

Pontificia Universidad Católica del Perú

Escuela de Posgrado



Las Personas Jurídicas y los Derechos Fundamentales

Para optar el Grado de Magíster en Derechos Humanos

Walter Albán Peralta

Asesor: Francisco Eguiguren Praeli

Jurado: Baldo Kresalja Rosselló

Jurado: Javier de Belaunde López de Romaña

Lima, 2010

INDICE

Las Personas Jurídicas y los Derechos Fundamentales

1. Introducción
2. Capítulo I. Personas Jurídicas y Sociedades Mercantiles: Los riesgos de la instrumentalización del concepto.
 - 2.1. La Persona Jurídica: La evolución y la artificialidad del concepto.
 - 2.2. Contextos históricos y funcionalidad del concepto.
 - 2.3. Cuestionamientos y medidas de protección frente a su indebida instrumentalización.
3. Capítulo II. Personas jurídicas y derechos fundamentales: Doctrina, normatividad y jurisprudencia comparada.
 - 3.1. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales: una precisión necesaria.
 - 3.2. Sujetos Colectivos y Personas Jurídicas: distinción relevante.
 - 3.3. Personas jurídicas y derechos fundamentales en los instrumentos internacionales, textos constitucionales y la jurisprudencia comparada: La tendencia dominante.
4. Capítulo III. Personas Jurídicas y derechos fundamentales en el Perú.
 - 4.1. El marco constitucional en la Carta de 1979.
 - 4.2. La Constitución de 1993 y su desarrollo jurisprudencial.
 - 4.3. Las variaciones del Tribunal Constitucional.
 - 4.4. La situación de las Comunidades Campesinas y Nativas.
 - 4.5. Algunos criterios a considerar para delimitar la titularidad de derechos fundamentales tratándose de personas jurídicas.
5. Conclusiones
6. Bibliografía

7. Normas
8. Jurisprudencia

Las Personas Jurídicas y los Derechos Fundamentales

1. Introducción

La cuestión del reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas ofrece una amplia gama de aspectos que, sin duda, merecen una reflexión y un análisis más detenidos. Este desarrollo, al menos por ahora, no ha tenido lugar en nuestro medio, pues nos hemos limitado a recoger, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, sin mayor debate, las opciones que en esta materia han adoptado otros países (particularmente, los de Europa continental, de obvia incidencia en nuestro ordenamiento jurídico).

Y es que, en efecto, la discusión en torno a si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales o no, ha sido de alguna manera desplazada, a partir de las tendencias que se han venido desarrollando progresivamente en el Derecho comparado. Tales tendencias se han expresado, de un lado, en que algunos textos constitucionales han optado por reconocerles esa titularidad y, de otro lado, en que, a falta de esta modalidad de reconocimiento expreso, este se ha dado a nivel jurisdiccional, particularmente a través de la jurisprudencia de las cortes o tribunales constitucionales.

Es evidente, sin embargo, que esta situación no ha tenido lugar de manera casual. En buena medida, el desarrollo de la Filosofía liberal y de la economía de mercado – un proceso acelerado en la actualidad en función del fenómeno de la globalización- ha incidido de manera determinante para llegar a estos resultados. En consecuencia, parece aconsejable promover una reflexión crítica respecto de la conveniencia de reconocer derechos

fundamentales a las personas jurídicas y acerca de los riesgos que ello acarrea, con el propósito de proponer un manejo prudente y cauteloso de sus alcances, allí donde esta opción ha sido ya asumida, como ocurre en la mayoría de los casos, incluyendo el peruano.

En ese sentido, la presente tesis inicia con una revisión de la realidad que subyace al concepto de persona jurídica, entendido como una construcción instrumental del Derecho que, progresivamente, pasó de comprender únicamente a las organizaciones de naturaleza no lucrativa, a establecer un marco de protección para las formas societarias o lucrativas, resultando así funcional al interés de empresarios e inversionistas, al afirmar en su favor, la legitimidad del antiguo privilegio de la responsabilidad limitada.

En esa dirección, se propone también revisar las razones que han dado lugar a que muchos hayan estimado aconsejable extender la titularidad y consecuente protección de derechos fundamentales a las organizaciones colectivas. En ese sentido, interesa establecer como hipótesis el planteamiento de que, de no ser por el interés de las grandes corporaciones y de los grupos de poder económico, tal reconocimiento y protección no se habría ampliado tan considerablemente, recurriendo, una vez más, al artificio de las personas jurídicas. De cualquier manera, dado que en la actualidad parece poco factible revertir las referidas tendencias doctrinarias, normativas y jurisprudenciales, conviene evaluar el grado de avance que éstas han tenido en el ámbito internacional, tanto a nivel del Derecho comparado, al interior de los Estados, como a nivel externo, especialmente en lo que toca a los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos.

A partir de lo anterior, el trabajo deriva en el análisis de esta materia en el contexto peruano. Aquí se examina la manera en la que, al entrar en vigencia la Constitución de 1979 -con la que cabría afirmar que se inició en el Perú el proceso de constitucionalización del sistema jurídico-, explícitamente se optó por reconocer, en favor de las personas jurídicas

peruanas, la titularidad de algunos derechos fundamentales¹. La fórmula fue parecida a la que contempla la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y es acorde con la jurisprudencia desarrollada en esta materia por los tribunales constitucionales de Alemania y España o, de manera más próxima, por la Corte Constitucional colombiana. A ello cabría añadir últimamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con sede en Luxemburgo, cuyas decisiones relacionadas con este tema lo colocan como la primera instancia supranacional en otorgar este reconocimiento.

Pero, así como en tales ámbitos sigue abierto el debate acerca de hasta dónde es posible reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, en el Perú debemos preguntarnos, también, ¿con qué alcances y bajo qué criterios nuestros constituyentes adoptaron esta posición?

La escasa o nula discusión doctrinal suscitada a partir de esta opción constitucional, mantiene una serie de interrogantes respecto de cuál fue el ámbito efectivo de protección concedido a las personas jurídicas en la Carta de 1979. Ello tuvo interesantes implicancias en la década del ochenta, a propósito de la situación de la banca y la función reguladora del Estado a través de la Superintendencia de Banca y Seguros. Vinculado a ello, el tema se examinó con mayor detalle con ocasión de la decisión del gobierno peruano de entonces, el año 1987, de estatizar la actividad bancaria.

Puesta en vigencia la Constitución de 1993, no hubo discusión cuando esta omitió un texto similar al artículo tercero de la anterior, que franqueaba expresamente el acceso a la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas peruanas. No obstante ello, y dado que no se manifestó tampoco voluntad de poner en cuestión tal postulado, aquellas han

¹ Artículo 3º de la Constitución de 1979 cuyo texto literal era el siguiente: “ los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”

continuado gozando de tales derechos y promoviendo, en su caso, los mecanismos constitucionales para su protección jurisdiccional.

Así, se constata que, en cada oportunidad en la que derechos tales como el del debido proceso, la inviolabilidad de domicilio, la no discriminación, y hasta el honor, han sido invocados por diverso tipo de personas jurídicas, se ha admitido, sin mayor discusión, la titularidad de aquellas. En tal sentido, cabría afirmar que el Tribunal Constitucional peruano ha venido identificando también un amplio catálogo de derechos fundamentales, como derechos atribuibles a las personas jurídicas.

Como quedó anotado, pareciera que nuestro tribunal se ha adherido en lo sustantivo a los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional español. No obstante ello, conviene tener presente que este último ha establecido en su jurisprudencia, según lo señala Gómez Montoro², que el reconocimiento de los derechos fundamentales respecto de las personas jurídicas, no podría tener los mismos alcances que cuando se trata de personas naturales y que, adicionalmente, este reconocimiento encuentra dos tipos de límites: los que se originan en la naturaleza de tales derechos y aquellos que se basan en los fines que persigue cada organización.

En nuestro caso, además, otro límite a considerar se refiere a la nacionalidad de la persona jurídica. En efecto, y en coincidencia con su similar alemana, si bien la citada Carta de 1979 contempló expresamente el acceso a los derechos fundamentales que les resultaran aplicables, lo hizo solamente respecto de las personas jurídicas peruanas. De esa manera, restaba establecer cuáles son los criterios a los que cabría acudir para precisar, si esto se estimara necesario, en qué casos nos encontramos frente a personas jurídicas que puedan ser calificadas como peruanas.

² GÓMEZ MONTORO, Angel. "La Titularidad de Derechos Fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español). México. Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

Al respecto, no se han desarrollado, legislativa o jurisprudencialmente, tales criterios a fin de orientar esta determinación de nacionalidad para el caso de las personas jurídicas. Y ello podría resultar necesario también en la actualidad dado que, no obstante haberse interpretado que la ausencia de una norma expresa en la Constitución de 1993, análoga al artículo 3º de la anterior Carta, no pretende negar derechos fundamentales a las personas jurídicas, no queda claro si las decisiones que el Tribunal Constitucional peruano ha adoptado -reconociendo a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales a partir de la interpretación del actual texto constitucional- tiene como límite la nacionalidad peruana de tales organizaciones o no. Por lo menos, no se ha expedido sentencia de este tribunal en el que expresamente se tome posición al respecto.

De cualquier manera, continúa siendo una tarea pendiente la de establecer los parámetros para calificar a una persona jurídica como peruana y operativizar en esa medida un límite preciso, si fuera el caso, a la concesión de la titularidad de derechos fundamentales en su beneficio.

De otro lado, dada la importancia que en este tema tiene el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, no puede soslayarse la reciente línea de interpretación sostenida en algunas sentencias expedidas a partir del año 2008. En tales decisiones, que cabría calificar cuando menos de confusas, este colegiado ha puesto en evidencia criterios que parecen negar lo resuelto, reiteradamente, en su jurisprudencia anterior sobre la materia.

De cualquier manera, el razonamiento seguido para llegar a semejante afirmación, en abierta contradicción con todos sus precedentes, pareciera apuntar más bien a un desconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a esta clase de personas. Sentencias posteriores a la citada decisión, no obstante que concluyen amparando los derechos alegados por algunas sociedades mercantiles, no terminan de despejar las dudas

sembradas por aquella, por lo que conviene analizar toda esta evolución así como sus proyecciones, con mayor detenimiento.

Finalmente, una cuestión que es también importante abordar, a propósito del desarrollo de este trabajo, es la referida al régimen jurídico de las Comunidades Campesinas y Nativas. En efecto, si bien el reconocimiento a su existencia legal tuvo origen constitucional en la Carta de 1920, y como personas jurídicas en la de 1933, ello no solamente no les ha generado mayores beneficios, sino que, por el contrario, con frecuencia ha contribuido a que se les desconozcan derechos fundamentales que debieron haberseles protegido en su condición de sujetos colectivos. El tratamiento de este tema es útil, además, por cuanto contribuye a “desmitificar” el argumento de que reconocer derechos fundamentales a las personas jurídicas se justifica para, de esa manera, proteger mejor los derechos fundamentales de las personas naturales que las integran.

Son estos los temas principales que pretendemos desarrollar, en consecuencia, a lo largo de la presente tesis.

En lo que atañe a su estructura, el trabajo parte de una reflexión inicial. Propone una evaluación crítica de los factores que han contribuido a reconocer a las personas jurídicas, en general, como titulares de derechos fundamentales, sin siquiera realizar distinciones entre ellas, ni mucho menos reconocer su artificialidad, así como observar los distintos intereses que se expresan a través de estas organizaciones.

Más adelante, sobre la base de los desarrollos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, se examinan las actuales tendencias en esta materia a nivel comparado, cuyo común denominador parece ser un cada vez más amplio reconocimiento del acceso de las personas jurídicas a derechos fundamentales, advirtiendo los riesgos que ello conlleva. Al mismo tiempo, interesa enfatizar la distinción entre sujetos de derechos colectivos y personas jurídicas, a fin de hacer evidente que los primeros no requieren

acceder a la calificación de personas jurídicas para hacer efectivos sus derechos y reclamar su protección.

Por último, en el marco de los aspectos anteriormente descritos, se buscará focalizar esta reflexión, atendiendo a la manera como esta materia ha sido abordada en el Perú. Así, luego de realizar un análisis crítico de la evolución de aquella en nuestro medio, nos proponemos formular algunos criterios que contribuyan a orientar la normatividad o, en su caso, la interpretación que tanto legisladores como magistrados debieran acoger, para delimitar de manera más rigurosa los derechos de las personas jurídicas; pues debe tenerse presente que se trata de un reconocimiento que, con frecuencia, puede terminar afectando los derechos fundamentales de las personas naturales, en cuyo supuesto provecho se ha querido beneficiar a los entes colectivos.

2. Capítulo I. Personas Jurídicas y Sociedades Mercantiles: Los Riesgos de la Instrumentalización del Concepto.

2.1. La Persona Jurídica: La evolución y la artificialidad del concepto.

La vieja discusión en torno a si las personas jurídicas son un producto de la realidad o de la ficción, para determinar si es el Derecho el que las crea o es que simplemente las reconoce, no ha tenido, en la práctica, mayores avances desde sus inicios, cuando se definieron los contenidos sustantivos de lo que la disciplina jurídica contemporánea entiende por persona. Y es que no puede esperarse mayor desarrollo en el plano jurídico de un aspecto que es esencialmente político. En ese sentido, dicho debate sólo ha sido el reflejo del grado de autonomía o libertad que se pretendía otorgar a estas organizaciones frente al Estado, así como de las atribuciones que correspondería establecer en favor de aquel para regularlas. O, como lo señala persuasivamente Alfredo Orgaz, “El temor a esta omnipotencia [del Estado] es el que en gran medida determinó el auge de la teoría de la realidad frente a la de la ficción, que parecía

legitimarla. Pero ese es un problema estrictamente “político” que, por lo mismo, no puede resolverse por pura vía deductiva...”³.

Tal discusión, de escasa trascendencia tanto académica como práctica, ha contribuido, sin embargo, a soslayar un aspecto de fondo relevante y de tan importantes cuan concretas implicancias: el hecho de que, bajo la común denominación de persona jurídica, se alude hoy en día a un conjunto de organizaciones cuyas características muchas veces resultan absolutamente diferentes. Al punto que, más allá de esta idéntica denominación, en algunos casos no encontramos entre ellas otra similitud que la de tratarse de entidades distintas de los seres humanos.

En tal sentido, independientemente del debate doctrinal acerca de la naturaleza de las personas jurídicas y de las diferentes teorías que se han elaborado en torno a ellas, es importante destacar que estas organizaciones, tal como se les concibe en la actualidad, son el producto de una relativamente rápida evolución, cuyos inicios históricos podemos ubicarlos a partir del siglo XIX, tanto en Europa como en los Estados Unidos de Norteamérica, aunque con particularidades importantes en cada caso. Dicha evolución tuvo como resultado más significativo la protección de los intereses de las grandes corporaciones o grupos de poder económico, al otorgárseles base normativa y legitimación jurídica a la limitación de responsabilidad con que se vieron favorecidas.

En efecto, en la Europa continental, el gran sistematizador de la figura y a quien se atribuye el concepto moderno de persona jurídica, el jurista alemán Savigny, desarrolló este concepto exclusivamente en función de las organizaciones no lucrativas. De esta manera, la limitación de la responsabilidad aparecía, incuestionable, tratándose de organizaciones en las que sus miembros nunca podían beneficiarse personalmente, del patrimonio de la organización de la que formaban parte. De ese modo, las asociaciones, y no las sociedades, eran las que tenían en un comienzo

³ Orgaz Alfredo, “Concepto y Elementos de las Personas Colectivas”, En: La Ley; Buenos Aires 1951; T.63, pgs. 955 a 956

limitación de responsabilidad, sustentada en la evidente separación patrimonial existente, en esta clase de colectivos, entre lo que pertenece a sus miembros y aquellos bienes cuya titularidad corresponde al nuevo sujeto que ellos han constituido, esto es, a la persona jurídica.

2.2. Contextos históricos y funcionalidad del concepto.

Es, a partir del desarrollo del capitalismo y de la Filosofía liberal que más tarde, como lo califica De Castro⁴, se optó por “ensanchar” el término de persona jurídica, de manera que pudiera dar cabida también a las formas societarias. En tal sentido, fueron primero incorporadas a esta categoría las sociedades anónimas, para ir agregándose después, progresivamente, todas las demás formas mercantiles, incluyendo a aquellas que mantuvieron la responsabilidad ilimitada que caracterizó, en un origen, a todas las modalidades societarias. Claro está, estas últimas mantienen hoy una vigencia meramente formal, toda vez que han caído en completo desuso.

De otro lado, en Inglaterra, aunque con un origen diferente basado en el desarrollo de la figura de la *incorporation*, al dejar estas de ser el producto de una concesión de la autoridad del monarca, para adquirir un carácter más flexible, se dio paso a la libre iniciativa de los particulares, quienes se ceñían a una simple adecuación a las reglas establecidas para acceder a dicha autorización. De este modo, se produjo una situación análoga a la de la atribución de la personalidad jurídica en la Europa continental: la irresponsabilidad de los miembros de la *corporation* por las deudas de esta. Por esta razón, De Castro advierte que: “El acercamiento señalado de la *corporation* a la persona jurídica, aunque no se haya reflejado en discusiones teóricas, ha sido mayor de lo que parece a primera vista”⁵.

⁴ Federico de Castro y Bravo: “La Persona Jurídica” , pag. 179. Editorial Civitas, Madrid, 1981

⁵ De Castro Federico, op cit, pág 185

Empero, no cabe duda que esta asimilación de las formas mercantiles a la figura de la persona jurídica, además de relativizar el contenido del concepto -al punto de casi desaparecer sus componentes sustantivos-, ha servido de escudo legitimador para brindar, a las empresas y a las grandes corporaciones, mecanismos eficaces de reducción del riesgo de sus negocios. Esta protección ha terminado perjudicando, en no pocos casos, el interés de quienes contratan con aquellas empresas o se mueven en sus ámbitos de influencia.

Tal como afirma Galgano,

“(...) El concepto de persona jurídica fue ideado para disculpar una precisa función ideológica y fue creado en la época en la que se hacía más urgente la aspiración de la clase empresarial a la limitación de la responsabilidad. Gracias al concepto de persona jurídica, la responsabilidad limitada del accionista puede no ser considerada, como fue considerada en una época, un beneficio en sentido propio, o sea, un privilegio: ya no es una excepción al principio general de la responsabilidad ilimitada patrimonial del deudor”⁶.

Por lo demás, aun cuando con frecuencia se afirma que el otorgamiento de tales mecanismos de reducción del riesgo para las empresas alcanza por igual a micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, lo cierto es que, en la realidad, son solamente las dos últimas las que acceden a ellos o, en todo caso, aquellas que forman parte de los grandes grupos económicos. Las más pequeñas terminan siempre forzadas a renunciar a tales beneficios.

Así, conforme lo describe el propio Galgano,

“(...) El hecho es que las pequeñas, y tal vez las medianas iniciativas económicas no pueden del todo aprovechar las formas jurídicas de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada. Éstas están obligadas, a su pesar, a actuar como sociedades personalistas con

⁶ Galgano Francisco: Instituciones de la Economía Capitalista. Pg. 84

socios de responsabilidad ilimitada (...) porque en la práctica de los negocios, los bancos, desde hace tiempo, exigen la garantía personal y solidaria de los socios, con la consecuencia de que, bajo este aspecto, su situación no es, en efecto, distinta de la de los socios en nombre colectivo”⁷.

Cabe destacar que, en el caso de los Estados Unidos de Norte América, todo este proceso tuvo además un temprano y más importante beneficio adicional, al reclamar estas *corporation* para sí, no solamente la calidad de personas, sino la titularidad de los derechos fundamentales. En efecto, no obstante que la Constitución Federal norteamericana no menciona a las corporaciones como personas con derechos protegidos, este reconocimiento comenzó a otorgárseles hacia fines del siglo XIX. En consecuencia, la idea de dotar aquí a las corporaciones de derechos fundamentales, fue el resultado de una suerte de apropiación, por parte de estas organizaciones, de los alcances de la enmienda catorce a la Constitución Federal. Dicha enmienda, como se sabe, fue originalmente pensada para la población de raza negra liberada de la esclavitud como consecuencia de la guerra de secesión, librada en ese país durante la segunda mitad del indicado siglo.

Qué duda cabe que, desde entonces hasta la actualidad, las sociedades han sido las modalidades de personas jurídicas que han desplegado de manera más agresiva su espacio de actuación a nivel mundial. Son estas, de lejos, el mayor número de personas jurídicas constituidas en cada lugar. Con ello, las organizaciones de naturaleza no lucrativa han quedado reducidas a un margen significativo, pero definitivamente menor.

Esta realidad ha determinado que las tesis y el desarrollo doctrinal impulsado en torno al tema de las personas jurídicas haya tenido, en buena medida, directa vinculación con los intereses de las organizaciones empresariales, por contar estas con mayores ventajas para su actuación.

⁷ Galgano Francisco: “Instituciones...op.cit. Págs 97,98.

Este es, entonces, el marco en el que conviene ubicar toda la literatura desarrollada en las últimas décadas para justificar, de manera progresiva y cada vez más extendida, la idea de que las personas jurídicas son también titulares de derechos fundamentales.

2.3. Cuestionamientos y medidas de protección frente a su indebida instrumentalización.

De otro lado, no podemos soslayar que, desde tiempo atrás, el uso instrumental de esta creación artificial del Derecho, que es a fin de cuentas la persona jurídica, preocupa de manera creciente en diferentes contextos, principalmente a partir de su utilización abusiva o fraudulenta por parte de algunas organizaciones empresariales. En este sentido, se constata en los países con sistemas jurídicos de raíz romano-germánica una fuerte corriente que promueve, como alternativa para enfrentar estos casos, la adopción de mecanismos análogos a los que ha desarrollado el derecho anglosajón, a través de figuras conocidas como el *disregard of legal entity* o *piercing the corporate veil*. Tales mecanismos han sido creados para permitir en estos casos “correr el velo” de la ficción jurídica relativa a la separación entre la persona jurídica y sus miembros, haciendo que estos últimos puedan tener que responder con su propio patrimonio por las obligaciones contraídas por aquella.

Claro está, no resulta sencillo en medios como el nuestro acoger tales iniciativas, considerando que estas podrían fácilmente derivar en medidas de dudosa justificación, capaces de afectar seriamente la economía del país, al generar marcada incertidumbre e inseguridad jurídica. Después de todo, como señala Bullard,

“la responsabilidad limitada es un concepto prácticamente universal (...) y ello es así, porque se trata de un elemento útil (...) que favorece la inversión (...). Pensemos sino cuál sería el efecto de la eliminación de la responsabilidad limitada en las bolsas de valores del mundo. Cuando un inversionista descubra que al comprar una acción está comprando no sólo el derecho a percibir utilidades, sino el deber de asumir responsabilidades

eventuales de un accidente industrial o de un derrame de petróleo, los costos de transacción en estos mercados se elevarían de manera geométrica (...) en perjuicio de la dinámica de los mercados y de los niveles de inversión”⁸.

Este explicable temor ha llevado a la mayor parte de los autores, a rechazar tajantemente la posibilidad de que medidas de esa naturaleza pudieran ser aplicadas de manera directa por nuestros tribunales, basándose al efecto en la interpretación de principios generales como el abuso de derecho, rechazado en nuestra Constitución y en el Código Civil.

Al respecto señala Mispireta

“por la implicancia jurídica, económica, política y social que tiene la posibilidad de desestimar algunas características de la persona colectiva, consideramos que no es conveniente que los magistrados aun debieran aventurarse a aplicar esta doctrina, que todavía se presenta como exótica en nuestro país. Más bien, somos de la opinión de que es necesario implementar las normas legales que prevean expresamente la posibilidad de desestimar algunas características, no sólo de las sociedades sino también de cualquier persona jurídica, cuando se haga un uso abusivo o fraudulento de las mismas”⁹.

Independientemente de la importancia de este debate, dado el significativo número de casos en los que las personas jurídicas -específicamente, sociedades mercantiles- actúan burlando intereses de terceros, lo cierto es que nos encontramos todavía muy lejos de que puedan generarse los consensos necesarios para avanzar en la dirección propuesta. Bajo las actuales circunstancias, es todavía muy fuerte y arraigada la concepción en virtud de la cual la persona jurídica tiene una existencia separada de sus miembros y responde por ella misma, sin comprometer más recursos

⁸ Bullard Alfredo: ¿Como vestir un santo sin desvestir a otro? La Responsabilidad Limitada de las Sociedades y los Accidentes. En THEMIS pgs. 149

⁹ Mispireta Gálvez Carlos Alberto: “Tratado de Derecho Mercantil” Tomo I El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario. Gaceta Jurídica Pag.. 124

que aquellos que forman parte de su patrimonio, ni ampliar los riesgos de los socios, más allá del capital efectivamente invertido.

Ante esta situación cabe preguntarnos, ¿y cómo nos protege el Derecho de los riesgos que generan a su turno esas organizaciones empresariales, en una economía de mercado en la que estas pueden manejarse con un amplio marco discrecional? Sobre todo, es preciso tener presente aquí que tales riesgos tienden a acrecentarse cuando, en el contexto de una economía globalizada y de fuertes incentivos a la inversión extranjera, son las grandes corporaciones las que se benefician de marcos normativos funcionales a sus intereses, así como de mecanismos de protección jurisdiccional ajenos al control del Estado¹⁰.

En efecto, tomando como ejemplo también el caso peruano, advertimos el notable crecimiento de la inversión extranjera, experimentado en el marco de políticas económicas liberales o neoliberales reforzadas, en el plano constitucional, a partir de la vigencia de la Carta de 1993. En virtud de dichas políticas, según información oficial difundida por Proinversión, la inversión extranjera directa pasó, en menos de quince años, de US \$ 1,636 millones en 1993, a un total de US\$ 18,840 millones para el año 2009, tal como aparece en el siguiente cuadro:



¹⁰ Al respecto, baste señalar por ejemplo lo establecido en el artículo 62 de la constitución vigente y los alcances de los llamados contratos ley, además de toda la legislación y normatividad administrativa desarrollada desde inicios de la década de los 90, vinculados a las actividades extractivas, particularmente mineras.

Ahora bien, de acuerdo con la misma fuente, no menos del 20 % de esos recursos se han invertido en actividad minera en diferentes lugares del país, particularmente en zonas rurales, de economías deprimidas y con población en condiciones de pobreza o de pobreza extrema. Estas características, sumadas a los problemas generados por dicha actividad minera en función a sus impactos medioambientales, han dado lugar de manera recurrente a agudos conflictos sociales, muchos de los cuales permanecen activos o latentes, sin encontrar un canal efectivo para su procesamiento. Independientemente, sin embargo, de las particularidades de cada conflicto, lo cierto es que el marco jurídico normativo, desarrollado a partir de la actual Constitución, muchas veces coloca a estas empresas en mejor situación, para hacer prevalecer sus derechos, que la que corresponde a los ciudadanos pertenecientes a tales poblaciones.

En efecto, en tanto que el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución ha tenido escasos avances, específicamente en los que refiere a los derechos económicos y sociales, aquellos más directamente vinculados al interés de los grupos empresariales, como los de propiedad y de libre contratación, gozan de una prolija producción normativa que se extiende más allá del nivel legislativo, para complementarse con una muy amplia regulación administrativa.

Por lo demás, la mayor parte de esas empresas, de considerar la posibilidad de recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, tienen pactado con el Estado peruano su opción para hacerlo ante tribunales arbitrales de carácter internacional como el CIADI, creados precisamente en la lógica de ofrecer mayores garantías y protección a los inversionistas. Ello, sumado a las seculares deficiencias de nuestro sistema judicial, definen un cuadro de asimetría en la relación entre dichas empresas y la población eventualmente afectada por sus actividades, donde esta última resulta en clara desventaja.

Un aspecto interesante a considerar, en este orden de ideas, es que, en tanto los sistemas de protección internacional de derechos humanos han sido diseñados como subsidiarios a la función que deben cumplir los Estados nacionales para proteger los derechos de las personas y, por ende, solo pueden ser recurridos luego del agotamiento de los recursos internos, los mecanismos internacionales de protección de derechos para las inversiones, actúan directamente, sustituyendo por regla general la jurisdicción estatal. Ello, en países como los nuestros, refuerza la asimetría a la que hiciéramos referencia.

De otro lado, los conflictos que pueden generarse entre los derechos de las empresas y los que corresponden a la población eventualmente afectada, no se limitan al campo desde el que tradicionalmente se ha abordado la cuestión de los perjuicios que pueden causar aquellas, es decir, la de una actuación abusiva o fraudulenta. Así, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente -que constituye el problema central de la mayor parte de conflictos suscitados en el Perú entre empresas mineras y población local- es muy frecuente que los impactos negativos que pudieran haberse generado, en cada caso, obedezcan a la lógica propia de toda actividad mercantil, orientada a maximizar ganancias en función de reducir costos, lo que inevitablemente termina por producir aquello que los economistas denominan “externalidades”, o sea, efectos negativos en el entorno, como consecuencia de no asumir mayores costos que pudieran reducir su rentabilidad, los que son trasladados así a la sociedad¹¹.

En este sentido, es mucho más que un problema de mala voluntad (de alguna manera presente en los casos del abuso del derecho o del fraude a la ley) lo que puede provocar conflictos serios entre los individuos y las empresas. Ello, teniendo presente además la asimetría anteriormente

¹¹ El caso de Choropampa en Cajamarca en el año 1997 constituye un claro ejemplo de estas externalidades. La empresa Yanacocha, acreditada como poseedora de tecnología de punta para realizar su labor extractiva con el menor daño ambiental, terminó siendo responsable del derrame de mercurio en la localidad de Choropampa, al haber tercerizado los servicios para el transporte de este elemento en la lógica de reducir los costos.

señalada, da base a nuestra preocupación por las consecuencias generadas en función del cada vez más amplio reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas.

En consideración a ello, parece prudente el criterio aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando niega a las personas jurídicas la posibilidad de actuar ante ella alegando por sus propios derechos; pero nada garantiza que este criterio no pueda ser modificado a futuro, como viene ocurriendo en el sistema europeo, donde ya el Tratado de Roma de 1957 señalaba, en su artículo 58^o, que las personas morales con fines lucrativos, tenían el mismo derecho de establecimiento que las personas físicas y donde además, como se examina más adelante, se han dado pasos decisivos a nivel jurisprudencial en esa misma dirección.

Por eso, es necesario abrir un debate acerca de la conveniencia de mantener en el sistema interamericano la posición adoptada por el texto de la Convención y las decisiones de la Comisión y de la Corte, sin que ello tenga que negar la protección de derechos colectivos a organizaciones de la realidad que los detentan. En todo caso, si en la actualidad resultara inevitable que, bajo determinados supuestos y condiciones, hubiera que admitir la capacidad de las personas jurídicas como víctimas ante el sistema, el debate serviría para definir mejor los criterios restrictivos con los que una opción de esa naturaleza podría ser puesta en práctica.

Para explicar mejor la preocupación que subyace al problema planteado en este trabajo, cabe señalar que el poder de las grandes corporaciones en el mundo globalizado ha crecido de tal manera, que no solamente ponen en tela de juicio la real autoridad de los Estados nacionales más débiles, o tradicionalmente periféricos respecto de las grandes potencias, sino que su nivel de influencia compite también con los propios poderosos Estados del primer mundo. Al respecto, es cada vez más notoria, por ejemplo, la capacidad de esas grandes corporaciones para influir en la política interna de dichos Estados, a través de sus aportes a los grupos o partidos políticos

que pugnan por asumir el gobierno de cada país, en cada uno de los diferentes procesos electorales que tienen lugar al efecto.

A propósito de esta cuestión, Noam Chomsky, en un artículo publicado a inicios del año 2010, critica duramente la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América en enero de este año, cuando estableció que el gobierno de ese país no podía prohibir que las corporaciones aportaran a las organizaciones políticas para solventar sus campañas. En este sentido, Chomsky llega a calificar esta decisión como “(...) un heraldo de incluso mayores conquistas corporativas sobre el sistema político de los EEUU”¹².

Citando, a su vez, a editores del influyente diario The New York Times, el propio autor alude a que “el fallo golpea el corazón mismo de la democracia, al haber facilitado el camino para que las corporaciones empleen sus vastos tesoros para abrumar las elecciones e intimidar a los funcionarios elegidos para que obedezcan sus dictados”.

De esta manera, Chomsky llama la atención sobre el hecho de que este fallo revirtió un siglo de precedentes en los que se habían establecido restricciones para esta clase de contribuciones corporativas a las campañas generales. Lo curioso, además, es que uno de los fundamentos centrales para esta decisión de la Corte norteamericana, se basó en entender el derecho de las corporaciones de apoyar económicamente a quienes compitan en las contiendas políticas, como una modalidad de ejercicio a la libertad de expresión contenido en la primera enmienda a la Constitución Federal. Es más, específicamente, el Juez Jhon Paul Stevens había afirmado que “desde hace tiempo hemos sostenido que las corporaciones están amparadas por la primera enmienda”.

Claro está, ese razonamiento sigue la línea trazada, como quedó señalado anteriormente, de la jurisprudencia de dicha Suprema Corte hacia fines del

¹² Chomsky Noam. “La absorción corporativa de la Democracia estadounidense”. Artículo de opinión publicado en “El Comercio”, Lima, 14 de febrero de 2010. Pag.a4

siglo XIX, cuando señaló que las “entidades colectivas legales” tenían los mismos derechos que los seres humanos.

En este orden de ideas, resulta particularmente relevante la afirmación del mismo Chomsky en el artículo citado, cuando expresa que “en años posteriores, los derechos corporativos se extendieron mucho más allá que el de las personas, particularmente mediante los mal llamados *acuerdos de libre comercio*. De esa manera [afirma], una empresa transnacional como la General Motors, puede establecer una planta en un país latinoamericano y reclamar por vía del derecho a la igualdad, un tratamiento como “nacional” en ese Estado. En cambio, un ciudadano extranjero en los EEUU, no puede aspirar a obtener un trato como nacional en ese país, ni siquiera para alcanzar la protección a derechos humanos mínimos”.

Más adelante, volveremos sobre esta línea de reflexión a propósito del caso peruano, pero es importante dejar sentado aquí que la preocupación que ha dado lugar a esta reflexión crítica sobre la cuestión de los derechos fundamentales en relación con las personas jurídicas, tiene una relevancia universal. Esta relevancia se ve reforzada por las características del desarrollo de la economía global y, en consecuencia, ningún estudio de las particularidades de este tema, en un país determinado, puede dejar de lado el marco general en el que corresponde ubicarlo.

3. Capítulo II. Personas jurídicas y derechos fundamentales: Doctrina, normatividad y jurisprudencia comparada.

Luego de examinar en el capítulo anterior, desde una perspectiva más histórica y sociológica, las implicancias y riesgos de un reconocimiento poco cauto de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas, interesa ahora realizar un análisis más detenido en torno a la manera cómo jurídicamente han sido concebidos los derechos humanos y, en función de ellos, los derechos fundamentales. Hecho esto, podremos advertir con mayor nitidez las dificultades que presenta el indicado reconocimiento

cuando, lejos de tomar en consideración aquellos factores de riesgo que, en todo caso, aconsejarían un tratamiento prudente y cauteloso del tema, tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrolladas con mayor dinamismo en las últimas tres décadas, han tomado el camino de ir ampliando progresivamente el ámbito de aplicación de tales derechos para favorecer a estos entes artificialmente personificados, en un proceso paulatino que no parece haber concluido y que podría orientarse a futuro, hacia una extensión todavía mayor.

En tal sentido, dicho proceso se ha caracterizado por una rápida evolución de posiciones, que pasaron de lo que podríamos calificar como una acogida tímida de la idea, identificando a las personas jurídicas sólo como titulares de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva -trascendiendo así cualitativamente el simple consenso inicial que les reconocía una legitimación procesal para defender derechos de sus miembros- hasta, poco a poco, llegar a considerarlas también como titulares de derechos tales como los de nombre, inviolabilidad de domicilio, intimidad, igualdad y hasta honor, en la jurisprudencia más reciente. La todavía escasa literatura que aborda este materia pareciera, cuando menos en su producción predominante, dar por hecho que estos reconocimientos son en sí mismos positivos para el desarrollo de la democracia y de la vida de los pueblos. En esa dirección, los autores se empeñan en desarrollos argumentativos que tiendan a reforzar la tendencia predominante, cuando no a tratar de innovar con propuestas de reconocimientos aun más audaces¹³.

¹³ Al respecto, Yves Guyon sostiene que: “.. la historia muestra que ha existido desde hace mucho tiempo un lazo entre la calidad de contribuyente y aquella de elector. En consecuencia, dado que las personas morales pagan impuestos y que particularmente las sociedades de capitales están sujetas a un impuesto sobre las ganancias que les es propio –impuesto de sociedades – no sería absurdo reconocerles un derecho de voto en ciertas elecciones, pues las decisiones políticas, económicas y sociales son muy frecuentemente indisociables”. Guyon Yves “Derechos Fundamentales y Personas Morales de Derecho Privado” En: Actualite Juridique de droit Administratif, París 1998, pg. 136

3.1. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales: una precisión necesaria

Aun cuando en el campo de la Teoría Constitucional y de la Filosofía del Derecho no se aprecia un consenso absoluto respecto de lo que podemos entender por derechos humanos o por derechos fundamentales, queda claro, sin embargo, que los primeros aluden en principio a aspiraciones de fuerte contenido ético o moral, exigibles jurídicamente en cuanto resultan positivizados, ya sea a través de los diferentes instrumentos internacionales como los que se han ido poniendo en vigencia a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948 (lo que se conoce como el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) o también cuando estos derechos han sido incorporados al texto de las Constituciones de los distintos Estados nacionales. En ese sentido, los derechos fundamentales son, en buena medida, derechos humanos constitucionalizados y por esa razón, vale sostener, como afirma Guillermo Escobar, que “una teoría jurídica de los derechos humanos, no es algo muy distinto a una teoría de los derechos fundamentales”¹⁴.

Ahora bien, toda la construcción o elaboración de los derechos humanos, como la propia denominación lo indica, ha sido realizada teniendo al ser humano como el centro de su preocupación y desarrollo. Más específicamente, estos derechos parten de reconocer la dignidad de toda persona en su acepción humana. Por ello, se trata de otorgar esta calificación a demandas esenciales, indispensables para garantizar una vida digna, y no a aquellas exigencias contingentes que no comprometen ese objetivo. La doctrina, en general, reconoce el valor o el principio de la dignidad, como el soporte fundamental de todos los derechos humanos.

Históricamente, además, los derechos humanos constituyen un concepto en permanente evolución. Su propia concepción y contenidos esenciales

¹⁴ Escobar Guillermo. “Introducción a una Teoría Jurídica de los Derechos Humanos” CICODE- Trama Editorial, Madrid, 2005. Pag. XIX.

han experimentado cambios significativos, como ocurrió luego de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena el año 1993, cuando se consagró la idea de la universalidad e indivisibilidad de tales derechos, para superar visiones que pretendían, a partir de una clasificación bastante difundida y aceptada entre derechos civiles y políticos de un lado, y derechos económicos sociales y culturales del otro, establecer una suerte de prioridades o preferencias en lo que toca al rol de los Estados para su protección.¹⁵ Al mismo tiempo, tanto el catálogo de derechos humanos como el contenido de cada uno de ellos se ha ido ampliando permanentemente, por tratarse de una cuestión que, principalmente luego de la segunda guerra mundial, se advierte como esencial para la paz y el desarrollo de los pueblos. En este punto, es preciso reiterar que todo este desarrollo ha mantenido el valor de la dignidad humana como común denominador para su fundamentación.

Con independencia de ello, cabe reconocer, empero, que ocasionalmente las constituciones nacionales, al incorporar los derechos humanos a su texto, van más allá de ellos, llegando a consagrar derechos cuyo contenido carece de la trascendencia o vínculo con la dignidad del ser humano, que permitiría calificarlos propiamente como derechos humanos. Se trata en estos casos de derechos fundamentales – en tanto están contenidos en la Constitución - que no son derechos humanos. Al respecto, afirma Escobar: “cuando esta circunstancia poco frecuente se produce, no se plantean especiales problemas prácticos, simplemente se pone de manifiesto que la Constitución fue más generosa en su concepción de la dignidad de la persona, o que fue por delante de la comunidad internacional. En el peor de los casos, prestó una protección excesiva a intereses que quizá no lo merecían”¹⁶.

¹⁵ Así, en la Declaración de esta conferencia se expresa: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”. Conferencia Mundial de Viena. Declaración y Programa de Acción, aprobada el 25 de junio de 1993.

¹⁶ Escobar Guillermo, Op.Cit. Pag,34.

Nótese en consecuencia que en esta perspectiva -que aquí compartimos- esa mayor “generosidad” que puede encontrarse en una Constitución nacional, para consagrar derechos fundamentales que no alcanzan a ser calificados como derechos humanos, debiera acoger en todo caso aquellos vinculados siempre con una concepción más amplia o extendida de la dignidad humana. De lo contrario, nos encontraríamos ante una cuestionable opción de otorgar protección constitucional a intereses que no cabría considerar en este rango, con la consecuencia negativa de jugar a favor de una suerte de banalización de los derechos y los riesgos que ello supone. Al respecto, es sugerente la reflexión que plantea Francisco Laporta cuando señala que “ No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenidos social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva “ generación” de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural. (...) Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencia”.¹⁷

A partir de estas consideraciones, no cabe duda de que la base conceptual o doctrinal para atribuir derechos fundamentales a las personas jurídicas resulta, cuando menos, frágil. ¿Se trata acaso de defender, de manera más eficaz, la dignidad de todas las personas, adoptando al efecto un concepto más lato del principio de dignidad? , ¿ o nos encontramos más bien en el ámbito de una exagerada protección de intereses que no merecerían, en principio, haber adquirido rango constitucional? En este último supuesto, aun cuando este punto lo retomaremos más adelante, ¿no parecería aconsejable, en todo caso, distinguir a las personas jurídicas de naturaleza no lucrativas de aquellas formas mercantiles cuyos intereses - más difíciles de entroncar con valores o principios como la dignidad, que

¹⁷ Laporta Francisco. “Sobre el Concepto de Derechos Humanos”, en: Revista Doxa N°4, Madrid, 1987, pág.23

sustentan el desarrollo de los derechos humanos- estarían suficientemente protegidos por el ordenamiento jurídico infraconstitucional?

Desde luego, la respuesta no es fácil, por cuanto pueden ensayarse argumentos de diverso orden, como los que han prevalecido en el Derecho comparado, en la línea de sostener que, tratándose de organizaciones generadas por los propios seres humanos, su protección constitucional sería tan sólo una extensión de la que corresponde otorgar a estos últimos. Esta interpretación, sin embargo, no repara en el hecho de que aquello que, en última instancia, crean los seres humanos, son colectivos que actúan en la realidad para permitirles o facilitarles el desarrollo de ciertos fines de interés común, ya sea de trascendencia particular o social, pero no crean directamente personas jurídicas. Estas últimas son creación del Derecho que, sobre la base de las opciones políticamente definidas en cada contexto nacional, donde sin duda intervienen diferentes factores metajurídicos, decide calificar o reconocer de esa manera a algunas de tales organizaciones.

En consecuencia, si de lo que se trata es de proteger el interés de las personas naturales que participan en aquellas organizaciones, bien valdría examinar, primero, la naturaleza de los intereses que allí se desarrollan. Ello con el fin de identificar su grado de trascendencia en función de garantizar la dignidad de las personas, antes de otorgar indiscriminadamente una protección constitucional que debiera encontrarse reservada para aquellas que, con fundamento suficiente, merecerían ese tratamiento.

En esta dirección, sostener, como lo hacen algunos tribunales o cortes constitucionales, que el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas resulta un paso lógico si se quiere proteger mejor los derechos de los seres humanos que las crean, encierra ciertamente una falacia. En efecto, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos en uno de sus artículos finales (el artículo 29º), adoptando claramente una concepción restringida exclusivamente a los seres humanos, señala que

sól o por ley se puede limitar el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, siempre que dicha ley persiga proteger los derechos de las demás personas.

En tal sentido, es ese límite, no siempre fácil de establecer, el que debiera servir de base para determinar, en cada caso concreto, los alcances del derecho fundamental del que es titular cada ser humano. En definitiva, si los límites los encontramos en la manera cómo el ejercicio o disfrute de tales derechos afecta o podría afectar a otros seres humanos, ¿es acaso posible pensar que una ponderación de suyo compleja, tratándose de las relaciones de seres individuales, podría tener lugar y ser resuelta en términos justos si estuviéramos ante un conflicto de derechos entre personas jurídicas o, peor aún, entre estas y seres humanos?

He aquí entonces un tema que no ha sido abordado de manera suficiente y que merece ser revisado a fondo, antes de continuar con esta “carrera” para avanzar a un todavía más amplio reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas. Con frecuencia, los tribunales deben afrontar casos complejos cuya solución demanda proteger determinados derechos en desmedro de otros, en teoría igualmente exigibles y respetables. En tales casos, como señala Escobar: “En la jurisprudencia, el recurso a la construcción filosófica de categorías como la dignidad de la persona, ha resultado especialmente fructífero, en especial para solucionar casos difíciles, como los planteados en casos recientes por la Medicina o la Biología. Sin embargo, los tribunales no sólo hacen uso del principio de dignidad en relación con derechos nuevos; también lo hacen para interpretar derechos clásicos”¹⁸.

En este orden de ideas, ¿pueden legítimamente las personas jurídicas aspirar a que sus derechos sean protegidos apelando a tales categorías? ¿Cuáles son los riesgos para los seres humanos cuando, obligados por las circunstancias de tener que resolver conflictos que involucren derechos

¹⁸ Ibid, pag 37.

fundamentales de personas jurídicas, magistrados y juristas terminen abocándose a la elaboración de una fundamentación más consistente y funcional de tales derechos a partir de otro tipo de valores o principios?

Por último, el falaz argumento de que al reconocer como titulares de los derechos fundamentales a las personas jurídicas se amplía el ámbito efectivo de protección de derechos de las personas naturales que en ellas participan, puede ser refutado con la simple afirmación de que los derechos fundamentales que podrían estar en juego nunca dejarían de ser protegidos por falta de su titularidad por parte de la organización. En efecto, en cada oportunidad en la que, afectando derechos de la persona jurídica, pudieran estarse afectando los derechos fundamentales de las personas naturales participantes en ella, estas tendrían expedito el camino para actuar por su propio derecho, y el de sus consocios si fuera necesario.

Es verdad que algunos alegarían a lo dicho que pueden presentarse situaciones en las que los derechos serían propiamente de las personas jurídicas y no correspondería atribuírselos a los seres humanos que las conforman. Pero ese argumento pecaría de un excesivo formalismo, que sin duda tendría que ser salvado por la interpretación judicial o por norma expresa, teniendo presente que lo que estaría finalmente en juego serían derechos fundamentales de personas naturales. Por lo demás, aun si forzando la reflexión llegáramos a concebir situaciones en las que vulnerándose derechos de las personas jurídicas no hubiera, sin embargo, personas naturales afectadas que pudieran actuar, la pregunta que desestima esta inquietud surge espontáneamente: ¿tiene sentido otorgar derechos fundamentales a personas jurídicas cuyo vínculo con seres humanos resulta tan lejano que la afectación de sus derechos no deriven necesariamente en la afectación de los intereses de aquellos? Pensemos en una sociedad *off shore* por ejemplo.

3.2. Sujetos Colectivos y Personas Jurídicas: distinción relevante

Existe una extendida percepción para presumir que, si aceptamos la idea de reconocer como titulares de derechos fundamentales a entidades diferentes de la persona humana, entonces, necesariamente tenemos que admitir que estos no pueden ser otros que las personas jurídicas. De esta manera, si un colectivo de personas no alcanza a ser calificado como persona jurídica, carecería de la base material para ser titular de aquellos derechos y, viceversa, si gozara de tal calificación, su titularidad le correspondería en principio, aun cuando, en función de las particularidades que la distinguan, habría siempre que determinar con qué alcances.

Lo anterior tiene un doble efecto negativo, toda vez que, de un lado, hace perder de vista que existen en la realidad colectivos que, histórica y socialmente, han llegado a ser calificados como sujetos de derecho, sin que para ello tuvieran que adquirir necesariamente la calidad de personas jurídicas. Ello ocurre por ejemplo con los pueblos indígenas, los sindicatos, los partidos políticos o las propias universidades, organizaciones que, independientemente de lo que disponga cada ordenamiento jurídico particular para reconocerlas o no como personas jurídicas, gozan de derechos que, por definición, son de naturaleza colectiva.

Hoy es comúnmente aceptado que la concepción clásica de los derechos humanos, de fuerte raigambre liberal, privilegió siempre su carácter subjetivo, asumiendo en este sentido una perspectiva individualista de aquellos. La evolución de esta concepción ha dado lugar a acoger una dimensión más objetiva y social de tales derechos, que encuentra un punto importante de refuerzo en la aceptación, hoy generalizada, de que los derechos humanos son indivisibles. Así, se coloca entonces en pie de igualdad los derechos civiles y políticos con aquellos clasificados como económicos, sociales y culturales.

En esa misma perspectiva, en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y con frecuencia en las propias

constituciones nacionales, se ha contemplado el reconocimiento de derechos cuyos contenidos materialmente no pueden ser atribuidos a individuos aislados y cuyo ejercicio demanda también una práctica colectiva. Este desarrollo, empero, no ha ido siempre aparejado de mecanismos de reconocimiento y protección idóneos, toda vez que, en buena medida, tales instrumentos de protección han sido diseñados bajo la influencia de la concepción liberal de corte individualista.

Esta cuestión hace interesante examinar qué ocurre por ejemplo en el sistema interamericano cuando se trata de admitir, como víctimas ante el sistema, a personas jurídicas. En efecto, como habíamos mencionado antes, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han rechazado la posibilidad de que organizaciones de esa naturaleza puedan recurrir, ante estas instancias, para invocar la protección a sus propios derechos fundamentales.

Con ello, se adopta un criterio de interpretación ajustado a un diseño institucional que, conforme se afirmara antes, estuvo pensado para proteger los derechos de los seres humanos. Pero, adicionalmente, es plausible que se persiga evitar los inconvenientes que derivarían de una aceptación, aun cuando con carácter excepcional, de personas jurídicas en calidad de titulares de derechos. Ello por cuanto es altamente probable que dicha apertura, entre otros efectos, expondría, tanto a la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a una excesiva presión, lo que generaría una carga de expedientes materialmente imposible de procesar en plazos razonables y sin descuidar sus funciones esenciales de proteger la afectación de derechos de los seres humanos.

Esta situación ha limitado, sin embargo, la actuación del sistema, específicamente de la Corte Interamericana, tratándose de colectivos que han demandado la protección de derechos de los cuales son, sin duda, titulares directos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en casos promovidos ante dicha instancia jurisdiccional del sistema, relacionados con derechos de pueblos indígenas, respecto de los cuales el pronunciamiento de la Corte

ha seguido un laborioso camino para resolver finalmente en su favor, pero sin admitir expresamente la naturaleza colectiva del sujeto peticionario. De esta manera, la Corte pareciera terminar protegiendo, no al sujeto jurídico comunidad indígena, sino a las personas individuales que forman parte de tales organizaciones lo que, en rigor, distorsiona el nivel de protección que sería deseable otorgarles.

Bajo las actuales circunstancias en América Latina, y particularmente a propósito de los textos constitucionales vigentes en los países de la Comunidad Andina de Naciones, no puede desconocerse a las comunidades indígenas como sujetos de derechos colectivos. Se trata, sin duda, de derechos fundamentales que debieran ser materia de protección tanto en el escenario interno como en el internacional. Al respecto, Rocío Villanueva ha señalado:

“Difícilmente hoy podría cuestionarse que ciertos sistemas jurídicos de América Latina reconocen derechos a las comunidades indígenas. Varias de las constituciones en nuestra región regulan los derechos que, como entes colectivos, tienen esas comunidades. Además, la jurisprudencia latinoamericana también se ha pronunciado sobre esos derechos, especialmente sobre el derecho a la consulta regulado en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. A manera de ejemplo, cabe mencionar que en el año 1993 la Corte Constitucional de Colombia señaló que la comunidad indígena había «dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales»¹⁹.

Pero, claro está, esta cuestión no es ajena a tensiones y dilemas que no resultan sencillos de resolver, cuando se trata de conciliar tales derechos colectivos con los individuales, que son los que regularmente han merecido la atención de la jurisdicción constitucional tanto nacional como internacional. Esta es probablemente otra de las razones por las que la

¹⁹ Villanueva Flores Rocío, “Tensiones constitucionales: El Derecho a la Diversidad Cultural versus los Derechos de las víctimas de la violencia de género”. Artículo no publicado que formará parte del libro *La facultad de administrar justicia de las rondas campesinas. Comentarios sobre el Acuerdo Plenario que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas*, que publicará próximamente el Instituto de Defensa Legal (IDL).

Corte Interamericana no ha desarrollado, hasta el momento, una doctrina propia respecto de los derechos colectivos; tarea que permanece pendiente y que exige un esfuerzo considerable de elaboración conceptual. Esta tensión es a la que alude la misma autora cuando, refiriéndose al caso de la violencia de género, plantea, sin embargo, una reflexión aplicable también a conflictos similares en otros campos y en el plano internacional además:

“Sin embargo, las constituciones también protegen la igual dignidad de los seres humanos, la autonomía personal así como un amplio conjunto de otros derechos individuales. Por ello, el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos crea una nueva tensión entre principios constitucionales, habida cuenta de que tales derechos pueden colisionar con los derechos individuales de los integrantes de las comunidades indígenas. Es un problema más para los Estados constitucionales de nuestra región, un problema sobre el que hay que debatir en el marco del “neoconstitucionalismo”, es decir de esta concepción del Derecho imperante en varios de nuestros países, que explica tanto la existencia de textos constitucionales con principios materiales cuanto de una práctica jurisprudencial que ha contribuido significativamente a darles contenido y a resolver los conflictos que entre ellos se plantean”²⁰.

En el Derecho comparado es comúnmente aceptado que, además de las personas jurídicas, existen otros sujetos de derecho que no alcanzan a la calificación de personas. En ese sentido, se afirma acertadamente que toda persona es sujeto de derecho, pero no necesariamente todo sujeto de derecho es persona. Así, entre los otros sujetos de derecho que no alcanzan a ser personas, contamos por ejemplo al concebido o a las organizaciones no inscritas, estas últimas allí donde el sistema jurídico exige, para la existencia de la persona jurídica, su previa inscripción en un registro público. Pero, adicionalmente, existen otros sujetos de derecho de

²⁰ Ibid, pag. ...

naturaleza colectiva que no han sido previstos en la legislación interna como un modelo o tipo especial de personas jurídicas.

En tales casos, nos encontramos ante una suerte de sujetos de derecho de carácter “atípico”, en la medida que no han nacido ni se encuentran en camino de convertirse en personas jurídicas -lo que los diferencia de las organizaciones no inscritas-, sino que cuentan con un reconocimiento para el Derecho que les resulta suficiente para todo aquello que, en esencia, ha dado lugar a su existencia. Son varios los ejemplos a los que podemos hacer referencia, pero, por sus particularidades en el caso peruano, tomaremos el de los partidos políticos, cuya evolución normativa grafica muy bien los aspectos que nos interesa destacar.

En efecto, conforme con la Constitución de 1979, los partidos políticos fueron calificados como “(...) instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía (...)”²¹. Alrededor de tal reconocimiento, se establecían, en su favor, un conjunto de atributos y derechos que, sin duda, eran derechos fundamentales de estos colectivos. Pues bien, en ninguna parte dicha Constitución les otorgaba personalidad jurídica, pero, al mismo tiempo, es evidente que no les exigía tal condición para poder realizar todo aquello que resulta esencial a la vida de un partido político, o sea, competir en las elecciones y, eventualmente, acceder al poder y gobernar.

Lo anterior no niega el hecho de que, por diversas razones, algunos partidos políticos optaron por constituirse como personas jurídicas, y para ello, con arreglo a lo dispuesto por un decreto ley de fines de la década de los setenta,²² siguieron el procedimiento de aprobación de Estatutos bajo la modalidad de asociaciones civiles. En otros casos, tal personalidad la

²¹ Constitución del Perú de 1979, Art. 68.

²² El Decreto Ley 22652, de agosto de 1979, establecía en su artículo 36° que, para adquirir personería jurídica, los Partidos políticos debían contar con estatutos contenidos en Escritura Pública y estar inscritos en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros públicos de Lima.

habían adquirido desde tiempo atrás, siguiendo un procedimiento análogo que, en todo caso, no se encontraba impedido por ley.

Lo cierto es que, independientemente de que por razones prácticas algunos partidos prefirieran constituirse formalmente como personas jurídicas, este no era un paso necesario -ni siquiera deseable para muchos- para hacer todo aquello que les resultaba indispensable en función de sus objetivos. De hecho, a partir de la década de los ochenta se crearon muchos partidos y organizaciones políticas que tuvieron una duración disímil, pero que, en ningún caso, formalizaron su constitución adoptando al efecto la calidad de persona jurídica.

Hoy en día, pocos ponen en duda que, al momento de la aprobación de la Constitución de 1993, existió un propósito más o menos explícito de minimizar el rol de los partidos políticos, relativizando la trascendencia de su rol al colocarlos en el mismo rango constitucional que otras formas de organización política de menor relevancia, que resultan a su vez beneficiarias de las mismas atribuciones o derechos concedidos a los primeros. Así, el artículo 35º del citado texto constitucional literalmente señala: “Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas *como partidos, movimientos o alianzas conforme a ley (...)*”(cursivas añadidas).

Paradójicamente, esta misma Constitución, que en modo alguno buscó la manera de fortalecer a los partidos políticos, sí hizo referencia expresa a la calidad de personas jurídicas que todas esas organizaciones habrían de adquirir, al momento de obtener su inscripción en el registro respectivo. Más tarde, con la aprobación de la Ley de Partidos Políticos el año 2003, se precisó que estas organizaciones quedaban previstas en nuestro ordenamiento legal como personas jurídicas, debiendo cumplir al efecto con los requisitos establecidos en esa misma ley, e inscribirse en el Registro de Organizaciones Políticas a cargo del Jurado Nacional de Elecciones.

De cualquier manera, queda claro que la calidad de persona jurídica no necesariamente supone un reforzamiento de la entidad que venía desenvolviéndose como sujeto jurídico y que, en la medida que existan razones de carácter histórico o social para ello, lo deseable es que los sujetos jurídicos que expresan intereses colectivos puedan gozar de aquellos derechos fundamentales que la norma constitucional les reconoce. Entre ellos, el de Tierra-territorio en el caso de las comunidades indígenas, de huelga en el de los sindicatos, o de autonomía institucional, tratándose de universidades.

En definitiva, lo aconsejable sería que a nivel del sistema interamericano se optara por hacer expresa esta distinción entre sujeto y persona jurídica, con el propósito de mantener fuera del mismo a estas últimas, pero admitiendo expresamente la calidad de titulares de derechos -humanos o fundamentales, según el caso -a otros sujetos jurídicos colectivos reconocidos al efecto por los instrumentos internacionales o las Constituciones de cada país.

En consecuencia, consideramos que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomara distancia de la ficción conceptual de la persona jurídica, para ir directamente a la naturaleza y particularidad del sujeto colectivo que acude al sistema, encontraría sobradas razones tanto para atender los reclamos de organizaciones como las descritas, de fuerte raigambre social y con perfiles históricamente delineados, como para diferenciarlas de las sociedades mercantiles, cuya característica central se resume en una calificación legal y artificial como personas, con el propósito de limitarles responsabilidad y posibilitarles la acumulación de capitales.

3.3. Personas jurídicas y derechos fundamentales en los instrumentos internacionales, textos constitucionales y la jurisprudencia comparada: La tendencia dominante.

En la actualidad asistimos a una creciente recurrencia ante la jurisdicción constitucional de estas sociedades que, basándose en su condición de

“personas” , no obstante ser sólo el producto de una creación normativa, vienen reclamando -y obteniendo la mayoría de las veces- la protección de sus alegados derechos fundamentales; apropiándose así de un espacio que, en principio, debió permanecer siempre reservado para los seres humanos. En este sentido, no podemos dejar de advertir las consecuencias negativas de esta situación en realidades como la nuestra, en las que las instituciones jurisdiccionales -que incluyen al efecto tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional- adolecen de serias deficiencias, que impiden un procesamiento ágil y de calidad a quienes acuden a ellas con el propósito de encontrar una vía expeditiva y eficaz para la protección de sus derechos.

Al respecto, y conforme fue expuesto, contemporáneamente, el reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas se constata como una tendencia general, tanto en el sistema anglosajón como en el romano germánico. Ahora bien, son escasos sin embargo los textos constitucionales en los que dicho reconocimiento se hace de manera expresa, por lo que, la mayor de las veces, ha sido a partir de un ejercicio de interpretación como se ha configurado la indicada tendencia..

En efecto, como quedó anotado, al margen de la Constitución alemana de 1949, que reconoce derechos fundamentales para las personas jurídicas “nacionales”, otras, como la de Irlanda de 1937, la de Italia de 1947, la de Francia de 1958, la de Grecia de 1975, la de Suecia de 1976, la de España de 1978, la de Rusia de 1993, las de Suiza y Finlandia de 1999, no mencionan siquiera a las personas jurídicas. La excepción la encontramos en la Constitución de Portugal, de 1976, cuyo artículo 12^o.2. concede expresamente derechos fundamentales a personas jurídicas.

Resulta sin duda curioso el hecho de que, tan temprana y aisladamente, la Constitución alemana optara por incluir a las personas jurídicas “nacionales” entre los sujetos de protección de derechos fundamentales. No nos ha sido posible, sin embargo, encontrar comentarios o notas

explicativas sobre el particular, más allá de informarnos que la iniciativa nació del Estado de Bavaria, y que, siendo resistida en un principio por el resto de representantes, fue finalmente asumida en el texto aprobado. Un estudio posterior y más exhaustivo al respecto, probablemente permita determinar lo que por el momento sólo cabría formular como hipótesis: ¿fue acaso determinante para ello la influencia que bajo aquellas circunstancias de posguerra pudo tener los Estados Unidos de Norteamérica?

En ese sentido, no resulta inverosímil sostener que, ante una economía prácticamente destruida por la guerra, la necesidad de contar con fuertes capitales dispuestos a invertir para favorecer la recuperación alemana, puede haber actuado como un factor estimulante para aprobar una norma que, de alguna manera, suponía brindar las mayores garantías a las empresas foráneas, en particular a las norteamericanas, dispuestas en ese momento a crear filiales en ese país, como en el resto de la Europa occidental.

Ahora bien, el límite puesto a ese reconocimiento, por el lado de la exigencia de que se tratara siempre de empresas “nacionales”, podría hacer dudar de la anterior afirmación. No obstante ello, al parecer esa demanda solamente estaba referida al lugar de constitución de las empresas y al hecho de que su control estuviera también localizado, en este caso, en territorio alemán. Una revisión ligera de la jurisprudencia de las cortes y el Tribunal Constitucional alemanes, no nos ha permitido por ahora echar mayores luces sobre esta cuestión, más allá de constatar que la interpretación resulta restrictiva para las personas jurídicas extranjeras solamente tratándose de algunos derechos, pero sin que exista un desconocimiento absoluto para estas en el caso de derechos de menor discusión, como los relativos a tutela judicial efectiva y debido proceso.

En todo caso, constatamos que ha sido sobre todo a partir de la interpretación jurisprudencial de tribunales o cortes constitucionales, que ha ido generalizándose este reconocimiento en la mayor parte de los

países de Europa y en los Estados Unidos de Norte América. Así, conforme se mencionó anteriormente, en el caso norteamericano fue la Suprema Corte de ese país la que, desde fines del siglo XIX, estableció que las corporaciones eran personas bajo la décimo cuarta enmienda, referida a igual protección y debido proceso. El texto de la mencionada enmienda, sin embargo, no alude a tales corporaciones, sino que se limitó a ampliar la calificación de ciudadanos, que hasta poco antes había sido negada a los esclavos, para precisar que toda persona debía gozar de la protección de sus derechos y el debido proceso. Con ello, se quiso ampliar el concepto de ciudadanía para favorecer a la población de raza negra, como lógica consecuencia de la abolición de la esclavitud al finalizar la guerra civil. No obstante ello, la historia registra que fueron pocas las personas individuales que invocaron la referida enmienda, y muchas más bien las corporaciones que se acogieron exitosamente a sus postulados.

De cualquier manera, este reconocimiento temprano en favor de las corporaciones no ha permanecido ajeno a cuestionamientos en diversos momentos a lo largo de las décadas siguientes y, en ese sentido, no han sido pocas las oportunidades en que algunos intentaron revertir esta opción. Mathey cita la opinión disidente del Juez Rehnquist, quien, regresando a la decisión *Dartmouth College*, negó a las corporaciones el goce de derechos fundamentales análogos a aquellos de las personas físicas. Así, afirma Mathey: “Según él, los derechos constitucionales no pueden ser reconocidos sino a los individuos, personas físicas y no a las sociedades, personas morales artificiales”²³. Más adelante, el propio Juez Rehnquist, quien llegó a ser Presidente de la Suprema Corte, habría influido para que, en un caso que involucraba a la corporación *Nike*, la Corte terminara dejando la impresión que las corporaciones carecerían del derecho a la libertad de expresión.

Esta suerte de “llamadas de atención”, empero, no llegaron a constituir una línea de interpretación sostenida, capaz de revertir la posición adoptada

²³ Mathey Nicolás. “Los Derechos y libertades fundamentales de las Personas Morales en el derecho Privado” En: *Revista Trimestral de Derecho Civil*, París, 2008, pag, 205

por la citada Corte con anterioridad. En consecuencia, se ha mantenido el criterio predominante de que las corporaciones gozan de derechos fundamentales y que merecen protección al igual que las personas naturales; pero es innegable que la tensión generada por la presión de las grandes corporaciones, para reclamar mayor y más amplia protección, podría conducir la interpretación de los tribunales a, cuando menos, tomar una opción inclinada a establecer límites más precisos para el reconocimiento de tales derechos.

De otro lado, en el sistema europeo de protección de derechos humanos se ha venido reconociendo, también en vía de interpretación, que tanto las personas morales de derecho privado como las de derecho público gozan de tales derechos. Conforme lo refiere Mathey: “La Corte Europea de Derechos Humanos, ha reconocido el beneficio de los derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos, a las personas morales calificadas de derecho público en su derecho nacional (...)”. Este reconocimiento, asumido de manera genérica para todo tipo de personas jurídicas, en la práctica es más invocado por las sociedades mercantiles. Por ello, el mismo autor reconoce más adelante que “(...) en la práctica, las personas morales de derecho privado tienen una propensión mayor a solicitar la protección de sus derechos fundamentales. Las sociedades en particular, han reivindicado frecuentemente el goce de los derechos y libertades fundamentales”²⁴.

Ello ocurre, no obstante que la Convención europea no contempla literalmente en su texto la titularidad de derechos fundamentales a personas morales, salvo en el artículo 1º de su protocolo I, cuando señala que toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho al respeto de sus bienes. Pero la interpretación prevaleciente es que la voluntad de quienes elaboraron dicha convención no fue la de excluir a las personas jurídicas, sino todo lo contrario. En todo caso, queda claro que el término persona no fue utilizado con un contenido preciso en este instrumento europeo.

²⁴ Ibid, loc. cit.

Conforme lo señala también Mathey, hay que concluir que, respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha calado la interpretación de que las referencias textuales al “hombre” en la Convención, no pueden ser tomadas como excluyentes de los derechos allí contemplados respecto de las personas jurídicas. Pero, a propósito de esta observación, tampoco se puede omitir reparar en que la falta de discusión o controversia en la toma de esta opción, no obedece a la total ausencia de ella, sino probablemente a la ideología dominante en la realidad europea de la posguerra fría y en el marco del desarrollo de la economía global. Al respecto, dice el propio Mathey que “Esto ilustra quizá la victoria de una cierta ideología. Parece que una forma de liberalismo es el gran vencedor de esta evolución a lo largo del siglo XX. No es realmente la victoria de la realidad sobre la ficción, sino más bien la de una forma de liberalismo, que otorga un lugar importante a las personas morales y particularmente a las sociedades (...)”²⁵.

Francia, por su parte, superado el viejo debate acerca de si las personas jurídicas eran producto de la realidad o de la ficción, ha instalado, bajo una concepción predominante que opta por calificar a estas organizaciones como una realidad técnica (no material), pero ajena a la ficción, la interpretación a favor de reconocerlas como portadoras de derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, se acoge un criterio de igualdad que promueve el mismo tratamiento a toda persona, sea esta natural o jurídica. Así lo admitió el Consejo Constitucional en este país el año 1980, al otorgar a las personas jurídicas la igualdad civil. Al respecto, Mathey destaca que el pronunciamiento del citado Consejo expresa categóricamente que:

“(...) El principio de igualdad no es menos aplicable entre personas morales que entre personas físicas, pues, en las personas morales, por ser agrupaciones de personas físicas, el desconocimiento del principio de

²⁵ Ibid. loc.cit

igualdad en las primeras, equivale a un desconocimiento de igualdad entre las segundas”.

En lo que toca a Gran Bretaña, un importante sector de la doctrina se ha mostrado más reacio a aceptar este estándar de protección para las personas jurídicas, al punto de que algunos afirman que ha sido esa la razón por la que este Estado dilató durante tanto tiempo su participación en la Convención Europea de Derechos Humanos. Así, según Mathey, se afirmaba

“(…) la idea según la cual las personas morales han creado más riesgos de violaciones de derechos fundamentales, especialmente para sus asalariados, que los que ha podido sufrir. Una parte de la doctrina británica ha igualmente rechazado que las personas morales, particularmente las sociedades, se puedan beneficiar de derechos fundamentales tales como aquellos reconocidos en la Convención europea. El argumento que reserva los derechos fundamentales a las “natural persons” y priva de ellos a las “artificial persons” no ha dejado de ser invocado en ese debate, pero en vano”.²⁶

Es interesante anotar que en países como Suiza la previsión de que las personas jurídicas puedan acceder a derechos, aplicables en principio a las personas naturales, no está contemplada normativamente en la Constitución de ese país, sino en su Código Civil. Así, el artículo 53º de dicho Código establece que las personas jurídicas pueden ser titulares de todos los derechos y obligaciones que no resulten inherentes al ser humano. Esta parece una interesante opción por cuanto, sin necesidad de hablar de derechos fundamentales de personas jurídicas, les otorga una protección a nivel legal que bien podría bastar para cautelar sus intereses, a la par de los que corresponden a las personas naturales que participan en ellas.

²⁶ Ibid. loc cit

Un caso especial, a revisar aquí, es el de la jurisprudencia desarrollada en España en esta materia, dada la influencia que ha tenido para nuestro derecho tanto la Constitución española de 1978 como las decisiones de sus tribunales, particularmente la producida por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, cabe señalar que, ya desde inicios de la década de los ochenta, el citado tribunal había venido admitiendo a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, aun cuando – es importante destacarlo- ello ha ocurrido de manera progresiva, ampliando poco a poco el catálogo de derechos que por su naturaleza o particularidades cabría atribuirle a aquellas. Así, Gómez Montoro²⁷ ha realizado un estudio de esa evolución, que permite apreciar cómo, de haber sido sólo consideradas como terceros procesalmente legitimados para promover procesos constitucionales en favor de las personas naturales que las integraban, se dio paso, hacia 1983, a su reconocimiento como titulares, de esos mismos derechos relativos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Poco después, en 1985, tuvo lugar la primera sentencia de aquel colegiado español con la que se inició la progresiva ampliación del catálogo de derechos al incluir el de la inviolabilidad de domicilio. Más adelante, en 1995, revirtiendo decisiones anteriores en las que se había rechazado esa opción, el referido Tribunal Constitucional resolvió también, al parecer, en favor de reconocer a las personas jurídicas derechos como el del honor y la igualdad, aunque, con escasa nitidez y precisión sobre sus verdaderos alcances.

Gómez Montoro, en su estudio acerca de esta evolución, da cuenta de que el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional para justificar esta posición se basó centralmente en que, si bien la Constitución española no contemplaba expresamente esa titularidad de derechos para las personas jurídicas, ni esta ni la legislación que la desarrolla lo prohibían. De otro lado, el tribunal también había asumido que las personas jurídicas constituyen, en sí mismas, un producto del ejercicio de derechos

²⁷ ... Gómez Montoro “La Titularidad de Derechos.. ...” op.cit

fundamentales por parte de las personas naturales que las constituyen, y que los fines que persiguen son, al mismo tiempo, fines constitucionalmente protegidos. En consecuencia, no habría razón para negar la titularidad y consiguiente protección de derechos a estas organizaciones de la realidad que, en última instancia, permitirían ampliar el ámbito de protección de los derechos de las personas naturales que participan al interior de las mismas.

De esta manera, el citado autor identifica primero, un listado de derechos fundamentales que, en ningún caso, alcanzarían a las personas jurídicas; otro, sobre los cuales no cabría mayor discusión para atribuírselos y, finalmente, un grupo de derechos cuya atribución no ha sido del todo clara por parte del Tribunal Constitucional español y que la doctrina continúa debatiendo. Así, en opinión del citado autor, tales derechos podemos clasificarlos conforme al siguiente cuadro:

No aplicables	Aplicables	Discutibles
Vida	Tutela judicial y debido proceso	Intimidad
Integridad	Asociación	Honor
Libertad y seguridad	Libre empresa	Igualdad
Libre tránsito	Inviolabilidad de domicilio	Participación política
Libre cátedra		

Pero, al margen de las características con las que dicha interpretación ha ido evolucionando, marcando una clara tendencia a ampliar cada vez más el catálogo de derechos que se consideran atribuibles a las personas jurídicas, cabe destacar que, al mismo tiempo, reiteradamente, se ha hecho hincapié en que, tales derechos no pueden ser protegidos con iguales alcances con los que se protegen los derechos de las personas naturales

Ahora bien, esta salvedad, que parece ser planteada con ánimo de cautela frente a los excesos que pudieran derivarse de un reconocimiento con alcances indeterminados, se refuerza en la idea, al parecer ya asumida consensualmente, que respecto de todas ellas, resulta indispensable realizar un análisis, caso por caso, para delimitar convenientemente tales alcances.

En ese sentido, para el Tribunal Constitucional español habría hasta dos criterios exigibles para reconocer en cada oportunidad, primero, la atribución de derechos y, en segundo lugar, sus alcances. Estos parámetros serían, de un lado, la naturaleza de los derechos involucrados y, del otro, los fines que persigue cada persona jurídica. Al respecto, Gómez Montoro advierte que el desarrollo jurisprudencial español, aun con todas sus imprecisiones, ha sido relativamente extenso en lo que atañe a la cuestión de la naturaleza de los derechos, en tanto que ha resultado hasta el momento muy pobre respecto a lo que debiera atenderse para evaluar los fines de la persona jurídica.

A partir de lo dicho, cabría adoptar una posición crítica frente a la jurisprudencia española toda vez que, si bien pareciera perseguir un manejo prudente de todo lo referido a los derechos fundamentales y las personas jurídicas, anunciando criterios y requerimientos exigibles, antes de dar pase a los reconocimientos correspondientes, en la práctica no se han precisado ni los unos ni los otros. Esta indeterminación define, en los hechos, una situación que favorece el interés de las organizaciones lucrativas y hace poco efectivo el afán de cautela anunciado.

En esa dirección, no parece casual que, en lo que atañe a la interpretación basada más en la naturaleza de los derechos que en los fines de la organización, un derecho como el honor, de muy dudosa titularidad tratándose de personas jurídicas, haya sido acogido por el Tribunal Constitucional español, a propósito de una demanda promovida por una

sociedad anónima²⁸. Al mismo tiempo, tampoco resulta extraño que no se haya avanzado mayormente en lo relativo a examinar los fines de las diferentes personas jurídicas para determinar la procedencia de la atribución de derechos fundamentales en su favor, considerando que una reflexión a fondo sobre este extremo, no podría soslayar el hecho de que existe una profunda diferencia entre las organizaciones no lucrativas, como las asociaciones y fundaciones, donde ninguna persona natural participante puede beneficiarse patrimonialmente de ello, y las sociedades mercantiles, cuya existencia misma se justifica a partir de esa finalidad social.

De cualquier manera, el propio Tribunal Constitucional español, al acoger con frecuencia demandas de sociedades mercantiles y pronunciarse favorablemente sobre ellas, a partir de examinar únicamente la naturaleza del derecho en cuestión, ha evitado entrar al análisis señalado, y nada indica por ahora que exista el ánimo de hacerlo, cuando menos en el futuro inmediato.

Una cuestión adicional en la jurisprudencia y el debate constitucional español, tiene que ver con el tema de si se deben reconocer o no derechos fundamentales a favor de personas jurídicas de derecho público. La cuestión no resulta inocua, por todo lo que ello supone para la doctrina y teoría jurídica de los derechos humanos, construida sobre la base de la relación ciudadano- Estado, donde, desde una perspectiva más rigurosa, no resulta admisible que el propio Estado termine invocando la protección de derechos de esta naturaleza.

Esa discusión, sin embargo, se ha gestado desde el momento en que, de alguna manera, la distorsión ya se había producido con el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de personas jurídicas. En efecto, si se había considerado no solamente factible, sino justo y conveniente, que las

²⁸ Así en su sentencia N TC 183/1995) ese colegiado se pronunció " ... El tribunal entiende que si bien es cierto que el honor se encuentra en íntima conexión con la dignidad de la persona, que proclama el artículo 10.1 de la Constitución española, ello no impide su extensión a las personas jurídicas",

personas jurídicas resultaran ser titulares de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, no se ha llegado a precisar los límites con los que ello tendría que producirse, ¿cómo evitar que las personas jurídicas de derecho público invocaran también el mismo estatus?

Esta cuestión se ha ido resolviendo jurisprudencialmente, al optar por reconocer estos derechos, de un lado, no al gobierno central o nacional, sino a instancias de gobierno local, admitiendo que estas últimas pueden verse afectadas por decisiones del primero que, en definitiva, estarían afectando derechos ciudadanos o de la población comprendida o representada en dicha instancia de gobierno. De otro lado, empero, en estos casos no parece haber suficiente consenso para proponer un acceso de estas entidades, finalmente estatales, a un catálogo muy amplio de derechos fundamentales, por lo que se les ha limitado en buena medida a un reconocimiento de derechos relativos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, en nuestra opinión, no es solamente que una salida jurídicamente funcional y eficiente para resolver los conflictos allí involucrados, podría haber sido encontrada en los ámbitos propios del derecho constitucional y administrativo, sin que resultara necesario al efecto forzar la cuestión, derivándola a un tema de derechos fundamentales de personas jurídicas, sino que, al mismo tiempo, es poco probable que se encuentren argumentos para avanzar más allá de los derechos hasta el momento admitidos en estos casos. Finalmente, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, constituyen un tipo especial de derechos que, a nuestro juicio, sí admiten, sin distorsionar el concepto de derechos humanos, una protección constitucional en favor de personas jurídicas.

En efecto, partiendo de reconocer la raíz individualista y subjetiva de los derechos humanos en su concepción tradicional, ligada al pensamiento liberal clásico, resulta relativamente sencillo identificar en la tutela judicial y el debido proceso una dimensión preponderantemente objetiva de sus

contenidos esenciales, toda vez que el respeto a ellos constituyen, al final de cuentas, una garantía institucional para el desarrollo del Estado Democrático de Derecho. En tal virtud, cabe considerar que su atribución trasciende el plano subjetivo e individual y se proyecta a todo colectivo, independientemente de que se trate o no de personas jurídicas.

Esta perspectiva permite armonizar el interés individual con el colectivo, sin tener que derivar en el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de personas jurídicas. En esa medida, las personas de derecho público podrían actuar a favor de sus representados, no en su calidad de personas jurídicas, sino en función a ser portador del interés de un colectivo social, de aquellos que Savigny denominó “personas necesarias”. A la vez, personas jurídicas que, como las sociedades *off shore*, resultan inescrutables respecto de su composición social, podrían muy bien quedar excluidas sin vulnerar, en términos formales, el derecho a la igualdad, por ejemplo.

Por último, en este asunto, la cuestión en torno a si los derechos humanos pueden ser violados por sujetos no estatales, ha dado lugar a un largo debate que, finalmente, ha sido resuelto también vía textos constitucionales o jurisprudencia. Se ha afirmado que, en efecto, también los particulares pueden afectar estos derechos y, desde ese punto de vista, las víctimas tienen expedito el camino para invocar la protección estatal frente a tales vulneraciones. Esto es lo que la doctrina ha dado en llamar “la eficacia horizontal de los derechos humanos”, que hoy nadie discute.

En ese sentido, es muy probable que, sobre la base de esta cuestión, se pretenda elaborar una base argumentativa para sostener que ha quedado por completo superada la concepción que identificaba una tensión permanente entre el ciudadano, titular de derechos fundamentales, y el Estado, eventual vulnerador de aquellos. Ocurre en verdad, sin embargo, que la admisión de que tales derechos puedan ser objeto de violación por particulares, constituye más una salida práctica que una innovación en el concepto de los derechos humanos y la relación respecto de ellos, entre

ciudadanos y Estado. En efecto, es innegable que los derechos fundamentales pueden en la realidad tener como sujetos activos de su vulneración a particulares, pero, en rigor, es el Estado quien tiene el deber de protección contra esas acciones y, por ende, es ante él que actúan las víctimas en procura de una intervención protectora.

En lo que se refiere a América Latina, como quedara planteado anteriormente, en el plano interamericano tanto la Comisión como la Corte interamericanas han mantenido constante el rechazo a admitir como titulares de derechos fundamentales a las personas jurídicas, aun cuando ambas instancias, particularmente la primera, han llegado a flexibilizar este criterio tratándose de comunidades indígenas.

Así, conforme señala Rocío Villanueva, refiriéndose a la Comisión,

“La CIDH si se ha pronunciado por la violación de los derechos del pueblo maya (a la propiedad, a la igualdad y a la protección judicial), invocando los artículos XXIII, II y XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos....”

y cita también, más adelante, el capítulo III del Informe sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en las Americas, de octubre de 2000, donde la propia CIDH afirma:

“(...) Desde el comienzo y a través de toda su práctica sobre los derechos humanos de las personas indígenas, la comisión ha aceptado el concepto de derechos colectivos, en el sentido de derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos organizados de personas, como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas”²⁹.

Ahora bien, nótese que esa flexibilización no llega al extremo de reconocer los referidos derechos colectivos a partir de considerar a las comunidades o pueblos indígenas como personas jurídicas, sino como sujetos jurídicos especiales, reconocidos tanto en la normatividad interna de varios países de la región, como en la normatividad internacional, principalmente el

²⁹ Villanueva Flores Rocío. “El Derecho a la Salud...”Op cit. Pág. 153

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En tal sentido, la Comisión prescinde de la personalidad jurídica de estas organizaciones, bastándole identificar su calidad de sujetos, para reconocerles la titularidad de los derechos colectivos comprendidos en el citado informe.

En esa misma dirección, aun la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha esbozado una idea parecida, cuando, a propósito del caso de la comunidad indígena YaKye Axa vs. Paraguay, se pronunció conforme con la afirmación, recogida también por Villanueva: “(...) adicionalmente, señala que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades, que vienen siendo ejercidos históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”³⁰.

En esta línea de razonamiento, encontramos clara coincidencia con nuestra propuesta de mantener el criterio de que las personas jurídicas no pueden actuar ante el sistema interamericano como titulares de derechos, sin que ello impida sin embargo, abrir el mismo sistema a determinadas organizaciones de la realidad, aquellas cuyo sustrato social así lo sustente, en su calidad de sujetos jurídicos colectivos, titulares de derechos de esa naturaleza. Es de esperar, en ese sentido, que la Comisión y la Corte interamericanas puedan armonizar más decididamente criterios sobre el particular, adoptando el enfoque empleado por la primera.

De otro lado, en los diferentes países de la región, no encontramos tampoco reconocimientos de derechos fundamentales a personas jurídicas que surjan de los propios textos constitucionales. Así, una rápida revisión de las Constituciones de países como México de 1917, Honduras de 1982, Nicaragua de 1987, Panamá de 1972, Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2009, Bolivia, 2009, Brasil de 1988, Chile de 1980, Argentina (1853-1994), Paraguay de 1992 y Uruguay de 1967 arroja, como

³⁰ Ibid. Pág 165

resultado común, la inexistencia de artículos que hagan referencia expresa a esta materia.

Ahora bien, revisando con mayor detenimiento los textos de las constituciones citadas, resulta relevante mencionar que, salvo unas pocas que al consagrar los derechos fundamentales parecen hacer referencia exclusiva a seres humanos, las restantes acogen el término persona sin precisar si este se refiere únicamente a personas naturales. Bajo este último supuesto, se abre un margen mayor a un desarrollo jurisprudencial favorable al reconocimiento que nos ocupa.

Así, encontramos que, con excepción de los textos constitucionales de la Argentina y el Uruguay, referidas todo el tiempo a “habitantes” o “ciudadanos”, las restantes, se ubican en el segundo de los dos grupos referidos.

Conviene, no obstante, hacer algunos señalamientos que nos parecen interesantes en varios de estos textos. Así, por ejemplo, algunas Constituciones como las de México y Panamá, otorgan personalidad jurídica a diversos grupos o colectivos; esta última, específicamente para organizaciones religiosas. Pero ello, de por sí, no extiende ese derecho a otros de naturaleza fundamental, teniendo presente además que ese otorgamiento de personalidad cabría entenderlo más como un derecho de quienes las constituyen, que como propio de tales organizaciones.

Asimismo, la simple expresión de que “(...) toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, como señala el texto colombiano, tampoco puede confundirse con derechos fundamentales para personas jurídicas, dado que se trata de un derecho consagrado en los propios instrumentos internacionales de derechos humanos, reservado a personas naturales³¹.

³¹ Así ocurre con el artículo 6 de la Declaración Universal de DDHH, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Interamericana de DDHH. DDD

Destaca sí como un caso especial el texto de la Constitución ecuatoriana del año 2008, toda vez que reconoce en su artículo 10º que “Las personas, Comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. Es interesante advertir que no se mencionan propiamente a las personas jurídicas, sino que se opta por hacer un señalamiento de aquellos colectivos a los que se califica como titulares de derechos.

No cabe duda de que esta opción se aproxima a lo planteado anteriormente, en el sentido de tratar a tales colectivos únicamente como sujetos de derecho, sin necesidad de calificarlos como personas jurídicas para reconocerles la titularidad de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, el texto del artículo deja abierta a la interpretación, la posibilidad de que jurisprudencialmente se puedan identificar también otros colectivos no mencionados expresamente.

Es entonces precisamente a partir de la interpretación de tales textos donde, en la práctica, se ha optado por reconocer derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas, y en ello han tenido rol relevante los Tribunales o las Cortes constitucionales, allí donde ellos han sido constituidos. Dejando por el momento al margen el caso del Perú, que será examinado en el siguiente capítulo, podemos afirmar que es la Corte Constitucional colombiana la que con mayor amplitud se ha pronunciado a favor de las personas jurídicas en esta materia y ha influido de manera gravitante en la interpretación predominante en varios otros países de la región.

En efecto, ya desde sus primeros fallos, a inicios de la década de los noventa, la Corte colombiana fue tajante en reconocer derechos fundamentales a personas jurídicas. Así, en la sentencia T-462/97 por ejemplo, este colegiado se pronunció de esta manera:

“En relación con la condición de titulares de derechos fundamentales que ostentan las personas jurídicas, esta Corporación en reiterada

jurisprudencia, ha afirmado que por ser capaces de una voluntad racional y autónoma, estos entes colectivos son verdaderas personas en sentido jurídico, esto es, titulares de derechos y obligaciones y, en especial, titulares también de derechos fundamentales”.

También en 1997, a propósito de un caso promovido por la empresa Sociedad Master Drilling Ltda. en el Expediente T-131.039, la misma Corte señaló que las personas jurídicas, por ser titulares del derecho fundamental al buen nombre, lo eran también del derecho de acceder al proceso constitucional de Habeas Data.

Es relevante señalar además que, para esta Corte, las personas jurídicas solo encuentran limitantes para acceder a derechos fundamentales respecto de aquellos que son inherentes al ser humano. En ese sentido, en la sentencia T-396 de septiembre del año 1993 se expresó que:

“ La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto de su existencia jurídica (crf. Art. 14 C.P.). Igualmente, se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no en idéntica forma como se presentan en la persona natural. A título de ejemplo, en una enumeración no taxativa, se tienen los siguientes:

El derecho a la libertad (...) propiedad , igualdad (...) el derecho al buen nombre (...).”

Por último, es también destacable advertir que la Corte colombiana ha desarrollado abundante jurisprudencia en materia de comunidades indígenas, en la que ha dejado en claro la existencia de derechos fundamentales de naturaleza colectiva, calificando en consecuencia a tales comunidades como sus titulares. Aquí cabe precisar que la Corte se ha ocupado de resolver conflictos de derechos de naturaleza individual y colectiva, asumiendo al efecto una perspectiva de diversidad “étnica y cultural”.

En tal sentido, señala Rocío Villanueva que

“(…) La Corte Constitucional se ha caracterizado por otorgar la mayor protección posible a los derechos individuales, eligiendo la interpretación más favorable a su protección y privilegiando su máximo despliegue posible (…). Sin embargo, en lo que atañe al contenido y alcance del manejo autónomo de los pueblos indígenas, la corte colombiana se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de lo trazado por la Constitución (principio pro comunitas). El problema se torna más complejo, pues la Corte Constitucional añade al principio pro comunitas, el principio pro indígena (…)”³².

De cualquier manera, nótese también que este desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana a favor de las Comunidades Indígenas, no se funda en la calificación de las últimas como personas jurídicas, sino a partir de su identificación como simples sujetos jurídicos titulares de derechos colectivos.

4. Capítulo III. Personas jurídicas y derechos fundamentales en el Perú.

4.1. El marco constitucional en la carta de 1979.

La primera Constitución en el Perú que se ocupó de regular a las personas jurídicas fue la Carta de 1979, cuyo texto literal, en su segundo artículo decía: “Toda persona tiene derecho a: (...) inciso 11. asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa. Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”. De plano, a este nivel quedó claro que todas ellas eran titulares del derecho fundamental a no ser disueltas administrativamente.

³² Villanueva Flores Rocío. Op.cit. pag.s186-187

Mucho más importante, en esa dirección, era el contenido del artículo 3º del citado texto constitucional, en el que expresamente se establecía que “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en lo que les son aplicables”. Llama la atención que una disposición con este contenido aparezca de pronto en el texto constitucional sin que prácticamente se haya debatido al respecto.

En efecto, conforme aparece en el Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, de aquel entonces, el artículo en cuestión fue propuesto por la Comisión principal y aprobado sin discusión. La fórmula inicial, sin embargo, se refería a personas jurídicas “nacionales” no obstante que, finalmente, el texto oficial se aprobó con la indicación de que se trataba de personas jurídicas peruanas. Ello nos conduce a pensar que quienes hicieron la propuesta sobre el particular, se inspiraron originalmente en el texto de la Constitución alemana que, como quedo señalado, se refiere a personas jurídicas nacionales.

De cualquier manera, este acceso amplio a derechos fundamentales quedó entonces sujeto a interpretación en dos extremos. De un lado, para definir sobre la base de qué criterios cabría calificar a una persona jurídica como peruana y, del otro, para identificar cuáles serían los derechos fundamentales “aplicables” a las personas jurídicas.

En lo que toca al primero de los aspectos mencionados, cabe señalar que la propia Constitución de 1979 no contemplaba en forma directa los criterios que había que considerar para reconocer a una persona jurídica como peruana, aun cuando sí derivaba esta definición a “(...) la ley y los tratados, especialmente los de integración”. (artículo 94º de la Constitución de 1979).

En función de ello, tomando como base el Acuerdo de Cartagena y su régimen común al tratamiento del capital extranjero³³, vigente para el denominado Pacto Andino -hoy Comunidad Andina de Naciones-, teníamos que sólo se podría haber considerado como peruana a una empresa que reuniera los siguientes requisitos: *i)* que su capital estuviera en manos de inversionistas nacionales en no menos del 80%, *ii)* que estuviera además constituida en el Perú, *iii)* que ello quedara reflejado en el efectivo control local de la empresa y, finalmente, *iv)* que el cumplimiento de lo anterior estuviera certificado por una entidad estatal especialmente competente al efecto.

De cualquier manera, no contamos con jurisprudencia que haya abordado el tema o desestimado una demanda planteada por una persona jurídica sobre la base de que no se le considerara como nacional, mientras se mantuvo vigente la Constitución anterior.

4.2. La Constitución de 1993 y su desarrollo jurisprudencial.

En la actualidad, el texto de la Constitución vigente, como se sabe, no reproduce un contenido análogo al artículo 3º de aquella, lo que no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional haya continuado reconociendo derechos fundamentales a las personas jurídicas. En todo caso, no ha existido un pronunciamiento explícito en torno a si esta interpretación alude, como antes, solamente a personas jurídicas peruanas o no admite ya exclusiones.

Así, en el caso de la Caja Rural de Ahorro y Crédito San Martín, resuelto el año 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto y señaló: “Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3º de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de

³³ Estas reglas han sido objeto de varias modificaciones al texto originalmente contenido en la Decisión 24. Hoy la decisión 291, permanece vigente aun cuando los países miembros de la CAN han puesto en suspenso la aplicación de este régimen.

algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo”³⁴.

De otro lado, sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha sido particularmente exhaustiva en lo que se refiere a la argumentación sustentatoria para reconocer a las personas jurídicas como titulares de tales derechos. En líneas generales, cabría afirmar que nuestro Tribunal Constitucional ha venido siguiendo las pautas de sus similares en España y Colombia. En este sentido, la jurisprudencia de dicho tribunal ha sido constante, al menos hasta el año 2007, en proteger con criterio amplio a las personas jurídicas que han recurrido a esta instancia a través del amparo u otros procesos constitucionales, alegando la afectación o amenaza de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, examinando con más cuidado los fundamentos vertidos en sus sentencias a propósito del tema bajo análisis, deja la impresión de que el punto central a considerar, en cada caso concreto, vendría a ser el examen de la ‘aplicabilidad” del derecho en discusión, a un ente distinto de la persona natural. No parece preocupar en ese sentido a nuestro máximo intérprete constitucional el extremo relativo a los fines de la organización que, como quedó señalado, sí ha sido un criterio que, al menos de manera preliminar, ha dejado planteado en sus fallos el tribunal español.

Así, entre los años 2001 (año del reestablecimiento democrático en el país) al 2007, el Tribunal Constitucional peruano reconoció a favor de diferentes personas jurídicas derechos fundamentales tales como los de propiedad, debido proceso, tutela jurisdiccional, buena reputación, imagen, igualdad, o acceso a la información. En consecuencia, cabe afirmar que en esta materia nuestro tribunal ha sido más bien amplio al considerar como aplicables a las personas jurídicas diversos derechos fundamentales.

Al tratar de fundamentar estas decisiones no se advierte que el citado tribunal haya seguido criterios muy rigurosos y siempre uniformes. Se

³⁴ STC en Exp. N 0905-2001-AA/TC fundamento 5

evidencia, más bien una tendencia a la flexibilización, al punto que, en ocasiones, pareciera contradecirse en el razonamiento seguido. A continuación, extraemos algunos párrafos de las diferentes pocas sentencias en las que el Tribunal Constitucional ensaya una fundamentación al respecto, con el objeto de comentarlas y explicar mejor lo afirmado.

Así, a propósito del caso de la Caja Rural de san Martín resuelto en agosto del año 2002, el Tribunal señala:

“Tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2°, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar. *En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria, concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación – entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles – y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección”³⁵ (cursivas añadidas).*

Tal fundamentación pareciera reposar en que las personas jurídicas son siempre la expresión del interés de las personas naturales que las constituyen y, en la medida en que estas organizaciones las representan y sustituyen, los derechos de los seres humanos se trasladan también a

³⁵ STC Exp. N 0905-2001-AA/TC F. 5

ellas. Se parte entonces de una concepción general de lo que suponen las personas jurídicas, y se expresa en esa medida una fundamentación que pretendería tener un alcance universal.

Elo, sin embargo, cabría discutirlo, toda vez que, una vez más, se deja de lado el hecho de que las personas jurídicas son solamente una creación artificial del derecho que resulta funcional a diferentes propósitos, sin que resulte correcto asumir mecánicamente, que los intereses allí contenidos resulten siempre armoniosos, aun cuando se trate de una misma organización.

En efecto, no solamente habría que hacer explícita la enorme distancia existente entre organizaciones no lucrativas –alrededor de las cuales incluso podemos diferenciar las de carácter social o altruista, de otras que se limitan a desarrollar un fin particular- de aquellas de naturaleza lucrativa. En estas últimas muchas veces lo que en realidad se advierte es un conjunto de intereses contrapuestos; intereses que ciertamente corresponden a seres humanos con derechos fundamentales que, muy probablemente, pudieran encontrarse en conflicto.

¿Qué podríamos imaginar por ejemplo en el caso de una gran empresa transnacional con grupos económicos que llevan su control, al lado de un accionariado difundido ajeno a las decisiones esenciales en la administración del negocio? Esta misma empresa probablemente contaría con una planta de trabajadores asalariados pugnando por mejorar condiciones de trabajo. Al mismo tiempo, en la lógica propia de una organización empresarial competitiva, es también probable que sus ejecutivos hubieran optado por “tercerizar” buena parte de las actividades propias del negocio, generando con ello una situación de tensión con otros grupos de trabajadores, los que en dicha situación, se sentirían injustamente excluidos de la organización principal. Completemos el cuadro con un eventual conflicto medioambiental ocasionado por la explotación de la actividad extractiva que desarrolla la empresa que la confronta con autoridades y población local, a partir de una lógica de externalización de costos para maximizar ganancias.

Una situación como la descrita (por cierto muy frecuente en el Perú actual), ¿puede admitir una afirmación tan general como que la persona jurídica expresa intereses de aquellos a quienes representa y sustituye y, en consecuencia, es lógico otorgarles, por extensión, los derechos fundamentales que fueron concebidos para proteger a los seres humanos? La respuesta es ciertamente negativa, pero a lo dicho cabría añadir además que cuando el Tribunal Constitucional afirma que negar a las personas jurídicas una protección constitucional sería desprotegerlas por completo, parece olvidar que estos mismos derechos tienen sin duda protección legal, de otra manera, se estaría admitiendo la equivocada premisa de que todo derecho, para ser tal, tuviera que contar con calificación constitucional.

En una línea distinta de fundamentación, el Tribunal Constitucional hace referencia al Derecho comparado, y específicamente señala lo expresado por la Constitución alemana y la jurisprudencia de su similar español. Así, en la sentencia expedida en el caso de la minera Algamarca, en agosto de 2006, nuestro tribunal hace este expreso reconocimiento:

“De otro lado, con relación a la titularidad de derechos fundamentales, países como Alemania incluyeron normativamente la posibilidad de que los derechos fundamentales rijan también para las personas jurídicas nacionales en la medida que, según su esencia, les sean aplicables (artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn)”, para añadir luego que:

“A diferencia de Alemania, el tema de la persona jurídica como titular de derechos fundamentales no ha sido expresamente desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en el ámbito normativo; motivo por el cual *adquiere una especial relevancia la labor del juez constitucional en la determinación y razonable justificación de aquellos derechos fundamentales que, en ciertas circunstancias, sean extensivos a las personas jurídicas*. La experiencia comparada advierte, asimismo, que en países como España, donde tampoco se cuenta con una previsión normativa sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha introducido, a

través de su jurisprudencia, el contenido del precitado artículo 19,3 de la Ley Fundamental de Bonn³⁶ (cursivas añadidas).

Advertimos aquí, a diferencia de la argumentación anterior, un intento de justificar o fundamentar el reconocimiento de derechos a las personas jurídicas basado en la autoridad de dos ordenamientos de indudable ascendiente en nuestro medio; pero no se profundiza en ello, al omitir por ejemplo considerar el lapso de vigencia en el Perú del artículo 3º de la Constitución de 1979, o los alcances en torno al requisito de la nacionalidad en la Constitución alemana. Tampoco se señalan los alcances con los que el Tribunal Constitucional español ha introducido jurisprudencialmente (¿el mismo?) contenido. Llama sí la atención que, al anunciar la importancia de la labor de interpretación del juez constitucional, se refiera a la necesidad de justificar razonablemente “aquellos derechos que, *en ciertas circunstancias*, sean extensivos a las personas jurídicas”, dejando así la sensación de que dependería de la situación concreta y no solamente de la naturaleza de los derechos, que éstos se consideren aplicables a las personas jurídicas. Ello difiere, sin embargo, de lo expresado en otras sentencias.

Así por ejemplo, en la resolución del caso de la empresa Town House del año 2008, el Tribunal Constitucional afirma:

“Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión. En efecto, la titularidad de derechos como el de propiedad, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional, libertad de contrato, libertad de trabajo, de empresa, igualdad, entre otros, resulta indiscutible en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos. Sin embargo, en el caso de la libertad de tránsito, no puede predicarse tal titularidad”³⁷ (cursivas añadidas).

³⁶ STC Exp. N 1567-2006-PA/TC Fundamentos 4 y 5

³⁷ STC. Exp. N 01881-2008 PA/TC fundamento 4

Cabe reparar que aquí el tribunal pareciera optar por un reconocimiento con carácter de presunción favorable para la generalidad de los casos - señalando al efecto un amplio catalogo de los derechos que considera aplicables y solamente a título enunciativo-, apartándose de lo anunciado anteriormente respecto de la necesidad de establecer los fundamentos razonables para identificar, en cada caso, aquellos derechos “que en ciertas circunstancias” -lo que alude a un criterio de excepción- serían aplicables a las personas jurídicas.

Si bien es verdad que, al sostener inmediatamente después que “no se trata obviamente de considerar que todos los derechos son igualmente aplicables”, podría dar la impresión de relativizar lo anterior, cabe reparar, sin embargo, en que lo hace solamente para pronunciarse negativamente respecto de la libertad de tránsito, único derecho fundamental sobre el cual el Tribunal Constitucional ha reiterado, en sucesivas sentencias, que no cabe aplicarlo a personas jurídicas³⁸. Conviene anotar aquí también que, en esta sentencia, el tribunal ya no alude a las “circunstancias” o situaciones, como factores determinantes para definir la aplicabilidad de los derechos, sino que reduce el análisis para estos efectos solamente a un examen de la naturaleza de los derechos.

En los hechos, el Tribunal Constitucional ha sido, como quedó antes expuesto, bastante flexible para prácticamente reconocer la titularidad de las personas jurídicas respecto de todos los derechos que han sido sometidos a su consideración, con la excepción del derecho al libre tránsito. Y ello ha sido así incluso tratándose de derechos que el propio

³⁸ Al respecto, en el caso Town House, el Tribunal Constitucional se pronuncio señalando que “Sobre la titularidad de la libertad de tránsito por parte de una persona jurídica este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse. Ya se ha afirmado que si bien (...) “las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de tránsito no es uno de ellos, pues se trata de un derecho conexo a la libertad individual, y por ende, íntimamente vinculado a la facultad locomotora (...) que es exclusiva de las personas naturales” (STC, Exp. N.º 0311-2002-HC/TC, fundamento 2; STC, Exp. N.º 1567-2006-PA/TC, fundamento 6). Ciertamente el acto de locomoción no puede predicarse de una persona jurídica debido a que esta acción sólo puede ser ejercida por una persona natural. STC N 01881-2008 PA/TC, fundamento 6

tribunal califica de personalísimos, reservados en consecuencia a las personas naturales.

En efecto, refiriéndose al derecho a la buena reputación por ejemplo, también en el caso de la Caja Rural de San Martín, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“Ahora bien, que se haya afirmado que el reconocimiento de los derechos constitucionales se extiende al caso de las personas jurídicas de derecho privado, no quiere decir que ellos puedan titularizar "todos" los derechos que la Constitución enuncia, pues hay algunos que, por su naturaleza estrictamente personalista, sólo son susceptibles de titularizar por las personas naturales. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano”³⁹.

Con lo dicho hasta aquí, el tribunal pareciera encontrar fundamento suficiente para excluir la buena reputación del universo de derechos aplicables, pero, en un giro interpretativo que encontramos frágil en su sustento, termina por concluir todo lo contrario. En efecto, en el fundamento siguiente de esta misma sentencia, el tribunal afirma:

“Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En

³⁹ STC . Exp. 0905-2001-AA/TC fundamento 6

consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo”⁴⁰ (cursivas añadidas).

Al respecto, cabría señalar que si un derecho es entendido como personalísimo y, en consecuencia, propio de los seres humanos, extenderlo a las personas jurídicas, sobre la base de alegar que de lo contrario se estaría “desprotegiendo” a una organización “creada por los individuos”, no parece en modo alguno un fundamento suficiente. Si nos atuviéramos solamente a ese razonamiento, respecto de cada uno de los derechos fundamentales, no habría base suficiente para excluir prácticamente a ninguno. Bajo este entendimiento, por ejemplo, es probable que, hasta el derecho al libre tránsito, tendría que ser reconocido como aplicable.

4.3. Las variaciones del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, lo que hasta el momento hemos denominado como una tendencia uniforme en el Tribunal Constitucional -más allá de algunos vacíos o inconsistencias en su fundamentación- para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas ha tenido un giro curioso a partir de julio del año 2008, cuando, a propósito del caso de las Empresas de Transporte Montecarlo y Cuatro de Noviembre E.I.R.L contra la Municipalidad Provincial de Puno, de julio de 2008⁴¹, sin llegar a desconocer la capacidad de goce de las personas jurídicas respecto de derechos fundamentales, se resolvió que éstas no pueden pretender la protección de tales derechos a través de procesos constitucionales.

Se trató de un recurso de agravio constitucional interpuesto por dos empresas (Montecarlo S.R.L. y Transportes 4 de Noviembre E.I.R.L), a partir de una sentencia de la Corte Superior de Justicia de Puno que había

⁴⁰ Ibid. Fundamento 7

⁴¹ STC 04446-2007-AA del 31 de julio de 2008

declarado improcedente una demanda de amparo promovido por estas, a fin de que la municipalidad demandada cumpliera con ejecutar lo dispuesto en una resolución gerencial. Las empresas demandantes alegaban que dicha omisión, por parte de la administración municipal, afectaba su derecho al trabajo.

A pesar de que no hemos encontrado sentencias anteriores en las que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre la aplicabilidad del derecho al trabajo a personas jurídicas, de los razonamientos seguidos hasta ese momento por este organismo para definir dicha aplicabilidad, no parece probable que hubiera rechazado esta opción, bastando al efecto señalar que, difícilmente, cabría calificar este derecho como personalísimo.

Pero, contrariando por completo dicha línea jurisprudencial, en la sentencia en mención, el tribunal llegó a afirmar que:

“(…) si bien este tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, *esta decisión debe ser corregida* ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por las empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales (…)”⁴².

No cabe duda, entonces, de que esta decisión constituía de por sí un giro total en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia. No obstante ello, este cambio ha evidenciado problemas de fragilidad e inconsistencia argumentativa, de un lado, en la propia sentencia, así como discrepancias al interior de dicho colegiado, que parecieran haber dado lugar más adelante a una “reconsideración” de lo establecido en aquella.

En efecto, examinado el texto de la referida sentencia, se advierte una opción interpretativa diametralmente opuesta a la hasta entonces imperante, a partir de la cual se hace énfasis en que el artículo 2º de la Constitución vigente, a la luz de lo contemplado en el artículo 1º de la misma Carta, se refiere expresamente a la persona humana. En

⁴² Ibid. Fundamento 5

consecuencia, se señala, todos los derechos fundamentales contemplados en este texto, son derechos referidos a seres humanos.

Lo anterior, a juicio del tribunal, se complementa además con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional -que, por cierto, reitera en esencia lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente- cuando señala que los contenidos y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el indicado código, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos -DUDH- de la ONU, los tratados internacionales de los que el Perú forma parte, así como la jurisprudencia de aquellos tribunales internacionales constituidos en función de tratados en los que el Perú es también parte.

De esa manera, al constatar que tales instrumentos internacionales y jurisprudencia, se refieren exclusivamente a seres humanos, y teniendo presente además que el artículo 37° del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que enumera el artículo 2° de la Constitución, el tribunal concluye que “Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana”⁴³.

A nuestro juicio, se incurre aquí en una interpretación errónea del texto constitucional, del Código Procesal Constitucional y de la manera como se pretende vincular estas normas con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de los que el Perú forma parte.

Así, por ejemplo, resulta equivocado sostener que, dado que los seres humanos son los únicos titulares de derechos protegidos por instrumentos tales como la DUDH de Naciones Unidas, o el “Pacto de San José de Costa Rica”, no cabe en modo alguno proteger, vía amparo, los derechos

⁴³ Ibid. Fundamento 2

de las personas jurídicas. El error parte de no advertir que tales instrumentos, propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen un catálogo mínimo de esos derechos, que no excluye, de un lado, la posibilidad de que los textos constitucionales en el plano interno puedan considerar otros, que adquieren así también la calidad de fundamentales y, de otro lado, la opción de que se considere como sus titulares a las personas jurídicas.

En consecuencia, cuando el Código Procesal Constitucional establece que *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos por los tratados de los que el Perú es parte”*⁴⁴, no hace sino fijar una regla de interpretación referida al alcance y contenido de los derechos, sin que, en modo alguno, se pueda colegir de ello que exista base para excluir a las personas jurídicas de la protección de sus derechos mediante el proceso constitucional del amparo.

Por lo demás, y relacionado siempre con lo antes señalado, la sentencia del Tribunal Constitucional peca de inconsistente, toda vez que, bajo el criterio de interpretación allí adoptado, no se explica entonces por qué razón insiste en atribuir a las personas jurídicas la titularidad de derechos fundamentales, para luego señalar que deben quedar excluidas solamente de la posibilidad de que tales derechos puedan ser protegidos a través de procesos constitucionales, derivándolas al efecto a la vía ordinaria. Como resulta obvio, la línea de interpretación asumida por ese colegiado sólo resultaría coherente con negar también, como ocurre en los instrumentos internacionales citados, la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas.

⁴⁴ Artículo V del Título preliminar del Código Procesal Constitucional

En relación con lo anterior, si bien es verdad que no todas las constituciones optan por otorgar a la totalidad de los derechos fundamentales los mismos mecanismos de protección especial a través de los procesos constitucionales, como ocurre por ejemplo con la Constitución española o la Carta colombiana (que excluyen de la protección vía amparo a algunos derechos), no cabe duda de que no es ese el caso de la Constitución peruana, donde se reconoce expresamente a todos estos derechos el mismo nivel de protección.

En esa medida, en un ordenamiento constitucional como el que rige en el Perú, es evidente que la decisión de negar a un titular de derechos fundamentales el acceso a los procesos constitucionales que la Constitución y el Código Procesal Constitucional consagran para su protección, implica en los hechos despojar a tales titulares de sus derechos. Por ello, resulta inocua, por decir lo menos, la afirmación del Tribunal Constitucional en la sentencia citada, de que aquellos les siguen siendo reconocidos

Ahora bien, no obstante tener presente que esta sentencia no planteó un precedente vinculante, toda vez que no hizo expresa esa voluntad en su texto, conforme lo establece el Código Procesal Constitucional, guardaba sin duda un criterio orientador a futuro, propio de su contenido *obiter dictum*. Por ello, no deja de sorprender que solamente dos meses después, en el caso Town House S.A.C. anteriormente citado, el Tribunal constitucional regresara sobre sus pasos y, nuevamente, sin poner en cuestión la viabilidad del proceso constitucional, resolviera declarando fundada la demanda de amparo promovida por la empresa.

Al respecto, llama la atención que, luego de haber cuestionado abiertamente la posibilidad de que las personas jurídicas, y específicamente las empresas, utilicen los procesos de amparo para demandar derechos patrimoniales, prácticamente los mismos magistrados

que participaron en dicho fallo⁴⁵, en esta nueva oportunidad, no hicieron mención al razonamiento anterior y se detuvieron a examinar directamente -como lo hiciera en años anteriores el mismo tribunal- la aplicabilidad de los derechos a las personas jurídicas, en este caso, los relativos a libre tránsito, que una vez más calificaron como excluido para estas organizaciones, y el de propiedad, en función del cual resolvieron estimando la demanda.

Cabe señalar, sin embargo, que el magistrado Eto Cruz, (el único que no había intervenido en el caso de Transportes Montecarlo) optó sí por ensayar una argumentación orientada a revertir la tesis que había prevalecido en la sentencia anterior. Así, este magistrado afirma en su voto singular que:

“Dentro del sistema jurídico de nuestro país, el Código Civil ha previsto la creación por ficción, de la persona jurídica. En tal sentido, consideramos que por la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, encuentra su sustento en que estas son sólo un instrumento al cual recurren los seres humanos para conseguir determinados fines lícitos.” Para añadir después que “ello tiene su sustento constitucional en el artículo 2º inciso 17, cuando establece que toda persona tiene derecho a : 17.- participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación.” Y, finalmente, expresar: “ debe quedar también sentada mi posición de que las personas jurídicas no pueden ser sujetas de todos los derechos fundamentales, ya que ello estará condicionada a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión”⁴⁶.

A pesar de ello, más allá de reiterar argumentos que ya el tribunal había expresado en su jurisprudencia anterior al 2008, señalando por ejemplo que las personas jurídicas no pueden ser sujetos de todos los derechos

⁴⁵ En la sentencia del caso Transportes Montecarlo, habían participado los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Alvarez Miranda, aunque este último, es verdad, fundamentó su voto por la improcedencia basado en otras consideraciones. En el caso Town House, participaron los mismos magistrados, además del magistrado Eto Cruz.

⁴⁶ STC Exp.Nº01881-2008-PA/TC, voto singular del magistrado Eto Cruz, fundamentos, 2,3,4 y 5.

fundamentales (una vez más para referirse luego específicamente al derecho al libre tránsito solamente) y precisando que la condición para que ello ocurra es que así lo permita la naturaleza “del bien protegido por el derecho en cuestión”, es obvio, sin embargo, que este razonamiento no enervó en modo alguno los fundamentos de la sentencia del caso de Transportes Montecarlo, orientados, como quedó señalado, no a negar la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, sino a rechazar la posibilidad de que estos derechos pudieran ser protegidos mediante el proceso constitucional del amparo.

Es interesante anotar, además, que el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli reprodujo casi textualmente los fundamentos vertidos en la sentencia del caso de Transportes Montecarlo para desestimar la demanda. En efecto, el texto de los fundamentos del voto en discordia constituye, en buena medida, una copia literal de los expuestos en la sentencia anterior; con lo que se evidencia que, en esta oportunidad, el citado magistrado no había logrado hacer prevalecer su punto de vista, como sí habría ocurrido en la ocasión anterior.

En todo caso, asumiendo que el magistrado Vergara Gotelli es quien ha tratado de impulsar el giro jurisprudencial al que hiciéramos antes referencia, tampoco parece tratarse de una posición con vocación de generalidad o cuando menos de permanencia, dado que, ya desde lo expuesto en la sentencia antes citada, expresaba literalmente -y se reproduce tal cual en el voto en discordia- que quedaba a salvo la posibilidad de que, por excepción, el tribunal pudiera admitir amparos promovidos por personas jurídicas “(...) sólo en los casos, en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos fundamentales que pongan en peligro su existencia”.

Esta salvedad o excepción, empero, adicionalmente a su escasa precisión y rigurosidad técnica, resulta por cierto muy difícil de concebir, toda vez que, si la alternativa al amparo constitucional era la vía ordinaria y ambas

se ventilan en el Poder Judicial, cabe la pregunta sobre ¿cuáles podrían ser los casos de “indefensión total”, que pudiera poner en peligro su existencia?. Planteado el supuesto en estos términos, resulta altamente improbable asistir a la circunstancia de que tal excepción pudiera verificarse.

Llama la atención por eso que solamente semanas después, en el mismo mes de octubre de 2008, el Tribunal Constitucional, en el caso Transportes Flores Hnos. E.R.L., optara nuevamente por acoger la demanda de amparo de una empresa mercantil, pero esta vez con el voto a favor también del propio magistrado Vergara Gotelli. Así, en este último caso, luego de reproducir, por tercera vez, de manera literal los fundamentos de su voto, este magistrado agregó un párrafo final en el que formula las excepciones que, a su juicio, caben respecto de su propio planteamiento.⁴⁷ Hecho esto, opta por votar y declarar fundada la demanda.

En efecto, el magistrado Vergara Gotelli, luego de reiterar el porqué las personas jurídicas lucrativas no pueden pretender invocar la protección de sus derechos fundamentales a través de los procesos de amparo, termina sin embargo aludiendo a las excepciones que cabría contemplar al respecto; pero esta vez, no del modo o con los alcances con los que escuetamente había señalado ello en su voto en discordia del caso de la inmobiliaria Town House S.C.R.L., cuando aludía solamente a situaciones de total indefensión, con evidente violación de derechos fundamentales y que pusieran en peligro la existencia de la persona jurídica.

En esta ocasión, el citado magistrado amplió los supuestos de la situación de excepcionalidad que, en su opinión, podría dar lugar a que el tribunal se pronunciara por razones de emergencia (sic). De esta manera, considera como situaciones excepcionales cuatro supuestos que van mucho más allá

⁴⁷ El fallo mismo resulta, de suyo, desconcertante, toda vez que no existe propiamente una sentencia con un contenido desarrollado en común por el colegiado, antes de pasar a las consideraciones o fundamentos de carácter individual. Luego de la razón de relatoría informando sobre el sentido fundado del fallo, se pasa casi directamente a los votos individuales de los magistrados intervinientes.

de lo que había considerado anteriormente y que, resumidamente, se refieren a lo siguiente:

- Cuando la persona jurídica careciera de vía alguna, ya sea administrativa o judicial, para poner remedio a un conflicto que ponga en peligro algún derecho fundamental.
- Cuando la vulneración de derechos constitucionales resulta evidente por razones que pudieran hacer presumir que se trata “de un estado patológico irremediable”, y pone como ejemplo, la ejecución de actos administrativos o judiciales en aplicación de normas derogadas o declaradas inconstitucionales por el propio Tribunal Constitucional.
- Cuando los órganos de la administración o judiciales vulneraran derechos constitucionales, actuando en contravención de un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional. Y;
- Cuando por actos arbitrarios de un órgano administrativo o judicial, se pusiera en peligro la existencia de la persona jurídica.

A continuación, encuentra que en el caso de la Empresa de Transportes Flores Hermanos existían elementos suficientes para ubicar la pretensión de esta empresa entre las situaciones excepcionales descritas. Lo esencial para llegar a esta conclusión fue la convicción de que se trataba de una empresa que brindaba un servicio público (transporte) y que, al negársele los mismos beneficios tributarios que el Estado había otorgado para la importación de naves y aeronaves, se le vulneraba el derecho a la igualdad y colocaba en una situación de “desventaja para competir en el mercado, *situación que pone en peligro su propia existencia (...)*”⁴⁸ (cursivas añadidas).

Sorprende este razonamiento proviniendo de quien enfáticamente había venido sosteniendo que “en el lenguaje mercantil, la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales (...)”, y que “los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de

⁴⁸ STC. Exp. 02210-2007-PA/TC, Voto del magistrado Vergara Gotelli Fundamentos 8 y 11.

la Constitución Política del Estado. Sin embargo, estas empresas, cada vez que ven afectados sus intereses económicos, tienen a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio al proceso constitucional que, como queda dicho, es *exclusivo y excluyente de la persona humana*⁴⁹ (cursivas añadidas).

La sorpresa es aún mayor si se tiene presente que el propio magistrado inició la fundamentación de su voto al establecer que se trataba de una empresa que había llegado a un acuerdo con la SUNAT para acogerse a un total de ocho fraccionamientos de deuda, a fin de cancelar así los tributos por la importación de un total de cincuenta y nueve ómnibus nuevos, acuerdo al que la empresa había llegado voluntariamente y a través de operaciones crediticias con la banca comercial, que respaldaba cada uno de los fraccionamientos mencionados.

Considerando entonces que se trataba de una operación comercial perfectamente calculada por la empresa en cuestión, en lo que se refiere al costo de los vehículos y los tributos correspondientes para su internamiento definitivo en el país; que la viabilidad de la operación no parecía hallarse en riesgo desde el momento en el que la banca comercial aceptaba afianzar las obligaciones tributarias de la empresa transportista ante el fisco; ¿cabía entonces sostener que el mantenimiento de las obligaciones tributarias por este concepto ponían en riesgo la existencia de la persona jurídica?

De otro lado, ¿no parece razonable distinguir entre la adquisición de vehículos de transporte público de pasajeros por vía terrestre y los vehículos como naves y aeronaves para el transporte de carga y de pasajeros por vías marítima y aérea respectivamente, tal como lo había sostenido la procuraduría pública durante el proceso? Pero además, ¿puede sostenerse que existe una situación de competencia en el

⁴⁹ STC. Exp. N° 01881-2008-PA/TC. Voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, fundamento 7

mercado entre las empresas de transporte marítimo y aéreas con las empresas de transporte terrestre?.

Similares interrogantes cabría, en buena medida, plantear a los fundamentos expresados en este mismo caso al magistrado Eto Cruz, quien, al votar en discordia en la sala original, dio lugar a la dirimencia que motivó la intervención del magistrado Vegara Gotelli. Ello por cuanto el magistrado Eto Cruz encontró que, en el caso, se había vulnerado el derecho-principio de la igualdad, al haber establecido la administración un trato discriminatorio (al favorecer con exoneraciones tributarias solamente a empresas aéreas y marítimas) perjudicando a las empresas terrestres. En este sentido, el citado magistrado reconoce que la igualdad no supone o exige un trato idéntico a quienes no se encuentran en la misma situación, pero afirma que, por tratarse en todos los casos de empresas de transportes, el trato diferenciado no resultaba aceptable.

En este extremo -si en el caso se había presentado un trato discriminatorio que vulneraba el derecho a la igualdad- entendemos que en los votos de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, quienes se pronunciaron a favor de declarar infundada la demanda, se desarrollan argumentos bastante más sólidos y acordes con la realidad del servicio de transporte público y del país. En efecto, en sus fundamentos, ambos magistrados expresaron:

“(...) consideramos que debe empezarse por excluir el transporte marítimo del término de comparación... en nuestro país está fundamentalmente dedicado al transporte de carga, antes que el de pasajeros. En tal sentido, no podría establecerse válidamente una comparación entre el transporte marítimo con el transporte terrestre de pasajeros....El transporte aéreo constituye un transporte rápido y, por ello, está restringido a un número limitado de usuarios, con respecto al transporte terrestre. Cubre un número específico de rutas”⁵⁰.

⁵⁰ STC Exp. N° 02210-2007-PA/TC. Votos de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. Fundamentos 23 y 24.

En efecto, si se trataba de evaluar si acaso este trato diferenciado a las diferentes empresas de transporte no encontraba base razonable objetiva, parece poco serio omitir en el análisis una apreciación de la realidad y las características con las que tiene lugar los servicios de transporte en nuestro país. Por lo demás, como lo expresaron claramente estos magistrados, la necesidad de examinar a fondo la razonabilidad y objetividad de un trato diferenciado, demandan previamente establecer si acaso de trata de que las personas o situaciones involucradas son sustancialmente idénticas. En este sentido, más allá de constatar que en todos los casos se hace referencia al servicio de transporte, no existían elementos suficientes para concluir en que se trataba de situaciones idénticas.

Así, en el fundamento 27 de su voto en esta sentencia, ambos magistrados afirmaron:

“Las prestaciones de uno y otro tipo de transporte (se refieren ya solamente a los transportes aéreo y terrestre) son muy distintas como para poder adjudicar un tratamiento análogo. La diferencia sustancial radica en el tiempo. Al ser tan distinta la prestación de uno y otro, no puede considerarse que ambos rubros reciban el mismo tratamiento. El que ambos sectores tengan como único elemento común el servicio de transporte de pasajeros, no los convierte, en absoluto, en rubros parecidos o análogos, dado que las características de prestación de uno y otro son sustancialmente diferentes”.

No cabe duda de que esta otra manera de analizar los hechos y vincularlos a los conceptos discutidos en torno a la eventual vulneración del derecho-principio a la igualdad, guarda profundas diferencias con lo hecho por los otros magistrados, quienes, forzando una interpretación ajena a nuestro juicio al sentido de realidad que todo fallo jurisdiccional debiera respetar, pero además -en el caso del magistrado Vergara Gotelli-, contradiciendo abiertamente sus propios postulados, terminaron concediendo a una sociedad mercantil una exoneración tributaria de muy dudosa procedencia.

A partir de estas consideraciones, cabe formular una seria crítica a la manera como el Tribunal Constitucional ha venido afrontando sus responsabilidades en esta materia a partir del año 2008. En ese sentido, resulta extremadamente preocupante el hecho de que, a través de una decisión, a todas luces superficial y con fundamentos fácilmente rebatibles, se optara por modificar de un momento a otro, una línea jurisprudencial como la que había venido desarrollando este colegiado en todos los años anteriores, en la que, recogiendo la jurisprudencia comparada sobre la materia, había consagrado persistentemente a favor de las personas jurídicas, la titularidad de los derechos fundamentales y el reconocimiento de su legitimación activa para demandar su defensa en caso necesario, a través de los procesos constitucionales.

Es indiscutible además que, dados los alcances e implicancias de lo resuelto en el caso de Transportes Montecarlo, de julio de 2008, habría sido deseable que esta decisión hubiera sido materia de un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Constitucional y no de una de sus salas. La manera poco seria en la que casi inmediatamente después, en octubre de 2008, el tribunal optó por dejar de lado este precedente, resolviendo sin mayor empacho a favor de estimar nuevamente un amparo promovido por una sociedad mercantil, es también motivo de la crítica formulada en el párrafo anterior.

Por último, resulta particularmente criticable la actuación del magistrado Vergara Gotelli quien, además de utilizar un procedimiento carente de seriedad al reproducir textualmente sus fundamentos de voto en tres sentencias distintas, termina contradiciendo abiertamente el sentido de tales fundamentos, al alegar consideraciones de naturaleza “excepcional” para respaldar un fallo favorable a la pretensión de una sociedad mercantil, cuya situación ya había resultado favorecida a partir de una forzada interpretación, por decir lo menos, de la mayoría de los miembros de este tribunal.

En cualquier caso, resulta indispensable que el Tribunal Constitucional rectifique la situación creada, y proceda a revisar su jurisprudencia en esta materia, adoptando criterios consistentes y razonados, que permitan contar a futuro con fallos previsibles, justos y de equidad. A tal efecto, resultaría deseable además, tener presente los aspectos abordados en el presente trabajo, así como algunas las recomendaciones que se formulan como consecuencia de esta reflexión.

4.4. La situación de las Comunidades Campesinas y Nativas

Conforme lo habíamos ya sostenido en el capítulo anterior, consideramos que las Comunidades Campesinas y Nativas, constituyen de por sí sujetos de derecho, titulares de derechos fundamentales colectivos, que no requieren ser calificadas como personas jurídicas para ello, ni para hallarse en condiciones de recurrir a los tribunales internos e internacionales a fin de reclamar la protección de tales derechos, en situaciones de vulneración o puesta en riesgo de los mismos.

Así, estas organizaciones han sido constitucionalmente reconocidas, bajo la denominación de Comunidades Indígenas, ya desde la Carta de 1920, estableciéndose derechos en su favor tanto en la norma constitucional como en la legislación de desarrollo de aquella. No obstante ello, la calificación de estas comunidades como personas jurídicas, expresamente contemplada recién en la Constitución de 1933, no significó en modo alguno un real beneficio para ellas, toda vez que, en la práctica, desconociendo el mandato constitucional, la legislación civil les demandaba cumplir con un conjunto de requisitos antes de aceptar su existencia jurídica, dejándolas en situación seriamente disminuida y sin posibilidad de gozar de un mecanismo eficaz de protección de sus derechos.

En tal sentido, es relevante advertir cómo el Código Civil de 1936, en su artículo 71^o, estableció, con carácter obligatorio, la inscripción de las

comunidades en un registro especial. Al respecto, hemos afirmado antes que

“(…) aún cuando no señalaba expresamente el carácter de ese registro (como constitutivo o declarativo) las disposiciones generales en materia de personas jurídicas aplicables a toda la sección tercera -que comprendía el articulado sobre Comunidades Indígenas- sí establecían que la existencia de las personas jurídicas de derecho privado comenzaba el día de su inscripción en el registro (…) De esa manera, en la práctica las comunidades resultaban negadas respecto de su existencia en tanto no cumplieran con obtener el registro especial al que aludía el código (…)”⁵¹.

De otro lado, es interesante observar cómo, ya a propósito del debate para la reforma del Código Civil en la comisión que elaboró el de 1936, el destacado jurista Alfredo Solf y Muro, miembro de dicho grupo de trabajo, había advertido que “Conocidas las deficiencias del Registro entre nosotros, no pueden ocultarse los inconvenientes de este régimen (…) la escasez de los Registros hará por otra parte que gran número de sociedades (sic)⁵² no se inscriba y, *como la inscripción será requisito indispensable para la personalidad, se originarán abusos, especialmente de los gamonales y se perpetrarán injusticias, negándose después personería a las comunidades reclamantes*”⁵³ (cursivas añadidas).

Así ocurrió en el pasado y, no obstante que durante la década de los años setenta se dictó una profusa normatividad tendiente a proteger los derechos de las comunidades⁵⁴, en términos sustantivos la situación descrita no varió con la vigencia de la Constitución de 1979 -que en buena medida, en esta materia se inspiró en la legislación aprobada durante el

⁵¹ Albán Walter. Las Comunidades Campesinas y nativas en el Perú: Realidad, regulación y alternativas para su tratamiento normativo. En: Debate Defensorial N° 1. Defensoría del Pueblo, Lima, 1998. Pag. 167.

⁵² Aunque el texto del acta original aparece la palabra “sociedades”, es de suponer, por el sentido de este párrafo que don Alfredo Solf y Muro se refería no a ellas, sino a las Comunidades Indígenas.

⁵³ Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. Extracto de las Actas de las sesiones de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1936.

⁵⁴ Es precisamente a partir de esa legislación que comenzaron a ser diferenciadas con la denominación de campesinas, para referirse a las ubicadas en costa y sierra, y nativas para las asentadas en la zona de la amazonía.

gobierno militar-. De este modo, si bien aquella Carta en su artículo 161^o había reconocido también expresamente la existencia legal de las Comunidades Campesinas y Nativas, y les otorgaba, *per se*, la calidad de personas jurídicas; ello no fue respetado en el Código Civil de 1984, es decir, en el cuerpo normativo aprobado apenas cinco años después, en el marco de un régimen constitucional.

En efecto, a pesar de que el proyecto de la Comisión Reformadora de ese código, reconociendo que el tema de las comunidades debía quedar regulado por una legislación especial, no las consideró en su texto; la Comisión Revisora sí se ocupó de incluirlas y, una vez más, contradecir a la Constitución, pues les exigía requisitos de hasta una doble inscripción como condición para el reconocimiento de su existencia.

De esta manera, el artículo 135^o del citado código estableció que “Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial”. Con ello, un reconocimiento constitucional que -a diferencia de otras personas jurídicas de derecho privado- no quedaba sujeto a ninguna legislación ni trámite posterior, resultaba desnaturalizado, al imponerles a estas organizaciones, un régimen todavía más exigente que aquel que quedó establecido, por el mismo código, para el resto de las personas jurídicas, pues estas últimas solamente debían tramitar la inscripción de su acto constitutivo.

Al respecto, Javier de Belaúnde ha expresado que

“(…) el artículo 135^o tiene una gruesa violación constitucional ¿por qué razón? Para su existencia legal – dice el artículo – se requiere además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. Una Comunidad campesina que no se haya inscrito en el Registro de Comunidades de los Registros Públicos, y que no haya sido reconocida oficialmente, no tiene existencia legal, lo cual, a mi modo de ver, contraría no solamente el texto y el espíritu de la Constitución vigente, sino una tradición constitucional instaurada

desde el año 20, que daba existencia legal a las Comunidades Campesinas, por la sola comprobación de su existencia”⁵⁵.

De cualquier manera, aun cuando la Ley 24656, de abril de 1987, reestableció el régimen previsto en la Constitución de 1979 -y en consecuencia reconoció expresamente, en el caso de las Comunidades Campesinas, su existencia legal y su personalidad jurídica sin someterlas a ningún requisito previo, y ordenó además su inscripción de oficio en un Registro Público-, lo cierto es que ello dejó fuera a las Comunidades Nativas (reguladas por un Decreto Ley preconstitucional ya en ese momento), pero además no ha impedido que, en la práctica, las Comunidades Campesinas hayan tenido que enfrentar muchos problemas derivados de la exigencia por parte de autoridades administrativas, e incluso jurisdiccionales, en lo atinente a la acreditación de su registro para ser consideradas como existentes⁵⁶.

Al respecto, en una jurisprudencia relativamente reciente, referida al caso de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, el Tribunal Constitucional consigna en su fundamento 21 que “El juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declaró inadmisibile la demanda sosteniendo que la recurrente no había acompañado copia debidamente certificada de la escritura pública de su constitución como Comunidad Nativa, dándole un plazo de tres días para subsanar (...)”⁵⁷.

De otro lado, la Constitución vigente de 1993, al optar por un régimen menos protector en lo que toca a la propiedad de las tierras de las comunidades⁵⁸, ha sido calificada por algunos como “asimilacionista” en el

⁵⁵ De Belaúnde López de Romaña, Javier. La Comunidad Campesina en el Código Civil, en Personas jurídicas (materiales de enseñanza), Lima, PUCP, 1995.

⁵⁶ En los hechos, la confusión desde la propia actuación del Estado es de tal magnitud que muchas veces las comunidades se ven forzadas a obtener su personalidad jurídica mediante su inscripción como Asociaciones Civiles conforme con el Código Civil, lo que genera un conjunto de distorsiones que terminan afectando la supuesta protección derivada de la normatividad vigente respecto de ellas.

⁵⁷ STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC.

⁵⁸ Esta nueva Constitución, dejando atrás lo consagrado en las dos anteriores, que declaraban las tierras de las comunidades como inembargables, imprescriptibles e inalienables, ha considerado esta vez únicamente el carácter de imprescriptibles para sus

sentido de estar orientada a la progresiva desaparición de estas organizaciones, integrándolas al conjunto de la sociedad y el mercado. Esta apreciación, sin embargo, fruto de una primera lectura del texto constitucional, es puesta en cuestión por quienes reparan -desde una interpretación sistemática y apegada al principio de unidad de la Constitución- en otros artículos también referidos a dichas comunidades, que consagran derechos de fuerte contenido protector, a lo que se suma lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que Perú es parte y que constituye además parámetro de interpretación a tenor de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la norma fundamental.

Precisamente, en relación con lo planteado en el párrafo precedente (en el caso antes citado de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40), los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, en el fundamento 6 de su voto singular, expresaron que

“Una lectura sistemática del articulado de nuestra Constitución nos permite comprobar que varias de sus normas han recogido derechos y obligaciones no sólo de índole cultural, sino especialmente de carácter multicultural que, vistas en conjunto, bien podríamos denominar *Constitución Multicultural* o *contenido multicultural de la constitución (...)*⁵⁹.

A propósito de ello, dichos magistrados citan diversos artículos que aluden a diferentes derechos propios de las comunidades, tales como el artículo 2º inciso 19, relativo a la identidad étnica y cultural; el artículo 89º, referido al reconocimiento de su autonomía organizativa, económica y administrativa; el artículo 149º que admite la posibilidad de que ejerzan funciones jurisdiccionales; el artículo 48º que establece la oficialidad de los idiomas quechua, aymara y demás lenguas aborígenes en las zonas en las que predominan; y el artículo 191º que instituye mecanismos para facilitar

tierras, y ha dejado además abierta la posibilidad de que estas puedan ser declaradas en abandono, y pasen al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

⁵⁹ STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC.

el acceso de las comunidades a los Consejos regionales y Concejos Municipales.

En cualquier caso, es evidente que la manera poco precisa y hasta por momentos contradictoria en la que ha evolucionado la normatividad en relación con las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la realidad que estas han tenido que experimentar en lo que atañe a la afectación de sus derechos, hace deseable un esclarecimiento en torno a los parámetros que corresponde establecer en su favor. Ello resulta indispensable para cumplir con las exigencias que los pactos internacionales en materia de derechos humanos, particularmente el Convenio 169 de la OIT, así como los principios democráticos e incluyentes que debe respetar un Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, no parece probable que dicho esclarecimiento, al menos por el momento, pueda tener lugar desde el ámbito legislativo, donde se aprecia un manejo poco informado y riguroso de un tema de tanta trascendencia como complejidad, como lo demuestra el infructuoso debate en torno a los decretos legislativos que algunos años atrás aprobó el Ejecutivo y que estuvieron en la base de las protestas que derivaron en los trágicos sucesos de Bagua de junio de 2009⁶⁰.

En este contexto, sería de esperar que, en ejercicio de sus funciones como máximo intérprete de la Constitución del Estado, el Tribunal Constitucional asuma, a través de su jurisprudencia, además de la protección de los derechos de las comunidades en cada caso concreto, la tarea de establecer las pautas orientadoras para desarrollar una política de Estado acorde con la vigencia y el respeto de los derechos de estas organizaciones. Lamentablemente, sin embargo, la actuación de este alto

⁶⁰ Más recientemente se ha hecho evidente la incapacidad del Congreso para aprobar una norma sobre el derecho a la consulta que, como quedó demostrado a propósito de la tragedia de Bagua, constituye desde años atrás una grave omisión que contribuye a mantener en ejecución políticas públicas contrarias a los derechos de las comunidades. Esta situación, y el hecho de que el Ejecutivo no dé muestras de tener la voluntad de poner en revisión tales políticas, ha motivado que este poder del Estado haya observado, al final de la legislatura la norma que, con gran dificultad, había ya aprobado el Congreso.

tribunal en materia de comunidades campesinas y nativas no ha sido muy prolija ni se encuentra exenta de aspectos confusos o contradictorios.

En efecto, en las escasas oportunidades en las que el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse respecto de conflictos en los que se encontraban involucrados derechos de estas comunidades, encontramos algunas líneas de interpretación poco claras, e incluso una muy preocupante, sobre la manera de llevar a cabo un ejercicio de ponderación ante una situación que colocaba en conflicto derechos de comunidades con algunas empresas extractivas en la zona de selva.

Así, por ejemplo, en la ya citada sentencia de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, de abril del año 2010, dicha comunidad litigaba contra el semanario “El Patriota”, pues alegaba que este medio había vulnerado sus derechos al nombre, al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar. Si bien el Tribunal Constitucional enmendó, en buena medida, crasos errores de las instancias judiciales que habían intervenido en el trámite del proceso de amparo⁶¹, la sentencia de la sala dejó mucho que desear respecto de la valoración de los derechos en juego, así como de la titularidad de la comunidad nativa demandante sobre tales derechos.

En ese sentido, cabe llamar la atención, en primer lugar, en torno a que la atribución de los derechos que acertadamente el tribunal realiza respecto de la comunidad, la hace en su calidad de persona jurídica y no de simple sujeto de derecho, de naturaleza colectiva. De esa manera, este extremo del razonamiento seguido por el colegiado resulta poco claro dado que, si bien debemos convenir en que la personalidad jurídica de las comunidades la otorga la Constitución sin requisito de procedimiento alguno, la titularidad de sus derechos fundamentales no depende en rigor de ese reconocimiento, toda vez que, aun cuando nos encontráramos en una situación en la que el texto constitucional no lo estableciera así, ello no

⁶¹ Tanto el Juzgado como la Sala de la Corte Superior de Ucayali habían declarado improcedente la demanda al alegar que el proceso civil o la vía penal constituían vías idóneas y suficientes para atender la demanda de la comunidad.

implicaría que la comunidad, como sujeto jurídico, quedara despojada de la titularidad de aquellos derechos.

De otro lado, de manera más relevante, llama la atención que en el cuerpo de la sentencia del tribunal, materia del comentario, tampoco haya referencia alguna a los temas vinculados con los derechos a la identidad étnica y cultural contenidos en el texto constitucional. En consecuencia, se omiten aspectos trascendentes que explican, a cabalidad, las razones por las que cabía considerar la afectación de derechos de la que había sido objeto la comunidad demandante.

Cierto es que tal omisión fue parcialmente subsanada en el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Esto Cruz, quienes en su fundamento 5 sí aluden directamente a la necesidad de abordar, en la sustentación de la sentencia, temas tales como Constitución y Multiculturalismo, el rol del juez constitucional en el Estado Multicultural, así como la legitimación procesal en el contexto de nuevos derechos vinculados ya sea a intereses colectivos, difusos, individuales u homogéneos. A partir de este razonamiento, los citados magistrados concluyen que “la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el estado liberal”. Para, más adelante, agregar que:

“(…) Así, en el caso del honor, mientras en una sociedad anónima difícilmente puede considerarse que la afectación del honor o imagen de la sociedad comercial afecte también el honor de sus socios, en el caso de una comunidad indígena, el atentado contra su honor o buena reputación puede ser sentido de un modo tan grave por cada integrante de la misma, que puede decirse que el honor de la comunidad pertenece también al ámbito personal de interés de cada individuo (…)”⁶².

⁶² STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC, votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, fundamentos 8 y 25.

Se trata entonces, en este punto, de llamar la atención respecto de una cuestión central que corresponde a la dimensión colectiva de los derechos involucrados, que -como queda expuesto- no ha sido asumida hasta el momento por el pleno del Tribunal Constitucional.

Pero es todavía motivo de mayor preocupación constatar que, puestos en contraposición derechos de comunidades con los que corresponden a empresas de inversionistas, el Tribunal Constitucional haya optado por equipararlos y, peor aún, priorizar en la práctica los de estas últimas. Ello, a nuestro juicio, contraría el mandato constitucional y los contenidos del Convenio 169 de la OIT, que, como sabemos, forma también parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Aquí hacemos referencia al proceso de amparo promovido por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana –AIDSESP. Esta organización representativa de comunidades de la amazonía había promovido un proceso constitucional contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A.; BARRET RESOURCE PERU CORPORATION y REPSOL YPF. A través de este amparo, la entidad demandante pretendía la protección de los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como al derecho al territorio y al de consulta, afectados en perjuicio de los pueblos indígenas Waorani (tagaeritaromenane), Pananujuri (arabela) y Aushiris o Abijiras en situación de aislamiento voluntario.

En su escrito de demanda, AIDSESP alegó que estos derechos estaban siendo vulnerados desde el momento en que el Ministerio de Energía y Minas había otorgado contratos de licencia de exploración y explotación de los Lotes 39 y 67 celebrados con las empresas demandadas entre los años 1995 y 1999. En consecuencia, la entidad demandante solicitaba la suspensión y/o anulación de todos los actos de exploración y/o explotación en las zonas comprendidas en los indicados lotes.

Llama la atención, en este caso, la manera como el Tribunal Constitucional, no obstante llegar al convencimiento de que no se había respetado por parte del Estado peruano el derecho a la consulta consagrado en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, y que, en consecuencia, los contratos de licencia y la adjudicación de los lotes en cuestión resultaban incompatibles con la Constitución, encuentra una manera de ponderar este conflicto de derechos (entre los intereses de las empresas inversionistas y los de las comunidades locales) para “modular” los efectos de su sentencia y, finalmente, fallar por la improcedencia de la demanda. Así, el colegiado se limitó a señalar la necesidad de que el derecho a la consulta, fuera puesto en práctica progresivamente por parte de las empresas involucradas, convocadas al efecto por el citado Ministerio de energía y Minas.

Como parte importante de su razonamiento, y admitida la vulneración al derecho de participación previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución, al haber entregado los mencionados lotes con omisión del procedimiento de consulta previo, el Tribunal Constitucional toma en consideración no obstante, que

“ (...) como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello...”

para añadir enseguida que

“Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos- Ley firmados con el Estado peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución. De manera que, al momento de pronunciar el fallo en este caso, este colegiado debe ponderar los efectos de su decisión,

a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar”⁶³.

Sin ánimo de ingresar a un análisis pormenorizado de los contenidos de esta sentencia, no cabe duda de que en este caso los derechos de las comunidades locales fueron desplazados por un fallo que, independientemente de su ejercicio de ponderación, termina manteniendo lo que a nuestro juicio cabría calificar como un estado de cosas inconstitucional. Por lo demás, en un contexto en el que se advierte una actuación de la administración estatal por completo ajena al respeto de los derechos de las comunidades indígenas, resulta paradójico encargarle la función de promover el proceso de consulta entre aquellas y las empresas inversionistas. Y por si esto no bastara, encontramos también contradictorio y contra el sentido mismo del derecho de consulta, que esta se inicie cuando ya las empresas participantes pudieran encontrarse incluso en la etapa de explotación de los lotes comprendidos en la concesión.

Refiriéndose a este caso, Bartolomé Clavero, Vicepresidente del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, publicó hace poco tiempo en la Web un comentario en el que manifiesta lo siguiente:

“(…) ¿Cómo entonces con tales fundamentos, la sentencia del Tribunal Constitucional acaba concordando con los fallos desestimatorios de las instancias civiles? Lo hace mediante diversos argumentos (...) con esto el Tribunal constitucional ubica los derechos de las empresas al mismo nivel que los derechos de las comunidades indígenas, arrogándose la función, no de garantizar derechos como es su competencia, sino de arbitrar entre intereses, los indígenas y los empresariales, tomados estos segundo por generales, con lo que encima la nivelación al final se desnivela. En

⁶³ STC Exp. 06316-2008-PA/TC, fundamentos 27 y 28.

este espacio que se pretende de “ponderación” los derechos indígenas quedan expresamente postergados”⁶⁴.

Queda aquí planteada la inquietud que dio lugar a este trabajo. La manera en la que los derechos fundamentales de los seres humanos, individual o colectivamente considerados, pueden verse desplazados a partir de extender el artificio que dio origen al concepto de persona jurídica.

4.5. Algunos criterios a considerar para delimitar la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas.

Es deseable que, a partir de lo expuesto, podamos coincidir en la necesidad de establecer límites más precisos para definir los alcances con los que, llegado el caso, cabría aceptar la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Dicha labor debe ser emprendida considerando que partimos de una realidad en la que resultaría inviable revertir por completo la tendencia, interna e internacional, que reconoce a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales.

De otro lado, cabe tener presente que, no obstante la abundante jurisprudencia en la que se señala que tal reconocimiento de derechos no puede entenderse con alcance general y en términos idénticos a los que corresponde a los seres humanos, ha tenido lugar hasta el momento con muy escasa precisión de sus alcances y los límites aplicables en cada caso. Esta situación demanda entonces precisar esos límites, teniendo como base el principio de que, a través de ello, lo que se persigue es proteger mejor los derechos de las personas naturales que participan en estas organizaciones.

Si se trata en consecuencia de ampliar el ámbito de eficacia de los derechos pensados en función de los seres humanos, los límites a establecer deben garantizar que el interés de estos últimos no resulte en

⁶⁴ Clavero, Bartolomé. “Perú: El Tribunal Constitucional contra sí mismo”, en: www.clavero.derechosindigenas.org , visitada el 5 de julio de 2010.

ningún caso desplazado por el que cabría atribuir a las personas jurídicas, particularmente tratándose de sociedades mercantiles.

Siendo esta desde luego, en primer lugar, una tarea del legislador, es necesario, empero, avanzar entre tanto en lo que toca a la interpretación jurisprudencial en esta materia. En esa dirección, a modo enunciativo formulamos s continuación, algunos criterios que, a nuestro juicio, pueden orientar esta labor tanto en el ámbito parlamentario como en el jurisdiccional. Así:

- a) Una primera cuestión que debiera quedar establecida es el plantear con claridad aquellos derechos que, por su naturaleza, no correspondería en ningún caso ser aplicados a personas jurídicas. Con ese propósito, valdría comprender en ese listado a los distintos derechos que la jurisprudencia comparada ha venido considerando, de manera reiterada, como excluidos de esa posibilidad. Así, podemos identificar en este grupo a los derechos la vida, a la integridad, a la libertad y seguridad personales, al libre tránsito, a la libertad de cátedra y al sufragio.
- b) Paralelamente, sería conveniente afirmar para todas las personas jurídicas, incluyendo a las extranjeras o a las de derecho público, la titularidad de los derechos vinculados al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Ello en función de reconocer que tales derechos guardan una dimensión objetiva de extrema importancia para el desarrollo de la institucionalidad democrática y los valores que esta conlleva, pues constituyen esencialmente una verdadera garantía institucional.
- c) Tratándose de derechos distintos, como lo ha dejado señalado reiteradamente en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional español, cabría considerar que, para calificar a una persona jurídica como titular de derechos fundamentales, además de evaluar si por su naturaleza tales derechos les resultan aplicables, convendría

examinar también si a ello concurren los fines de dicha persona jurídica. En este sentido, independientemente de que se considere que por su naturaleza un determinado derecho resulte atribuible a la persona jurídica, solo en la medida en que ello beneficie a personas concretas que se encuentran participando en ella, en función de un objetivo común constitucionalmente protegido, cabría reconocerla como titular del derecho en cuestión.

- d) Vinculado con lo anterior, cabría considerar también que existe una diferencia sustantiva a tener presente entre personas jurídicas de naturaleza no lucrativa, como ocurre entre nosotros con las asociaciones, fundaciones o comités, y las formas mercantiles, incluyendo las E.I.R.L., donde la finalidad última es el beneficio patrimonial de quienes participan en ellas como socios o titulares.

De esta manera, sería oportuno retomar la pauta formulada por nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento 24 de su sentencia, en el caso de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, cuando señaló que

“El tribunal entiende que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas, como es el caso del honor. *En este sentido, cabe diferencias entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (universitas personarum) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (universitas bonorum)*”⁶⁵ (cursivas añadidas).

⁶⁵ STC. Exp. N° 04611-2007-PA/TC.

A partir de esta diferenciación, resultaría razonable otorgar un tratamiento distinto, en términos de la intensidad de la protección que cabría ofrecer a uno u otro tipo de organización, correspondiendo sin duda una mayor a las formas no lucrativas y otra menos intensa a las formas mercantiles. Bajo tales parámetros, no tocaría reconocer como titulares de derechos fundamentales, por ejemplo, a sociedades de capitales constituidas a partir de otras personas jurídicas de características similares, en las que no resulte accesible a terceros la identificación de las personas naturales que se encuentren tras estas organizaciones, como ocurre con las denominadas empresas *off shore*.

- e) De otro lado, sería importante retomar, como límite para el reconocimiento que comentamos, el de la nacionalidad de la organización, conforme fue establecido desde un origen en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución del Perú de 1979. En efecto, tal límite tiene mucho sentido desde la perspectiva que hemos adoptado en este trabajo, a fin de evitar situaciones de iniquidad o asimetría, tratándose de casos en las que puedan entrar en conflicto intereses de grandes corporaciones con los que se vinculan a comunidades o poblaciones locales en las que estas organizaciones realizan su actividad empresarial.

Al respecto, es sabido que la historia de los países latinoamericanos registra los abusos cometidos por grandes empresas de origen europeo o norteamericano que, al entrar en conflicto con los frágiles Estados nacionales que se encontraban aún en formación en esta región, luego de conquistada su independencia, optaban por reclamarse nacionales de esas grandes potencias, para exigir protección diplomática. En definitiva, el reconocimiento de nacionalidad para las personas jurídicas, aun a pesar de la adopción de la denominada cláusula Calvo en las diversas Constituciones de estos Estados, resultó a la larga perjudicial para sus intereses y muy provechoso para las grandes empresas o corporaciones.

El hecho de que esta experiencia haya motivado, a la mayor parte de los Estados nacionales receptores de inversión, a una regulación más cuidadosa respecto de los criterios que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas -allí donde se continúa reconociéndoles este derecho- no ofrece en la actualidad, en el marco de una economía globalizada, mayores garantías. En efecto, en el mercado global las inversiones suelen llegar aparejadas con los compromisos que a nivel internacional asumen los países receptores para su protección, relativizando en buena medida la soberanía de los Estados nacionales para actuar conforme a sus atribuciones, en la eventualidad del surgimiento de conflictos con tales empresas.

Así las cosas, es prudente mantener la limitación respecto de que el reconocimiento de derechos fundamentales, además de atender a los aspectos mencionados en los acápites anteriores, exija que tales personas jurídicas puedan ser calificadas como peruanas según nuestra legislación interna.

- f) Finalmente, debiera quedar claramente establecido también que, tratándose de derechos colectivos, su titularidad corresponde a sujetos jurídicos que pueden disfrutarlos y ejercerlos, independientemente de que la legislación les otorgue la calidad de personas jurídicas. En consecuencia, sea que el ordenamiento jurídico les confiera o no, tal calidad, dichos sujetos gozan de plena capacidad para actuar en ejercicio de tales derechos fundamentales y para reclamar su protección ante la jurisdicción interna e internacional. Así ocurre, por ejemplo, con colectivos como las comunidades campesinas o nativas, los sindicatos, universidades o determinados grupos religiosos; cuyos derechos fundamentales no son atribuibles a una sumatoria de derechos individuales respecto de quienes forman parte de estas organizaciones.

5. Conclusiones

5.1. Es evidente que todo el desarrollo conceptual en torno a los derechos fundamentales ha tenido lugar sobre la base de los derechos humanos, derivados a su vez de la dignidad de todo ser humano. En este sentido, cabe afirmar que los derechos fundamentales son, en términos generales, los derechos humanos constitucionalizados. Asimismo, al positivizarse los derechos humanos en diferentes instrumentos internacionales, a partir de la Declaración Universal de Naciones Unidas del año 1948, han dejado de ser en buena medida sólo aspiraciones de orden ético, para formar parte de la normatividad exigible en cada país que ha suscrito tales instrumentos en el ámbito internacional.

A partir de ello, cabe señalar que el diseño constitucional de los derechos humanos y sus formas de protección, a través de procedimientos especiales de garantía, articulados en la mayor parte de los casos a mecanismos internacionales creados con el mismo propósito, ha sido pensado para cautelar derechos estimados como sustantivos, por cuanto resultan condición necesaria para posibilitar la vida digna de toda persona, individual o grupalmente considerada.

Paralelamente, todo sistema jurídico nacional ha previsto también mecanismos ordinarios de protección para otros derechos que no constituyen o forman parte de aquellos considerados como fundamentales. De esta manera, tales ordenamientos, sin descuidar la función que compete a los órganos jurisdiccionales para cautelar derechos y resolver conflictos, reservan los mecanismos especiales de garantía para atender aquello que involucra aspectos esenciales en la vida de los seres humanos y que, en consecuencia, demanda atención prioritaria, expeditiva y eficaz.

En esta perspectiva, siendo las personas jurídicas entidades creadas artificialmente por el Derecho, estas debieran, en principio, hallarse excluidas del ámbito de los derechos fundamentales, teniendo presente que su calificación como personas es sólo producto de una ficción. En consecuencia, los derechos de los cuales son titulares estas entidades, debieran gozar específicamente de la protección que el sistema jurídico consagra para aquellos que no tienen la calidad de fundamentales.

En todo caso, de presentarse alguna situación en la que, encontrándose de por medio personas jurídicas, pudieran verse afectados derechos fundamentales de las personas naturales que participan en ellas, éstas tendrían expedito el camino para demandar directamente la protección oportuna de aquellos, mediante los mecanismos especiales de garantía. Bajo el mismo supuesto, cabría incluso que la propia persona jurídica pudiera actuar, a fin de poner en funcionamiento dichos mecanismos en favor de los individuos afectados.

5.2. No obstante lo antes señalado, principalmente bajo el discutible argumento de que al proteger a las personas jurídicas se protege mejor los derechos fundamentales de quienes forman parte de ellas, se ha venido asentando la idea de que, dadas ciertas circunstancias y condiciones, las personas jurídicas deben ser también portadoras de derechos fundamentales.

Ahora bien, ha sido el empuje de las grandes corporaciones lo que ha venido influyendo de manera determinante en esta cada vez más amplia aceptación de las personas jurídicas, como titulares de derechos fundamentales. Así ocurrió también en el pasado cuando el concepto de persona jurídica, originalmente concebido exclusivamente para las organizaciones no lucrativas, fue “ensanchado” después para incorporar en él a las sociedades anónimas, primero, y a otras formas mercantiles, después, con lo

que se desnaturalizó de alguna manera la idea, al trastocar o incluso vaciar de contenido, el concepto original. Hoy se constata que son precisamente las corporaciones mercantiles las que mejor provecho obtienen del reconocimiento de esta titularidad; de allí que aboguen por ampliar los alcances de tal reconocimiento.

5.3. Como lo señalan diversos autores, no cabe duda de que el reconocimiento de las sociedades mercantiles como personas jurídicas ha resultado funcional a las primeras para legitimar la limitación de su responsabilidad, lo que, de otra manera, habría sido considerado -como en efecto ocurrió en un inicio- un privilegio no justificado. Ahora bien, la experiencia en los diferentes países ha mostrado la frecuencia con el que este instrumento, artificialmente creado por el Derecho, ha sido utilizado indebidamente por las corporaciones, dando lugar a fraudes y todo tipo de abusos, que terminan burlando el interés y los derechos de terceros, quienes, por lo general, se encuentran en situación de vulnerabilidad y asimetría frente a estas organizaciones.

Este fenómeno ha cobrado tal magnitud, que hoy se discute en diferentes países sobre la necesidad de adoptar medidas que permitan, cuando las circunstancias así lo justifiquen, ir más allá de la mera formalidad o artificialidad de la persona jurídica y llegar a involucrar la responsabilidad de los socios, así como su patrimonio personal, para evitar perjudicar a terceros. En tal virtud el sistema anglosajón ha desarrollado con esa finalidad, y sobre la base de su jurisprudencia, doctrinas conocidas como del “disregard” o “levantamiento del velo” y, cada vez más, en los países que pertenecen al sistema romano- germánico se postula introducir tales conceptos a su propia normatividad o jurisprudencia.

Esta preocupación por controlar la actuación de las grandes corporaciones ha aumentado, de tal manera, que cada vez más países introducen en su legislación penal modificaciones

sustantivas, a fin de calificar a las personas jurídicas como imputables de delito o, cuando menos, involucrarlas, vía consecuencias accesorias, en las posibles medidas que un juez penal podría adoptar, al emitir una sentencia condenatoria.

En este contexto, es evidente que la opción de reconocer derechos fundamentales a las personas jurídicas, ofrece riesgos importantes, sobre los cuales no parece haberse desarrollado mayor reflexión o discusión. Estos riesgos son todavía mayores en un mundo globalizado, en el que la economía mundial se desarrolla muchas veces al margen de fronteras, donde las grandes corporaciones han llegado a adquirir un poder que en ocasiones reta a sus propios poderosos Estados de origen y, qué duda cabe, pueden ejercer una presión determinante en Estados más débiles, precisamente en aquellos que son hoy en día principales receptores de inversión extranjera.

Esta situación hace particularmente relevante plantear las reflexiones que propone esta tesis en países como el Perú, con un crecimiento económico sostenido en los últimos años, obtenido principalmente sobre la base de actividades extractivas de recursos naturales y donde, con no poca frecuencia, asistimos a conflictos sociales importantes, que enfrentan el interés de grandes corporaciones extranjeras con el de poblaciones locales que reclaman derechos que, afirman, les son afectados por la realización de tales actividades extractivas.

- 5.4.** De cualquier manera, hoy no cabe duda que a nivel internacional ha ido ganando cada vez mayor aceptación la opción por reconocer a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales. Este reconocimiento solo excepcionalmente tiene expresa mención en los textos de las constituciones de los diferentes países, por lo que, en la generalidad de los casos, se trata de una tendencia que ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia de las instancias

jurisdiccionales, particularmente a través de las Cortes o Tribunales Constitucionales. La revisión a nivel comparado de esta jurisprudencia, permite apreciar que, en esta materia, se ha ido progresivamente de menos a más, toda vez que, cada vez en mayor medida, se ha ido ampliando el catálogo de derechos que cabría admitir como aplicables a personas jurídicas.

5.5. La tendencia interpretativa antes descrita, a pesar de haber ido siempre aparejada de advertencias acerca de la necesidad de delimitar los alcances de la opción de admitir que las personas jurídicas pueden acceder a derechos fundamentales, no ha profundizado mayormente en el señalamiento de los criterios que cabría utilizar al efecto. Así, no obstante haber sido esbozadas cuestiones tales como la naturaleza del derecho en discusión, la nacionalidad de las personas jurídicas, los fines de aquellas; o, incluso, que admitida ya la titularidad del derecho en el caso concreto, sus alcances no puedan resultar idénticos a los que corresponden a los seres humanos; ello no se ha formulado de manera precisa. En tal sentido, tales criterios distan mucho por el momento de una aplicación rigurosa que haga efectivas y previsibles las limitaciones anunciadas. En consecuencia, es importante evaluar las implicancias reales de estos reconocimientos y, en función de ellas, tratar de formular criterios más precisos que contribuyan a reducir los riesgos de adoptar una posición exageradamente amplia en esta materia.

5.6. En tal sentido, de no mediar una firme decisión para delimitar el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, estaremos expuestos a que, tanto los sistemas judiciales al interior de los estados nacionales, como los de carácter internacional, puedan descuidar la protección de los derechos de seres humanos, al desviar su atención hacia los requerimientos de los grandes grupos corporativos. Ello al margen de la previsible asimetría que tiene lugar cuando, puestos en plano de igualdad, los

derechos fundamentales de los seres humanos (individuales o colectivos) confrontan los intereses -convertidos ahora en derechos fundamentales- de las grandes corporaciones. Ciertamente es que, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ese riesgo por el momento no parece inminente, pero, en la medida en que los diferentes Estados nacionales adscritos a él continúen sin definir una política que asegure la debida atención y protección de los derechos de las personas naturales, esta situación puede variar, como ha ocurrido ya en el sistema europeo.

5.7. En efecto, en el plano internacional, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales respecto de las personas jurídicas ha calado ya en el sistema europeo de protección de derechos humanos, tanto en el nivel normativo como en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Los alcances de tal reconocimiento continúan siendo, sin embargo, poco precisos, exhibiendo en todo caso una tendencia favorable a adoptar criterios bastante amplios para hacerlo efectivo.

Algo diferente ocurre en el sistema interamericano, donde tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, basadas en el texto literal de la Convención Americana, han rechazado reiteradamente la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acceder a este sistema de protección que, en consecuencia, se ha mantenido enfocado en la protección de los derechos de los seres humanos. Coincidimos con esta posición aun cuando, alrededor de ella, cabría esclarecer a nuestro juicio la situación de los sujetos jurídicos titulares de derechos colectivos, toda vez que, cuando menos la Corte, ha resuelto favorablemente sobre su protección en el caso de comunidades indígenas pero sin adoptar, al efecto, una clara y expresa aceptación de tal titularidad colectiva por parte de estas comunidades.

En consecuencia, al menos hasta el momento, es posible advertir una suerte de renuencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para calificar como titulares de tales derechos a las propias comunidades, optando por aludir a ello de manera que pareciera referirse a los comuneros que las integran. Así, se estaría admitiendo que tales derechos solo pueden ser ejercidos colectivamente, pero su titularidad correspondería siempre a los individuos que forman parte de la comunidad.

Es probable que una de las razones por la que esta Corte se resista hasta el momento a admitir que entidades diferentes de los seres humanos puedan recurrir a ella, para reclamar la protección de derechos fundamentales respecto de los cuales se reclaman titulares, reside precisamente en que no se quiere abrir la posibilidad de que, de conceder ello, poderosas organizaciones mercantiles terminasen demandando al sistema la protección de sus derechos, y desplacen así el foco de atención de este órgano jurisdiccional de los asuntos sustantivos que dieron fundamento a su creación.

Bajo tal supuesto, sería deseable que la Corte orientara explícitamente su jurisprudencia en esta materia, de manera que haga clara distinción de lo que constituyen sujetos de derecho colectivo, titulares de derechos de esta naturaleza, tales como las comunidades indígenas, sindicatos, universidades o determinados grupos religiosos, de las personas jurídicas. De esta manera, tales sujetos colectivos debieran acceder a una abierta protección de sus derechos por sí mismos, en la medida que la evolución del concepto de derechos humanos admite, hoy sin mayor discusión, que estos derechos trascienden al ser individual, pero resultan también indispensables para garantizar su vida digna y merecen idéntica protección que la que corresponde a los seres humanos.

En algunos casos, la legislación otorga, en el plano interno, la calidad de personas jurídicas a esos sujetos jurídicos, como ocurre

con las comunidades campesinas y nativas en el Perú. Pero eso no debe confundirse con un requisito para reconocer la existencia de estas organizaciones y la titularidad de sus derechos, así como la obligación de protegerlos de manera preferente. De esta manera, la calificación de una entidad como persona jurídica, no resultaría en modo alguno determinante para acceder a derechos fundamentales, al menos en el sistema interamericano. Bajo esta interpretación, la Corte Interamericana podría muy bien reconocer explícitamente los derechos de titularidad colectiva, sin admitir por ello a toda persona jurídica la misma pretensión.

5.8 En el Perú, no obstante que ya la Constitución de 1979 otorgó expresamente reconocimiento como titulares de derechos fundamentales a las personas jurídicas peruanas, la escasa delimitación de los alcances, que tal reconocimiento suponía, hizo que el tema quedara, en buena medida, a cargo de un posterior desarrollo legislativo, así como a la interpretación jurisprudencial de los tribunales.

Durante los años posteriores a la vigencia de la Constitución de 1979 y hasta la actualidad, el Congreso de la República no se ha ocupado de la materia que motiva esta tesis, por lo que todo lo realmente relevante al respecto ha sido dictado por las instancias jurisdiccionales y, dentro de ellas, de manera más importante por la función que le compete, por el Tribunal Constitucional. En los años que siguieron a la recuperación de la institucionalidad democrática en el país, a partir del año 2001, nuestra máxima instancia de control de la Constitución, ha optado por una interpretación análoga a la asumida en la jurisprudencia comparada para reconocer, con criterio amplio, la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas.

En cualquier caso, además de negar la aplicabilidad del derecho al libre tránsito, tratándose de personas jurídicas, este colegiado ha

optado por adoptar un criterio amplio para admitir su titularidad en una extensa gama de derechos fundamentales.

En tal sentido, no obstante que la constitución de 1993 no incluyó -a diferencia de su predecesora- un artículo análogo al número 3 de la anterior, el Tribunal Constitucional ha venido interpretando que ello no es óbice para seguir reconociendo derechos fundamentales en favor de personas jurídicas. Es más, en este actual vacío constitucional nuestro alto colegiado pareciera haber optado por no diferenciar entre personas jurídicas peruanas y extranjeras, como lo demandaba la Carta de 1979.

5.9 Bajo los actuales parámetros, en el Perú enfrentamos una situación en la que, con frecuencia, los derechos de las personas naturales, tanto individuales como colectivos, pueden verse desplazados por los que se vienen reconociendo a las sociedades mercantiles. Esto cobra mayor trascendencia en los últimos años, en los que el Perú ha obtenido un apreciable crecimiento económico en función de la explotación intensiva de sus recursos naturales. Esta situación ha hecho que el país se haya convertido, en este último período, en un importante receptor de inversiones extranjeras.

En el contexto descrito, resulta imprescindible, si se trata de cautelar los derechos humanos y fundamentales de los peruanos, que el Tribunal Constitucional -toda vez que resulta menos probable que el Congreso se decida finalmente por legislar al respecto- precise límites en relación con la manera como le corresponde proteger derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas. Para definir criterios que puedan contribuir con esta precisión, este trabajo ha optado por señalar algunos de los que le parecen más aconsejables. En todo caso, la sola apertura de un debate amplio en torno al tema que nos ocupa habrá sido un resultado relevante de este esfuerzo.

6. Bibliografía

- 1.- **ALBÁN PERALTA, Walter.** Las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú: Realidad, regulación y alternativas para su tratamiento normativo. En: Debate Defensorial, N° 1, Defensoría del Pueblo, 1998.
- 2.- **CLAVERO, Bartolomé.** Perú: El Tribunal Constitucional contra si mismo. En: www.clavero.derechosindigenas.org , visitada el 5 de julio de 2010.
- 3.- **BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.** ¿Cómo “vestir a un santo sin desvestir a otro”? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes. En: THEMIS 33. 1996.
- 4.- **CHOMSKY, Noam.** La absorción corporativa de la Democracia estadounidense. Artículo de opinión publicado en: “El Comercio”, Lima, 14 de febrero de 2010.
- 5.- Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. Extracto de las Actas de las sesiones de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1936. En: Personas jurídicas, materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2010.
- 6.- **DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier.** La Comunidad Campesina en el Código Civil. En: Personas jurídicas, materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP, 1995.

- 7.- **ESCOBAR, Guillermo.** Introducción a una Teoría Jurídica de los Derechos Humanos”. CICODE- Trama, Madrid, 2005.
- 8.- **DE CASTRO Y BRAVO, Federico.** La Persona Jurídica. Civitas, Madrid, 1981.
- 9.- **GALGANO, Francisco.** Instituciones de la Economía Capitalista. En: Personas jurídicas, materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2010.
- 10.- **GÓMEZ MONTORO, Ángel.** La Titularidad de Derechos Fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español). En: Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, 2000.
- 11.- **ESCOBAR, Guillermo.** Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos. Trama, Madrid, 2005, XXI.
- 12.- **LAPORTA, Francisco.** Sobre el Concepto de Derechos Humanos. En: Revista Doxa, Nº 4, Madrid, 1987.
- 13.- **MATHEY, Nicolas.** Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé. En: Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2008-2-205.
- 14.- **MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto.** Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I: El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario. En: Personas jurídicas, materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2010.
- 15.- **ORGAZ, Alfredo.** Concepto y Elementos de las Personas Colectivas. En: La Ley, Buenos Aires, 1951, T.63.

- 16.- **VILLANUEVA FLORES, Rocío.** “Tensiones constitucionales: El Derecho a la Diversidad Cultural versus los Derechos de las víctimas de la violencia de género”. Artículo a ser publicado en un libro del Instituto de Defensa Legal.

7. Normas

- Código Procesal Constitucional de la República del Perú. Ley N° 28237.
- Constitución Política del Perú de 1920.
- Constitución Política del Perú de 1979.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° TC 183/1995.
- STC 04446-2007-AA del 31 de julio de 2008.
- STC Exp. N° 01881-2008 PA/TC.
- STC Exp. N° 02210-2007-PA/TC.
- STC Exp. N° 0311-2002-HC/TC.
- STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC.
- STC Exp. N° 06316-2008-PA/TC.
- STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC.
- STC Exp. N° 1567-2006-PA/TC.