acuerda: Que para solicitar alimentos o indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho, pero ésta debe acreditarse dentro del proceso con principio de prueba escrita. 8.2. Que para la relación con terceros y respecto de la liquidación de gananciales sí es exigible el reconocimiento judicial previo de la unión de hecho (...)”. Entre los fundamentos del primer acuerdo se indica: “(...) Que, el otorgamiento de la pensión alimenticia se funda en un estado de necesidad, que deviene en impostergable, que de otro lado la naturaleza de la obligación alimentaria resulta indistinta tanto en una unión de hecho como en el matrimonio y su basamento reside en la imposibilidad del alimentista de atender por sí mismo su subsistencia; por lo que remitiéndonos al artículo 326 del Código Civil, en la unión de hecho sólo debe requerirse principio de prueba escrita para su concesión. (...)”. En los considerandos del segundo acuerdo se indica: “(...) Que, al respecto es necesario señalar que debe requerirse el reconocimiento judicial de la unión de hecho, a efectos de poder solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales y ésta se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda e hipoteca de un bien mueble o inmueble, su afectación por una medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada por el órgano jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado



artículo 326 del Código Civil. Que, en cuanto a la liquidación de gananciales, debe tenerse presente que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, por lo que es menester precisar la fecha de inicio y de su fin, para determinar qué bienes son los que van a inventariarse para una ulterior liquidación de los mismos, y evitar que sean incluidos posibles bienes propios de los convivientes (...).

De la lectura de los acuerdos y fundamentos de los mismos constatamos que judicialmente la sentencia de reconocimiento de unión de hecho es declarativa, debiendo indicarse la fecha de inicio y fin de la unión de hecho por sus efectos en el aspecto patrimonial y personal entre los convivientes y con los terceros.

Este criterio además ha sido recogido por la Directiva N° 002-2011- SUNARP/SA mediante la cual se establecen los criterios registrales para la inscripción de las Uniones de Hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados, señalando en su numeral 5.4 que describe dentro de los alcances de la calificación registral de un título referido al reconocimiento de uniones de hecho o su cese, el verificar que la escritura pública o el documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la unión de hecho, así como contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso. Datos que además deberán ser publicitados en el asiento registral.

Sobre la materia, Vega Mere² señala que “los efectos de la sentencia (o de la declaración del reconocimiento notarial) deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquiridos bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos”. De otro lado, Arias Schreiber manifiesta lo siguiente: “(...) la sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuando son o no aplicables las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, responde a la previsión de la Constitución de 1979. La consecuencia inmediata de su regulación civil produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deben probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los bienes, correspondiendo la probanza a aquél que alega la calidad de bien propio. Quizás, por ello, en el artículo 5 de la Constitución de 1993 se estableció que la comunidad de bienes se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, sin sujetarlo a plazo o condición alguna. Con lo cual, desde el inicio de la unión de hecho se presume el carácter común de los bienes, salvo prueba en contrario. En todo caso, resulta necesario revisar el artículo 326 para concordarlo con la actual normatividad constitucional.”

Procedencia de la inscripción de la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en una unión de hecho reconocida notarialmente:

Entonces, conforme a la normatividad y jurisprudencia señalada hasta el momento tenemos que la unión de hecho origina una comunidad de bienes sujeta a las disposiciones del régimen de sociedades de gananciales; por lo tanto, una vez reconocida esta relación entre los convivientes, se presume el carácter común de los bienes adquiridos durante su vigencia.

En consecuencia, corresponde determinar si es posible inscribir la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en una unión de hecho reconocida notarialmente.

Sobre el tema, en el 221° Pleno realizado los días 17 y 18 de diciembre del 2019, el Tribunal Registral adoptó el siguiente acuerdo, el que es de obligatorio cumplimiento para la segunda instancia: “SUSTITUCIÓN DE RÉGIMEN PATRIMONIAL EN UNA UNIÓN DE HECHO. Procede la inscripción de la sustitución de régimen patrimonial de los convivientes integrantes de una unión de hecho debidamente reconocida judicial o notarialmente.

De lo anterior se advierte que el ordenamiento jurídico peruano ha reconocido constitucional y legalmente a la unión de hecho en sentido estricto, así como equipara a la sociedad de bienes nacida en la unión de hecho a la sociedad de gananciales originada en el matrimonio, lo que implica que el régimen patrimonial normativo del matrimonio debe ser aplicado al de la sociedad de bienes generada en la unión de hecho.

²VEGA MERE, Yuri, en “Código Civil Comentado”, 1ra. Ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pág. 462.

Es decir, si bien la unión de hecho es de distinta naturaleza al matrimonio civil, la normatividad que regula a la sociedad de gananciales debe aplicarse a la “comunidad de bienes” que se genera por la unión de hecho.

Ahora bien, cierto es que nuestro Código Civil establece como régimen patrimonial obligatorio de la unión de hecho la llamada sociedad de gananciales siempre que esté reconocida notarial o judicialmente. Dicha afirmación podría hacernos pensar, a priori, que los convivientes carecen del derecho a sustitución del régimen patrimonial porque los legisladores del Código Civil escogieron como régimen forzoso para la unión de hecho la sociedad de gananciales, en aras de proteger a la parte más débil de la relación de convivencia.

No obstante, lo anterior, no existe ninguna disposición en nuestro ordenamiento legal que prohíba expresamente que los convivientes sustituyan su régimen patrimonial, o que contravenga o colisione con alguna otra norma del orden jurídico establecido. Entonces, ¿por qué limitar donde la ley no lo hace? La Constitución, en el artículo 24 inciso a, ha dispuesto sobre el derecho fundamental a la libertad de las personas naturales que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, en otros términos, todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido de hacer.

De ello, surge la siguiente pregunta: ¿Acaso no podría ser viable que los convivientes luego de inscrito su reconocimiento de unión de hecho consideren que lo mejor para ellos es optar que su régimen patrimonial se rija por las reglas de un régimen de separación de patrimonios? Este Tribunal encuentra que en aras de la protección a las relaciones económicas entre los convivientes, con respecto de sus descendientes, ascendientes y terceros, y la importancia que tendría para conocimiento de terceros, pues su oponibilidad resulta trascendental para el tráfico contractual y la seguridad jurídica, contrario sensu, la falta de publicidad traería como consecuencia la posible afectación a los derechos de terceros, por ello es viable que los convivientes puedan inscribir la sustitución de su régimen patrimonial de sociedad de gananciales, constituyendo un régimen autónomo donde prima la independencia entre aquellos en la propiedad y administración de sus bienes. Todo ello en base a la autonomía de voluntad de los convivientes, más aún si consideramos que la unión de hecho es una institución familiar reconocida constitucionalmente.

En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC N° 06572-2006-PA/TC de fecha 06/11/2007 ha señalado sobre el reconocimiento de la unión de hecho a nivel constitucional que fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión>>. Es claro que el máximo intérprete de la Constitución reconoce múltiples derechos patrimoniales a los convivientes.

Ahora bien, las uniones de hecho reconocidas en la vía notarial o judicial son hoy actos inscribibles en el Registro Personal, conforme lo establece el numeral 10 del artículo 2030 del Código Civil, inclusive mediante la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA se aprobaron los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados. Bajo esta perspectiva, sin embargo, como ya se ha mencionado, debe tenerse presente que la inscripción de otro acto vinculado con las uniones de hecho -como podría ser la sustitución del régimen patrimonial- debe efectuarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993. En tal sentido, su admisión por el Registro debe ser sustentada tomando en cuenta que la unión de hecho se encuentra recogida en la Carta Fundamental vigente.

En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 56 , la que servirá de sustento. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, no queda sino dar acceso a la inscripción de la sustitución del régimen patrimonial de sociedades de gananciales por el de separación de patrimonios de los convivientes.

Asimismo, en línea de respeto a la Constitución, este Tribunal encuentra que la inscripción de la sustitución del régimen de sociedad de gananciales en las uniones de hecho tiene sustento en la igualdad ante la ley, pues nadie debe ser discriminado ni tener trato diferente por cualquiera índole. Por lo que en este ámbito patrimonial es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho. Recordemos que el



legislador y el mismo Tribunal Constitucional han venido otorgando derechos a los convivientes, tales como pensiones de viudez, derechos sucesorios, pensión de alimentos, etc., por lo que en un sentido de igualdad, también debe admitirse la inscripción del cambio de su régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Por otro lado, podría argumentarse en contra de la inscripción registral que la sustitución de régimen patrimonial en una unión de hecho no se encuentra previsto en ninguna norma, empero, aun cuando las fuentes jurídicas del Derecho presenten deficiencias o vacíos en el tratamiento expreso a un caso planteado ante el Registro, este Tribunal se mantiene sujeto al deber de resolver el asunto. El sustento de ello se encuentra en el artículo VIII del Código Civil y artículo VIII del TUO de la Ley 274449 .

Es por ello que, al estar previsto el reconocimiento de las uniones de hecho tanto en la vía judicial como en la notarial, así como su inscripción registral, inclusive su cese, para este Tribunal no existe ninguna vulneración constitucional para admitir la inscripción registral de la sustitución del régimen patrimonial de las uniones de hecho, más bien su rechazo equivaldría a una vulneración al derecho de igualdad y de la autonomía de la voluntad de los convivientes, pues la unión de hecho constituye también una institución de familia protegida bajo el manto de la Constitución.

Además, la admisión de la inscripción de la sustitución de régimen patrimonial de una unión de hecho se sustenta en el principio de pro inscripción previsto en el segundo párrafo del artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos según el cual <>. Dicho principio guarda relación, además, con la propia naturaleza del procedimiento registral, cuya finalidad es la inscripción de un título, según lo establece el artículo 1° del mencionado Reglamento. Se entiende, claro está, que lo que se busca con la inscripción es darle mayor dinamismo a las parejas convivenciales dentro del sistema registral, sin vulnerar el ordenamiento jurídico.

Entonces, si en base a la autonomía de su voluntad los convivientes deciden libremente cambiar el régimen de sociedad de gananciales por uno de separación de patrimonios, en este caso, tal variación sí requiere de inscripción en el Registro, pues no olvidemos que en este figuran los convivientes con un régimen económico de sociedad de gananciales; en consecuencia, no solo para los intereses de ellos sino en mayor medida para garantía de los terceros, en la no afectación de sus derechos, a juicio de este Tribunal sí procede la inscripción de la sustitución del régimen de sociedad de gananciales en el Registro Personal (...).

Así, conforme al acuerdo aprobado en el 221° Pleno Registral y sus fundamentos, podemos concluir que sí procede la inscripción de la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios de la unión de hecho.



CONCLUSIONES:

- 1) Si la base de los fundamentos expuestos en las líneas precedentes, que sustentaron el acuerdo aprobado del 221º Pleno, es otorgar un tratamiento igualitario en el ámbito patrimonial al matrimonio y a la unión de hecho, es admisible que, en virtud del artículo 295 del Código Civil, los convivientes decidan libremente elegir que su unión de hecho se rija por el régimen de separación de patrimonios o el de sociedad de gananciales.
- 2) De tomar tal elección de regirse por el régimen de separación de patrimonios-al igual que en el matrimonio- sí requiere de inscripción en el Registro; en consecuencia, teniendo en cuenta que dicha inscripción no sólo interesa a los propios convivientes sino en mayor medida sirve de garantía para los terceros, en la no afectación de sus derechos, sí procede la inscripción de la elección del régimen patrimonial de separación de patrimonios en el registro personal de la SUNARP, teniendo en cuenta que el régimen entrará en vigencia cuando la unión de hecho se encuentre debidamente reconocida judicial o notarialmente (entiéndase desde la fecha de inicio que fue reconocida).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VII. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Lima, agosto 1997.
- Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA se aprobaron los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados.
- Ley N° 29560, que amplía la competencia notarial en asuntos no contenciosos, modificándose el artículo 1 de la Ley N° 26662.



“LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA FRENTE AL AVANCE DE LA CIENCIA EN EL PERÚ Y LATINOAMÉRICA”

José Leonides Agip Vásquez¹



Sumario: Introducción. 1. El concepto jurídico de persona humana frente a los avances de la ciencia en materia genética. 2. Latinoamérica. Propuestas de regulación jurídica frente al CRISPR/Cas9. Conclusiones. Recomendaciones. Bibliografía.

Resumen:

El presente artículo analiza la realidad que se vive en el Perú y en Latinoamérica ante el avance de la ciencia en materia genética, muestra el gran avance con el descubrimiento del sistema CRISPR/Cas9 que permite la edición del genoma humano, sin embargo se pone en evidencia la escasa normativa sobre su posible utilización y planteó la necesidad que el legislador peruano y a nivel de Latinoamérica debate el tema a fin de regular su uso en los laboratorios, buscando su empleo de manera útil y en bien de la humanidad.

Palabras clave: CRISPR/Cas9, Modificación genética, derechos humanos, ADN

Abstract:

This article analyzes the reality that exists in Peru and Latin America in the face of the advancement of science in genetics, shows the great progress with the discovery of the CRISPR/Cas9 system that allows the editing of the human genome, however it is put into evidences the scarce regulations on its possible use and raised the need for the Peruvian legislator and at the Latin American level to debate the issue in order to regulate its use in laboratories, seeking its use in a useful way and for the good of humanity.

Keywords: CRISPR/Cas9, Genetic modification, human rights, DNA

¹ Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo y Auxiliar Administrativo en el Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Introducción:

Ha quedado demostrado que la tecnología, novedad en sus inicios, especialmente en los países latinoamericanos han acortado distancias en el mundo, teléfonos, celulares Smartphone, computadoras, televisores led, etc.; todo ello, visto en un inicio con asombro y cual selva sin explorar, la hazaña de los países desarrollados, lograron la globalización y dichos instrumentos tecnológicos se convirtieron en parte de la vida de las personas, hasta el punto de ser indispensables.

Al mismo rimo de las ciencias exactas, la genética ha avanzado considerablemente, la investigación para encontrar cura a enfermedades incurables ha valido la pena, la luz podría ser el CRISPR/Cas9 que ha sido descubierto para cambiar a la humanidad, dicho avance es un camino que permitirá encontrar soluciones al quien sabe al VIH, la diabetes, el Alzheimer, cáncer, etc. Sin embargo como guardianes de la ley, se cree necesario establecer su regulación respectiva en el Perú y Latinoamericano, con la finalidad de permitir su utilización de manera responsable en la persona humana.

1.- El concepto jurídico de persona humana frente a los avances de la ciencia en materia genética

En el año 2020, dos científicas fueron galardonadas con el Premio Nobel de Química², se trata de Emmanuelle Charpentier y Jennifer Doudna por su aporte en la generación del sistema CRISPR/Cas9 (Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Interespaciadas), el mismo que permite editar el genoma humano, *“La principal utilidad que ha tenido el sistema CRISPR/Cas9 ha sido la generación de mutaciones y ediciones en lugares específicos en el genoma. Sin embargo, también se pueden utilizar para sobre activar la expresión de un gen o para silenciarlo. Así mismo, también a partir de esto se han desarrollado sistemas muy eficientes de diagnóstico molecular”*(Zurita, 2021). A modo de ejemplo se puede mencionar que dicho sistema permitirá modificar genes de personas con enfermedades hereditarias y obtener genes sanos, así liberándolos de dicha enfermedad. Obviamente, esto es un gran avance, pero como expresan algunos científicos debido a que es de fácil acceso es posible que sea utilizada con la finalidad de buscar mejoras banales o contra la naturaleza humana, logrando modificaciones no permitidas por la moral, el orden público y las buenas costumbres, las normas nacionales y los tratados internacionales; perjudicando de esta manera, a toda la humanidad³.

² Real Academia Sueca de Ciencias con fecha 07 de octubre del 20220, anunció las ganadoras al Premio Nobel de la Química, Emmanuelle Charpentier (Francia) y Jennifer Doudna (Estados Unidos), Link de acceso: <https://www.youtube.com/watch?v=totK5JdSbh0>

³ En el año 2018, el mundo miraba con asombro la noticia que el investigador chino He Jiankui de la Universidad de Ciencia y Tecnología del Sur, en Shenzhen, anunciaba la utilización de la técnica CRISPR/Cas9, permitiendo el nacimiento de los primeros bebés genéticamente modificados en la historia de la humanidad, se trataba de las gemelas Lulu y Nana, a través de dicho experimento intentaba proteger del virus de VIH que el padre portaba, sin embargo los tribunales de justicia descubrieron que dicha modificación se realizó de manera secreta y con documentación falsificada, y que existía un tercer bebé; es decir violando la leyes del Estado, experimento que fue calificado como estúpido y peligroso, siendo que dicho científico actualmente se encuentra en prisión y se ha prohibido experimentos utilizando dicha técnica en aquel país. (Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56781374>)



El CRISPR/Cas9, es una especie de editor de textos, que permite cortar y pegar genes del genoma con una sencillez jamás vista y de modo barato, posibilitando identificar y eliminar el ADN defectuoso, y modificarlo o reemplazarlo con otro segmento. No solo puede corregir nuestro ADN, sino también introducir alguna característica nueva, la cual se transmitirá a nuestros descendientes(Lamprea, N & Lizarzo, O, 2016)

Sobre el genoma humano, la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, aprobado en el año 1997, es muy clara,

Artículo 2:

a) *Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.*

b) *Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.*

Artículo 11:

No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

Artículo 13

Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y explotación de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto (Subrayado agregado)

Tal como lo establece dicho cuerpo normativo internacional, aparejado al concepto genoma humano⁴, se

⁴ Según la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997): El genoma humano es la base de la unidad fundamentalmente de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad y que cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas, respetándose el carácter único de cada uno y su diversidad.

encuentra la dignidad humana, claro está que existen alrededor muchos derechos en juego, por lo que al ser objeto de estudio en los grandes laboratorios, es necesario que se sepa todo ello.

En diciembre del año 2015, se reunieron los principales investigadores de las diferentes academias de ciencias de Estados Unidos, China, Reino Unido y otros países, en el *“International Summit on Human Gene Editing”*, en dicho evento científicos expresaron su punto de vista sobre el uso del CRIPR/Cas9 en embriones humanos. Entre las conclusiones que arribaron fue la de limitar la edición de genes humanos, *“hasta tanto no se hayan evaluado los temas de seguridad y eficacia de las técnicas, y haya un consenso social sobre la idoneidad de la aplicación”*, de la misma manera se planteó que *“la comunidad internacional debe esforzarse por establecer normas relativas a usos aceptables de la edición de la línea germinal humana y armonizar los reglamentos, con el fin de desalentar las actividades inaceptables mientras se avanza en la salud y el bienestar humanos”*.(Lamprea, N & Lizarzo, O, 2016)

Mencionar que nuestro Código Penal adolece de normas que sancionen la manipulación genética, solamente existe el siguiente dispositivo: *“Artículo 324°.-Toda persona que haga de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36° incisos 4 y 8”*.

En el Perú desde el año 20220, el Centro de Investigación de Genética y Biología Molecular (CIGBM) de la Universidad de San Martín de Porres (USMP), con apoyo de Concytec y el Banco Mundial, ante la preocupación para tratar las enfermedades raras, como la Retinosis Pigmentaria, se ha creído necesario utilizar dicho sistema⁵, teniendo en cuenta que actualmente ya se utiliza en cultivos de alimentos.

Resulta necesario indicar que ante el ejercicio irresponsable de la ciencia, es la Bioética la que se encarga de las cuestiones que surgen en las relaciones entre biología, medicina, política, derecho, filosofía y teología, *“el criterio ético fundamental que regula esta ciencia es el respeto al ser humano, lo que implica el respeto a sus derechos fundamentales, que tienen como punto denominador la dignidad del hombre.”*(Campos arranzuela, 2008). Los derechos a que se hacen referencia son, vida, dignidad humana, libertad humana, autonomía individual e inalienabilidad de la persona humana, salud, entre otros.

Mencionar que existe dos formas de clonación, la clonación humana terapéutica y la clonación humana reproductiva, la primera sirve para curar enfermedades graves, pero la segunda permite crear seres

⁵ Investigadores peruanos elaboran plataforma molecular para contribuir con tratamiento de enfermedades raras, Concytec público en su portal Web dicha nota de prensa con fecha 30 de julio del 2022, <https://www.gob.pe/institucion/concytec/noticias/217909-investigadores-peruanos-elaboran-plataforma-molecular-para-contribuir-con-tratamiento-de-enfermedades-raras>



humanos idénticos, a partir de células madres de cualquier parte del cuerpo, esta segunda es rechazada a nivel mundial (Campos arranzuela, 2008, pág. 137)

En el Perú se aplica a la reproducción asistida, mediante la reproducción in vitro y la reproducción y la inseminación artificial, debido a que no existe una regulación, y teniendo en cuenta que la técnica del CRISPR/Cas9 resulta fácil su utilización, existe un temor que los experimentos se trasladen de los laboratorios a las clínicas, la informalidad existe en el país es un favor que juega en contra, por lo que es necesario revisar la pobre legislación existente⁶, que si bien puede ser utilizado para modificar ADN con la finalidad de detener la reproducción de los genes de enfermedades incurables como el SIDA y prevenir otras como cancerígenas, diabetes, hepatitis, su utilización en la producción de alimentos entre otras, debería mirarse con esperanza para el Perú, ya que bien podría ser utilizada para curar el dengue, el Zika o el Chikunguya, enfermedades muy frecuentes y que ocasiona muchas víctimas mortales, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

CASOS, INCIDENCIA Y DEFUNIONES POR DENGUE						
Años	2017	2018	2019	2020	2021	2022
N° Casos	14640	2052	2733	14107	15284	26045
Incidencia por 100 mil Hab.	45.73	6.41	8.40	43.24	46.27	77.98
Defunciones	18	7	10	31	12	21

Fuente: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades – MINSA.

Dicha estadística corresponde desde enero 2017 hasta la semana 14 – 20 del presente año. Link de acceso: https://www.dge.gob.pe/epipublic/uploads/dengue/dengue_202214_18_163701.pdf

⁶ A nivel internacional, existe la DIRECTIVA 98/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, sobre intervenciones genéticas prohíbe las patentes, especialmente esta directiva precisa la prohibición de la intervención en la línea germinal humana en los seres humanos considerando dichas prácticas contra el orden público y la moralidad, estableciendo lo siguiente:

Artículo 6 1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: a) los procedimientos de clonación de seres humanos; b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales; d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para estos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos.

Conforme lo indicado, se insiste la necesidad de una norma porque este sistema fácilmente puede ser realizado incluso en una clínica informal, hasta puede llegarse al extremo de editar su ADN con la finalidad de adoptar ciertas características lo cual no sería acorde con la raza humana, se habla de la manipulación de la raza germinal humana, es decir modificar las células sexuales que puede ocasionar consecuencias irremediables⁷

En concordancia con lo descrito, se puede concluir que El CRISPR/Cas9, se convierte en, “*La novedad de la técnica es su bajo costo y accesibilidad, con las ventajas y riesgos que ello implica, en una democratización de la tecnología sin precedentes.*”(Cardenas, 2019), sin embargo si la ciencia avanza a paso a agigantado, el Derecho debe despegar la partida de dicha carrera, es impensable una sociedad sin normas en materia de modificación genética, considerando al uso irresponsable del CRISPR/Cas9, buscando editar el ADN y crear organismos modificados o especies peligrosas para la humanidad, tales como la creación de armas biológicas o generar consecuencias adversas en las personas después de la modificación.

Volviendo a la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, replicar lo manifestado en su:

Artículo 24

El Comité Internacional de Bioética de la Unesco contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a proseguir el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la Unesco, recomendaciones a la Conferencia General y presentará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en particular en lo tocante a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en línea germinal.(Subrayado agregado)

La comunidad de países de latinoamericano debe seguir los pasos de la Comunidad Europea, con su Directiva 44/1998, y normar la utilización del CRISPR/Cas9 en sus países de manera responsable, fundamentalmente en el casos medicinal que no implique la modificación de la línea germinal humana, y debido considerar importante el consentimiento informado cuando se trata de su aplicación en enfermedades.

⁷Erick Mattos Villena. Crispr/Cas9 Hágalo usted mismo, edite su ADN [Cartas al Editor]. Rev. Fac. Med. Hum. 2016; 16(2):85-86. DOI 10.25176/RFMH.v16.n2.675DOI 10.25176/RFMH.v16.n2.675
<http://revistas.urp.edu.pe/index.php/RFMH/article/view/675/642>



Se dice que “ nos hallamos al borde de una nueva revolución con un poder asombroso. La revolución de la biología molecular nos dará un alcance sin precedentes. Nos permitirá fabricar nuevas formas de vida bajo pedido, formas de vida de todo tipo. La decisión que se nos plantea no es la de usar o no este poder, sino cómo y hasta qué punto”(Bergel, 2017), conforme a lo expuesto, el límite que puede existir es la con la legislación existente en cada país o a nivel continental.

Mencionar que en materia de biotecnología y su uso responsable, en el mundo existe el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (PCB) ⁸, vigente desde el año 2000, que casi todos los países de Latinoamérica se ha ido adhiriendo, es una muestra de la unión por el bien de las persona humana, de lo que se rescata, que hay predisposición para establecer marcos normativos, resultando que en este tiempo que se tiene a la mano el CRISPR/Cas9, también se debata a el tema a nivel regional y se plasme en algún documento vinculantes. Se hace la advertencia que no se ve a CRISPR/Cas9 como algo negativo, sino como la luz a muchos esfuerzos por utilizar a la ciencia en el bienestar de la humanidad, considerando ideal que la ciencia vaya de la mano con el derecho, desde una perspectiva de su uso responsable y para el bien de la sociedad latinoamericana.

2.- Latinoamérica. Propuestas de regulación jurídica frente al CRISP/Cas9

País	Código Civil	Regulación frente avance de la ciencia con el CRISPR/Cas9
Argentina	<p><u>Código Civil y Comercial de la Nación (2015)</u></p> <p>Artículo 51. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha:</p> <p><u>Ley que regule a los Organismos Genéticamente Modificados (OGMs), se aplica normas generales, por ejemplo la Resolución 173/2015</u></p> <p>Argentina es el primer país en la región regular la</p>

⁸Países miembros del Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad (2000): Antigua y Barbuda (2003), Bahamas (2004), Barbados (2002), Belice (2004), Bolivia (2002), Brasil (2003), Colombia (2003), Costa Rica (2007), Cuba (2002), Dominica (2004), República Dominicana (2006), Ecuador (2003), El Salvador (2003), Granada (2004), Guatemala (2004), Guyana (2008), Honduras (2008), Jamaica (2012), México (2002), Nicaragua (2002), Panamá (2002), Paraguay (2004), Perú (2004), Saint Kitts y Nevis (2001), Santa Lucía (2005), San Vicente y las Granadinas (2003), Surinam (2008), Trinidad y Tobago (2000), Uruguay (2011), Venezuela (2002)

	<p>dignidad</p> <p>Artículo 57. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.</p>	<p>utilización del CRISPR/Cas9 para mejorar la producción de alimentos, plantas y animales. Respecto a su uso en humanos que implique la modificación de la vida germinal se encuentra en debate ético, sin embargo están realizando pruebas para curar enfermedades genéticas (tumores, infecciones virales, etc.), Síndrome de Treacher Collins, enfermedades cardíacas, displasia arritmogénica, Alzheimer, Parkinson, enfermedades neurodegenerativas y diabetes.⁹</p>
Bolivia	<p><u>Código Civil Boliviano (2012)</u></p> <p>ARTÍCULO 6. La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el Código presente y las demás leyes pertinentes.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: <u>Decreto supremo N.º 24676</u></p> <p>La regulación general de OGMs y las evaluaciones en Bolivia son guiadas por el decreto supremo N.º 24676, que abarca la normativa para la decisión 391 que hace que Bolivia cumpla con el Protocolo de Cartagena de Bioseguridad (PCB).¹⁸ La normativa establece un procedimiento de aplicación y revisión para el desarrollo, la importación, la plantación y el uso comercial de un OVM (Organismo Vivo Modificado).</p>
Brasil	<p><u>Ley No 10.406, Código Civil Brasileño (2002)</u></p> <p>Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: <u>Ley N° 11, 105/2005. Ley de Bioseguridad de OGMs.</u></p> <p>Artículo 1: “Establece los estándares de seguridad y los mecanismos de inspección sobre la construcción, cultivo, manipulación, transporte,</p>



⁹Portal del Gobierno Argentino (05-12-2018): “Desafíos y oportunidades en “Edición génica”, Link de acceso: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/desafios-y-oportunidades-en-edicion-genica>



		<p>transferencia, importación, exportación, almacenamiento, investigación, comercialización, consumo, liberación al medio ambiente y eliminación de Organismos Genéticamente Modificados, (OGMs) y sus derivados, en función de principios que guían la promoción de los avances científicos en las áreas de bioseguridad y biotecnología, protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal y el cumplimiento del principio de precaución para la protección del medio ambiente.”</p> <p>Rescatar que ya existe en dicha universidad, el primer proyecto de investigación en marcha que incluye el desarrollo de variedades de soya resistentes a la sequía y a nematodos se utiliza el sistema CRISPR/Cas9.</p>
Chile	<p><u>Código Civil Chileno (2000)</u> Art. 55. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: En Chile como en otros países existe un debate en todo a la aplicación de CRISPR-Cas9, en un artículo se indica <i>“es imperativo que la discusión de la auténtica tormenta ética que implica CRISPR no solamente considere a ésta como una plataforma de hibridaciones entre el sector público y el privado en cuanto a innovación tecnológica, sino que también logre involucrar a la sociedad civil en el debate en torno a modos de diseñar, proponer y promover innovaciones con resultados de justicia social.”</i>¹⁰</p>
Colombia	<p><u>Código Civil Colombiano (1887)</u> ART. 74.- Son personas todos los</p>	<p>No existe regulación expresa</p>

¹⁰ CIPERCHILE (24-03-2022): La tormenta ética del CRISPR/Cas9 por Felipe Venegas, link de acceso: <https://www.ciperchile.cl/2022/03/24/la-tormenta-etica-de-crispr/>

	individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.	A la fecha: En 2018, la resolución N.° 29299/2018 estableció un procedimiento para determinar si las aplicaciones desarrolladas utilizando técnicas de edición génica son OVM o no
Costa Rica	Artículo 44: Los derechos de la personalidad están fuera de comercio.	No existe norma, se encuentra en debate: A la fecha: En diciembre de 2018, se realizó un foro organizado por la Universidad de Costa Rica, a raíz del anuncio que hizo el genetista chino He Jiankiu de haber modificado genéticamente embriones humanos, lo que resultó en el supuesto nacimiento de las primeras dos niñas genéticamente modificadas, un evento que encendió las luces de alarma en todo el mundo. Al analizar este caso desde el contexto costarricense, el profesor de filosofía M.Ph. Jimmy Washburn Calvo opina que es necesaria una regulación que procure concederles seguridad a los científicos que la aplican, que minimice los riesgos para la población y que garantice buenos resultados, pero que no esté basada en el miedo ni en la satanización de la técnica. Para esto, antes debe darse un debate público e informado que permita llegar a acuerdos que regulen esta práctica en el país. En dicha universidad, ya existe un proyecto que utilizaría esta técnica para buscar la cura a una rara enfermedad genética llamada canalopatía miotónica, por la Vicerrectoría de Investigación. ¹¹



¹¹ Universidad de Costa Rica 06-02-2019), ¿Qué opina la ciudadanía y los científicos costarricenses sobre la edición genética?, Link de acceso: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2019/02/06/que-opina-la-ciudadania-y-los-cientificos-costarricenses-sobre-la-edicion-genetica.html#:~:text=La%20modificaci%C3%B3n%20de%20genes%20con,entre%20los%20especialistas%20y%20la>



Ecuador	<p><u>Código Civil ecuatoriano (2005)</u></p> <p>Art.41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Dividense en ecuatorianos y extranjeros.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: Se señala la necesidad de un marco regulatorio, “Sin duda, es una buena noticia, siempre y cuando vaya de la mano con la ética y el derecho”(Alba Bermudez, J & Armijos Gomez, C, 2021)</p>
México	<p><u>Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos (2010)</u></p> <p>Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: No existe norma, se considera a lo dispuesto en la Ley General de la Salud (1984), sin embargo es insuficiente para afrontar esta desafiante ya que dicho cuerpo legal contiene normas amplias y poco claras que podrían ser malinterpretadas, por lo que es necesario una regulación concretamente en el uso del CRISPR/Cas9.(Medina Arrellano, 2011), dicha ley al respecto establece: <i>“VI. Derecho a no ser sometido a tratamientos reversibles o que modifiquen la integridad de la persona”</i> Artículo 103 Bis. <i>El genoma humano es el material genético que caracteriza a la especie humana y que contiene toda la información genética del individuo, considerándosele como la base de la unidad biológica fundamental del ser humano y su diversidad.</i></p> <p>De lo expuesto, es muy necesario la regulación en la aplicación del CRISPR/Cas9, sin embargo el derecho no debe suponer un obstáculo para el ejercicio de un avance muy significativo para la</p>

		<p>humanidad, se dice que “Cuerpos regulatorios estrictos pueden suponer un freno para el desarrollo biotecnológico, con científicos e inversionistas que amenazarían con ir a otro lugar, mientras que los países con una regulación más relajadas podrían ser vistos como centros atractivos para los inversionistas que buscan una oportunidad fácil”.(Chan, S & Medina, M, 2018)</p>
Perú	<p><u>Código Civil (1984)</u></p> <p>Artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.</p> <p>Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.</p> <p>Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:</p> <p>1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.</p>	<p>No existe regulación expresa</p> <p>A la fecha: Solo se utiliza en cultivos de plantas y producción de alimentos</p> <p>Ley N.º 27104, “Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología,” (1999). Un año antes de que Perú se uniera al Protocolo de Cartagena. La ley está diseñada para: 1) proteger la salud humana, el medio ambiente y la diversidad biológica; 2) promover la bioseguridad en la investigación y el desarrollo de biotecnología; 3) regular, administrar y controlar los riesgos derivados del uso de OVMs confinados y liberados; y 4) regular el intercambio y la comercialización de OVMs dentro del país y en todo el mundo</p> <p>En 2011, se aprobó la ley 29811 que establece una moratoria de 10 años sobre el “cultivo de organismos genéticamente modificados (OGMs)”, establece tres excepciones: 1) investigación de laboratorio; 2) uso en productos farmacéuticos y veterinarios; y, 3) uso en alimentos para animales y en procesamiento de alimentos. Un año más tarde el decreto supremo 008-2012-MINAM, estableció la</p>
		<p>regulación de implementación para la ley 29811, esta moratoria se extendió por otros quince años en 2020.</p>



Conclusiones

1. El CRISPR/Cas9 es una luz ante innumerables investigaciones sobre el genoma humano, en busca de curación de enfermedades tales como el VIH, la diabetes, el Alzheimer, etc.; que, conforme ha quedado demostrado permite cortar y pegar genes del genoma con una sencillez jamás vista y de modo barato, posibilitando identificar y eliminar el ADN defectuoso, y modificarlo o reemplazarlo con otro segmento.
2. . El sistema CRISPR/Cas9, se convertirá en un instrumento para solucionar ciertas enfermedades que la medicina no ha logrado, sin embargo la democratización de la tecnología, no debe significar su uso desmedido con fines superfluos sino que debe ser de manera responsable, en base a las normas existentes ya que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, es decir el Derecho debe ocupar un lugar preponderante en la regulación de ciertas situaciones.
3. Las normas que se den, permitirán salvaguardar la línea germinal humana y los derechos intrínsecos reconocidos, que siempre se ha tratado de proteger.



Bibliografía

- Alba Bermudez, J & Armijos Gomez, C. (2021).** La edición genética en embriones humanos y sus implicaciones en Salud. *Salus*, 45. doi:<https://doi.org/10.54139/salus.v25i2.62>
- Barroilhet Díez, A. (2019).** Criptomonedas, economía y derecho. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*(8), 61. doi:DOI 10.5354/0719-2584.2019.51584
- Bergel, A. (2017).** El impacto ético de las nuevas tecnologías de edición genética. *Revista Bioética*(25), 454-461. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017253202>
- Campos arranzuela, E. (2008).** Manipulación genética en el ordenamiento juridico peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*(2), 133-134. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ad1ba98043eb7baca858eb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+Edh%C3%ADn+Campos+Barranzuela.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ad1ba98043eb7baca858eb4684c6236a>
- Cardenas, R. (2019).** El Derecho ante la técnica de edición genética. *Acta Bioethica*, 190. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n2/1726-569X-abioeth-25-2-00187.pdf>
- Chan, S & Medina, M. (2018).** Edición Genetica y desafios en la regulación internacional: Lecciones desde Mexico. *Instituto de Investigaciones Juridicas de la Universidad Nacional Autonoma de Mexico*, 80-81. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4732/8.pdf>
- La Ley. (2022).** Criptomonedas: ¿Existe regulación legal en el Perú? *La Ley*. Obtenido de <https://laley.pe/art/13493/criptomonedas-existe-regulacion-legal-en-el-peru#:~:text=La%20legislaci%C3%B3n%20peruana%20no%20proh%C3%ADbe,normativo%20que%20regla mente%20estas%20operaciones.>
- Lamprea, N & Lizarzo, O. (2016).** Técnica de edición de genes CRISPR/Cas9. Retos juridicos para su regulación y uso en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 85. doi:<http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n21.04>
- Medina Arrellano, M. (2011).** Stem Cell Regulation in Mexico: Current Debates and future Challanges". *Studies in Ethics law and technology*. doi:<https://doi.org/10.2202/1941-6008.1142>
- Zurita, M. (Julio - Septiembre de 2021).** El sistema CRISPR/Cas, crónica de un premio Nobel anunciado. 32(3). doi:<http://dx.doi.org/10.22201/fq.18708404e.2021.3.79714>



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2022