DERECHO puc

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO puc

CONTENIDO

PROFESIONES JURÍDICAS, FORMACIÓN JURÍDICA Y LITIGIOSIDAD EN UNA SOCIEDAD EN EVOLUCIÓN: EL CASO DE ESPAÑA / Manuel Ortells Ramos

LA CONCILIACIÓN: PRINCIPALES ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS / César Guzmán Barrón

VIOLENCIA FAMILIAR Y CONCILIACIÓN / Iván Ormachea Choque

LOS PRINCIPIOS DE LA CONCILIACIÓN Y LA LEY Nº 26872 / Javier La Rosa Calle

ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL: LA EXPERIENCIA DEL IPRECOM (INSTITUTO PERUANO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN) / José Zegarra Pinto

LA NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO CONCILIATORIO / Aníbal Sierralta Ríos

A CONCILIAR: PREPARÁNDOSE PARA UNA NEGOCIACIÓN ASISTIDA / Christian Stein Cárdenas

¿ESTAMOS PREPARADOS PARA ASUMIR EL RETO DE LA CONCILIACIÓN? / Renzo Vigo Carrillo

LA IDEA DE CONFLICTO Y EL ROL DEL ABOGADO FRENTE A ÉL / Fabián Pérez Núñez

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL PERÚ COMO MEDIO PARA PROMOVER UNA CULTURA DE PAZ / Rosely Shirakawa Okuma

PRESENTACIÓN DE LA LEY DE CONCILIACIÓN LEY Nº 26872 (MODIFICATORIAS Y AMPLIATORIAS) / Aníbal Quiroga León

SOBRE EL ORIGEN DEL TÉRMINO «TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO» / Miguel Reale

NATURALEZA TRIDIMENSIONAL DE LA «PERSONA JURÍDICA» / Carlos Fernández Sessarego

PROPUESTA PARA UN REDIMENSIONAMIENTO DEL DENOMINADO DERECHO GENERAL DE LA PERSONALIDAD / Juan Espinoza Espinoza

ALGUNAS CUESTIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL DEBER JURÍDICO / Freddy Escobar Rozas

TEORÍAS DEMOCRÁTICAS HOY: ¿CUÁL DE ELLAS GARANTIZA LA IGUALDAD, LA LIBERTAD Y LA VIRTUD? / Eduardo Hernando Nieto

LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL / José Julio Fernández

BASES PARA LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ / Domingo García Belaunde

80 Años de sólida formación

Nº 52

Nº 52, Diciembre de 1998
Abril de 1999

DERECHO PUC

Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Número 52 Diciembre 1998
Abril 1999

Consejo Editorial

Editor General
ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Principal*

CESAR GUZMÁN BARRÓN, *Profesor Principal*
JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ MORENO, *Profesor Asociado*
FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, *Profesor Auxiliar*
MILKO BRIONES QUISPE, *Representante Estudiantil*

MARIELLA TRUJILLO WÜRTTELE, *Adjunto de Docencia, Secretaria*

DERECHO-PUC

Cuidado de la edición: Carlota Casalino
Carátula: Edwin Núñez
Impresión: Tarea Gráfica Educativa

Copyright © 1999 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima 100 - Perú. Telfs. 460-2291, anexo 220, y 460-0872

El contenido de los artículos publicados de *DERECHO-PUC* es responsabilidad exclusiva de los autores.

Las tarifas de suscripción pueden verse en la última página de la revista

Derechos reservados
ISSN: 0251-3412

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Autoridades
A partir de abril de 1999

Armando Zolezzi Möller, *Decano*
Javier Neves Mujica, *Jefe del Departamento Académico de Derecho*
Elvira Méndez Chang, *Directora de Estudios*
Gorki Gonzales Mantilla, *Secretario Académico (e)*

Consejo de Facultad

Armando Zolezzi Möller, *Decano*
Javier De Belaunde López de Romaña, *Profesor Principal*
César Guzmán-Barrón Sobrevilla, *Profesor Principal*
Javier Neves Mujica, *Profesor Principal*
René Ortiz Caballero, *Profesor Principal*
Gastón Fernández Cruz, *Profesor Asociado*
Elvira Méndez Chang, *Profesora Asociada*
José Ugaz Sánchez-Moreno, *Profesor Asociado*
Mario Ferrari Quiñe, *Profesor Auxiliar*

Tercio Estudiantil

Milko, Briones Quispe
Fernando Silva La Rosa
Liliana Avellaneda Rojas
Gonzalo Raúl Amer Ramello

DERECHO puc

Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Número 52 Diciembre 1998
Abril 1999

Contenido

Presentación

Artículos

Profesiones jurídicas, formación jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España

ORTELLS RAMOS, Manuel 7

La Conciliación: principales antecedentes y características

GUZMÁN BARRÓN, César 67

Violencia familiar y Conciliación

ORMACHEA CHOQUE, Iván 75

Los principios de la Conciliación y la Ley Nº 26872

LA ROSA CALLE, Javier 107

Análisis y comentarios a la Conciliación extrajudicial: la experiencia del IPRECON (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación)

ZEGARRA PINTO, José 119

La negociación en el proceso conciliatorio

SIERRALTA RÍOS, Aníbal 131

A conciliar: preparándose para una negociación asistida

STEIN CÁRDENAS, Christian 159

¿Estamos preparados para asumir el reto de la Conciliación?

VIGO CARRILLO, Renzo 181

La idea del conflicto y el rol del abogado frente a él

PÉREZ NÚÑEZ, Fabián 189

La Conciliación extrajudicial en el Perú como medio para promover una cultura de paz

SHIRAKAWA OKUMA, Rosely 197

Presentación de la Ley de Conciliación Ley N° 26872 (Modificatorias y ampliatorias)

QUIROGA LEÓN, Aníbal 203

Sobre el origen del término «tridimensionalismo jurídico»

REALE, Miguel 247

Naturaleza tridimensional de la «persona jurídica»

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos 251

Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad

ESPINOZA ESPINOZA, Juan 271

Algunas cuestiones fundamentales sobre el Deber Jurídico

ESCOBAR ROZAS, Freddy 285

Teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la igualdad, la libertad y la virtud?

HERNANDO NIETO, Eduardo 309

Las fuentes del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia constitucional

FERNÁNDEZ, José Julio 343

Bases para la historia constitucional del Perú

GARCÍA BELAUNDE, Domingo 369

El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros tribunales constitucionales

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco 409

La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales

ZAS FRIZ BURGA, Jhonny 467

El federalismo y la administración de Justicia en los Estados Unidos

BARKER S., Robert 497

Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional

AMBOS, Kai 503

Protección internacional de los Derechos Humanos: los mecanismos extra convencionales de las Naciones Unidas

DE LA LAMA, Miguel 533

Franz Klein, Mauro Cappelletti, and the mission of comparative procedural scholars

GARTH, Bryant G. 555

Franz Klein, Mauro Cappelletti y la misión de los cultores del Derecho procesal comparado

GARTH, Bryant G. 565

Civil Litigation without frontiers: Harmonization and Unification of Procedural Law

HAZARD, Geoffrey C. Jr. 575

Litigio civil sin fronteras: armonización y unificación del Derecho procesal.

HAZARD, Geoffrey C. Jr. 583

Apresentação ao Projeto às Normas Transnacionais de Processo Civil

GIDI, Antonio 593

Presentación del proyecto de normas transnacionales del Proceso civil

GIDI, Antonio 607

Discussion Draft Nº 01 «Trasnational Rules of Civil Procedure»

HAZARD, Geoffrey C., Jr.

TARUFFO, Michele 621

Proyecto de Normas Transnacionales del Proceso civil

HAZARD, Geoffrey C., Jr.

TARUFFO, Michele 679

La Teoría General del Proceso

ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo 705

La Casación Civil: mito y realidad. Proyecto de Ley Modificatorio

QUIROGA LEÓN, Aníbal 715

Breves notas sobre el concepto de Acción

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto 761

Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso

REYES RÍOS, Nelson 773

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar

CABELLO MATAMALA, Carmen Julia 803

La protección del accionista minoritario en las Sociedades Anónimas Abiertas

MORALES ACOSTA, Alonso 827

Modernización del sistema registral Peruano y Venezolano. Balance y perspectivas

VIVAR MORALES, Elena

VELANDIA SÁNCHEZ, Carlos 855

Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio 883

El adolescente infractor: de menor a pandillero

BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo 915

Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: la destreza legal

ZUSMAN TINMAN, Shoschana 929

Acciones de interés público y enseñanza del Derecho: paradigmas y utopías

GONZALES MANTILLA, Gorki 937

Proyecto de nuevo Sistema de Enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

RUBIO CORREA, Marcial 957

****

Discurso por el Sesquicentenario de la inmigración china

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando 1011

Crónica de Claustro 1029

Abogados graduados con tesis y con mención sobresaliente 1035

Abogados graduados con expedientes y con mención sobresaliente 1037

De los autores 1039

PROFESORES ORDINARIOS DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO 1998 – 1999

Honorarios

José Aramburú
Daniel O. Bernstine
Carlos Roberto Reina
Jiang Ping
Pablo Lucas Verdú
Mozart Víctor Russomano
Gustavo Noboa Bejarano
Germán Bidart Campos

Eméritos

Fidel Tubino Mongilardi
Domingo García Rada
Héctor Cornejo Chávez
Carlos Rodríguez Pastor
Jorge Avendaño Hubner
José Dammert Bellido

Principales

Jorge Avendaño Valdez
Juan Luis Avendaño Valdez
Julio César Barrenechea Calderón
Enrique Bernales Ballesteros
Carlos Blancas Bustamante
Carlos Cárdenas Quirós
Miguel De Althaus Guarderas
Javier De Belaunde López de Romaña
Manuel De la Puente y Lavalle
César Delgado Barreto
Francisco Eguiguren Praeli
Enrique Elías Laroza
Carlos Espinoza Villanueva
César Fernández Arce
Carlos Fernández Sessarego
Eduardo Ferrero Costa

Víctor Ferro Delgado
Guillermo Figallo Adrianzén
Domingo García Belaunde
César Guzmán Barrón Sobrevilla
Luis Hernández Berenguel
Baldo Kresalja Rosselló
Enrique Lastres Berninzon
Humberto Medrano Cornejo
Carlos Montoya Anguerry
Javier Neves Mujica
Enrique Normand Sparks
René Ortiz Caballero
Felipe Osterling Parodi
Mario Pasco Cosmópolis
Aníbal Quiroga León
Jorge Ramírez Díaz
Delia Revoredo Marsano
Roger Rodríguez Iturri
Marcial Rubio Correa
Fernando de Trazegnies Granda
Ricardo Váscones Vega
Jorge Vega Velasco
Guillermo Velaochaga Miranda
Fausto David Viale Salazar
Fernando Vidal Ramírez
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Armando Zolezzi Möller

Asociados

Samuel Abad Yupanqui
Benjamín Julio Aguilar Llanos
Walter Jorge Albán Peralta
Jack Batievsky Spack
Carlos Enrique Becerra Palomino
Jack Bigio Chrem
Guillermo Boza Pró
Alfredo Bullard González
José Alberto Bustamante Belaunde

Raúl Canelo Rabanal
Jorge Danós Ordóñez
Miguel De la Lama Eggerstedt
Gastón Fernández Cruz
Hugo Forno Flórez
Diego García Sayán Larrabure
Guillermo Gulman Checa
José Hurtado Pozo
César Landa Arroyo
Sergio León Martínez
César Luna Victoria León
Rogelio Llerena Quevedo
Elvira Méndez Chang
Edgardo Mercado Neumann
José Morales Urresti
Francisco Moreyra García Sayán
Fabián Novak Talavera
Víctor Prado Saldarriaga
Beatriz Ramacciotti de Cubas
Ana Teresa Revilla Vergara
Francisco Javier Ruiz de Castilla Ponce de León
Julio Salas Sánchez
César Eugenio San Martín Castro
Alejandro Solís Espinoza
Miguel Torres Méndez
José Ugaz Sánchez Moreno
César Manuel Valega García
Felipe Villavicencio Terreros
Federico Zegarra Garnica

Auxiliares

Luis Felipe Almenara Bryson
María del Carmen Arana Courrejolles
Francisco Avendaño Arana
Eduardo Benavides Torres
Luis A. Bramont Arias Torres
Carmen Julia Cabello Matamala

Fernando Cantuarias Salaverry
Mario Castillo Freyre
Juan Carlos Cortés Carcelén
Guillermo Fernández Maldonado Castro
Mario Ferrari Quiñe
Lourdes Flores Nano
Albert Alex Forsyth Solari
Pierre Foy Valencia
Fernando García Granara
Gorki Gonzales Mantilla
Ricardo Herrera Vásquez
Iván Jara Flores
Guillermo Lohmann Luca de Tena
David Lovatón Palacios
Fabricio Medrano García
Jorge Melo-Vega Castro
Juan Monroy Gálvez
Juan Morales Godo
Jorge Muñiz Zíches
César Ochoa Cardich
Arsenio Oré Guardia
Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Enrique Palacios Pareja
Antonio Peña Jumpa
César Pérez Vásquez
Luis Pizarro Aranguren
Jorge Price Masalías
Víctor Raúl Ramírez Vásquez
Elizabeth Salmón Gárate
Lizardo Taboada Córdova
Jorge Toyama Miyagusuku
Ana Velazco Lozada
María del Rocío Villanueva Flores
Luis Vinatea Recoba
Shoschana Zusman Tinman

Presentación

En esta oportunidad ponemos a vuestra disposición, el número 52 de la Revista «**DERECHO PUC**» correspondiente a su edición diciembre 1998-abril 1999, órgano oficial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y que tiene como objetivo difundir la labor de investigación de sus profesores. Como en anteriores números, contamos con la valiosa e importante colaboración de profesores extranjeros, así como de profesores de otras facultades de Derecho de nuestro país. Ello con la finalidad de dar a conocer el nivel de la investigación de nuestra Escuela de Derecho a la par de estrechar, con mayor vinculación aún, los lazos que nos unen con otras facultades de Derecho.

Esta edición de la Revista «**DERECHO PUC**» que ponemos a su disposición ha sido elaborada con la plena colaboración de un nuevo Consejo Editorial, integrado por los señores doctores César Guzmán Barrón, Profesor Principal, José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, Profesor Asociado y Francisco Avendaño Arana, Profesor Auxiliar, quienes al lado del representante estudiantil señor Milko Briones Quispe, fueron designados por el Consejo de Facultad en Diciembre de 1998, a los que asiste con singular eficiencia como Secretaria del Consejo Editorial la señorita doctora Mariella Trujillo Württele, Asistente de Docencia en nuestra Facultad.

Como siempre, es invalorable el apoyo que nos brinda el Fondo Editorial de nuestra Universidad, que nos permite llegar a ustedes con una edición que esperamos llene sus expectativas. Nuestro especial agradecimiento a cada uno de sus directivos y miembros, en especial a su Presidente, el doctor Fernando de Trazegnies Granda, sin cuyo permanente aliento no podríamos ahora hacer llegar a ustedes esta edición que, confiamos, esté a la altura de vuestras justas expectativas.

El profesor Fernando de Trazegnies, además, nos honra en esta oportunidad con su texto «***Discurso por el Sesquicentenario de la inmigración china***» donde diserta sobre la historia de la inmigración china en nuestro país, y su influencia cultural, social y económica, y que presentamos con singular orgullo esta vez dentro del rubro de trabajos interdisciplinarios.

Como en nuestra anterior edición, una vez más hemos acudido a una institución específica del Derecho como tema central de «**DERECHO PUC**» número 52. Dada la importancia y próxima vigencia de la ***Conciliación*** como institución del Derecho Procesal, y de su actual debate en nuestro

medio jurídico, como solución pacífica de controversias en la sociedad civil, habida cuenta de la promulgación de la Ley N° 26872, que establece su paso obligado antes de ingresar de lleno al litigio judicial, hemos considerado incorporar diversos trabajos realizados por diferentes expertos en la materia y que abordan el estudio de esta institución desde diversas perspectivas, así como un anexo correspondiente a la Ley N° 26872 y sus modificatorias. De esta manera, iniciamos esa temática con el valioso aporte del profesor Manuel Ortells Ramos, catedrático de la Universidad de Valencia, quien nos entrega el trabajo titulado «***Profesiones Jurídicas, Formación Jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España***».

Dentro de esa misma línea también ponemos a vuestra disposición, debido a la iniciativa del profesor César Guzmán Barrón, miembro de nuestro Consejo Editorial, quien como Director del Centro de Conciliación de nuestra Universidad sugirió esta temática y brindó su apoyo con algunos de trabajos de los miembros de esta Institución que encontramos en este número, aportando al mismo tiempo el trabajo de su autoría «***La Conciliación: principales antecedentes y características***». La doctora Rosely Shirakawa Okuma, ex alumna de nuestra Facultad, ha remitido el trabajo titulado «***La Conciliación Extrajudicial en el Perú como medio para promover una cultura de paz***». Por su parte, el doctor Renzo Vigo Carrillo entrega su trabajo titulado «***¿Estamos preparados para asumir el reto de la conciliación?***»; y a la par encontraremos la colaboración del doctor Fabián Núñez Pérez, quien entrega una interesante colaboración sobre «***La idea del conflicto y el rol del abogado frente a él***». También en este tema contamos con la colaboración del profesor Aníbal Sierralta Ríos, quien ha remitido un importante trabajo denominado «***La negociación en el proceso conciliatorio***». Por su parte el Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (IPRECON) se hace presente en este número, a través de los trabajos de investigación de sus diversos miembros, como es el caso del profesor Iván Ormachea Choque, con su trabajo «***Violencia familiar y Conciliación***»; del doctor Javier La Rosa Calle, con el trabajo titulado «***Los principios de la Conciliación y la Ley N° 26872***»; y del doctor José Zegarra Pinto, quien ha enviado el trabajo titulado «***Análisis y comentarios a la Conciliación extrajudicial: la experiencia del IPRECON (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación)***». Finalmente, también dentro de este tema, encontraremos la colaboración del ex alumno de nuestra Facultad doctor Christian Stein Cárdenas, con el trabajo titulado «***A conciliar: preparándose para una negociación asistida***».

En el campo del Derecho Civil contamos con el aporte del profesor Carlos Fernández Sessarego con el trabajo «***Naturaleza tridimensional de la "persona jurídica"***». Así también, el profesor Juan Espinoza Espinoza ha aportado el trabajo denominado «***Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad***». Y cerramos

este rubro con el trabajo «*Algunas cuestiones fundamentales sobre el Deber Jurídico*» del profesor Freddy Escobar Rozas.

En el área del Derecho Constitucional, como en otras oportunidades, contamos con la ya permanente presencia del profesor Domingo García Belaunde, quien nos alcanza un interesante estudio sobre las «*Bases para la historia constitucional del Perú*». El mismo profesor García Belaunde, antiguo y entusiasta impulsor de DERECHO PUC, miembro hasta hace poco de nuestro Consejo Editorial, ha tenido la amabilidad de remitirnos la traducción del artículo del profesor Miguel Reale, denominado «*Sobre el origen del término "tridimensionalismo jurídico"*» y que constituye complemento de un trabajo sobre el mismo tema que publicáramos en nuestra edición Nº 50. Así, otro asiduo colaborador y amigo de nuestra Revista y de nuestra Facultad de Derecho, el catedrático español Francisco Fernández Segado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, nos presenta en esta oportunidad el trabajo sobre «*El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales*». A esa misma Facultad de Derecho pertenece el profesor José Julio Fernández, quien ha remitido un interesante estudio sobre «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia constitucional*». También dentro de esta especialidad del Derecho contamos con el aporte del profesor Jhonny Zas Friz Burga con un interesante análisis sobre «*La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales*». Asimismo, complementa ello el importante trabajo del profesor Eduardo Hernando Nieto, también permanente colaborador de nuestra Revista, sobre las «*Teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la igualdad, la libertad y la virtud?*».

La Administración de Justicia es un tema de permanente evaluación, tanto en nuestro país como en el exterior, y sin duda alguna se encuentra estrechamente vinculado al Derecho Procesal y su Teoría General, o Derecho Jurisdiccional, si se prefiere. En este número contamos con la valiosa colaboración del profesor doctor Robert Barker, de la Universidad de Duquesne, con el trabajo «*El federalismo y la Administración de Justicia en los Estados Unidos*».

El Derecho Internacional Público, desde la interesante perspectiva del Derecho Penal, será abordado en primer orden por el profesor Kai Ambos, Investigador del Instituto Max Plank, quien ha enviado el importante trabajo denominado «*Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional*». En la misma área del Derecho Internacional Público, pero en la especialidad de los Derechos Humanos, es para nosotros de especial significado poder contar en este número con la valiosa colaboración del profesor Miguel De la Lama, antiguo profesor de nuestra Facultad y renombrado especialista peruano en esa materia, con actual presencia internacional en Ginebra,

Suiza, quien nos ofrece un análisis sobre la «*Protección internacional de los Derechos Humanos : los mecanismos extra convencionales de las Naciones Unidas*».

En el área del Derecho Procesal y su Teoría General, el profesor Bryant Garth, Director de la *American Bar Foundation,* nos ha remitido la ponencia que expusiera en el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal, titulado «*Franz Klein, Mauro Cappelletti, and the mission of Comparative Procedural scholars*», donde resulta interesante apreciar el análisis de un jurista norteamericano formado en el sistema jurídico del *Common Law*, analizando en el sistema comparado a los principales autores del presente siglo en el Derecho Procesal del *Civil Law*. También contamos con la colaboración del profesor Geoffrey Hazzard Jr., ex-Presidente del *American Law Institute,* de Philadelphia, quien con gran amabilidad ha remitido el trabajo titulado «*Civil Litigation without frontiers: Harmonization and Unification of Procedural Law*» que constituye el necesario preámbulo de la publicación, también en este número, del «*Discussion Draft Nº 1 Transnational Rules of Civil Procedure*», importante trabajo internacional por lograr reglas comunes en el Derecho Procesal Civil más allá de las fronteras físicas y jurídicas (*Common Law y Civil Law),* y cuya principal autoría corresponde a los profesores Geoffrey Hazard y Michele Taruffo, de la Universidad de Pavia. Cabe indicar además que este proyecto reúne la participación de los más importantes profesores e investigadores del Derecho Procesal y su Teoría General de diversos lugares del mundo, bajo la dirección precisamente del profesor Hazard, con la asistencia del profesor Antonio Gidi, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bahía, Brasil, actual profesor visitante en el *American Law Institute* y del *Law School* de la Universidad de Pensilvania, quien al mismo tiempo aporta la necesaria introducción a dicho proyecto titulada «*Apresentação ao Projeto as Normas Transnacionais de Processo Civil*». La importancia de dichos trabajos también son publicados en esta edición, siguiendo una metodología iniciada tres números atrás, en su formato bilingüe, bajo los títulos «*El Litigio Civil sin fronteras: Armonización y Unificación de las Normas Procesales*» en el caso del trabajo del profesor Hazard; «*Franz Klein, Mauro Cappelletti, y la misión de los investigadores del Derecho Procesal Comparado*» en el caso del profesor Bryant Garth; «*Presentación del Proyecto de las Normas Transnacionales del Proceso Civil*» en el caso del profesor Antonio Gidi; «*Primer Proyecto de Trabajo de las "Normas Trasnacionales del Proceso Civil"*» en el caso del trabajo conjunto de los profesores Hazard y Taruffo.

A nivel nacional, el profesor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, ex Decano de nuestra Facultad, colabora con un interesante trabajo sobre «*La Teoría General del Proceso*». Dentro de la misma especialidad del Derecho Procesal, el profesor Aníbal Quiroga León desarrolla el siempre interesante tema -aún poco conocido- de «*La Casación Civil: Mito y Realidad. Proyecto de Ley Modificatoria*», y que contiene un proyecto de ley sobre la

materia en donde grafica los aspectos teóricos que esboza. Finalmente, el profesor Carlos Matheus López nos alcanza el trabajo «***Breves notas sobre el concepto de Acción***».

El Derecho de Familia, en esta oportunidad, es tratado desde diversas perspectivas. Así, encontramos la importante colaboración del profesor Nelson Reyes Ríos sobre el «***Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso***». La profesora Carmen Julia Cabello Matamala ha remitido un interesante trabajo sobre el Derecho de Familia y el Derecho Procesal referido al «***Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar***».

En el siempre importante campo del Derecho Penal, contamos con el aporte del profesor Iván Meini, quien ha remitido un importante estudio sobre la «***Responsabilidad Penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados***». Para finalizar esta materia, la profesora María Consuelo Barletta Villarán aborda el tema de actualidad de «***El adolescente infractor: de menor a pandillero***».

La protección de los accionistas minoritarios en el actual esquema de la Ley General de Sociedades de reciente promulgación es un tema de singular importancia, donde incluso se cuenta con una entidad colegiada, dependiente del CONASEV, con el objeto de resolver los conflictos que se presentan entre las mega sociedades anónimas abiertas y sus accionistas minoritarios. En ese sentido, este tema es abordado por el profesor Alonso Morales Acosta, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, quien ha remitido el trabajo titulado «***La protección del accionista minoritario en las Sociedades Anónimas Abiertas***».

En materia de Derecho Registral contamos con la investigación conjunta de la profesora Elena Vivar Morales y del profesor Carlos Sánchez Velandia, de Venezuela, sobre la «***Modernización del Sistema registral Peruano y Venezolano. Balance y perspectivas***».

La enseñanza legal es un tema recurrente en la preocupación de las escuelas de Derecho, y se halla siempre presente en los diversos congresos tanto nacionales como extranjeros. Nuestra Facultad ha marcado, desde los años setenta, el paso de vanguardia sobre la materia y dedica especiales espacios de estudio y reflexión a su mejora, basados en la idea conjunta de que no se puede renunciar a la capacidad de creatividad y que la mejora en la calidad de la enseñanza siempre es posible, como esfuerzo necesario y continuo. Además, interesa sobremanera el abordar los diferentes enfoques y avances que respecto de ésta se dan, puesto que con ello podremos seguir contribuyendo al desarrollo de las futuras generaciones de abogados que egresen de nuestras aulas. Producto singular de este empeño se halla graficado en el estudio del profesor Marcial Rubio Correa, Vicerrector Administrativo de nuestra Universidad, quien con la generosidad que le caracteriza entrega, en esta ocasión, el trabajo que contiene el análisis y conclusiones, producto de su aporte y de la necesaria discusión colectiva,

bajo el título «*Proyecto de un nuevo Sistema de Enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*». Y dentro de este mismo tema, en un ángulo diferente, contamos en esta oportunidad con la valiosa colaboración de la profesora Shoschana Zusman Tinman quien nos ilustra con un interesante trabajo titulado «*Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho : la destreza legal*». Finalizando este espacio, contamos también con el aporte del doctor Gorki Gonzales Mantilla, con el trabajo titulado «*Acciones de interés público y enseñanza del Derecho: paradigmas y utopías*».

Esta es entonces, la cuarta Edición que **DERECHO PUC** se realiza bajo nuestra dirección, y no quisiéramos dejar de manifestar nuestro profundo agradecimiento a todas y cada una de las personas que de uno u otro modo han hecho realidad la misma, y a quienes vienen colaborando de modo desinteresado en este importante proyecto de la Facultad. Es por ello que creemos, con todo fundamento, que este esfuerzo y la colaboración de las personas que nos brindan su permanente aliento y apoyo está dando frutos importantes y, como evidencia de esto, estamos por alcanzar la meta trazada de poner a vuestra disposición una edición anual de nuestra Revista, y lograr en un futuro no lejano tener en circulación una edición semestral.

En nombre del Consejo Editorial de **DERECHO PUC** desearía agradecer, finalmente, de modo especial al señor Decano de nuestra Facultad, doctor Armando Zolezzi Möller, por su constante apoyo y confianza dispensadas. Al señor doctor Javier Neves Mujica, Jefe del Departamento Académico de Derecho, por su infatigable aliento. A la señora Mag. Carlota Casalino Sen, por la calidad y entusiasmo demostrados en el cuidado de la edición. A la señora Ana María Asmat, de la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho, por su eficiente colaboración desde la primera edición que tuvimos a nuestro cargo. A la señorita doctora Mariella Trujillo Württele, Secretaria del Consejo Editorial y Asistente de Docencia de nuestra Facultad, por su indesmayable esfuerzo que ha facilitado esta labor. A nuestros colaboradores personales, señorita Michelle Montaño Derteano, señor Gabriel Quispe-Correa Angulo, señorita Ana Christopherson Escobar, y señor Daniel Raa Ortiz, alumnos de nuestra Facultad, por su desinteresado aporte en las labores de la Secretaría del Consejo Editorial y participación, en su caso, en la corrección de las traducciones utilizadas de los diversos artículos que podemos poner a su disposición en edición bilingüe. Y, finalmente, a la señorita Beatriz Landauro, mi Secretaria personal, infatigable y eficiente colaboradora, quien a diario nos asiste en el cuidado de la digitación de los trabajos y el orden del archivo de nuestra Revista.

San Miguel, abril de 1999

ANÍBAL QUIROGA LEÓN
Profesor Principal

Profesiones jurídicas, formación jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España.

Manuel Ortells Ramos

Nota previa

Las siguientes páginas, pesadas por su sequedad, pero tal vez útiles por los datos que ofrecen, constituyeron el informe español al tema «La formación jurídica en una sociedad contenciosa en evolución», uno de los que han sido tratados en el XI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Viena, en agosto de 1999.

1. Descripción de las profesiones jurídicas en España

1.1 Las profesiones jurídicas, en especial las relacionadas con la justicia civil, y el número de sus efectivos

1.1.1 Jueces y magistrados integrantes de la carrera judicial

La carrera judicial consta de tres categorías: Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado, Juez. Su función es ejercer la potestad jurisdiccional en las diferentes clases de tribunales. Por regla general establecida por la Constitución, la potestad jurisdiccional sólo puede ser atribuida a órganos integrados por estos empleados públicos (o por los que, temporalmente para resolver problemas de gestión de plantillas, pueden desempeñar sus funciones, según veremos en el apartado siguiente). La Constitución reconoce, como excepción, tribunales especiales cuyos integrantes no pertenecen a la carrera judicial: tribunales militares, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, Tribunal del Jurado competente en algunas materias penales, tribunales consuetudinarios y tradicionales -entre los que la Ley Orgánica del Poder Judicial

ha reconocido al Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana-. Los jueces de paz no pueden ser considerados como incluidos en la última excepción, pero han sido mantenidos por la LOPJ, sin que se hayan planteado dudas de constitucionalidad. Sobre el número de efectivos se informa en el siguiente apartado 2.

1.1.2 Jueces no profesionales: jueces de paz.

No es requisito para ser juez de paz ser licenciado en Derecho. Son elegidos por el pleno del Ayuntamiento del municipio donde existen juzgados de paz -que son todos aquellos donde no existen juzgados de primera instancia-. La competencia de estos juzgados en materia civil es: conciliación previa no obligatoria, asuntos litigiosos de cuantía no superior a 8,000 pesetas, funciones de Registro Civil. Sobre el número de efectivos véase, también, el siguiente apartado 2.

1.1.3 Otros jueces no profesionales

a) Magistrados suplentes: son nombrados anualmente por el Consejo General del Poder Judicial entre personas que reúnen los requisitos para ingresar en la carrera judicial. Su función es formar parte de los tribunales colegiados cuando no haya suficientes magistrados de carrera necesarios para constituirlos válidamente. b) Jueces sustitutos: se diferencian de los anteriores en que cumplen su función en órganos unipersonales cuando las necesarias sustituciones del titular no se han podido realizar con otros miembros de la carrera judicial. c) Jueces en régimen de provisión temporal: han de reunir los requisitos para acceder a la carrera judicial, son nombrados por la Sala de Gobierno de los tribunales superiores de justicia previo concurso de méritos entre los aspirantes. Su función es ocupar temporalmente las plazas que han quedado vacantes en los concursos de traslados entre miembros de la carrera judicial, si los órganos de gobierno del Poder Judicial estiman que la situación no puede resolverse adecuadamente con aplicación del régimen de sustituciones. Sobre el número de efectivos véase el siguiente apartado 2.

1.1.4 Cuerpo de secretarios judiciales

Son licenciados en Derecho que han debido realizar las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo, aunque también están previstos sistemas de desempeño provisional de funciones. Integrados en la organización

de los tribunales de justicia, sus principales funciones son el ejercicio de la fe pública judicial y colaborar con el juez en la dirección del procedimiento. El número de efectivos de esta profesión es, al 30 de junio de 1997, el siguiente: primera categoría: 44; segunda categoría: 1.921; tercera categoría: 564; total: 2.529.[1]

1.1.5 Cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes judiciales

No se requiere que sean licenciados en Derecho. Desempeñan dentro de los tribunales de justicia diversas funciones de colaboración material para la realización de los procedimientos y para el funcionamiento general del órgano.

1.1.6 Abogados

Licenciados en Derecho que ejercen profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y funciones extrajudiciales de asesoramiento y consejo jurídicos. Por regla general han de estar inscritos en algún colegio profesional, salvo que actúen al servicio de administraciones o entidades públicas con relación de dependencia funcionarial o laboral. El número de efectivos de esta profesión, limitado a los abogados inscritos como ejercientes, es, al 31 de diciembre de 1997, de 93,387; de los cuales 23,127 están inscritos en el Colegio de Madrid; 10,673 en el de Barcelona; 5,512 en el de Valencia; y, 3679 en el de Sevilla. [2],

1.1.7 Procuradores de los Tribunales

Licenciados en Derecho, inscritos en el correspondiente colegio profesional, que ejercen profesionalmente funciones de representación de las partes ante los tribunales, en el doble sentido de que actúan ante estos en nombre de aquellas -y bajo la dirección del abogado si está legalmente prescrita-, y de que reciben, en nombre de la parte, las resoluciones de los tribunales y los actos de la parte contraria. El número de efectivos de esta profesión es, en julio de 1998, de 8,428. [3]

1 Fuente: último escalafón del Cuerpo de Secretarios cerrado a 30 de junio de 1997. Agradezco la colaboración de D. Román Albaladejo.

2 Fuente: información facilitada por los servicios del Consejo General de la Abogacía Española, cuya colaboración agradezco.

3 Fuente: información facilitada por los servicios del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, cuya colaboración agradezco.

1.1.8 Graduados sociales

Son titulados universitarios de grado medio (diplomados) que, inscritos en el colegio profesional correspondiente, ejercen funciones de asesoramiento en materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y además pueden representar a los interesados en los procedimientos judiciales y administrativos sobre las materias citadas. Sólo en la Comunidad Autónoma de Madrid están inscritos más de 3,000 profesionales, que prestan servicios a más de quince mil empresas.[4]

1.1.9 Ministerio Fiscal

Licenciados en Derecho que acceden por oposición a un Cuerpo único. Sus funciones se ejercen principalmente en materia penal. En materia civil en sentido amplio también tienen funciones importantes: han de ser parte -con matices no procedentes ahora- en procesos sobre materias de estado civil (cuestiones matrimoniales, de filiación, de incapacitación), de protección de derechos fundamentales; pueden interponer recurso para unificar la interpretación de normas en el proceso especial sobre materias de trabajo y de seguridad social; intervienen mediante informe antes de resoluciones sobre temas de jurisdicción y competencia de los tribunales y de tramitación de recursos de casación. El número de efectivos de la Carrera Fiscal, a fecha de 1 de enero de 1995, era de 1.244. [5]

1.1.10 Notarios

Licenciados en Derecho que acceden mediante oposición gestionada por los poderes públicos al ejercicio de una profesión que tiene reguladas sus funciones, número y ámbito territorial del establecimiento profesional y honorarios por prestación de los servicios. Sus funciones son la intervención, con el efecto jurídico de fehaciencia, en los negocios y actos jurídicos privados, la documentación de los mismos y el asesoramiento para que, en la realización de esos actos y negocios, se cumplan las normas legales imperativas y los interesados estén advertidos de cómo expresar su voluntad para conseguir los resultados perseguidos. Los documentos que elaboran tienen un especial efecto probatorio en los procesos y son requisito necesario para el acceso de determinadas transaccio-

4 Fuente: Web del Colegio de Graduados Sociales de Madrid.

5 Fuente: *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pp. 323-344.

nes a Registros Públicos, muy destacadamente las transacciones inmobiliarias al Registro de la Propiedad. Los datos de los que he podido disponer sobre el número de efectivos de esta profesión se refieren a 1993, año en el que había 2,006 notarios, con establecimiento en todo el territorio, con oficinas cuyo tamaño y volumen de trabajo es muy diferenciado.[6]

1.1.11 Corredores de Comercio

Licenciados universitarios no sólo en Derecho sino también en ciencias económicas y empresariales, que acceden, mediante oposición gestionada por los poderes públicos, a una profesión cuyas competencias, retribuciones y establecimiento están regulados por normas. Sus funciones son: intervenir y documentar, con formas distintas a la notarial y ajustadas a la agilidad especial del tráfico jurídico mercantil, pero también con efecto jurídico de fehaciencia, los negocios y actos de ese sector del tráfico jurídico y asesorar en la celebración de los mismos. Actualmente, el Corredor, como fedatario especializado en el ámbito económico y mercantil, interviene prácticamente la totalidad de los negocios bancarios, préstamos, créditos, avales, contragarantías, transmisiones de valores, pignoraciones, contratos de garantía mercantil, así como los contratos de *leasing, factoring,* cesiones de crédito, entre otros.

1.1.12 Registradores de la Propiedad y Mercantiles

Licenciados en Derecho que acceden, mediante oposición, al ejercicio de una función pública pero prestada por profesionales independientes (que asumen el coste de los medios personales, materiales y organizativos para prestar el servicio), sometidos a una regulación jurídico-pública del acceso a la profesión, del desempeño de la misma y de las retribuciones. La función consiste en la realización, en los registros públicos a su cargo, de los asientos sobre la titularidad de derechos reales sobre bienes inmuebles, negocios jurídicos y actos con trascendencia sobre esa titularidad, negocios jurídicos respecto a determinados bienes muebles que pueden tener acceso a registro público (hipotecas y prendas sobre los mismos, operaciones de compraventa a plazos y *leasing*), actos y negocios jurídicos del tráfico mercantil con acceso al Registro (constitución de sociedades mercantiles y actos esenciales de la vida social, establecimiento de sucursales, entre otros).

6 S. Pastor Prieto, *Intervención notarial y litigiosidad civil,* Madrid, 1995, pp. 11-12.

1.2 Número de jueces (profesionales y legos, a tiempo completo o parcial, hombres y mujeres)

En el apartado anterior se ha dado información sobre el número de efectivos de aquellas profesiones jurídicas cuyos datos estaban disponibles. En este apartado se destaca esa información especialmente respecto a los jueces y magistrados. Los del apartado 1 son profesionales a tiempo completo. Los de los apartados 2, 3 y 4 no son profesionales de la Judicatura, aunque sí licenciados en Derecho, y desempeñan sus funciones interinamente.

1.2.1 Total de jueces y magistrados integrantes de la Carrera Judicial, y que prestan servicios en el Tribunal Supremo y en los diferentes órganos colegiados y unipersonales, a fecha 19 de febrero de 1997: 3,221.[7]

En cuanto a la distribución entre hombres y mujeres, a falta de información más actualizada en el Libro Blanco de la Justicia y en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1997, mencionaré datos relativos al 31 de enero de 1986: el número de mujeres jueces en ese momento suponía el 11%, tendiendo a incrementarse, dado que en la promoción última que pudo contabilizarse en un trabajo editado en 1987, las mujeres constituían prácticamente el 50% de la promoción.[8]

1.2.2 Magistrados suplentes nombrados para el año judicial 1996-1997:381.[9]

1.2.3 Jueces sustitutos nombrados para el año judicial 1996-1997: 995.[10]

1.2.4 Jueces en régimen de provisión temporal nombrados para el año judicial 1996-1997: 141.[11]

---

7 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 203.

8 J.J. Toharia, *«¡ Pleitos tengas!..». Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, pp. 15-16.

9 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 95.

10 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 95.

11 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 95.

1.3 La población de España

La población española, según el censo de 1996, era de 39'669,394 habitantes. De estos, 24'942,210 viven en poblaciones de más de 20,000 habitantes.[12]

1.4 Evolución de las cifras anteriores desde principios de siglo

No es posible ofrecer una exposición de conjunto, completa y coherente, de la evolución desde 1900 a la actualidad de las cifras de población y de efectivos de las profesiones jurídicas. Los datos que están disponibles, elaborados por expertos, son fragmentarios en cuanto a los períodos temporales considerados y no homogéneos en cuanto a la elaboración de los datos. Me limitaré a presentar tres tablas algo significativas.

1.4.1 Población española 1900-1996.[13]

Año del censo	Población	Crecimiento
1900	18.617.956	509.346
1910	19.992.451	1.374.495
1920	21.508.135	1.515.684
1930	23.844.796	2.336.661
1940	26.187.899	2.343.103
1950	28.368.642	2.180.743
1960	30.903.137	2.534.495
1970	34.041.531	3.138.394
1975	36.012.682	1.971.151
1981	37.682.355	1.669.673
1986	38.473.418	791.063
1991	38.872.268	398.850
1996	39.669.394	797.126

12 Fuente: Anuario El País 1998, pp. 387-388, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística.

13 Fuente: Anuario El País 1998, p. 387, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística.

1.4.2 Número de plazas de juez y magistrado creadas anualmente en tribunales con competencia civil en sentido amplio, desde la promulgación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, dictada a consecuencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.[14]

Año de creación	Número de plazas creadas
1989	210
1990	178
1991	216
1992	42
1993	29
1994	13
1995	45
1996	38

1.4.3 Censo de abogados ejercientes 1909-1991.[15]

Año	Número de abogados	Abogados por millón de habitantes
1909	6.368	
1914	8.137	
1915	7.276	
1916	7.076	
1917	7.596	
1932	9.018	
1933	10.278	
1939	5.971	
1940	4.232	
1941	4.308	
1942	4.515	

14 Fuente: Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 200.

15 Los datos desde 1909 a 1969 proceden de J.J. Toharia Cortés, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, p. 213; los datos desde 1980 en adelante, de S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 276.

Año	Número de abogados	Abogados por millón de habitantes
1943	5.629	
1969	15.874	
1980	41.098	748
1981	43.626	777
1982	48.303	841
1983	48.956	901
1984	52.067	946
1985	55.736	1.006
1986	61.045	1.089
1987	63.860	1.147
1988	68.264	1.219
1989	81.453	1.450
1990	77.688	1.380
1991	72.729	1.281

1.5 Comparación con la evolución de la litigiosidad civil durante el mismo período

El método sociológico aplicado al Derecho en el contexto español no tiene gran tradición. Sólo en tiempos relativamente recientes han empezado a elaborarse y publicarse estudios dedicados al análisis sociológico y económico de la realidad socio-jurídica española, realizados con una metodología adecuada a ese objeto.[16] Por otra parte, la exhaustividad y plena fiabilidad de tales estudios realizados por especialistas se enfrenta con el obstáculo de la falta de unas estadísticas judiciales suficientemente desagregadas, fiables en las cifras que ofrecen, elaboradas con puntualidad temporal y relativas a series temporales bastante largas para realizar análisis comparativos de períodos prolongados.[17]

16 A los que ya han sido citados hasta ahora, deben añadirse el trabajo pionero de J.J. Toharia Cortés, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974; M. Roig Alonso, *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresarials, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988.

17 El Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 67, reconoce que «la estadística actual -...- no es la estadística fiable y cualitativa que precisa la Administración de Justicia».

Este problema afectará de modo importante a la información que se pide dentro de este apartado, y también a la de aquellos apartados que requieran referencias estadísticas.

Desde una perspectiva de no especialista -como es la del profesor que elabora este informe- resulta adecuado limitarse a exponer la conclusiones a las que hasta ahora han llegado los especialistas y, si es conveniente, reproducir las series temporales consideradas por ellos.

1.5.1 Período 1900 a 1970

Ha sido estudiado por Toharia Cortés en su obra «Cambio social y vida jurídica en España».[18]

El objetivo de su análisis era comprobar la incidencia del llamado «desarrollo económico español» en la evolución de la realidad jurídica española.

En el período 1900-1959 la economía española no experimentó cambios estructurales profundos. Estos se produjeron a partir de la década 1960-1970. Específicamente: decrecimiento progresivo de la población activa agraria e incremento de la ocupada en los sectores industrial y de servicios; la tasa anual de crecimiento de la renta *per capita* se situaba en cifras muy bajas hasta 1960, año en el que se inició con continuidad una mayor tasa de crecimiento; aumento importante de la constitución de sociedades anónimas (entre 1910-1920 se constituyeron 4.862; entre 1940-1950: 7.827; entre 1950-1960: 10.576; 1961-1968: 26.631); aumento muy notable de la población residente en localidades de mayor tamaño.

Para investigar la repercusión de estos cambios socioeconómicos en la realidad jurídica del Derecho Privado, Toharia distingue entre la que llama vida jurídica civil, que se desarrolla fuera de la actividad de los tribunales de justicia, y la vida judicial civil.

Para examinar la evolución de la vida jurídica civil utiliza el indicador del número de actos notariales.

En el aspecto cuantitativo la evolución producida la ilustra esta tabla que recoge las tasas de actividad notarial en España en el período 1900-1970 (número de actos notariales por cada 1.000 habitantes).[19]

18 Editada en Madrid, 1974. Lo que se expone en el texto es -mientras no se indique lo contrario- un resumen de los contenidos más importantes de esa obra, útiles para este informe.

19 Tabla procedente de J.J. Toharia Cortés, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, p.155.

Años	Número actos por 1.000 habitantes
1900	—
1905	—
1910	28,1
1915	26,2
1920	30,7
1925	37,4
1930	40,2
1935	31,2
1940	23,9
1945	33,5
1950	45,1
1955	48,9
1960	59,8
1965	85,7
1968	199,0

En cuanto a los cambios en la composición cualitativa de la actividad notarial, Toharia hace notar que los contratos en general y los protestos de los documentos de giro aumentan de modo considerable (1950: 63,4 por ciento del total; 1969: 72,5 por ciento del total), mientras que descienden los actos considerados como tradicionales de la intervención notarial (los actos respecto a sucesiones hereditarias y contratos por razón de matrimonio pasan del 12,2 por ciento en 1950 al 5 por ciento en 1969).

La evolución de la vida judicial civil se aprecia con el número de asuntos ingresados en los tribunales de justicia y examinando la composición cualitativa de la demanda judicial.

La siguiente tabla refleja el número de asuntos contenciosos ingresados en los juzgados de primera instancia y la tasa de asuntos por cada mil habitantes.[20]

20 Tabla procedente de J.J. Toharia Cortés, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, p. 173.

Años	Número de asuntos	Número por 1.000 habitantes
1906	28.985	1,44
1940	78.836	3,01
1945	46.633	—
1950	62.545	2,20
1953	50.190	1,76
1954	55.035	1,91
1955	53.710	1,85
1956	51.542	1,76
1957	50.105	1,70
1958	53.415	1,78
1959	55.987	1,86
1960	56.894	1,87
1961	57.611	1,89
1962	59.556	1,93
1963	56.436	2,10
1964	67.093	2,14
1965	67.256	2,12
1966	67.105	2,10
1967	64.384	2,00
1968	57.808	1,71
1969	62.483	1,83

El análisis de estos datos conduce a Toharia a destacar el escaso aumento de la litigiosidad civil y mercantil a pesar de los cambios socioeconómicos producidos y del notable incremento de la actividad en la vida jurídica civil. Habría que realizar una matización: si a las cifras que Toharia considera, se añadieran las de los asuntos de la competencia de los juzgados municipales y comarcales, el número de asuntos civiles en primera instancia experimentaría un notable incremento.

En cuanto a la composición cualitativa de la litigiosidad civil es ilustrativa la siguiente tabla, que refleja la tasa por cien mil habitantes de asuntos resueltos, en total y en las cuatro clases de asuntos cuantitativamente predominantes en los Juzgados de Primera Instancia.[21]

21 Tabla procedente de J.J. Toharia Cortés *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, p. 176.

Años	Total	Proceso ordinario mayor valor	Proceso ordinario menor valor	Sucesiones	Proceso sumario deudas especial documentación
1953	125,6	5,7	—	—	—
1954	133,2	7,2	—	—	—
1955	131,6	6,5	7,6	49,2	39,0
1956	124,5	4,0	—	—	—
1957	119,5	4,0	—	—	—
1958	125,5	3,6	10,4	57,0	31,3
1959	127,3	3,8	10,3	50,4	40,0
1960	128,7	4,0	11,3	45,1	46,9
1961	129,0	4,1	12,1	44,7	48,3
1962	131,9	4,3	12,4	45,0	50,6
1963	142,3	4,6	12,9	46,2	61,3
1964	147,0	4,2	11,2	45,9	68,0
1965	142,4	4,1	11,4	47,6	63,3
1966	142,9	4,5	12,2	47,6	62,3
1967	134,3	3,6	10,5	47,9	58,1

La importancia que mantiene los asuntos de sucesiones llama la atención a Toharia. Probablemente se explica porque en esa clase de asuntos han sido incluidas las declaraciones judiciales de herederos en los casos de falta de testamento, que no es procedimiento de jurisdicción contenciosa. Si es así, el mantenimiento de esa importancia cuantitativa no supondría ninguna peculiaridad de la litigiosidad civil.

La apreciación final de Toharia sobre la evolución de la vida judicial civil es la de que el incremento muy importante de la vida jurídica civil ha coexistido a finales de este período con una evasión de los tribunales civiles de un número también importante de potenciales litigios. Para Toharia las causas de esto son, junto a las tradicionales de la lentitud y coste de los procesos judiciales, la inadecuación de estos procedimientos y de la actitud de los jueces frente a un nuevo tipo de litigio. Este nuevo tipo de litigio se caracterizaría por ser más una cuestión de intereses a componer, que una cuestión de Derecho a resolver: a su vez, los jueces estarían formados más para lo segundo que para lo primero.

Civiles en sentido amplio son los asuntos en materia de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, que en este período estaban atribuidos a la competencia de tribunales especiales integrados, después de la guerra civil, por jueces técnicos. La siguiente tabla refleja los asuntos presen-

tados ante los tribunales de trabajo de primera instancia.[22] Puede observarse que estos asuntos experimentan un notable incremento a partir de la mitad de la década de 1960.

Años	Número de asuntos
1959	51.573
1960	49.865
1961	44.862
1962	43.929
1963	54.981
1964	58.339
1965	63.784
1966	68.914
1967	86.233
1968	95.744
1969	87.235
1970	121.555

1.5.2 Período 1970 a 1980

Este período ha sido estudiado también por Toharia Cortés, en su obra «¡Pleitos tengas!...Introducción a la cultura legal española» .[23]

Advierte, de entrada, este autor que el volumen de litigiosidad civil creció sustancialmente a lo largo de la década 1970-1980.

Ilustra esa situación la siguiente tabla, que refleja los asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia y la tasa de tales asuntos por 1.000 habitantes.[24] Como hice notar en el apartado 1 anterior, estos números han de ser corregidos al alza para incluir los asuntos de los juzgados municipales y comarcales.

22 M. Roig Alonso, *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español)*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresarials, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988, cuadro número 2.

23 Editada en Madrid, 1987. Salvo expresa advertencia en sentido diferente, en el texto se hace una selección y resumen de sus contenidos importantes para este informe.

24 Tabla procedente de J.J. Toharia Cortés, *«¡ Pleitos tengas!». Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, p. 76.

Año	Número total asuntos	Tasa por mil habitantes
1970	78.448	2,32
1971	84.960	2,50
1972	78.660	2,29
1973	75.984	2,19
1974	93.400	2,66
1975	107.648	3,03
1976	114.328	3,18
1977	128.530	3,55
1978	145.933	3,98
1979	150.290	4,06
1980	183.333	4,92

La actividad jurídica no judicial, medida por el indicador de los instrumentos notariales autorizados, también ha tenido un crecimiento muy importante, como puede apreciarse en la tabla siguiente.[25]

Año	Número total	Tasa por mil habitantes
1970	4.806.547	142,1
1971	4.791.404	140,6
1972	4.426.506	128,8
1973	4.734.047	136,5
1974	5.632.583	160,8
1975	6.027.483	169,9
1976	6.217.039	173,5
1977	6.904.581	190,4
1978	7.217.164	196,8
1979	7.770.089	209,4
1980	8.391.130	225,1

25 Tabla procedente de J.J. Toharia, *«¡ Pleitos tengas!.»". Introducción a la cultura legal española*, Madrid, 1987, p. 78.

Toharia destaca que, a diferencia de la que había sido la tendencia hasta 1970, el porcentaje de incremento de los indicadores de la litigiosidad civil ha sido muy superior al de los indicadores de la actividad jurídica no judicial (entre 1970 y 1980 los primeros crecieron un 134 por ciento, mientras que los segundos sólo lo hicieron en un 75 por ciento), lo que le permite concluir que el volumen neto de la litigiosidad civil ha aumentado sustancialmente en España en el período considerado.

La composición cualitativa de esa litigiosidad mantiene la tendencia mostrada en el período anterior. Los asuntos tramitados por el proceso ordinario más complejo (asuntos de mayor valor económico), por el ordinario menos complejo (valor económico inferior) y por el proceso sumario para reclamar deudas de dinero que consten en una documentación específica (el llamado juicio ejecutivo) suponían, en 1970, el 74,3 por ciento de los asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia; en 1975 ascendieron al 82,3 por ciento; en 1980 constituían el 80,9 por ciento.

Los asuntos en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social experimentaron también un fuerte crecimiento en este período, como puede observarse en la tabla siguiente que refleja los asuntos ingresados en los tribunales unipersonales de primera instancia.[26]

Año	Número de asuntos ingresados
1970	121.555
1971	135.074
1972	131.518
1973	126.390
1974	157.340
1975	192.838
1976	259.306
1977	291.909
1978	385.219
1979	428.913
1980	270.002

26 M. Roig Alonso, *Economía de la Justicia (Un primer análisis del caso español)*, Facultat de Ciències Econòmiques i Empresarials, Universitat de València, Quaderns de treball, número 15, abril, 1988, cuadro número 2.

1.5.3 Años posteriores a 1980

El estudio más actualizado es el que presenta Pastor Prieto en su obra «¡Ah de la justicia! Política judicial y economía».[27]

El siguiente cuadro refleja el número global de asuntos presentados ante los tribunales civiles de primera instancia en los años desde 1983 a 1990.[28]

Años	Número de asuntos
1983	397.070
1984	400.575
1985	396.982
1986	395.436
1987	414.123
1988	432.999
1989	435.517
1990	548.414

Para la correcta interpretación de la tabla anterior hay que tener en cuenta que: 1º) se incluyen los asuntos presentados ante los juzgados de distrito, mientras que en las cifras de los anteriores apartados 1 y 2 no se incluyeron, por no disponer de las mismas, las cifras de asuntos ante los juzgados municipales y comarcales (anterior denominación de los juzgados de distrito); 2º) desde 1981 los asuntos de separación matrimonial y divorcio experimentaron un importante incremento, por la profunda modificación del Derecho Matrimonial español.

Para la composición cualitativa de la litigiosidad civil el estudio citado de Pastor Prieto ofrece cifras de 1986, separando las correspondientes a los juzgados de primera instancia y las de los juzgados de distrito. Hasta 1989 la competencia para conocer de la primera instancia de las materias civiles estaba distribuida entre esas dos clases de tribunales. En 1989 los juzgados de distrito fueron transformados en juzgados de primera instancia, de modo que la competencia sobre

27 Editada en Madrid, 1993. Salvo expresa advertencia el apartado C del texto es un resumen de lo más importante de la obra citada, que tiene interés para este informe.

28 Elaborado a partir de la tabla que recoge S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 74.

materias civiles en la primera instancia corresponde a una sola clase de tribunal.

Las dos siguientes tablas ilustran sobre el porcentaje de las diferentes clases de asuntos ante los juzgados de primera instancia, con referencia al año 1986.

La primera se refiere a la clase de procedimiento que ha seguido el asunto.[29]

Clase de procedimiento	%
Ordinario mayor cuantía	1,5
Ordinario menor cuantía	13,8
Ejecutivo (sumario documental)	54,9
Ejecución hipotecaria especial	7,0
Protección derechos Registro Propiedad	0,3
Arrendamientos urbanos	1,8
Arrendamientos rústicos	0,2
Herencias	0,5
Insolvencias	2,3
Incidentes	0,9
Protección sumaria de la posesión	1,5
Retractos	0,2
Justicia gratuita	4,5
Otros	11,1

La segunda tabla ilustra sobre las clases de asuntos según su valor económico.[30]

Valor en pesetas	%
Hasta 100.000	11,1
De 100.000 a 150.000	15,3
De 150.001 a 500.000	25,5
Más de 500.000	30,5
Cuantía no estimable	7,7
No consta determinación sobre cuantía	9,9

29 Elaborado a partir de la tabla que recoge S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 79.

30 Elaborado a partir de la tabla que recoge S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 79.

La siguiente tabla refleja la composición cualitativa de la demanda de tutela judicial a los juzgados de distrito en 1986.[31]

Clase de asunto	Número de asuntos	%
Acto de conciliación	25.817	14,9
Juicio verbal	35.127	20,3
Juicio de cognición	57.629	33,2
Arrendamientos urbanos	54.151	31,2
Arrendamientos rústicos	1.004	0,6

Con referencia a los tribunales especiales de trabajo, que en 1988 fueron transformados en tribunales especializados dentro de la organización judicial única, el siguiente cuadro informa del número de asuntos presentados en primera instancia. [32]

Año	Número de asuntos
1981	300.000
1982	286.000
1983	340.000
1984	348.000
1985	295.000
1986	267.000
1987	268.000
1988	265.000
1989	267.000
1990	277.000

31 Tabla elaborada por S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 80.

32 Elaborado a partir de la tabla que recoge S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 103.

2. Breve descripción de la litigiosidad civil en el momento presente

2.1 Número de asuntos ingresados y resueltos

Los datos más recientes disponibles son los que ofrece la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1997, que van referidos a 1996, pero que consideran frecuentemente, a efectos comparativos, los cuatro años anteriores.

En este informe recogeremos, salvo especial indicación, los cuadros en los que se especifican los asuntos pendientes a principio de año, los ingresados en el año, los resueltos en el año y los pendientes a fin de año.

Los cuadros se refieren a la actividad de diversas clases de tribunales competentes en materia civil en sentido amplio. En algunos de estos tribunales los asuntos son, total o principalmente, recursos; en otros, total o principalmente asuntos en primera instancia. La anterior circunstancia se indicará, respectivamente, con las expresiones «recursos» y «primera instancia», entre paréntesis, junto al nombre del tribunal.

2.1.1 Juzgados de Primera Instancia

La siguiente tabla refleja los asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia en los años 1992-1996 y el porcentaje de evolución del último año sobre el primero del quinquenio.[33]

Años	1992	1993	1994	1995	1996	% evolución
Asuntos	606.697	681.760	673.730	636.652	601.418	-0,87

El siguiente cuadro refleja el número de asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia especializados en materia de familia (primera instancia).[34]

33 Elaborada a partir del cuadro recogido en Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 263.

34 Elaborado a partir del cuadro recogido en Consejo General Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 269.

Años	1992	1993	1994	1995	1996	% evolución 1992-1996
Asuntos	66.777	72.423	79.161	82.580	83.990	25,78

2.1.2 Juzgados de lo social (primera instancia; materia civil en sentido amplio - Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-)

El siguiente cuadro se refiere sólo a los asuntos del año 1996.[35]

	Pendiente Inicio año	Ingresado en año	Resuelto	Pendiente fin año	Sentencias
Número asuntos	90.233	261.140	267.917	83.456	164.331

Se hace notar la desagregación (que falta en los datos del anterior apartado 1) entre «asuntos resueltos» y «sentencias»", que pone de manifiesto el número de asuntos que se terminan mediante conciliación ante el Juzgado de lo Social o por desistimiento.

2.1.3 Audiencias provinciales (recursos)[36]

Año	Asuntos			
	Pendientes al inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes al finalizar el año
1992	50 767	82 328	79 188	53 907
1993	53 907	86 803	86 327	54 383
1994	54 383	96 202	87 871	62 714
1995	62 714	101 882	89 280	75 316
1996	75 316	115 258	102 750	87 824

35 Elaborado a partir del cuadro recogido en Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 281.

36 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 259.

2.1.4 Tribunales superiores de justicia

a) Salas de lo civil (recursos) [37]

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final de año
1992	26	54	60	20
1993	20	99	84	35
1994	35	108	92	51
1995	51	133	136	48
1996	48	136	135	49

b) Salas de lo social (recursos; materia civil en sentido amplio - Derecho del trabajo y de la Seguridad Social-)[38]

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final de año
1992	28 621	46 875	42 302	33 194
1993	33 194	49 762	44 369	38 587
1994	38 587	53 484	47 964	44 123
1995	44 123	55 839	48 610	51 352
1996	51 352	57 577	54 930	53 999

37 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 234.

38 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 248.

2.1.5 Tribunal Supremo

a) Sala de lo Civil (recursos)[39]

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final de año
1992	5 510	4 016	2 795	6 731
1993	6 731	3 324	3 464	6 591
1994	6 591	3 660	3 905	6 346
1995	6 346	3 782	2 902	7 226
1996	7 226	3 989	3 118	8 097

b) Sala de lo social (recursos; materia civil en sentido amplio -Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-)[40]

Año	Asuntos			
	Pendientes a inicio del año	Iniciados en el año	Resueltos en el año	Pendientes a final de año
1992	1 790	4 168	2 502	3 456
1993	3 456	3 733	3 368	3 821
1994	3 821	4 025	4 191	3 655
1995	3 655	4 120	4 452	3 323
1996	3 323	4 672	4 592	3 403

39 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 213.

40 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 215.

2.2 Tendencias recientes en la composición cualitativa de la litigiosidad civil

Las estadísticas que ofrece la Memoria del Consejo General del Poder Judicial no desagregan las clases de asuntos civiles, más allá de los de familia tramitados por juzgados especializados y de los asuntos laborales, que hemos considerado civiles en sentido amplio.

A partir de algunos datos de esa estadística y de la información que proporciona Pastor Prieto[41] se puede establecer la conclusión, de valor sólo aproximativo, de que la litigiosidad civil (en sentido amplio) se centra, principalmente, en las siguientes clases de asuntos: litigios laborales y de seguridad social, reclamaciones de deudas que constan en documentos específicos y pueden acceder a un procedimiento declarativo facilitado, litigios por ruptura matrimonial y litigios en materia de arrendamientos urbanos.

No es posible conocer las materias sobre las que versan los procesos que se tramitan por vía ordinaria, así como tampoco la frecuencia con la que se solicitan medidas cautelares en relación con un proceso principal.

3. Descripción de la formación jurídica en España

3.1 Formación jurídica impartida por la Universidad

3.1.1 y 3.1.2 Número de facultades de Derecho en España. Públicas y privadas.

La información relevante se presenta sintéticamente en el siguiente cuadro.[42]

41 S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, pp. 72-85.

42 Fuente: datos del Anuario El País 1998, p. 117, a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística 1997.

Número de facultades de Derecho de universidades públicas (o adscritas a universidades públicas)	62
Número de facultades de Derecho de universidades privadas	10
Total de facultades de Derecho	72

3.1.3 Otros centros universitarios que preparan para profesiones jurídicas

Entendiendo que la referencia se hace a la preparación para profesiones jurídicas que se ocupan de materias civiles en sentido amplio, han de mencionarse las escuelas universitarias de Relaciones Laborales, que gestionan los estudios conducentes a la obtención del título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales, con el que se puede acceder al ejercicio de la profesión de graduado social (antigua denominación académica y de más frecuente uso para designar la actividad profesional), cuyas funciones se expusieron en el apartado I.1.

El número de escuelas universitarias de Relaciones Laborales dependientes de universidades públicas es de 52.

3.1.4 Número de estudiantes matriculados en facultades de Derecho

La siguiente tabla presenta el número de estudiantes matriculados en el curso 1996-1997 y el número de plazas disponibles para ingreso en el curso 1998-1999 (excluidas universidades privadas cuyo *numerus clausus* no está regulado), tanto en las facultades de Derecho, como en las escuelas universitarias de Relaciones Laborales[43].

	Número de matriculados 1996-97	**Número de plazas disponibles ingreso 1998-99**
Facultad de Derecho	199.814	30.414
E. U. Relaciones Laborales	59.455	14.007

43 Elaborado a partir de la información que proporciona el Anuario El País 1998, p. 117, con base en de datos del Instituto Nacional de Estadística 1997, y de información que figura en la web del Consejo de Universidades.

3.1.5 Número de estudiantes que, al finalizar los estudios universitarios, preparan el acceso a centros de preparación profesional para adquirir la condición de juez, de abogado o equivalente.

3.1.5.1 Para acceder a la carrera judicial se requiere superar un procedimiento selectivo que se expondrá con más detalle en el siguiente apartado 3.2.1.

Como cifra más aproximada al dato que se indica en el epígrafe del precedente apartado 5, presento en la tabla siguiente los datos más relevantes de los participantes en el procedimiento selectivo convocado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 17 de mayo de 1995.[44]

Solicitudes presentadas	5.692
Presentados a la 1ª prueba	4.457
Aprobados en la 1ª prueba	663
Presentados a la 2ª prueba	661
Aprobados en la 2ª prueba	222
Presentados a la 3ª prueba	222
Aprobados finalmente	187

Es útil advertir, complementariamente, que de los 187 aprobados, 108 eran mujeres (57,75 %) y 79 varones (42,25 %).

3.1.5.2 Para acceder a la condición de abogado no es preceptivo realizar una formación profesional específica (véase más ampliamente el siguiente apartado 3.2), de modo que no es posible dar respuesta a la cuestión que se formula.

De modo aproximativo cabe apuntar que, en buena medida por la facilidad del acceso al ejercicio de la profesión de abogado, un buen número de licenciados en Derecho proyectan dedicarse a esa actividad profesional. Cosa distinta es cuántos de ellos consiguen consolidarse en el ejercicio.

Notas previas a las cuestiones de los apartados 6 al 9. Ordenación de los estudios de Licenciado en Derecho en España.

44 Es parte del cuadro recogido en Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 74.

Como puede incidir en los temas que han de tratarse en los siguientes apartados 6 al 9, informo a continuación de las características más destacadas de la ordenación jurídica de los estudios universitarios en general y de los conducentes al título de Licenciado en Derecho en especial.

A) La ley de Reforma Universitaria de 1983 ha reestructurado la Universidad española y la enseñanza superior en España. La reforma ha afectado a la ordenación académica de las enseñanzas.
B) Los títulos universitarios -entre ellos el de Licenciado en Derecho- pueden obtenerse tras superar los estudios realizados según un plan de estudios que elabora y aprueba cada Universidad, con sujeción a las directrices previamente establecidas por el Gobierno. Esta sujeción se comprueba mediante la competencia de homologación que tiene atribuida el Consejo de Universidades.
C) Las directrices generales para la licenciatura en Derecho -en parte comunes a todos los planes, en parte propias de esa titulación- consisten principalmente en lo siguiente:

a) Los planes de estudios conducentes a esa titulación han de ordenar las enseñanzas en dos ciclos (no hay, en consecuencia, título al finalizar el primer ciclo), con una duración de al menos dos años por ciclo y de al menos cuatro por ambos.
b) La carga lectiva global del plan de estudios no puede ser inferior a trescientos créditos, ni superior a trescientos cuarenta y cinco créditos. Crédito es la unidad de valoración de las enseñanzas. Un crédito corresponde a diez horas de docencia teórica, práctica o equivalente (como tal pueden ser consideradas actividades académicas dirigidas).
c) El plan de estudios está integrado por unas materias troncales, obligatorias en todas las universidades, determinadas por el Gobierno al establecer las directrices generales propias de cada titulación, y que han de suponer como mínimo el 55% de los créditos del plan; unas materias establecidas discrecionalmente por cada universidad, sea con el carácter de obligatorias, sea con el de optativas; en fin, por unas materias de libre elección por el estudiante, que han de suponer como mínimo el 10% de los créditos del plan.

3.1.6 Duración de los estudios para obtener el título de Licenciado en Derecho

Según la ordenación jurídica de los mismos, han de tener una duración mínima de cuatro años. Los planes de estudios aprobados prevén duraciones de cuatro años y de cuatro años y medio.

Sobre la duración real de los estudios -años que un número significativo de estudiantes necesita para terminar los estudios- se carece de datos contrastados, por el escaso tiempo de implantación de los nuevos planes. De modo aproximativo puede decirse que sólo un número muy reducido de estudiantes de las primeras promociones ha conseguido terminar los estudios en los años previstos por el plan.

3.1.7 Materias comprendidas en los planes de estudio de la licenciatura en Derecho

3.1.7.1 Materias jurídicas. Derecho positivo y Derecho comparado

El contenido fundamental de los planes de estudio -tanto de los actuales, como de los dos planes uniformes que regían antes de la reforma- son materias del Derecho positivo vigente en España: derechos administrativo, constitucional, civil, mercantil, procesal, internacional público y privado, penal, de las comunidades europeas, del trabajo y de la protección social, tributario y de las finanzas públicas.

El Derecho comparado no forma parte de las materias obligatorias en todas las universidades, pero la materia «Teoría del Derecho» introduce una comprensión no positivo-estatal del fenómeno jurídico y en la didáctica de las diferentes materias se utilizan referencias a ordenamientos jurídicos extranjeros.

La disposición que establece las directrices generales propias del título de Licenciado en Derecho recomienda incluir el Derecho comparado como materia obligatoria de Universidad o como materia optativa. Algunas universidades la han incluido como asignatura optativa.

3.1.7.2 Materias no jurídicas: materias sociales y económicas; materias instrumentales

Están comprendidas en los planes de estudio, pero es importante matizar con qué grado de obligatoriedad.

a) Como materias obligatorias en todas las universidades.
   Con un nivel básico o de introducción son materias obligatorias en todas las universidades la historia del Derecho, la filosofía del Derecho y la economía.
   La disposición reguladora de las directrices propias del título de Licenciado en Derecho recomienda introducir como materia obligatoria de Universidad o como materia optativa, materias del campo de las ciencias sociales -como la sociología y otras- y materias instrumentales -como la contabilidad y la informática-.
b) Como materias obligatorias en los planes de cada universidad
   Algunas universidades -aunque no la mayoría de ellas- han incluido como materias obligatorias en su plan de estudios materias como informática, una lengua extranjera (inglés, francés, alemán) y humanidades.
c) Como materias optativas
   La mayor parte de universidades ha incluido como materias optativas una amplia gama de materias no jurídicas: informática, sociología, profundización en economía, deontología, profundización en historia jurídica, de las ideas políticas, del proceso de unificación europea.

A esta oferta ha de añadirse la que supone el 10 por ciento de créditos de libre configuración, que pueden aplicarse a materias no comprendidas en el plan de estudios de la licenciatura y, por lo tanto, posibilitan un importante complemento de formación no estrictamente jurídica.

3.1.7.3 Materias de arbitraje, ADR, ética e informática aplicada al Derecho

Está comprendida como obligatoria en los planes de estudio de todas las universidades una formación de tipo básico en materias de arbitraje y ADR, aunque la última limitada al estudio de los supuestos de mediación y conciliación específicamente regulados por el Derecho estatal.

Una formación profunda en estas materias y la inclusión de materias como ética e informática se produce en calidad de materia obligatoria de Universidad (pocos casos) o como materia optativa (la mayor parte de los planes de estudio).

3.1.8 Enseñanzas generales y enseñanzas especializadas. Momento de los estudios en el que se introducen las enseñanzas especializadas.

3.1.8.1 Son enseñanzas generales -en el sentido de obligatorias para todos los estudiantes de Derecho- las que se han enunciado en los anteriores apartados. La docencia de las mismas supone aproximadamente el 55 por ciento de toda la docencia del plan de estudios.

Están ordenadas en dos ciclos de dos años: el primer ciclo comprende principalmente materias básicas e introducción a materias; el segundo ciclo comprende profundización en materias comunes y materias comunes nuevas que precisan una base de formación jurídica.

3.1.8.2 Las enseñanzas especializadas consisten en la profundización en áreas específicas de materias jurídicas (por ejemplo: Derecho inmobiliario, internacional económico, de la competencia y de la propiedad industrial, derechos fundamentales, organizaciones internacionales, justicia constitucional, Derecho bancario y bursátil, Derecho de la prueba, de la tutela judicial cautelar, etc.) y en materias económicas principalmente relacionadas con el sector privado. La segunda orientación de la especialización suele ser el complemento más apreciado de la formación jurídica general.

3.1.8.3 Momento en el que se introducen las enseñanzas especializadas

Sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado 9, ha de indicarse que la mayor parte de los planes de estudio introducen las enseñanzas especializadas a partir del segundo cuatrimestre del año académico, o a partir del segundo año académico.

La ordenación de una lógica secuencia de estudios -primero: lo general y básico; a continuación, lo especial- se realiza mediante reglas obligatorias o mediante recomendaciones de incompatibilidad en función de las especificas materias a cursar -por ejemplo: para cursar Derecho concursal es necesario haber superado Derecho mercantil y Derecho procesal civil-.

3.1.9 Contenido de la especialización que se ofrece en los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho

El plan de estudios de 1965 -que era el plan de estudios más modernizado de los dos que regían en todas las universidades antes de la

reforma que supuso la diversificación de los planes- establecía la especialización en los cursos 4º y 5º (los dos últimos) de la licenciatura. Se establecían tres especialidades: Derecho público, Derecho privado, Derecho de la empresa.

Con los nuevos planes de estudio es necesario distinguir entre especialización dirigida y no dirigida.

Las universidades privadas han optado principalmente por la primera. Ofrecen estudios de licenciatura en Derecho con diplomas complementarios en Derecho Comunitario o Estudios Empresariales o de especialización económica. Tales diplomas no tienen la misma validez oficial que el título de Licenciado, pero optan a ser valoradas en el mercado de los servicios jurídicos. Para obtener el diploma se requiere cursar una serie determinada de materias lo que, normalmente, también supone una duración de los estudios mayor que la prevista para la licenciatura.

La mayor parte de universidades tienen previsto un tipo de especialización que puede ser configurada por el propio estudiante, mediante la elección de un conjunto coherente de materias optativas y de libre configuración. Para ayudar en la elección algunas universidades establecen «itinerarios orientativos» para que las materias optativas puedan ser elegidas en función de diversas salidas profesionales posibles para un licenciado en Derecho.

3.1.10 Métodos de enseñanza

3.1.10.1 Número de alumnos por grupo. Espacio físico de la docencia. Incidencia en los métodos de trabajo

Hay que distinguir la docencia teórica y la docencia práctica.

La docencia teórica se imparte a grupos de tamaño distinto según las universidades, pero cuya media puede situarse en 100 estudiantes, que ocupan aulas de tamaño mediano. Eso induce una técnica docente en la que prepondera la exposición de temas por el profesor, con ayuda -en ocasiones- de proyección de transparencias y con posibilidad de un dialogo limitado profesor-estudiante con finalidad de aclaración de la exposición. Las sesiones se desarrollan con arreglo a un programa de temas, complementado con referencias bibliográficas generales accesibles.

La docencia práctica se imparte a grupos de tamaño distinto según universidades, pero cuya media ronda los 35 alumnos, que son acogi-

dos en aulas pequeñas. En el siguiente apartado se exponen los diversos contenidos y métodos de la docencia práctica.

3.1.10.2 Docencia mediante actividades académicas dirigidas

La disposición que rige las directrices comunes de todos los planes de estudio para títulos universitarios autoriza que los planes de estudios prevean que parte de los créditos -el 30 por ciento- correspondientes a la docencia teórica y práctica de toda clase de materias, sean obtenidos mediante actividades académicas dirigidas. Por otra parte la disposición de directrices propias del título de Derecho establece como materia obligatoria en todas las universidades el llamado «Practicum» -introducción a la práctica integrada del Derecho-, con un mínimo de docencia de 14 créditos, todos los cuales han de ser obtenidos mediante trabajos académicamente dirigidos y mediante prácticas en instituciones públicas y privadas controladas académicamente. Véase la ampliación de información en el siguiente apartado 3.1.10.3 b.

3.1.10.3 Métodos de aprendizaje que requieren principalmente una actitud activa del estudiante

En los métodos de docencia que se aplican para la obtención de créditos teóricos sigue predominando el de exposición de temas por el profesor, con utilización de técnicas audiovisuales elementales para facilitar la comprensión de conjunto del tema y permitiendo un diálogo profesor-estudiante suficiente para posibilitar las aclaraciones convenientes sobre la exposición.

Las mayores innovaciones en los métodos de docencia se han producido en la docencia práctica, que ha sido muy potenciada por los nuevos planes de estudios. La disposición reguladora de las directrices propias del título de Licenciado en Derecho establecen como obligatorio un mínimo de créditos prácticos por materia -entre un 15 y un 20 por ciento de los asignados a la materia-, y también establecen como obligatoria en todos los planes de estudio de Derecho la materia de «Practicum» -introducción a la práctica integrada del Derecho- con un mínimo de 14 créditos.

a) Contenido y métodos de trabajo en los créditos prácticos

Presentan gran variedad, pero pueden enumerarse sin exhaustividad los siguientes: aprendizaje del uso de bibliografía jurídica, de las fuen-

tes de conocimiento de las normas, de las colecciones de doctrina jurisprudencial; realización de trabajos sencillos sobre temas jurídicos, aprendizaje y aplicación de técnicas de tratamiento de casos jurídicos, solución de casos prácticos ideales, análisis de noticias jurídicas de los medios de comunicación, preparación de actos jurídicos escritos, comentarios sobre resoluciones judiciales, elaboración de los distintos actos de desarrollo de un procedimiento judicial asignando los diferentes roles de los sujetos del proceso a pequeños grupos de alumnos.

b) «Practicum».

Esta materia obligatoria en los planes de estudio de Derecho de todas las universidades puede tener en cada una de ellas algunas diferencias.

Expongo, a continuación, los aspectos generales del «Practicum» de Derecho en la Universidad de Valencia.

Pueden acceder al mismo los estudiantes que se encuentren en una etapa avanzada de sus estudios de licenciatura.

Sus objetivos son completar la formación del estudiante mediante la realización de un periodo de prácticas en entidades privadas o públicas, con la finalidad de que conozca la vida profesional, de introducirle en la problemática jurídica de la entidad, de que contraste los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos con la experiencia real, de que realice trabajos que pongan a prueba la capacidad crítica y reflexiva del estudiante, sus aptitudes para la toma de decisiones y para analizar problemas jurídicos reales.

Su duración es de un trimestre con jornada ordinaria laboral, lo que supone aproximadamente 490 horas de prácticas.

Las prácticas se desarrollan bajo la supervisión de un tutor designado por la entidad en que se desarrollan las prácticas y de un tutor académico -encargado del seguimiento y evaluación- y consisten en participar en las actividades ordinarias que se realizan en las siguientes entidades: administración local, autonómica e institucional; empresas privadas; despachos de abogados y de procuradores; notarías y registros de la propiedad; consultorías y asesorías de empresas; juzgados y tribunales.

Al término del «Practicum» el estudiante ha de elaborar una memoria sobre la actividad realizada.

3.1.10.4 Uso de técnicas audiovisuales y de tecnología informática

En pocas universidades están incorporadas a la infraestructura del aula técnicas como las siguientes: ordenador personal con las aplicacio-

nes adecuadas, proyector de cuerpos opacos y de transparencias, proyector de diapositivas y videoproyector.

En algunas universidades existen aulas informáticas desde cuyas terminales los estudiantes tienen acceso -temporalmente limitado- a Internet y al servicio de correo electrónico.

En un mayor número de universidades se utilizan en el aula proyectores de transparencias y de diapositivas y los estudiantes disponen de terminales informáticas para consultas en bases de datos disponibles en la red de la universidad y para realizar gestiones administrativas de matriculación y de consulta de su expediente académico.

3.1.11 Efectos de la mundialización sobre los programas de enseñanza y sobre los métodos de trabajo

La incidencia sobre la utilización de medios instrumentales facilitados por las nuevas tecnologías en el aprendizaje y en la práctica jurídica se expuso en el anterior apartado 10.2. En síntesis puede decirse que, sea en los centros universitarios, sea como medios personales de trabajo de los estudiantes, tienen un alto grado de uso las PC con aplicaciones de procesamiento de texto y base de datos. Se está incrementando progresivamente el acceso a Internet para la busca de información jurídica o de materias complementarias.

La incidencia de la globalización en los contenidos de la formación hay que buscarla sobre todo en las decisiones de cada universidad de incluir en sus plan de estudios materias determinadas en calidad de obligatorias de Universidad o de optativas.

Precisamente uno de los criterios básicos de la nueva ordenación de los planes de estudios es la de evitar su rigidez y posibilitar su ajuste a las necesidades de una sociedad en rápida transformación. En este sentido el informe técnico del grupo de trabajo que preparó el anteproyecto de directrices propias de título del Licenciado en Derecho indica: «[...] la carrera debe abrirse a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, creando disciplinas académicas de nueva planta o readaptando algunas de las tradicionales. Una de las razones que aconsejan que el nivel de troncalidad no sea muy alto es, precisamente, la necesidad de establecer planes de estudio flexibles, adaptables a las realidades cambiantes y abiertos a los nuevos métodos de enseñanzas y de aprendizaje. [...]. En definitiva, consideramos que ya no es posible definir lo que debe ser un jurista de manera unívoca y desde un plan de estudios

rígido, en una sociedad como la actual, sometida a cambios acelerados».[45]

Como ejemplo se puede citar las siguientes materias optativas que aparecen en los planes de estudio de universidades españolas: Derecho internacional económico, Derecho del comercio internacional, Derecho del transporte internacional, Gestión del comercio exterior, nacionalidad, extranjería y ciudadanía europea, Derecho penal internacional y comunitario, Derecho procesal internacional, Derecho internacional público del mar.

3.1.12 Formación especialmente destinada a estudiantes extranjeros y relaciones de intercambio de estudiantes con facultades de Derecho extranjeras

La participación de la universidades españolas en la movilidad internacional de los estudiantes de Derecho presenta las siguientes manifestaciones más destacadas.

3.1.12.1 En la Universidad Complutense de Madrid, desde el curso académico 1996-97, se ha establecido un plan de estudios especial de Licenciado en Derecho (hispano-francés). El acceso al mismo está limitado por una elevada calificación de acceso a la Universidad y por la comprobación de un dominio suficiente del idioma francés.

La característica principal del plan es que una parte de las materias se cursan en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y otras materias se cursan en una universidad francesa. Las materias citadas en segundo lugar son las siguientes: Derecho internacional público, Derecho comunitario, Derecho administrativo (partes del mismo), Derecho internacional económico, Derecho civil (partes del mismo), Derecho fiscal, Derecho internacional privado, Derecho mercantil (partes del mismo), grandes sistemas del Derecho, Hacienda pública francesa, Derecho del trabajo francés, Derecho constitucional (parte), Derecho de sociedades (parte), Derecho procesal civil francés.

45 Consejo de Universidades, *Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciado en Derecho*, Madrid, 1988, p. 41.

3.1.12.2 Movilidad de estudiantes en el ámbito europeo

Muchas universidades españolas, y dentro de ellas las facultades de Derecho, participan en el programa Sócrates-Erasmus de la Unión Europea para el intercambio de estudiantes, profesores y personal de administración entre las universidades de estos países y, además, Islandia, Liechtensein, Noruega, Polonia, República Checa, Hungría, Rumania y Chipre. Una de las acciones de ese programa es la de movilidad de estudiantes, que permite el intercambio de estudiantes entre las diferentes universidades europeas que han suscrito un acuerdo bilateral. Los estudiantes tienen garantizada la homologación de los estudios cursados en el extranjero mediante la aplicación del sistema ECTS.

Para facilitar que estudiantes europeos soliciten la estancia en una universidad española, algunas de estas universidades organizan e imparten en la universidad de procedencia cursos de breve duración de introducción al Derecho español (sistema de fuentes y terminología y conceptos jurídicos básicos). En la Universidad española los estudiantes suelen matricularse en créditos de libre configuración o de troncales de las llamadas «universales» (Derecho mercantil, comunitario, internacional público).

3.1.12.3 Movilidad con Latinoamérica

Principalmente afecta a estancias de profesores y de personal investigador. También a estudiantes de postgrado, pero no a estudiantes de licenciatura.

3.1.12.4 Convenios bilaterales con universidades extranjeras

Es muy frecuente que las universidades españolas concierten estos convenios, pero no es normal que den cobertura a intercambios de estudiantes de licenciatura.

3.1.13 Relaciones entre las universidades y las profesiones jurídicas. Influencia de estas profesiones en la orientación de la formación jurídica impartida por la Universidad

3.1.13.1 En la estructura institucional de la Universidad española el órgano de participación de la sociedad en la universidad es el Consejo Social. Según la Ley de Reforma Universitaria las competencias del Consejo Social son: la aprobación del presupuesto y de la programa-

ción plurianual de la universidad, a propuesta del consejo de gobierno de la universidad, la supervisión de las actividades económicas de la Universidad y del rendimiento de sus servicios; también le corresponde promover la colaboración de la sociedad en la financiación de la universidad. Sus competencias no afectan, pues, directamente a aspectos académicos. La posibilidad de una incidencia indirecta es muy reducida.

Del Consejo Social puede formar parte, en calidad de vocal, alguna persona vinculada a los colegios profesionales, pero no necesariamente de profesiones jurídicas. No es una vía significativa de influencia de las profesiones jurídicas en la formación que se imparte en las facultades de Derecho.

3.1.13.2 El anteproyecto de directrices propias para los planes de estudio conducentes al del título de Licenciado en Derecho fue sometido a información pública, con remisión de los trabajos, entre otros, a las organizaciones colegiales profesionales, con posibilidad de formular propuestas alternativas totales o parciales o, de modo más genérico, observaciones, sugerencias y comentarios.

Emitieron informe, con la clase de contenido que se ha indicado en último lugar, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo Nacional del Notariado y el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y algunos colegios de profesiones jurídicas de ámbito territorial.

3.1.13.3 Relación mediante convenios de colaboración

Es la vía de relación más importante.

Los objetivos más frecuentes de estos convenios son facilitar por el colegio profesional o la institución correspondiente de las prácticas formativas de los estudiantes («Practicum») y la organización de cursos de formación para profesionales o de cursos universitarios de postgrado.

3.1.14 Profesorado universitario de Derecho y dedicación profesional a la práctica del Derecho.

Es conveniente distinguir dos clases de profesores de Derecho -prescindiendo ahora del personal docente e investigador en formación-: profesores profesionales -que en las universidades públicas tienen la condición de funcionarios- y profesionales de las diferentes profesiones

jurídicas que de modo accesorio tienen alguna dedicación a la docencia.

3.1.14.1 La primera clase de profesores (profesores profesionales con calidad de funcionarios) no puede dedicarse a la práctica del Derecho desde puestos de trabajo del sector público (por ejemplo: juez, miembro del Ministerio Público), porque la legislación administrativa general establece una rígida incompatibilidad. Pueden dedicarse a la práctica del Derecho en el sector privado, acogiéndose a un régimen especial de dedicación funcionarial que implica una importante reducción de las retribuciones.

En una universidad significativa -por su tamaño, por su importancia y por su entorno socioeconómico- como la Universidad de Valencia, el porcentaje de profesores funcionarios de la Facultad de Derecho con dedicación a tiempo parcial es del 10 por ciento en el año 1997. A mi juicio, la motivación principal de la dedicación a la abogacía ha sido y es de naturaleza económica. Una adecuada retribución del profesorado universitario e ingresos complementarios por publicaciones y participación en actividades de formación parecen haber influido en unos porcentajes bajos de dedicación a tiempo parcial.

Por otra parte, los profesores a tiempo completo pueden adquirir experiencia en la práctica jurídica mediante la emisión de dictámenes e informes técnicos -actividad facilitada por su legislación funcionarial especial- y mediante el desempeño de funciones de magistrado suplente en los tribunales (véase apartado I.1 de este informe).

3.1.14.2 La participación en la docencia de las facultades de Derecho de los profesionales de las diversas profesiones jurídicas la instrumenta la legislación universitaria a través de la figura del profesor asociado, con una dedicación máxima de seis horas semanales a la docencia.

Los profesores asociados de las facultades de Derecho suelen proceder de los profesionales del Derecho que son empleados públicos (jueces, miembros del Ministerio Público, secretarios judiciales, funcionarios administrativos) y, en menor medida, de la abogacía.

Según la universidad, los profesores asociados en las facultades de Derecho pueden llegar a suponer entre un 20 y un 30 por ciento de sus profesores.

3.2 Formación profesional

La situación española presenta, en este aspecto, peculiaridades importantes.

La razón principal es que, en España, el acceso a la condición de abogado no requiere, después de tener el título de Licenciado en Derecho, ninguna formación profesional específica, aunque esta situación está en proceso indefinido de cambio y ya están vigentes algunas exigencias limitadas de formación profesional. Expondré la situación actual y su tendencia de evolución en un apartado sobre la formación profesional de los abogados.

Por otra parte, para el acceso a la condición de juez es tan importante el procedimiento de selección inicial como el periodo de formación en un centro específico. Dedicaré un apartado a la selección y formación profesional de los jueces.

En un apartado final expondré muy brevemente la formación profesional de otras profesiones jurídicas.

3.2.1 Selección y formación profesional (inicial y continuada) de los jueces en España

3.2.1.1 Selección previa al acceso a la Escuela Judicial

Se realiza, principalmente, mediante oposición libre entre licenciados en Derecho, para lo que se ofrece un número limitado de plazas. La oposición consiste en tres exámenes sucesivos y eliminatorios en los que se comprueba la amplitud y corrección de los conocimientos sobre las diversas materias jurídicas de acuerdo con un temario previamente publicado. Las comisiones evaluadoras están formadas por magistrados, profesores de universidad, abogados, miembros del Ministerio Público y del cuerpo funcionarial de abogados del Estado.

Una de cada cuatro plazas convocadas lo son según un procedimiento selectivo mixto de concurso de méritos y oposición entre licenciados en Derecho con seis años de ejercicio en otra profesión jurídica o en la docencia del Derecho. Esta es una de las vías previstas por la Ley Orgánica del Poder Judicial para facilitar la comunicación entre las profesiones jurídicas. La valoración de la misma no es positiva. Concretamente, el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado: «si bien es cierto que se produce una elevada participación cuantitativa, da la

impresión de concebirse esta forma de acceso como un simple medio de evitar la preparación teórica exigida en la oposición».[46]

3.2.1.2 Formación profesional inicial: estudios en la Escuela Judicial y periodo de Juez en prácticas

Los aspirantes a la carrera judicial que resultan seleccionados han de realizar un curso teórico-práctico de un año de duración en la Escuela Judicial dependiente del Consejo General del Poder Judicial [47].

Las materias incluidas en el curso son las siguientes: 1º) materias jurídicas: Derecho civil, penal, procesal civil, procesal penal, constitucional y orgánico judicial, más algunas materias especiales; 2º) materias complementarias: medicina legal, economía y contabilidad; 3º) materias instrumentales: informática, técnicas de comunicación y argumentación, psicología jurídica.

Los métodos docentes principalmente aplicados son los siguientes: método del caso, contestación a cuestionarios sobre temas específicos, dictámenes o informes, estancias y visitas a juzgados, examen y análisis de asuntos y expedientes, simulaciones de actuaciones procesales, debates, redacción de documentos y de resoluciones.

Las evaluaciones se realizan por el consejo de profesores de la Escuela, a partir de una detallada evaluación continuada de las actividades y trabajos realizados.

Después de las tres primeras evaluaciones, los alumnos considerados aptos han de realizar un año de prácticas jurisdiccionales, preferentemente en calidad de jueces adjuntos -con funciones de auxilio y colaboración al juez titular del juzgado-, y, si lo anterior no fuera posible, como jueces sustitutos o de refuerzo (con plenitud de funciones en un juzgado cuyo titular es otro juez).

Tras esta etapa de formación práctica se realiza la cuarta evaluación, cuya superación determina el acceso definitivo a la condición de juez. No hay, pues, examen de salida, pero el sistema de evaluación de la

46 Consejo General del Poder Judicial, *Memoria que el Consejo general del Poder judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 75.

47 La información sobre ese curso y el período de prácticas posterior que presento en el texto es un resumen del Dossier docente del curso 1998-1999, Centro de Formación inicial, Escuela Judicial. Agradezco la colaboración de la Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho Procesal y profesora ordinaria de la Escuela Judicial.

etapa de formación profesional posterior a la selección inicial es riguroso y puede determinar la exclusión de algún aspirante.

3.2.1.3 Formación continuada de jueces y magistrados

El Consejo General del Poder Judicial ha desarrollado y perfeccionado desde tiempo un amplio plan de formación continuada.

La estructura del mismo consiste en un plan estatal de formación y en un plan descentralizado de formación.

El plan estatal de formación se desarrolla en Madrid, en la sede del servicio de formación continuada de la Escuela Judicial. Consiste en cursos y seminarios de corta duración, de carácter monográfico, destinados a grupos de unos cuarenta jueces y magistrados. El profesorado se extrae de las diversas profesiones jurídicas, incluidos los docentes universitarios. Los contenidos de los cursos y seminarios son seleccionados rigurosamente con participación de los destinatarios y sus resultados son recogidos en publicaciones monográficas que se remiten a todas las bibliotecas de los juzgados y tribunales.

El plan estatal comprende también actividades de estudio y debate sobre reformas legislativas de gran importancia y la colaboración del Consejo General del Poder Judicial en actividades de formación organizadas por otras profesiones jurídicas y por la Universidad, a las que tienen acceso especial los jueces y magistrados.

El plan descentralizado de formación es coordinado por el Consejo General del Poder Judicial y su finalidad es aproximar las actividades formativas a todos los puntos del Estado.

La formación continuada de jueces y magistrados es, en principio, voluntaria. El Consejo General del Poder Judicial fomenta la participación en la misma, mediante compensación económica de desplazamientos y estancias y facilitando la sustitución temporal en los puesto de trabajo.

Una formación complementaria obligatoria, posterior a la inicial de la Escuela Judicial, la prevé la ley para los magistrados no especialistas que pretendan acceder a plazas de órganos jurisdiccionales con competencia en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y en Derecho Administrativo.

El Consejo General del Poder Judicial se ha manifestado partidario de extender la obligatoriedad de una formación posterior a la inicial a supuestos distintos a los ya previstos por la ley de provisión de puestos jurisdiccionales en órganos con competencias especializadas -menores,

familia, vigilancia penitenciaria-, de establecer actividades de formación obligatoria en casos de reformas legales con importante incidencia en la jurisdicción y de priorizar la participación en la formación continuada de los jueces de nuevo ingreso.

3.2.2 Formación profesional de los abogados en España. Referencia a otras profesiones jurídicas liberales

En líneas generales puede decirse que el acceso a la condición de abogado no requiere en España ninguna formación profesional inicial y que la participación de los abogados en actividades de formación continuada es esporádica. Esta apreciación puede extenderse a los procuradores de los tribunales y a los graduados sociales, por lo que la exposición más detallada, que se realiza a continuación respecto a la situación de los abogados, ilustra de modo suficiente también sobre la situación de las otras profesiones jurídicas liberales.

3.2.2.1 Situación de Derecho respecto de la formación profesional inicial de los abogados

En esta apartado exponemos la situación sobre la formación profesional de los abogados de acuerdo con lo que prescriben las normas vigentes en España. Hay que distinguir tres supuestos. El primero constituye la regla general. Los dos segundos son supuestos especiales de diferentes características en los que está empezando a ser exigida una cierta formación profesional o un acreditamiento específico de las aptitudes profesionales.

a) Regla general: carácter no preceptivo de la formación profesional inicial.

Para acceder a la profesión de abogado se requiere la incorporación al correspondiente colegio profesional y los requisitos necesarios para esta incorporación son: ser español, mayor de edad, Licenciado en Derecho, no tener antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio profesional, cumplir las obligaciones económicas colegiales y de mutualidad de previsión profesional y cumplir las obligaciones tributarias. Expresamente dispone la disposición reguladora de la abogacía que los colegios no podrán negar la incorporación a quienes cumplan los anteriores requisitos. No es necesaria, pues, normativamente, ninguna formación profesional específica.

De hecho, sin embargo, el adiestramiento profesional es necesario y se lleva a cabo de dos modos. El modo tradicional era el aprendizaje en despachos de abogados ya consolidados, en los que el abogado principiante realiza una actividad mixta de aprendizaje práctico y colaboración; este modo de formación entró en crisis con el aumento del número de licenciados (y también por la diversificación de su extracción social). Un modo más actual de satisfacer la necesidad de formación profesional son las escuelas de práctica jurídica, a las que nos referiremos con mayor detalle en el siguiente apartado B.

b) Regla especial: profesionales nacionales de un estado miembro de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con título obtenido en alguno de dichos Estados, que deseen ejercer en España la profesión de abogado.

De acuerdo con las disposiciones vigentes en España para transponer la Directiva 89/48/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1988, para que el interesado pueda ingresar en un colegio de abogados habrá de solicitar y obtener del Ministerio de Justicia el reconocimiento de su título.

La resolución del Ministerio de Justicia puede ser de reconocimiento, pero con exigencia de que el interesado supere pruebas de aptitud sobre contenidos generales del ordenamiento jurídico español, ante una comisión de valuación designada por el Ministerio de Justicia, compuesta por dos funcionarios, dos profesores universitarios y dos abogados. También puede resolver el reconocimiento sin esa exigencia, si el interesado acredita una experiencia profesional o una formación en España que demuestren un conocimiento suficiente del Derecho español.

c) Regla especial: acceso a prestar servicios como abogado en el régimen de asistencia jurídica gratuita.

Los colegios de abogados gestionan los servicios de asistencia y defensa mediante abogado, uno de los componentes del derecho a asistencia jurídica gratuita de las personas con insuficiencia de recursos económicos. La prestación de esos servicios está financiada con fondos públicos que reciben los colegios, con destino a retribuir a los profesionales encargados del asunto.

La nueva regulación en España de la asistencia jurídica gratuita ha sido la oportunidad para introducir, con alguna amplitud, la exigencia de cierta formación profesional específica para los abogados principiantes.

Según disposiciones de esa nueva regulación, el Ministerio de Justicia, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los colegios profesionales y podrán ser complementados por las regiones autónomas con competencia en esta materia. Salvo error por mi parte, la disposición reguladora de tales requisitos aun no ha sido dictada, pero los colegios exigen para el acceso a la relación de abogados que pueden recibir encargos de asuntos de asistencia jurídica gratuita, el acreditamiento de una cierta formación profesional, principalmente en las escuelas de práctica jurídica.

3.2.2.2 Centros específicos para la formación profesional de los abogados: las escuelas de práctica jurídica. La formación contínua de los abogados.

De hecho, ya que no de Derecho, las escuelas de práctica jurídica son los centros específicos en los que se realiza la formación profesional de los abogados. La organización y funcionamiento de estos centros es muy diversificada. Sintetizo, a continuación, una información general relevante para los puntos del apartado 3.2, 2 del cuestionario. [48]

a) Las escuelas están relacionadas organizativamente bien sea sólo con un colegio de abogados o dependen de una estructura de colaboración entre la Universidad, en concreto su Facultad de Derecho, y el Colegio de Abogados.

b) De la docencia se encargan abogados en ejercicio, otros profesionales, funcionarios de la Administración de Justicia y de la Administración pública y profesores de la universidad.

c) En cuanto al contenido de la docencia, las escuelas suelen ofrecer, por una parte, un llamado curso general -que tiene por fin un adiestra-

48 Sobre el tema pueden consultarse las aportaciones sobre la formación profesional del abogado, publicadas en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (Gutiérrez Alviz y Conradi, Ed.), Pamplona, 1994, pp. 41-68. He dispuesto también de la información sobre el curso general de la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia y de las informaciones en las web de los Colegios de Abogados de Madrid y de Barcelona.

miento general para el ejercicio de la abogacía y que describiré después, y , por otra, diversos cursos especiales. A título de ejemplo, estos son algunos de los cursos especiales: Comercio exterior y legislación internacional, Derecho inmobiliario, Derecho matrimonial, Derecho de sociedades, Contabilidad y análisis financiero, técnicas de negociación y mediación, Técnicas de expresión oral, Arrendamientos urbanos, Derecho hipotecario, Derecho urbanístico, Derecho marítimo, Derecho de la construcción, Utilidad y uso de Internet, Derecho del mercado de valores.

d) El llamado curso general, que se imparte en algunas escuelas de práctica jurídica, tiene una duración variable, que puede llegar hasta los dos años y alcanzar una docencia de 800 horas.

El número de plazas está limitado, pero el acceso al curso no depende de exámenes previos, sino de la prelación temporal de las solicitudes.

Los contenidos y los métodos docentes son de dos clases.

Por un lado se imparte formación en técnicas de actuación profesional, entendidas como modos de aplicación de los conocimientos teóricos adquiridos respecto a las diversas partes del ordenamiento, tanto en su realización judicial como extrajudicial. Además se incluye formación teórico-práctica en Deontología profesional, Informática aplicada al Derecho, Oratoria y escritura forenses y Psicología forense. Los grupos de estudiantes no han de exceder de treinta.

Por otro lado, se persigue un adiestramiento para el ejercicio profesional ante juzgados y tribunales y ante oficinas públicas, mediante la asistencia a actuaciones judiciales -previa preparación y con análisis posterior- o con la simple visita para conocer la organización y funcionamiento. Además, son examinados y comentados audiovisuales de contenido jurídico y se realizan prácticas en aplicaciones informáticas de utilidad.

Otras actividades son la realización de trabajos jurídicos prácticos bajo la supervisión de un tutor de la Escuela y , si es posible, la participación en asuntos de asistencia jurídica gratuita, como auxiliares del abogado encargado.

e) La formación continuada de los abogados puede realizarse a través de los cursos especiales que ofrecen las escuelas de práctica jurídica y de los múltiples cursos de especialización y perfeccionamiento que ofrecen las universidades y otras instituciones. Cosa distinta es la fre-

cuencia con la que abogados ya consolidados en la profesión demandan esa formación, que probablemente es baja. Algunos grandes despachos de abogados planifican actividades internas de formación.

3.2.3 Breve referencia a la selección y formación profesional (inicial y continuada) de profesiones jurídicas que suponen una relación de empleo público o el ejercicio privado de algunas funciones públicas

3.2.3.1 Secretarios judiciales y miembros del Ministerio Fiscal

El acceso a estas profesiones jurídicas requiere un examen inicial y un periodo de formación en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia. [49]

El primero se convoca para cubrir un número limitado de plazas, y se realiza según un temario previamente conocido, que comprende diversas materias jurídicas estudiadas en la licenciatura, lo que permite evaluar, principalmente, el grado de conocimientos retenidos sobre esas materias.

El período de formación en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia de los aspirantes al Ministerio Fiscal es de seis meses. Su contenido consiste en cursos teórico-prácticos generales sobre la estructura del Ministerio Fiscal y sus funciones ante cada jurisdicción, en cursos especiales sobre materias complementarias de las jurídicas o de profundización en algunas materias jurídicas, y en la realización de prácticas en las fiscalías bajo la tutela de miembros del Ministerio Fiscal.

Los aspirantes a secretario judicial han de permanecer en el Centro de Estudios Jurídicos aproximadamente seis meses. El contenido de la formación son cursos teórico-prácticos sobre Derecho procesal civil y penal, sobre algunos temas de especial importancia profesional (costas judiciales, ejecución forzosa, organización de la secretaría judicial) y en la realización de prácticas tuteladas en secretarías de juzgados y tribunales.

---

49 Agradezco la colaboración del Prof. Dr. José Manuel Chozas, Profesor titular de Derecho Procesal y Jefe de Estudios del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, que me ha remitido información sobre la formación inicial y continuada, que realiza o coordina el Centro.

Para ambas profesiones jurídicas existen planes de formación continuada, consistentes en cursos y seminarios sobre temas en cuya determinación influyen, de modo importante, los propios destinatarios de la formación, para garantizar el ajuste a las necesidades profesionales. Unas actividades se realizan de modo centralizado, otras de modo descentralizado en todo el territorio del Estado para facilitar la participación. Para esta formación se pretenden establecer relaciones de colaboración entre las distintas funciones públicas que actúan en la administración de justicia (jueces, secretarios y fiscales).

3.2.3.2 Notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, corredores de comercio

El acceso a la profesión se realiza mediante examen selectivo, convocado para cubrir un número limitado de plazas. Consta de un número y calidad de pruebas diferentes para cada profesión y se realiza según temario previo que comprende diversas materias jurídicas -de modo principal jurídico-privadas- y, en el caso de los corredores de comercio, materias de economía y contabilidad.

La evaluación se realiza por comisiones nombradas oficialmente y, atendida la diversidad de pruebas que componen el procedimiento selectivo, permite verificar tanto el nivel de conocimientos teóricos de los aspirantes, cuanto sus aptitudes para aplicar esos conocimientos en las especificas funciones encomendadas a la profesión.

No están establecidos periodos de formación profesional inicial en centros oficiales. Las actividades de formación continuada son organizadas por los correspondientes colegios profesionales, con diferentes grados de planificación.

3.2.4 y 3.2.5. Debates abiertos sobre la formación de los juristas y reformas normativas sobre el tema

A) Formación en la Universidad

Para los temas que son objeto relevante de discusión respecto a este ámbito de la formación de los juristas lo más ilustrativo es remitirse a las conclusiones de la Reunión de los Decanos de la Facultades de Derecho de España, celebrado en Granada, en junio de 1997, que resumidamente son las siguientes:

1) Es conveniente que las directrices de los planes de estudio permitan aumentar la docencia en las materias jurídicas obligatorias en todas la universidades, por que esto favorecerá el refuerzo del aspecto generalista y formativo de los estudios de la licenciatura. Algún avance normativo en este sentido es considerado insuficiente.
2) Es conveniente que la duración prevista de los estudios se amplíe de cuatro a cinco años.
3) La introducción de materias optativas ha de ser progresiva, pero ha de tener mayor proporción en el segundo ciclo de la licenciatura.
4) La importancia de la docencia práctica y del llamado «Practicum» debe ser acompañada de un aumento en la financiación que posibilite una mejor implantación de esos métodos docentes.

En cuanto a las reformas normativas, está abierto un proceso de reforma de las directrices a las que deben sujetarse los planes de estudio -no sólo de Derecho- cuyos principales objetivos son: evitar la atomización de las materias objeto de docencia, porque dificulta la organización del trabajo individual de los estudiantes y la planificación de los servicios docentes, y permitir que las universidades puedan incrementar el porcentaje de docencia de las materias obligatorias generales en cada plan de estudios.

B) Selección y formación profesional de los jueces

Como cuestiones objetivamente importantes en este campo apunto las planteadas por el Consejo General del Poder Judicial en el Libro Blanco de la Justicia.
1) Es conveniente que los planes de estudio de la facultades de Derecho prevean una especialización orientada a la función jurisdiccional.[50] Esto posibilitaría una opción más consciente de quienes participan en la selección inicial para el acceso a la carrera judicial.
2) Es necesario introducir en la selección inicial técnicas que permitan reducir el número de aspirantes después de una primera prueba, para que pueda actuar una comisión evaluadora única, que evite la dispersión de criterios de evaluación. [51]

50 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 48-49.
51 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 49.

3) Es conveniente unificar los procedimientos de selección inicial para el ingreso en la carrera judicial y en la carrera fiscal, que deberían realizarse según un temario único y ante una misma comisión evaluadora. [52]
4) El procedimiento de ingreso en la carrera judicial especialmente previsto para otros profesionales jurídicos, debería requerir más años de dedicación previa a la correspondiente profesión jurídica, y, en la categoría de magistrado, convocarse para puestos de la especialización del profesional y requerir un periodo de prácticas en tribunales. [53]
5) La formación profesional inicial en la Escuela Judicial ha de favorecer la preparación para una correcta motivación de las resoluciones judiciales, la capacitación para utilizar técnicas instrumentales no jurídicas. El periodo de prácticas jurisdiccionales ha de ser seguido de otro periodo, en la Escuela, de reflexión crítica sobre la experiencia práctica, para evitar la adquisición de rutinas de actividad por parte de los nuevos jueces. [54]
6) La formación continuada ha de ser incentivada, vinculando de modo importante a la participación en la misma la promoción profesional o la facilitación de ésta. En algunos supuestos la formación continuada habría de ser obligatoria: primeros años de ejercicio de los jueces, reformas legislativas importantes.

C) Formación profesional de los abogados

Es, sin duda, el área en la que hay más y más importantes cuestiones abiertas. Pero no existe un debate sistemático entre las instituciones con capacidad para pronunciarse sobre el asunto. Sólo se han manifestado algunas opiniones relevantes. Intentaré resumir el estado de la cuestión.

En primer término, existe unanimidad en la necesidad de establecer una formación profesional obligatoria para el acceso a la profesión de abogado. Como expresiones destacadas de esta opinión apuntaré, de

52 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 49.
53 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 49-50.
54 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 50-51.

un lado, que en el V Congreso de la Abogacía Española, celebrado en Palma de Mallorca, en abril de 1989, se aprobó por amplia mayoría la conclusión de que «la formación teórico-práctica de un Licenciado en Derecho para el ejercicio de la abogacía ha de ser obligatoria»;[55] por otro, el Consejo General del Poder Judicial sostiene la conveniencia «de establecer algún procedimiento de formación obligatoria previo al inicio del ejercicio profesional».[56]

Sobre las características del modelo de formación profesional a implantar no existe suficiente definición.

En las conclusiones del V Congreso de la Abogacía Española se proponían tres medios alternativos: formación bajo la dirección de un abogado experimentado con adscripción a una Escuela de Práctica a efectos de control y evaluación; curso en una Escuela de Práctica para la abogacía con posterior prueba de aptitud; prueba de aptitud directa para acreditar los conocimientos técnico-prácticos suficientes prescindiendo de los dos primeros medios de formación.[57]

El Consejo General del Poder Judicial indica que el procedimiento de formación obligatoria «debería venir condicionado a la superación de algún tipo de prueba oficial e inspirarse en cualquiera de los sistemas de acceso a la profesión implantados en los diferentes países de la Unión Europea».[58]

En relación con la formación profesional del abogado, no como sustitutivo del sistema que pueda establecerse, sino como elemento complementario del mismo, tanto el Consejo General del Poder Judicial,[59] como el Consejo General de la Abogacía Española,[60] se refieren a la responsabilidad de las universidades, que han de asumir mediante la exigencia de elevados niveles de formación y estableciendo posibilidades de preespecialización en práctica forense, con la colaboración de los colegios de abogados.

55 *V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones*, Madrid, 1989, p. 37.

56 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 38.

57 *V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones*, Madrid, 1989, p. 37.

58 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 38.

59 Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, p. 38.

60 *Informe del Consejo General de la Abogacía Española respecto de directrices generales de los planes de estudios conducentes al titulo de Licenciado en Derecho*, en Consejo de Universidades, *Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciado en Derecho*, Madrid, 1988, pp. 630-631.

A pesar de lo anterior y de diversas opiniones expresadas en favor de alguna participación de la universidad en la formación práctica de los abogados, al establecerse la primera exigencia legal de formación profesional para el abogado -la requerida para prestar servicios de asistencia jurídica gratuita-, no se ha dispuesto que la institución universitaria sea oída para concretar los requisitos de esa formación, sino que la audiencia se ha limitado a las organizaciones colegiales de abogados y procuradores.

Por otra parte, en la Reunión de Decanos de la Facultades de Derecho de las Universidades de España, celebrada en Granada en junio de 1997, se adoptó el acuerdo de que !sólo las enseñanzas de tipo práctico tuteladas y dirigidas por las facultades de Derecho podrán ser tomadas como requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión de abogado o de cualesquiera otras profesiones jurídicas». Estas enseñanzas pueden organizarse perfectamente a través de escuelas de práctica jurídica en las que las facultades de Derecho deberán contar inexcusablemente con la colaboración, muy primordial, de los colegios de abogados, sin perjuicio de la participación de otros colegios profesionales e instituciones públicas o privadas relacionadas con las restantes profesiones jurídicas.

En consecuencia, parece evidenciarse una importante divergencia sobre el grado de responsabilidad que correspondería a la institución universitaria y a las organizaciones colegiales en esa formación profesional.

3.2.6. Influencia de la competencia internacional sobre la situación de las profesiones jurídicas

La competencia internacional suscita preocupación en la abogacía española. Lo revelan objetivamente dos conclusiones aprobadas en el Tema VI del V Congreso de la Abogacía Española. Según la primera de ellas se debe «regular urgentemente, a través de los organismos rectores de la abogacía, las normas necesarias para el establecimiento de mercados extranjeros en nuestro país que, por ausencia de regulación legal, escapan a los controles deontológicos y no cumplen las normas de publicidad impuestas a los abogados españoles, sean o no comunitarios».[61] Y en otra conclusión sobre el mismo tema, se acuerda «solicitar

61 *V Congreso de la Abogacía Española. Conclusiones*, Madrid, 1989, p. 42.

de los organismos rectores de la abogacía la creación de comisiones que sean necesarias para el estudio, tanto del ejercicio profesional a través de despachos multiprofesionales como a través de despachos multinacionales, con especial en cuanto a unos y a otros, tanto a las cuestiones de independencia como de deontología y secreto profesional».

Sin embargo, este factor no parece haber influido en el sentido de provocar una crisis significativa en el modo de prestarse los servicios de asistencia jurídica en el ámbito español, crisis que determinara incluso el cierre de despachos.

La oferta de estos servicios sigue creciendo, como también crece la demanda de los mismos.[62] La estructura organizativa preponderante sigue siendo la de los despachos individuales -estrictamente o con abogados ayudantes- o de muy pequeño tamaño, aunque también son cada vez más frecuentes las formas de asociación y agrupamiento de abogados, pero sin llegar a las grandes empresas de servicios de asistencia jurídica que existen en algunos países.[63]

Entre las razones de estas formas de asociación o de agrupamiento está la internacionalización, pero hay también otras. Según De Angulo están entre tales razones «el propósito de mejorar la oferta de servicios al cliente en un mundo especializado, masificado e internacionalizado; de reducir los crecientes costes de funcionamiento compartiéndolos entre diferentes profesionales, cuando han resultado encarecidos por las actuales exigencias de prestación del servicio profesional e incluso por las nuevas tecnologías instrumentales (la informática, pero también la telemática y la burótica en general); o de incidir así en un mayor segmento de clientela en un mercado altamente competitivo».[64]

62 S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 275.

63 S. Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, p. 275-277; L. De Angulo Rodríguez, *El ejercicio de la abogacía en el año 2000*, en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (Gutiérrez Alviz y Conradi, Ed.), Pamplona, 1994, pp. 29-32, V. Cortés Domínguez, *Organización del despacho profesional del abogado*, en la obra colectiva acabada de citar, pp. 115-124; J.L. Vásquez Sotelo, *Organización del despacho profesional del abogado*, en la obra colectiva acabada de citar, pp. 135-140.

64 L. De Angulo Rodríguez, *«El ejercicio de la abogacía en el año 2000»*, en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (Gutiérrez Alviz y Conradi, Ed.), Pamplona, 1994, p. 31.

4. Conclusiones

1. Relaciones entre la evolución de la litigiosidad civil y la evolución de las profesiones jurídicas

2. En términos generales mi apreciación es que a lo largo del siglo XX, de un contacto con el tráfico jurídico, y con la litigiosidad que deriva del mismo, de carácter preponderantemente individual, en el que, además, los interesados procedían de grupos sociales reducidos (clases altas y una clase media no amplia), y que, en cuanto a la frecuencia, era un contacto esporádico y ocasional, se ha evolucionado hacia una generalización de la demanda de servicios jurídicos y hacia una diversificación de esa demanda.

Por un lado, se ha ampliado el número de personas que participan con frecuencia en el tráfico jurídico, pueden, por lo tanto, encontrarse en situaciones de litigiosidad y se convierten en demandantes de servicios jurídicos. Ese crecimiento cuantitativo se debe, principalmente, al aumento del nivel económico de la población, que da lugar a un incremento de las transacciones. Pero también es importante el aumento del nivel cultural, que determina que, incluso cuando faltan recursos económicos para el modo ordinario de acceso a los servicios jurídicos, se hayan desarrollado formas nuevas de acceso a los mismos o se hayan reformado sustancialmente algunas formas tradicionales (por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita con financiación pública).

La generalización de la demanda de servicios jurídicos conduce, inexorablemente, a una diversificación de los servicios que se demandan.

Es sin duda importante la incidencia que en el modo de ejercerse las profesiones jurídicas tiene el gran volumen de participación en el tráfico jurídico y en la litigiosidad vinculada al mismo, de los agentes económicos que se mueven en el ámbito de la mundialización, pero el tipo de servicios jurídicos que estos agentes necesitan es obviamente distinto de los que demandan otros sujetos jurídicos, que participan de modo significativo en la vida jurídica en ámbitos territorialmente más tradicionales, pero con una intensidad históricamente desconocida.

La diversificación de la demanda de servicios jurídicos está ligada a diferentes situaciones de los sujetos jurídicos: tamaño de las empresas, proyección internacional o no de las mismas en cuanto a su control social o en cuanto a su área de actividad, personas o entidades que se

hallan con más frecuencia ante problemas jurídicos de carácter común a todos ellos (consumidores, trabajadores, grupos de empresas pertenecientes a sectores con problemas comunes), personas con problemas jurídicos de carácter individual y esporádico.

A) Influencia en la profesión de abogado

Las circunstancias reseñadas han incidido de manera muy directa y ágil en el modo de ser ejercida la profesión de abogado. De la forma tradicionalmente predominante del despacho individual, en el que podían trabajar más abogados pero subordinados al abogado titular, se ha evolucionado a una multiforme prestación de servicios .[65]

De esa diversidad de formas de prestación de los servicios de asistencia jurídica se pueden destacar las siguientes:

a) Abogados integrados en la propia organización de las empresas.
b) Abogados especializados en diferentes materias jurídicas, que dan respuesta a las necesidades derivadas de la creciente complejidad y movilidad de la ordenación jurídica.
c) Despachos interprofesionales, que reúnen la prestación de servicios de asistencia jurídica y servicios profesionales de carácter económico, contable, de arquitectura, de ingeniería..., que demandan de manera conjunta determinadas clases de clientes.
d) Diversas clases de colaboración estable y de agrupamiento de abogados con el fin de combinar la satisfacción de la necesidad de especialización con la de dar un tratamiento completo a los casos, cualesquiera sean los aspectos jurídicos que presenten.
e) Despachos individuales o de pequeño tamaño de abogados generalistas o expertos en el tráfico jurídico y en la litigiosidad de ámbitos territorialmente localizados.
f) Servicios jurídicos en asociaciones de diversa índole (sindicatos, asociaciones empresariales, consumidores, ecologistas) a los que se facilita el acceso de los miembros de la asociación o de personas interesadas en los fines de la misma.

65 Pueden consultarse con utilidad los trabajos de De Angulo, Cortés Domínguez y Vázquez Sotelo en *El abogado, formación, deontología y organización del despacho profesional*, (Gutiérrez Alviz y Conradi, Ed.), Pamplona, 1994.

g) Aseguramiento de la prestación de servicios jurídicos, como garantía complementaria del aseguramiento frente a determinados riesgos (responsabilidad civil por circulación de automóviles, por riesgos del hogar).
h) Superación de la prestación de asistencia jurídica gratuita como un deber ético y organización de la misma como una prestación estatal equilibradora de desigualdades sociales.

B) Influencia en la profesión de juez o en el modo de prestación de la función judicial

La incidencia en el perfil profesional del juez y en el modo de organizarse la prestación de la función jurisdiccional tiene un ritmo más lento, porque no hay capacidad de autoajuste a las nuevas necesidades, sino que la adecuación depende del régimen normativo de la jurisdicción.

La abundancia y la diversidad cualitativa de los conflictos jurídicos que han de ser resueltos por los jueces, ha hecho notar su influencia en las necesidades de formación de los mismos y en la regulación del modo en el que han de desempeñar su función y aun debe tener más peso en futuras reformas sobre estas materias.

Compartiendo algunas conclusiones de un reflexivo análisis sobre el contexto español, [66] entiendo que las principales repercusiones producidas y que deberán seguir produciéndose en el ejercicio de la función jurisdiccional son las siguientes:

a) Necesidad de una formación especializada de los jueces y de una especialización de los órganos que son competentes para decidir las cuestiones litigiosas, porque, en defecto de esa especialización, la diversidad y complejidad de las normas jurídicas -que no son características arbitrariamente buscadas, sino resultado de la complejidad de la vida social a la que aquéllas están destinadas- pueden ser completamente desconocidas en el momento de su aplicación judicial.
b) Necesidad de crear los instrumentos adecuados para que los contenidos técnicos cada vez más complejos y más frecuentes en las nor-

66 Me refiero al ensayo de V. Hernández Martín, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, especialmente pp. 157-190.

mas jurídicas y en los litigios que se suscitan ante los jueces, puedan ser plena y certeramente apreciados en el acto de juzgar. La formación científico-técnica de los jueces y la regulación tradicional de la prueba pericial es difícil que garanticen completamente una apreciación de aquella calidad.

c) La masificación y homogeneidad de los conflictos jurídicos que se plantean, pero que, por la gran cantidad de los mismos, han de ser resueltos por un número cada vez más elevado de tribunales, crean un riesgo muy elevado de dispersión y de contradicción entre las resoluciones judiciales, que ponen en peligro el básico principio de igualdad en la aplicación de la norma. Es necesario revitalizar antiguos instrumentos procesales (el recurso de casación) y crearlos nuevos para contrarrestar ese riesgo.

3. Opinión personal sobre la formación jurídica en el inicio del tercer milenio

A mi juicio la formación jurídica en el umbral del tercer milenio deberá responder a las siguientes características generales:

A) Formación en los principios del ordenamiento jurídico o de los ordenamientos jurídicos, principios positivizados en un ámbito universal, en el ámbito de comunidades políticas supranacionales de nivel regional, en el ámbito estatal. Estos principios o fundamentos del o de los ordenamientos son los derechos humanos, su reconocimiento y tutela, y la organización y funcionamiento democráticos de las comunidades políticas.

B) Formación básica de carácter científico-técnico sobre el sistema de fuentes del ordenamiento o de los ordenamientos jurídicos y sobre los diversos contenidos normativos que integran el ordenamiento.

La formación sobre el sistema de fuentes tiene gran importancia porque ha adquirido gran complejidad y es previsible que su complejidad siga aumentando. La simplicidad de un Derecho originado principalmente por el poder del Estado ha sido superada por la concurrencia en la creación jurídica de comunidades políticas supraestatales y de ámbito infraestatal (autonomías políticas dentro de los Estados) y por la existencia de importantes ámbitos de autonomía individual y social.

La formación en los contenidos normativos no debe consistir en una retención de datos normativos y jurisprudenciales, sino el apren-

dizaje del modo peculiar de razonamiento que conocemos como método científico-jurídico. Pero sería contraproducente para la asimilación de la esencia de lo jurídico intentar que ese aprendizaje se realizara en abstracto, sin relación con normas vigentes en el ámbito en el que el aprendizaje se produce. La formación en contenidos normativos ha de referirse tanto a datos normativos como a métodos de razonar jurídicamente sobre y con esos datos.

Esta formación, que debe realizarse en primer término en la Universidad, ha de comprender la adquisición de un conocimiento teórico -de datos, de conceptos, de procedimientos de razonamiento-, pero también ha de incluir, ya en esa etapa universitaria, una preparación para la aplicación de ese conocimiento, de modo que la formación universitaria contribuya a que el estudiante asimile que el Derecho es conocimiento y reflexión pero destinado a la resolución de ciertos problemas de la vida social.

C) Razonablemente la configuración de los planes de estudio universitarios requiere seleccionar los contenidos normativos sobre los que principalmente va a versar la formación. No tiene sentido intentar que ésta se refiera a todos los contenidos. Ahora bien, es necesario reflexionar sobre los criterios de selección y ajustarlos a la realidad actual y a sus rápidas posibilidades de evolución. Han de incluirse materias que permitan a los estudiantes comprender la dimensión jurídica del fenómeno de la mundialización y las transformaciones en el Derecho interno de su comunidad política (por ejemplo: frente a las partes tradicionales del Derecho privado, situarles ante la importancia actual del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de la contratación y del Derecho del consumo). La complejidad del ordenamiento y de los ordenamientos aconseja introducir materias en calidad de optativas, pero sin descuidar la mayor importancia de la formación mencionada en los anteriores apartados A y B.

D) A la formación universitaria debe seguir un periodo de formación profesional en el que se potencie la formación en los aspectos técnicos y aplicativos del Derecho y que debe ser en buena parte especializado para cada profesión. Esa formación debe ser impartida principalmente por los profesionales de la misma y de otras profesiones jurídicas.

No obstante, en la ordenación de esta formación -como antes en la de la formación universitaria- ha de tenerse presente que el Derecho ha

de ser un campo de entendimiento común para todos los profesionales del mismo, incluidos los dedicados a su docencia universitaria.

La formación profesional no puede concebirse como transmisión acrítica de rutinas profesionales, ni como la «verdadera formación jurídica» posterior al requisito del título universitario. Es imprescindible una aproximación recíproca entre la formación universitaria y la formación profesional jurídicas, como existe más tradicionalmente en estudios universitarios técnicos como la arquitectura y las ingenierías.

Por otra parte, es imprescindible una parte común en la formación profesional de todas las profesiones jurídicas, porque todas ellas son ejercidas en relación con las otras, y algunas, como jueces, abogados y miembros del ministerio público, en relación casi necesaria. Conseguir un grado de comunidad de conceptos, de métodos de razonamiento, en definitiva, de lo que se supone el acervo de una determinada ciencia o técnica, contribuirá a la perfección del funcionamiento del sistema jurídico.

E) La inclusión en la formación jurídica universitaria y profesional de conocimientos y adiestramiento en determinada tecnología informática y de la comunicación me parece una situación transitoria, hasta que las capacidades para la utilización de estos nuevos instrumentos sean adquiridas en la formación general. Siempre será conveniente incluir en aquella formación las aplicaciones específicas a la materia jurídica.

F) La complejidad de los ordenamientos jurídicos y la rapidez de los cambios sociales y de los cambios jurídicos, que dan respuesta a los anteriores, imponen como características imprescindibles de la formación jurídica, la especialización y, sobre todo, la formación continuada.

Sobre la primera se ha comentado algo antes.

El ritmo acelerado de modificación de las normas que era, hasta hace poco tiempo, sólo percibido en determinados sectores del ordenamiento (Derecho Administrativo), se ha generalizado a todos los sectores. Pensando en mi contexto nacional, no hay parte del ordenamiento que, en los últimos veinte años, no haya experimentado cambios, incluso profundos. En parte ello se ha debido a razones históricas singulares -cambio constitucional, ingreso en la Comunidad Europea-. Pero -aunque sea efecto indirecto de lo anterior- también ha afectado a todos los sectores del Derecho privado: nuevo Derecho de paternidad y filiación, de la incapacitación, de la adopción y figuras afines, del

matrimonio y de las llamadas uniones de hecho, sobre préstamos con garantía hipotecaria, nuevo Derecho de sociedades mercantiles, de los instrumentos del tráfico cambiario, nuevo Derecho de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual, nuevo Derecho de la competencia, del consumo, de las condiciones generales de la contratación, cambios frecuentes en el régimen jurídico de la contratación laboral, etcétera.

La formación jurídica inicial, universitaria y profesional, no garantiza una adecuado nivel de conocimientos y de aptitudes durante largos períodos de tiempo. Es necesario institucionalizar la formación continuada y fomentar un cambio de actitud de los profesionales jurídicos ante la formación, que no ha de ser vista como algo adquirido, sino como algo a mantener a lo largo de la vida profesional.

La Conciliación: principales antecedentes y características

César Guzmán Barrón

Tomando en cuenta la importancia que tiene para nuestra Universidad, el promover un clima y una cultura de paz, especialmente a través de actividades de capacitación, investigación y divulgación en temas vinculados con la solución de conflictos, es que decide crear su propio Centro de Conciliación, convirtiéndose así en la primera universidad en brindar servicios modernos de conciliación, capacitación y formación de conciliadores.

Nuestro Centro se ha trazado, como uno de sus más importantes objetivos, formar peruanos que a través de la práctica de la Conciliación y otros procesos de solución de conflictos sean protagonistas del desarrollo de nuestro país y de la construcción de una cultura de paz.

Al asumir nuestro centro, el reto de llevar adelante la Conciliación, nos comprometimos de forma decidida a difundirla, buscando con ello el conocimiento e identificación de la mayoría de peruanos. En este sentido, quisiera a través de este artículo poder transmitir, dentro de un marco general, los antecedentes, principios, características, ventajas y estilos que tiene la Conciliación, y que a continuación desarrollamos.

1 Conceptos Básicos

La conciliación es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero denominado conciliador.

El conciliador es un facilitador de la comunicación, no ejerce la función de juez, ni de árbitro. Por ello, para los abogados esta tarea

resulta más difícil que para las demás personas, dado que están acostumbradas a buscar las posiciones de las partes y aplicar la ley, por encima de la razón de las partes.

En su obra **Mediación**, Folberg y Taylor señala: «la mediación es una alternativa a la violencia o el litigio. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades [...] tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como de proporcionar un foro para la toma de decisiones».

Así mismo Carl A. Slaikeu en su libro **Para que la sangre no llegue al río** señala que «en su forma más simple, la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero ayuda a dos o más partes a encontrar su propia solución a un conflicto. El valor de este procedimiento está en que permite a dos o más adversarios examinar un problema tanto en privado como en reuniones conjuntas, con el objetivo de crear una solución en la que todos ganen, y que responda suficientemente a los intereses individuales (y comunes). Y les permite descartar otras salidas, como juicios o el recurso a la fuerza.

A diferencia de un abogado ante una Corte, el mediador no toma decisiones por las partes, sino que prefiere escuchar, preguntar, sondear, intercambiar ideas en forma negativa y, a veces, provocar, desafiar y confrontar. En este sentido la mediación es una negociación asistida. El mediador es más que un amortiguador entre las partes».

En el Perú, según la Ley N° 26872, la conciliación es entendida como una institución por la cual las partes acuden a un centro de conciliación o a los juzgados de paz letrados a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. La Ley ha optado por una definición que incide en el rol de colaborador del tercero para lograr una solución voluntaria al conflicto.

2 Antecedentes de la Conciliación

En la antigua China la conciliación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no

bajo coacción. Confucio hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La conciliación a gran escala se sigue ejerciendo en la actualidad en la China (Folberg y Taylor, 1992).

Durante siglos la Iglesia ha desempeñado un papel de conciliadora, trátese del párroco, el ministro o el rabí. La Biblia afirma que Jesús es un mediador entre Dios y el hombre, así leemos en Timoteo 2, 5-6 «porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres». Es más, cuando Pablo se dirige a la comunidad en Corinto les pide que no resuelvan sus desavenencias en el Tribunal sino que nombren a personas de su propia comunidad para conciliar (I Cor. 6, 1-4).

Con la aparición en la Edad Moderna de los nuevos Estados los conciliadores asumen el papel de intermediarios formales.

Desde la década de 1960 la conciliación ha aumentado como un método formal y muy difundido en los diferentes estados de los Estados Unidos y en diferentes campos, no solamente laboral sino también familiar, vecinal, escolar, de propiedad, e incluso en el campo penal. En los últimos años, el uso de la conciliación se ha generalizado en los países de América Latina.

3 Principios de la Conciliación

De acuerdo a lo establecido en el artículo segundo de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872 y en el artículo segundo de su Reglamento aprobado por D.S. N° 001-98-JUS, los principios que rigen la conciliación son los siguientes:

3.1 Equidad

Concebida como el sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación.

3.2 Veracidad

Búsqueda de lo querido realmente por las partes.

Se refleja en el Acuerdo al que llegan las partes, como la mejor solución.

Lo que interesa no es el acuerdo sino la solución del problema.

3.3 Buena fe

Necesidad de que las partes procedan de manera honesta y leal, conducta que debe llevarse adelante durante todo el procedimiento.

3.4 Confidencialidad

Supone, tanto del conciliador como de las partes, guardar absoluta reserva de todo lo actuado.

3.5 Imparcialidad o neutralidad

Garantías de seguridad y justicia. Supone la intervención del conciliador durante todo el procedimiento sin identificación alguna con los intereses de las partes.

3.6 Legalidad

Expresa conformidad del acuerdo conciliatorio con el ordenamiento jurídico.

3.7 Celeridad (prontitud)

Consustancial al procedimiento.

Supone la solución pronta y rápida del conflicto.

3.8 Economía

Las partes eliminan el tiempo que les demandaría un proceso judicial.

4 Características de la Conciliación

A partir de la idea de conciliación que se ha esbozado anteriormente podemos señalar como principales características las siguientes:

4.1 Conflicto existente.

4.2 La conciliación es fundamentalmente una negociación. Sin negociación no existe conciliación.

4.3 Participación de un tercero. En la conciliación el tercero interviene dando especial importancia en recuperar la relación entre las partes,

para ello utiliza sus cualidades con el fin de logra que las partes consigan una solución propia. El tercero no es juez ni árbitro.

4.4 Aceptación. Las partes deciden libremente acudir a este proceso; sin embargo, en la Ley de Conciliación éste será un requisito obligatorio desde el 14 de enero del año 2001. Lo que las partes aceptan será al tercero neutral.

4.5 El procedimiento flexible e informal. Los procesos de conciliación no suponen etapas obligatorias ni instancias. Las pruebas no requieren de las formalidades propias del proceso judicial, dado que no existe un juez que les tenga que dar mérito. La participación activa de las partes hace de la conciliación un proceso informal y práctico, donde se llegará a un acuerdo según la voluntad de las mismas.

4.6 Llegar a un acuerdo no es obligatorio. Aun cuando las partes acudan por ley a una conciliación, no están obligadas a llegar a un acuerdo.

4.7 El proceso es coordinado por el conciliador. El llegar a un acuerdo supone el resultado del papel facilitador, del conciliador y de la decisión de las partes.

5 Ventajas

5.1 Comunicación entre las partes

El conflicto puede ser sano, pero no resuelto es un peligro. En la medida en que la conciliación constituye una alternativa para solucionar conflictos crea un clima de paz, aun cuando producto del proceso de conciliación no se hubiera llegado a un acuerdo, sí se ha logrado un entendimiento entre las partes, restaurándose la comunicación entre ambas.

5.2 Economía

Al adoptarse un acuerdo con rapidez los costos de proceso son bajos, debiéndose pagar tanto al conciliador como los honorarios del centro de conciliación. El proceso judicial y arbitral son más caros.

5.3 Rapidez

La conciliación es un proceso rápido que puede concluir en una o varias sesiones, frente a otros procesos como el arbitral que suele demorar no menos de seis meses y el proceso judicial es, normalmente, mayor a seis meses.

5.4 Protagonismo de las partes

Las partes son protagonistas de sus decisiones. Las partes controlan el proceso, así como el resultado que es producto exclusivo de sus decisiones. A diferencia de lo que ocurre con el proceso judicial y el arbitraje, la solución no es delegada a un tercero sino que es retenida por los propios interesados. Las posibilidades de solución dependen de las partes.

5.5 Flexibilidad

En la conciliación se utiliza un lenguaje sencillo y directo, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales. En muchos casos es preferible recuperar las relaciones que mantener las formas, lográndose una solución de mayor permanencia, dado que se sustenta en los intereses y no en las posiciones.

5.6 Informalidad

En la conciliación no existe ningún tipo de requisito formal dado que cada parte participa voluntariamente y el conciliador hace uso de técnicas y herramientas que refuerzan la comunicación entre las partes.

5.7 Solución realizable

Por tratarse de una solución adoptada por las partes, en la conciliación las decisiones adoptadas logran un 95% de eficacia. Es decir, son pocos los casos en los que las partes no cumplen con los acuerdos que ellos mismos han adoptado. Se trata de soluciones propias, producto de la creatividad de las partes, más que de soluciones formales que se adoptan por imposición de un tercero y que se sustentan en la ley y en la jurisprudencia. No se trata de encontrar quién tiene la razón sino más bien buscar entre las partes, utilizando su disponibilidad e inteligencia, las fórmulas más apropiadas al caso materia del conflicto.

6 Diferencias entre la Conciliación y el Proceso Judicial

De acuerdo a las características y ventajas de la conciliación frente al proceso judicial, podemos concluir lo siguiente:

- Si tomamos en cuenta el tipo de solución al cual llegan las partes, podemos decir, que mientras en la conciliación la solución se da de acuerdo a los intereses de las partes, en el proceso judicial se da de acuerdo a sus posiciones.
- En cuanto al tiempo que demanda cada uno de dichos procesos, podemos señalar, que mientras un proceso de conciliación tiene una duración máxima de treinta días, el proceso judicial suele tener una duración mínima de tres meses.
- En lo referente al control del proceso, podemos señalar que en la conciliación, el control del proceso lo tienen las partes y en el proceso judicial dicho control lo tiene el juez.
- En cuanto al tipo de solución a las cuales llegan las partes, podemos señalar que mientras en la conciliación la solución la dan las mismas partes, siendo éstas voluntarias y creativas, en el proceso judicial las soluciones son de tipo coactiva y legal.
- Por último, quisiera mencionar y resaltar el grado de cumplimiento que se le da a los acuerdos, lo cual está estrechamente relacionado con las consideraciones antes mencionadas, trayendo como consecuencia que, mientras en la Conciliación ésta es de un alto grado, en el proceso judicial, es de un grado relativo.

7 Estilos de Conciliación

La forma de intervención del conciliador está destinada a facilitar a las partes que solucionen el conflicto. Sin embargo los conciliadores pueden adoptar diferentes estilos a fin de lograr cumplir su papel. Los estilos más conocidos según los autores Susan S. Silbey y Sally E. Merry son los denominados estilo negociador y estilo terapéutico, que para Leonard Riskin adoptan el nombre de estilo facilitativo y estilo evaluativo.

7.1 Estilo negociador

Este estilo supone la presencia de un conciliador cuya meta es llegar a un acuerdo. Por tanto, el procedimiento debe permitirle el control del proceso y utilizar las herramientas más adecuadas con tal objeto. Tal es el caso de las sesiones privadas.

Para este estilo, el conciliador debe procurar llegar lo más pronto posible a una solución, controlando las emociones y señalando los beneficios del acuerdo. Por ello se considera un estilo pragmático donde las partes deben sentir las ventajas de llegar a un acuerdo.

Este estilo se puede asimilar al que Riskin denomina estilo evaluativo, donde el conciliador asume un rol activo tanto respecto del proceso como del fondo del asunto, haciendo pesar su experiencia y su conocimiento casi al límite de ejercer influencia sobre las decisiones de las partes.

Es la fórmula que Folberg y Taylor llaman «mediación legal».

7.2 Estilo terapéutico

La meta de la conciliación en este caso es ayudar a que las partes se sientan escuchadas, compartiendo sus emociones y sentimientos. Las emociones se tratan directamente usando incluso intervenciones terapéuticas. El conciliador no discute acerca de normas legales, sino más bien de alternativas sugeridas por las propias partes, sustentadas en la comprensión y en la recuperación de las relaciones, dado que se supone que la fuente del conflicto es un malentendido o una falla en la comunicación. El conciliador simplemente facilita la conciliación, esperando la solución del conflicto como una consecuencia natural.

Violencia familiar y Conciliación

Iván Ormachea Choque

«PRIMERO.- Que, don Guillermo T. reconoce que siempre le faltó a su convivienta Caty R. del cual está arrepentido y pide disculpas y manifiesta que de hoy en adelante hará todo lo posible porque su hogar marche muy bien y se compromete a respetar a su convivienta que está gestando de cinco meses y a su menor hija de dos años Fiorela para el cual trabajará mucho y hará lo posible de vivir muy bien.-
SEGUNDO.- Por su parte doña Caty R. manifiesta que es cierto que su conviviente siempre la maltrató pero por sus niños pide que cambie su esposo y le perdona de todo lo que le hizo y hará todo lo posible porque de hoy en adelante su hogar marche muy bien por el bien de sus niños y pide además que nunca su esposo vuelva a maltratarla [...] [sic]»

«Acta de Conciliación de un Centro de Conciliación, 1996».

I. Introducción*

Uno de los temas más controvertidos dentro del campo de la conciliación y mediación[1] se refiere a la pertinencia de estos mecanismos en casos de violencia familiar.[2] Algunas instituciones se han manifestado

* Mi profundo agradecimiento a la Dra. Carmen G. Arias Otárola por sus valiosos comentarios sobre este artículo.

1 Para los fines de este artículo usaremos los términos mediación y conciliación como sinónimos.

2 Al referirnos a la violencia familiar dentro del contexto de la conciliación, nos referimos fundamentalmente a la violencia contra la mujer por ser el segmento que es más proclive a sufrir los efectos de la violencia familiar. (Así lo asegura el Reporte sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones

en contra de esta posibilidad y otras, en cambio, no han descartado la posibilidad de utilización de este mecanismo en este tipo de situaciones.

Sin embargo, la legislación peruana ha venido gradualmente introduciendo un conjunto de normas en las cuales se faculta a diversas entidades a realizar funciones conciliatorias en casos de violencia familiar. La Ley N° 26260 —Ley de Protección frente a la Violencia Familiar- reconoce dos instancias conciliatorias obligatorias dentro de su procedimiento, a cargo inicialmente del Ministerio Público a través de las fiscalías de Familia, y posteriormente del Poder Judicial por la vía de los juzgados especializados en Familia. Del mismo modo, las defensorías del Niño y el Adolescente debidamente autorizadas podrán llevar adelante audiencias de conciliación en situaciones de violencia familiar, según lo prescribe el artículo 48°, inc. c del Código de los Niños y Adolescentes (CNA), en concordancia con el artículo 30° de la Ley N° 26260. Además, de acuerdo a la Ley N° 27007, de satisfacerse ciertos requisitos, las actas de conciliación de las defensorías adquirirán el valor de título de ejecución en conciliaciones de violencia familiar. En este sentido, la Ley de Conciliación Preprocesal N° 26872 ha prescrito como materia conciliable -artículo 9°- a las situaciones de violencia familiar siendo necesario, por tanto, agotar la instancia conciliatoria antes de iniciar el procedimiento de violencia familiar prescrito por la Ley N° 26260. No es sorprendente, entonces, que esta tendencia legislativa sea predominante en el derecho comparado de la región.[3]

La normativa especializada en contra de la violencia familiar empieza, sin embargo, a atraer la atención de instituciones interesadas en los derechos de la mujer, habiéndose realizado a la fecha un importante estudio sobre la aplicación de los mecanismos de protección frente a la violencia familiar, incluyéndose entre ellos a la conciliación.[4] El inte-

Unidas del 4 de enero de 1996). Por otro lado, los supuestos y las recomendaciones en torno a la violencia contra la mujer y la conciliación pueden ser fácilmente adecuados a la realidad de otros integrantes de la familia, salvo los niños o adolescentes puesto que la violencia contra los niños no es susceptible de ser conciliada por la falta de capacidad de las víctimas.

3 Según el libro **Violencia contra la Mujer: reflexiones desde el Derecho.** de Alda Facio Montejo , et. al. Lima, Manuela Ramos, 1996, la legislación de Colombia, Ecuador y Venezuela contemplaban en sus leyes o proyectos de ley contra la violencia familiar una audiencia conciliatoria como parte del procedimiento respectivo.

4 Gina Yañez de la Borda y Jennie Dador. **La Violencia Contra la Mujer: aplicación de la Ley de Violencia Familiar desde una perspectiva de género.** Lima, Manuela Ramos, 1998.

rés sobre cuán apropiada es la conciliación en casos de violencia familiar ha propiciado en otros países un debate copioso en torno a la idoneidad de este mecanismo.[5]

Con el ánimo de impulsar la discusión sobre la viabilidad de la conciliación en un contexto de violencia familiar, me propongo en este artículo dar una visión panorámica sobre la realidad de este fenómeno desde la perspectiva de la sicología individual, incidiendo en la relación varón-mujer cuya problemática resulta ser la más frecuente, y los límites y posibilidades que plantea la conciliación en este tipo de casos. Las opiniones -que corresponden únicamente al autor- tratarán de presentar bajo una óptica interdisciplinaria la realidad de la conciliación y de la violencia familiar, para posteriormente argumentar en favor de la necesidad de reestructurar los principios de la conciliación como una posibilidad, muy excepcional y dentro de un conjunto de otros mecanismos, de tratamiento de situaciones de violencia familiar.

Finalmente, pretendo postular un conjunto de modificaciones legislativas y propuestas de política para abordar el fenómeno de la violencia familiar desde una perspectiva interdisciplinaria, dentro de un sistema de atención que tenga por finalidad concluir con el ciclo de violencia en el que se ve prisionera la víctima de violencia familiar y sus hijos, antes que privilegiar exclusivamente al mecanismo de la conciliación que presenta serios riesgos para el manejo de este tipo de violencia.

II La conciliación y la violencia familiar como materia conciliable

A raíz de la promulgación de la Ley de Conciliación N° 26872 el 13 noviembre de 1997, la comunidad en general ha empezado a prestar un gran interés en este mecanismo. A través de la gestión del Ministerio de Justicia han venido autorizándose los centros de capacitación para formación de conciliadores y los centros de conciliación, y acreditando conciliadores para que puedan asistir a los ciudadanos en la solución de sus conflictos.

5 Autores norteamericanos y canadienses han escrito numerosos estudios y artículos sobre el tema. Para obtener mayor referencia se puede revisar la bibliografía de este artículo.

Este deseo de institucionalizar la conciliación, tal cual lo declara el artículo 1°. de la Ley N° 26872, ha incentivado a difundir los beneficios de la conciliación a través de diversas actividades en las que no es poco frecuente escuchar que la conciliación –a diferencia de lo que sucede en el proceso adversarial por excelencia, es decir, el proceso judicial- se caracteriza por ser consensual, voluntaria, informal, rápida, poco onerosa, confidencial, cooperativa, neutral y asistida por un tercero especializado en la solución de conflictos.

Otro de los temas continuamente enfatizados es que este sistema conciliatorio -según lo señala artículo 2° de la Ley N° 26872- tiene como sustento el fomento de una cultura de paz, aunque es obvio que la fundamental razón que motivó al legislador a promulgar la ley fue descongestionar los despachos judiciales, lo cual resulta evidente cuando se institucionaliza la conciliación como requisito de admisibilidad para la interposición de la demanda en un importante número de materias judiciales.

Siguiendo la tendencia manifiesta en la legislación contra la violencia familiar en el Perú y en la región, no resultó difícil incluir en la Ley de Conciliación N° 26872 a la violencia familiar como materia conciliable. Sin embargo, resulta imperioso en este momento detenerse y meditar sobre las razones que llevaron al legislador a la inclusión del mecanismo conciliatorio en procedimientos para erradicar la violencia familiar -por ejemplo, fiscalías de familia, juzgados de familia, defensorías del niño y adolescente y centros de conciliación-. A mi entender, la respuesta se puede dar planteando hasta cinco hipótesis. La primera es que el Estado considera que a través de este mecanismo se promoverá un mayor acceso a la justicia de las agraviadas. Una segunda hipótesis se centra en el deseo de descongestionar los despachos judiciales, a través de la creación de instancias que puedan atender estos casos. Una tercera, complementa la anterior al referirse a la mejora del sistema de justicia, que, en tanto descongestionado y con menor carga judicial, puede funcionar más eficientemente; la cuarta, considera que casos como los de violencia familiar son casos de menor importancia -Laura Nader diría casos «chatarra»[6]- que merecen ser tratados

6 Ver el artículo de Laura Nader denominado «*Controlling processes in the practice of law*». ***Ohio State Journal on Dispute Resolution*** Volume 9, Number 1, 1993, pp. 1-25

por otras vías como la conciliatoria; y la última, que asume que al igual que en otros asuntos de familia la conciliación es el mecanismo adecuado para resolver los problemas de violencia más eficientemente que el proceso judicial.

2.1 Las fases y efectos de la violencia familiar

Según el artículo 2° de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (N° 26260), se entiende por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

En los hechos esta realidad se puede plasmar a través de la violencia psicológica,[7] la violencia física[8] y la violencia sexual.[9]

El fenómeno de la violencia familiar presenta un conjunto de dimensiones especiales que no hacen sino envolver a la víctima en un ciclo destructivo, afectando su autoestima dentro de una atmósfera que se caracteriza por el aumento de sentimientos de ansiedad y aislamiento. En este contexto, la víctima sufre de desorden de estrés postraumático similar al experimentado por víctimas de guerra, torturas o desastres naturales,[10] lo cual demuestra que los efectos de la violencia familiar son severos y tienen duración prolongada.[11]

7 La violencia psicológica se puede realizar a través de la coerción, la amenaza, el control económico de la víctima, el control de la socialización de la víctima, el poder del varón para tomar decisiones, la instrumentalización de los niños, minimizar, negar o culpar a la víctima, aislarla, el abuso emocional o la intimidación contra la víctima. D. J. Sonkin, ***The Counsellor's Guide to Learnbing to Live Without Violence.*** Volcano, California, Volcano Press.

8 La violencia física puede presentarse por la vía de los golpes, jalones, empujones, bofetadas, puntapies, ahorcamiento, mordidas, sentarse o pararse forzadamente, quemaduras, escupitajos, ahogamiento, jalando los cabellos, doblando el brazo, colgando a la víctima por el cuello o extremidades y por el uso de cualquier objeto que provoque una lesión corporal. *Op. cit. Idem*

9 La manifestación de la violencia sexual se puede dar por un coito forzado, inserción de objetos, tortura a los genitales o la utilización de la capacidad sexual de la víctima para fines no aceptables para ella. *Op. cit. Idem*

10 BC Institute on Family Violence. ***Family violence in British Columbia: A brief overview.*** Ver página web: http://www.netizen.org/progressive/bcifv/overview/html

11 Resulta curioso que las víctimas de torturas reciban mayor nivel de protección a nivel

En una situación de violencia grave prolongada o ciclo de violencia familiar -como lo señala Sun y Woods,[12] refiriéndose al texto de Lenore Walker, ***The Battered Woman***- la pareja que se encierra en una relación violenta experimenta un ciclo de violencia que se manifiesta en tres fases:

2.1.1 La fase inicial de aumento de tensiones: en la cual se presentan incidentes menores que demuestran que el agresor se encuentra tenso, ansioso, e insatisfecho. Por ejemplo, arranques de furia o lanzamiento de objetos. El agresor, entonces, empieza a asumir que la víctima acepta su comportamiento abusivo legítimamente dirigido a ella. La respuesta de la víctima es amable, tierna y culposa por la tensión que experimenta el agresor. La víctima achaca estos actos a factores externos como el exceso de trabajo, las frustraciones del día y empieza a experimentar los primeros síntomas de ansiedad e inseguridad.

2.1.2 La fase intermedia de incidentes de maltrato agudo: esta fase tiene como resultado un número de actos de violencia dirigidos directamente a la víctima y la conciencia de esta última que no le es posible hacer nada para detenerla.

2.1.3 fase final de arrepentimiento amoroso: generalmente se presenta inmediatamente después del maltrato. El agresor cambia repentinamente y se convierte en una persona amorosa, tierna y arrepentida por sus malas acciones. Si bien el agresor quiere comportarse ejemplarmente, consciente o inconscientemente ha definido claramente las relaciones asimétricas de poder entre él y la agredida.

Por tanto, según Sun y Woods -luego de sistematizar data proveniente de diversos estudios empíricos con víctimas de violencia familiar en los Estados Unidos durante la década de los 80s- tenemos un cuadro en el cual el ciclo del maltrato llega a producir:

---

internacional, siendo impensable promover una audiencia de conciliación entre el torturador y el torturado. Paradójicamente, nuestra legislación norma la realización de audiencias de conciliación entre el agresor y la víctima en diversas instancias. Supongo que todo esto se hace para "preservar a la familia y al matrimonio como célula básica de la sociedad".

12 Myra Sun y Laurie Woods. ***A Mediator's Guide to Domestic Abuse***. New York, National Center on Women and Family Law, 1989. pp. 25-26.

- La manifestación repetitiva de la violencia.
- El agravamiento de las lesiones físicas o psicológicas a medida que transcurre el tiempo
- El surgimiento de un proceso adictivo de dependencia entre el agresor y la agredida
- El aislamiento social de la víctima (se aleja del contacto con su familia, vecinos y amigos).
- Continuas amenazas del agresor contra sí mismo, la víctima u otros terceros cercanos a ella
- La reducción de la autoestima de la víctima
- La realización de actos de violencia aún después de haberse separado la pareja.

Igualmente, Charlotte Germane (*et. al.*),[13] citando otros estudios, añade que la víctima de violencia experimenta:

- Miedo sobre las consecuencias que puede traer consigo el discrepar con el victimario.
- Alto nivel de depresión, introversión y dificultad para expresarse.

Ante esta realidad, aquellas personas que se oponen a la utilización de la conciliación en casos de violencia familiar argumentan fundamentalmente que la conciliación no debe ser utilizada por las especiales circunstancias que atraviesa la víctima.

III. Argumentos en contra de la conciliación en casos de violencia familiar

La discrepancia del uso de la conciliación en situaciones de violencia familiar se basa en la abierta asimetría de poderes entre víctima y agresor, la inadecuada o la falta de capacitación de los conciliadores para entender este tipo de problemática y los criterios de tipo ideológico o

13 Charlotte Germane; Margaret Johnson y Nancy Lemon. «*Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence*» en ***Berkeley Women's Law Journal.*** Fll 1985. Vol. 1 # 1. pp. 176 y 186.

principistas. A continuación discutiremos estos argumentos con mayor detalle.

3.1 La asimetría radical de poderes

La razón más frecuentemente esgrimida en contra de la mediación y conciliación en casos de violencia familiar se centra en cuestionar el diferencial de poder entre víctima y victimario. Se critica en principio el hecho de que la conciliación asuma que las partes en conflicto tengan igual poder, iguales recursos para negociar e igual capacidad de negociación.[14]

Se afirma que la mujer afectada por el maltrato físico o psicológico no tiene la misma capacidad de negociar con la que sí cuentan los victimarios. Es más, Hart concluye que toda víctima de violencia familiar sabe que discrepar con su victimario la coloca en una posible situación de violencia, razón por la cual evitará este tipo de situaciones. La víctima puede estar incapacitada de expresarse, por tanto sólo los puntos de vista del esposo serán tomados en cuenta[15]. Reforzando esta idea, el perfil de la víctima y del victimario ha demostrado en los Estados Unidos que la historia de abuso entre la pareja da como resultado una mujer que está convencida de su propia indefensión y desvalidez y un marido que se caracteriza por ser manipulador y dominante.[16]

La posibilidad de una intervención del mediador para simetrizar el conflicto es descartada por Hart, quien concluye que los mediadores creen que pueden nivelar las diferencias de poder pero las mujeres maltratadas llevan con ellas el terror que las hace más proclives a ceder.[17]

Por lo tanto, si se reconoce que la mediación logra los mejores resultados cuando las partes tienen un poder de negociación relativa-

14 Barbara J.Hart, ***Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse.*** Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación. New York University School of Law. Jan. 21-22, 1984 p. 10.

15 Barbara Hart. *Op. cit.* p. 10

16 Charlotte Germane, *Op. cit.* p. 176

17 Douglas D. Knowlton y Tara Lea Muhlhauser. ***Mediation in the presence of Domestic Violence: is it the light at the end of the tunnel or is a train on the track?*** p. 263.

mente igual[18], resulta evidente pensar que este equilibrio es inexistente en una relación víctima-victimario.

Este desbalance de poder propicia, adicionalmente, que la conciliación sea un factor que incremente los riesgos sobre la víctima con lo cual nuevamente se afecta su seguridad.

La crítica ante el desbalance de poderes ha trascendido -para el discurso feminista- la relación víctima-víctimario y se encuentra más bien en un plano anterior y estructural: la desigualdad de género. Se señala en sí que la desigualdad entre varón y mujer es notoria en el terreno económico, social y personal lo cual puede reforzarse con el mayor poder que tienen los varones, la diferencia de ingresos percibidos por uno y otro sexo, leyes patriarcales[19] y la dependencia económica de las mujeres en los varones[20]. Esta situación a la larga implica que la mediación y conciliación no hace más que ritualizar la asimetría de poder entre géneros, favorecer a los varones y mantener el injusto *status quo*.[21]

Adicionalmente, Yañez y Dador, aunándose a la visión anterior de una perspectiva de género señalan que en el caso de la conciliación en violencia familiar se ofrece un grado mayor de complicación, pues la generalidad de las mujeres han sido socializadas con el altruismo que establece vínculos unilaterales donde unos se benefician a expensas de otros. Por lo tanto, cuando ellas llegan a la conciliación y deben iden-

18 Knowlton y Muhlhauser. Op. cit. p. 255. Ver también sobre la necesidad de equilibrar las relaciones de poder en el texto de Christopher Moore. **El Proceso de Mediación.** Buenos Aires, Granica, 1995

19 Allan E. Barsky, *When Advocates and Mediators negotiate,* en: ***Negotiation Journal,*** Vol. 9 # 2, April 1993, p. 115

20 Barbara Hart, *Op cit.* p. 10.

21 Tal afirmación no deja de ser cierta en el tema de alimentos, por cuanto de un estudio cualitativo realizado en diversas sedes conciliatorias privadas y públicas a nivel nacional, se detectó que el promedio de pago por concepto de alimentos por un hijo ascendía a 153 nuevos soles en el período enero-marzo de 1998, siendo más frecuentes los montos de 100 y 120 nuevos soles. Adicionalmente, en el 80% de las actas que señalaban montos dinerarios se incluían el pago de diversidad de alimentos, medicinas y vestidos aunque bajo una redacción tan poco clara y precisa que hacía muy fácil invitar al incumplimiento de las obligaciones. Iván Ormachea. Ch. **Diagnóstico del Estado de la Cuestión sobre la Conciliación en Instancias Estatales y Privadas.** Lima, junio 1998 (inédito). pp. 93 y 94. Siendo evidente que estos montos no pueden cubrir el 50% por ciento de los gastos de un niño, la pregunta que surge es quién cubre el déficit. La respuesta es obvia: la madre, con lo cual uno se cuestiona si efectivamente la conciliación se convierte en aquel mecanismo que permite «satisfacer adecuadamente los intereses de las partes» o se configura más bien en este caso como el «mal menor expeditivo».

tificar sus intereses y poner condiciones aparece el conflicto inconsciente, porque ello atenta contra la imagen altruista que ha sido internalizada junto con el género mujer.[22]

Finalmente, si a la abierta asimetría que existe entre el agresor y la víctima -generalmente varón y mujer cónyuges o convivientes- le añadimos la característica neutral e imparcial del conciliador, se tiene como consecuencia una intervención conciliatoria en la cual aquella parte con menor poder y recursos no podrá protegerse frente al poder y la potencial represalia de su agresor.

3.2 La inadecuada capacitación de los conciliadores

La falta de conocimiento de los conciliadores sobre la realidad de la violencia familiar, consecuentemente, tiene por efecto un manejo riesgoso e inapropiado del conflicto a través de su criterios, que frecuentemente se basan en creencias, mitos y estereotipos sobre la violencia, la familia y las relaciones de género.

Esta crítica se extiende a la inadecuada o diversa calidad de capacitación que reciben los conciliadores. Como señala Hart, los mediadores no tienen claridad de criterio para determinar qué es lo que persiguen con la conciliación familiar. Algunos creen que se debe mantener la unidad familiar, preservar el interés superior del niño promoviendo la mejor relación entre los padres o la reconciliación,[23] disolver el vínculo matrimonial de forma amigable y satisfactoria para todos, etc.[24]

Este argumento nos lleva a meditar sobre los programas de capacitación en conciliación. En la actualidad los cursos de capacitación de los centros de capacitación -que funcionan dentro del marco de la Ley de Conciliación N° 26872- no han definido claramente cuál es el modelo conciliatorio que postulan para su capacitación, lo cual es pe-

22 Gina Yañez de la Borda y Jennie Dador Tozzini. **La Violencia Contra la Mujer: aplicación de la Ley de Violencia Familiar desde una perspectiva de género**. Lima, Manuela Ramos, 1998. p. 61.

23 El artículo 7° original de la Ley N° 26260 contra la violencia familiar fomentaba una interpretación a favor justamente de la reconciliación entre víctima y agresor. «Art. 7°.- El Ministerio Público mediante el Fiscal Provincial Civil de Turno, intervendrá procurando permanentemente la conciliación de las parejas y demás familiares en conflicto (...)».

24 Barbara Hart, *Op. cit.* p. 10.

ligroso por cuanto puede permitir una excesiva diversidad de formas de intervención de los conciliadores, desde aquellas permisivas que en el caso de la violencia familiar someterían a la víctima a una situación de indefensión, hasta aquellas coercitivas que desdicen de la posibilidad de encontrar alternativas que sean libremente interiorizadas por las partes asegurando de esta forma su cumplimiento.[25]

Más preocupante resulta ser el hecho de que el reglamento de la Ley de Conciliación sólo exija ocho horas de capacitación adicional a las cuarenta horas básicas para especializarse en conciliación familiar (Art. 36°), y comprobar que las actividades de capacitación de conciliadores en los dos primeros años de vigencia de la ley han promovido el surgimiento de un gran número de «especialistas en capacitación», una capacitación legalista y pobre calidad en la enseñanza.[26]

Es más, la inadecuada capacitación y los mitos sobre la familia que nos afectan a todos en general -los varones y mujeres conciliadores no son la excepción[27]- es otro de los argumentos en contra de la conciliación. A partir de la lectura de actas de conciliación en temas de familia y violencia familiar se identifican los siguientes mitos:

- La célula de la sociedad es la familia. Por lo tanto, la mejor familia es aquella que vive conjuntamente, aun existiendo la violencia.[28]
- El acuerdo ayuda a preservar el interés superior del niño. Es decir, el niño debe vivir en todo momento con sus padres, aun cuando exista violencia.[29]
- La mujer ha provocado -al menos en parte- la agresión del esposo.

25 Sobre la forma preocupante como se viene realizando la capacitación de conciliadores dentro del marco de la Ley de Conciliación N° 26872, se puede revisar el artículo «Un Leviatán llamado Conciliación Extrajudicial: a propósito de la implementación del sistema conciliatorio creado por la Ley N° 26872» de Iván Ormachea Ch., Lima, IPRECON, 1999.

26 Ver el artículo denominado «Un Leviatán llamado Conciliación Extrajudicial: a propósito de la implementación del sistema conciliatorio creado por la Ley N° 26872» de Iván Ormachea Choque, 1999 (*op.cit.*) y el artículo «Capacitación de Conciliadores según la Ley de Conciliación 26872: primeras experiencias y desencantos» a publicarse en la Revista Nro. 2 de la Academia de la Magistratura de 1999.

27 Estos mitos están presentes en las actas de conciliación de magistrados de familia. Lo curioso es que en su mayoría los magistrados son de sexo femenino. Ver el texto de Yañez y Dador. *op. cit.*

28 Este mito está presente en el acta de conciliación citada al inicio del presente artículo.

29 *Ibid.*

- El padre (agresor) tiene derecho a vivir con sus hijos y los hijos tienen derecho a vivir con su padre (agresor), aunque exista maltrato a su pareja.
- El alcohol es el causante de la violencia contra la mujer. Por lo tanto, si el agresor promete que nunca va a beber cesará la violencia.
- Con el uso de la terapia psicológica se resolverá el problema de la violencia.
- Si se piden perdón y se arrepienten mutuamente cesará la violencia entre la pareja.[30]
- Si ambos «cumplen con sus roles» o se «portan bien» —el varón a trabajar duro y la mujer a cumplir con sus quehaceres domésticos— cesará la violencia.[31]

3.3 Argumento ideológico o principista

Finalmente, existe otro argumento de corte ideológico que sustenta la oposición contra la aplicabilidad de la mediación a la violencia familiar. Sun y Woods, citando un documento del Instituto Nacional de Justicia de los Estados Unidos, afirman que la mediación no es el foro apropiado para lidiar con casos de violencia familiar por que al aplicarse como sustituto de un proceso penal, se está asumiendo que la violencia contra la mujer no constituye un comportamiento delictivo que merezca una sanción penal. Por otro lado, el incumplimiento de un acta de conciliación no implica ninguna sanción punitiva. Más allá de que la conciliación no propicia que el victimario asuma responsabilidad por su propio comportamiento, el procedimiento de mediación puede implicar que la víctima comparta la responsabilidad del acto delictivo e incluso exigir que ambos cambien para que el victimario no vuelva a maltratar más a la mujer.[32]

30 *Ibid.*

31 Todos estos mitos son falsos y propician acuerdos lamentablemente opresores contra la víctima. Ver un listado adicional de mitos en la obra de Yañez y Dador. *Op. cit.* pp. 27-33 y evidencias de actas de conciliación donde quedan legitimados. Este mito está presente en el acta de conciliación citada al inicio del presente artículo

32 Sun y Woods. *Op. cit.* p. 37. En el texto de Yañez y Dador se citan acuerdos conciliatorios en los que se imponen responsabilidades a la agredida como la de "llegar a su casa de dos a dos y media de la tarde después de trabajar y a no aceptar compromisos en el trabajo" o a "darse todos sus afectos y someterse a su compañero" o "a no concurrir a lugares públicos

Probablemente ésta sea una de las argumentaciones más contundentes del discurso contrario a la mediación y conciliación en estos casos. Esta paradoja resulta evidente en la forma cómo se ha normado el fenómeno de violencia familiar como materia conciliable en la Ley de Conciliación N° 26872. Por un lado, el tercer párrafo del artículo 9° de la Ley N° 26872 dice que no se someten a conciliación extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de la reparación civil; sin embargo, el párrafo anterior del mismo artículo enumera dentro de las materias conciliables del derecho de familia a la violencia familiar, cuando en sí no sólo se trata de un acto delictivo sino de actos que vulneran derechos fundamentales[33].

Reconocer que los actos de violencia familiar son una vulneración a derechos fundamentales ha quedado consagrado en nuestro ordenamiento jurídico -a diferencia de otros países- en tanto que el Perú ha ratificado la Convención Belem do Pará o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994. Resulta entendible, desde este punto de vista, que no sea aceptable negociar o conciliar violaciones de derechos fundamentales que afectan la integridad física y psicológica de la persona.

---

y sociales, cuando su esposo no esté presente" pp. 23, 89 y 230-231 respectivamente. Estos acuerdos implican la renuncia de derechos (taxativamente sancionados con la nulidad según el art. 13 de la Ley 26260) y la vulneración a derechos fundamentales.

33 Lourdes Flores. «Protección jurídica frente a la Violencia Familiar». En Alda Facio Montejo, *et. al.* **Violencia contra la Mujer: reflexiones desde el Derecho.** Lima, Manuela Ramos, 1996. p. 38. Según Violeta Bermúdez, citando a Nieves Rico, se afecta al derecho a la identidad, puesto que refuerza y reproduce la subordinación de la mujer al varón, así como la distorsión del ser humano; del derecho al afecto, debido a que la violencia es la antítesis de toda manifestación de esa índole; del derecho a la paz y a las relaciones personales enriquecedoras, ya que es una forma negativa de resolución de conflictos; del derecho a la protección, debido a que crea una situación de desamparo, que no proviene del esposo y la familia sino también del Estado, que niega protección a las mujeres, y de la sociedad que invisibiliza el problema; del derecho al desarrollo personal, puesto que las víctimas sufren una parálisis psicológica que les impide desarrollar su potencial creativo; del derecho a la participación social y política, debido a que coarta la realización de actividades extradomésticas (con excepción de la mínimas relacionadas con los roles tradicionales), como la participación en organizaciones, grupos o reuniones; del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a una salud física y mental óptima. «La Violencia familiar y su tratamiento en el derecho peruano». **Revista de la Academia de la Magistratura.** Enero de 1998, Nro. 1, Lima: 1998 p. 223.

3.4 Otros argumentos

Entre los argumentos más frecuentemente esgrimidos contra el uso de la mediación y conciliación en casos de violencia familiar se señala:

- No se puede conciliar (arreglar, negociar, etc.) la violencia. Por tanto, se piensa que la violencia no es una materia conciliable
- En la mediación, el mediador no puede brindar las garantías suficientes para evitar la continuación de la violencia. Menos aún exigir al victimario que deje el hogar conyugal o convivencial a partir de su gestión conciliatoria, con lo cual se estaría exponiendo a la víctima a una situación riesgosa para su integridad.
- Existe mucho incumplimiento de las actas de conciliación y no existen mecanismos para exigir su cumplimiento.
- Los mediadores podrían estar sugiriendo que cuando la víctima recibe la intervención apropiada para garantizar la seguridad de la víctima, se ha restaurado el balance de poderes. Esta es una noción errada por cuanto no reconoce el impacto a largo plazo del poder y control que experimenta la víctima. La seguridad física no borra los efectos del terrorismo psicológico.
- Finalmente Yañez y Dador nos brindan un conjunto de razones por las cuales no es viable la utilización de la mediación en la violencia familiar:
  1. La mujer maltratada no está a salvo en la mediación
  2. La mediación privatiza un proceso legal. Este aislamiento es una forma de ejercer control, beneficiando al agresor.
  3. Los mediadores median aun cuando el poder de negociación no es igual, por que creen que ellos pueden resolver cualquier disputa.
  4. Los mediadores desdeñan el pasado violento del agresor debido a que se centran en el futuro.
  5. La mediación promueve un acuerdo -no la igualdad- ya que el objetivo de la mediación no es necesariamente alcanzar la justicia o equidad sino el acuerdo cuyo contenido podría estar por debajo de los derechos de la víctima.
  6. La mediación a menudo se siente como consejería matrimonial.

7. La mayoría de mediadores comparten los prejuicios de la comunidad. No entienden que las mujeres deben enfrentar problemas de discriminación.[34]

Finalmente, algunas defensoras de los derechos de la mujer rechazan categóricamente la posibilidad de trabajar conjuntamente con los mediadores en la búsqueda de políticas que mejoren la intervención en casos de violencia, por que la mediación -desde su punto de vista- es totalmente contraproducente para la mujer.[35]

IV. Argumentos en favor de la utilización de la conciliación en casos de violencia familiar

Los argumentos señalados por aquellos que se oponen a la utilización de la conciliación/mediación en casos de violencia familiar, han sido refutados por aquellos que piensan que la conciliación es una posibilidad más de intervención para poner fin a situaciones de violencia familiar.

En principio, se refuta el argumento en contra de la mala capacitación de los mediadores o la falta de ésta. En sí, se señala que muchos de los estudios que demuestran los efectos nocivos de la mediación en casos de violencia familiar se centran en la realización de audiencias de mediación conducidas pobremente por personas no capacitadas o mal capacitadas.[36] Estos efectos no se producirían ante una mediador/conciliador adecuadamente capacitado en el fenómeno de la violencia familiar y conocedor de las técnicas adecuadas para evaluar el caso previamente, maximizar las condiciones de seguridad de la víctima, evitar la ansiedad que produce el encuentro con el agresor y velar por que la negociación se realice fomentando el balance de poderes entre las partes.

34 Yañez y Dador. *Op. cit.* pp. 66-69.

35 Barsky. *Op. cit.* p. 119.

36 Esta situación se presenta justamente en el caso de jueces y fiscales de familia, por cuanto el legislador al haberles encomendado la misión de conciliar conflictos por violencia familiar ha asumido que por gozar de la magistratura cuentan con la capacitación adecuada para manejar estos casos. Creo que si para ser conciliador se requiere agotar un conjunto de requisitos y tener ciertos atributos personales, no todo conciliador puede ser un buen conciliador en asuntos de familia y menos aun en situaciones de violencia familiar.

Por otro lado, se critica que la mayoría de estudios sobre violencia familiar asuman un paradigma único en el estudio de este fenómeno: la violencia repetitiva y grave del agresor (conviviente o esposo) contra su pareja (víctima) por un período de tiempo prolongado que ocurre sin causar la disolución permanente de la relación.[37] Razón por la cual se sugiere un mayor estudio de aquellos casos donde la violencia es leve o no prolongada y donde, consecuentemente, aquellas víctimas de situaciones de violencia menor no se encuentran en la situación de aquellas víctimas de violencia prolongada o grave que se utilizan para describir la situación de violencia familiar. Eventualmente, en alguno de estos casos leves podría permitirse la utilización de la conciliación o mediación.

Adicionalmente, se sostiene que la utilización de la mediación en casos donde existe violencia familiar tiene como argumento central el no quitarle a la agredida la posibilidad de beneficiarse de este mecanismo, siempre y cuando los mediadores satisfagan rigurosamente las condiciones necesarias para manejar el caso como, por ejemplo, implementar medidas de seguridad a favor de la víctima. Complementando esta idea, algunos mediadores cuestionan la forma como funciona la vía judicial al tramitar estos casos, por cuanto tiene efectos nefastos para la víctima al hacerla sentir humillada, desacreditada, controlada y avergonzada ya que los abogados de las partes harán todos los esfuerzos para ganar el proceso afectando aún más la relación entre las partes mismas y entre ellas y sus hijos.[38]

Ante esta discusión entre aquellos que consideran a la conciliación como una vía adecuada y aquellos que la consideran nociva para la víctima, resulta necesario definir si la conciliación es o no apropiada para este tipo de problemática.

37 Charles A. Bethel y Linda R. Singer. «*Mediation: A new remedy for cases of domestic violence*». En: ***Vermont Law Review***. Vol. 7, # 1 Spring 1982, p. 21.

38 Douglas D. Knowlton y Tara Lea Muhlhauser. «*Mediation in the presence of Domestic Violence: is it the light at the end of the tunnel or is a train on the track?*». En ***North Dakota Law Review***. Vol. 70, # 2, 1994. p. 266.

V. La conciliación en situaciones de violencia familiar: ¿un medio apropiado para la solución de estos conflictos?

En principio, los argumentos en contra de la mediación y conciliación en casos de violencia familiar inciden en tres niveles. Una de las partes ha sufrido un perjuicio directo en su persona -física, sexual o psicológicamente- y por lo tanto se encuentra disminuida y carente de poder con relación al agresor. Este argumento es reforzado a partir de una visión feminista que señala una abierta crítica a la presunción de que el varón y la mujer pueden negociar sus conflictos en igualdad de condiciones.

Un segundo argumento incide en la calidad del tercero conciliador o mediador que interviene en el manejo del caso, y en la capacidad y facultades que posee para administrar y resolver el problema.

Finalmente, existe un argumento de corte ideológico o principista que descarta la utilización del mecanismo privado y confidencial de la mediación por cuanto el Estado se debería manifestar punitivamente contra este tipo de comportamientos delictivos, lo cual queda reforzado en nuestra legislación al haberse ratificado la Convención Belem do Pará en la que se reprime y sanciona la violencia contra la mujer por considerarse una vulneración a un derecho fundamental.

Frente a estos argumentos y a la preocupación manifiesta de las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer en los Estados Unidos y en Canadá, se inició un proceso de discusión en 1991 en el que aquellas organizaciones de defensa de la mujer -muy críticas sobre el uso de la mediación en casos de violencia- se reunieron con un grupo de mediadores prestigiosos y pudieron, dentro de un proceso de creación de confianza y solución de problemas elaborar un conjunto de pautas que satisfacieran las preocupaciones de las defensoras de la mujer.

Estas pautas han sido registradas en el documento denominado *Report from the Toronto Forum on Woman Abuse and Mediation* [Reporte del Forum de Toronto sobre Violencia contra la Mujer y Mediación] que posteriormente ha inspirado la dación de diversas pautas para la Asociación Ontariana de Mediadores de Familia de Canadá (OAFM) y la Academia de Mediadores de Familia de Estados Unidos (AFM).

5.1 Pautas para la mediación en situaciones de violencia contra la mujer

El punto de partida que debe manejar tanto la conciliación como la mediación en casos de violencia contra la mujer se resume en la siguiente premisa refutable:

Si se tiene en cuenta la naturaleza de la conciliación y la finalidad primordial de salvaguardar el interés vital de la víctima, se debe reconocer que la conciliación/mediación puede poner en riesgo su seguridad y bienestar, así como las de terceros ligados a ella.

Por lo tanto, se acepta que la conciliación es un medio riesgoso de intervención en casos de violencia contra la mujer, porque podría afectarse la seguridad e integridad de la víctima y terceros ligados a ellos (hijos, parientes cercanos, etc.). Sin embargo, *contrario sensu*, se puede interpretar que si estos riesgos no existen la conciliación o mediación podría proceder.

Aún así, el mismo reporte plantea con gran profundidad tres pautas para determinar si es apropiado utilizar la mediación a los casos de violencia contra la mujer[39]:

1. Entrevistar previamente a las partes por separado.
2. Respetar ciertas condiciones esenciales antes, durante y después de la conciliación.
3. Contar con diversas alternativas a la conciliación para el abordaje global del caso particular.

5.1.1 La entrevista inicial

El conciliador en casos de violencia familiar debe inicialmente reunirse con la víctima por separado para:

a) Informarse sobre la gravedad —peligrosidad— del caso y los efectos de la violencia en la víctima y otros terceros.

39 Esta descripción sumamente resumida del documento del Forum de Toronto ha sido tomado del **Manual de Conciliación** de Iván Ormachea Choque. Lima, USAID-IPRECON, 1999 pp. 104-106

b) Darle información sobre los alcances de sus derechos y otras alternativas a la conciliación (denuncia ante la fiscalía, iniciación de un proceso judicial, acceso a casas de refugio, asistencia psicológica, etc.).
c) Conocer qué es lo que la víctima desea hacer efectivamente con su situación.
d) Determinar si existen terceros que podrían estar siendo afectados por la violencia existente (hijos, ancianos, etc.).
e) Determinar si la conciliación es el medio adecuado para ayudar a la víctima.

Del mismo modo el conciliador debe reunirse por separado con el victimario para conocer los detalles de la situación y determinar si cuenta con las capacidades necesarias para participar en una eventual audiencia de conciliación.

Con esta información, el conciliador deberá decidir si el caso es susceptible de ser tramitado en la vía conciliatoria, siempre y cuando se cuente con la aprobación de la víctima y la contraparte. El conciliador también tendrá la posibilidad de vetar la decisión de las partes a favor de iniciar una conciliación, si se concluye que el caso resulta inapropiado para la conciliación o no se pueden asegurar las cuatro condiciones detalladas líneas abajo.

5.1.2 Condiciones esenciales antes, durante y después de la audiencia de conciliación

En todo momento se debe asegurar la existencia de las siguientes cuatro condiciones —algunas de ellas han sido reconocidos en el artículo 13° de la Ley N° 26260 y en los artículos 10° y 23° del Reglamento de la Ley de Conciliación, D. Sup. N° 001-98-JUS:

a. Seguridad

Antes, durante y después de la audiencia de conciliación, el conciliador -con el soporte del centro de conciliación- debe minimizar los riesgos y la seguridad de la víctima.

Una de las obligaciones esenciales del conciliador es proteger a la víctima y asegurarse que, una vez conocido el caso, se le brinde las máximas seguridades para que no se vuelva a producir violencia. Si bien la Ley N° 26260 ofrece algunas posibilidades para lograr este fin

a través del dictado de medidas de protección y medidas cautelares (Art. 10° y Art. 11°), el conciliador debe visualizar las posibles situaciones de riesgo que va a tener que enfrentar la agredida con el fin de buscar una respuesta adecuada al problema. Por ejemplo, buscar un lugar o casa de refugio, crear un plan de salida de emergencia del hogar si estalla nuevamente la violencia, -citar al agresor en el día de la audiencia- 15 minutos antes de la agredida y dejar salir de la sala de audiencias primero a la agredida y después de un tiempo prudencial al agresor. En otros casos la audiencia de conciliación sólo se realizará por separado antes que en forma conjunta por una cuestión de seguridad.

b. Voluntariedad

La participación de las partes en la audiencia de conciliación debe ser voluntaria y basada en el consentimiento informado. No se puede, por lo tanto, obligar a una persona a que vaya a una audiencia de conciliación ni exigir la conciliación como requisito dentro o previo a un procedimiento.

c. Capacidad de tomar decisiones

El conciliador y el centro de conciliación deben velar por que la víctima y el agresor se encuentren con todas sus facultades al momento de tomar decisiones sobre sus derechos e intereses. Si la víctima experimenta miedo, inseguridad o coacción de cualquier clase se debe suspender o poner fin a la audiencia de conciliación. No tiene sentido promover una negociación —asistida por un conciliador— cuando una de las partes no tienen la capacidad de hacerlo.

d. Equidad

El conciliador debe preocuparse por el logro de acuerdos que sean justos y equitativos, y que no ritualicen la relación asimétrica de poder y control entre las partes. El conciliador, adicionalmente, intervendrá entonces para equilibrar la balanza de poder entre las partes, basándose en el principio de empoderamiento.

5.1.3 La audiencia de conciliación

De realizarse la audiencia, se deben tomar en cuenta estas cuatro condiciones y se observará la dinámica de relación entre las partes, para evitar que la audiencia de conciliación y el eventual acuerdo resulten en una pseudo solución a la problemática de la violencia.

Durante las discusiones las partes podrán llegar a definir su situación conyugal y familiar, llegando a acuerdos sobre:

- Alimentos.
- Tenencia y visitas de los hijos.
- Situación de los bienes.
- Separación o divorcio de la pareja.
- Reparación de daños materiales.
- Indemnización a la víctima.

Podríamos entonces concluir que la utilización de la conciliación o mediación para el manejo de situaciones de violencia familiar se torna riesgosa ¾por cuanto de llevarse inadecuadamente puede generar serios perjuicios a la víctima¾, y necesariamente excepcional ¾en tanto no todos los casos pueden ser susceptibles de canalizarse por la vía conciliatoria¾ tal cual lo señala el documento del Forum de Toronto. Ante este panorama, resulta imprescindible redefinir los principios que gobiernan la conciliación en favor del logro del objetivo de lograr el cese definitivo de la violencia familiar.

VI. Redefinición de los principios de la conciliación

Debido a las especiales características de la problemática en torno a la violencia contra la mujer o familiar, los principios de la conciliación sufren un conjunto de cambios para adecuarse a la realidad del tipo de conflicto que tratará. A continuación detallamos los más importantes principios y sus respectivos cambios.

6.1 El principio de voluntariedad debe de respetarse necesariamente desde el momento de la convocatoria. Si bien los sistemas conciliatorios, en general, admiten cierto grado de obligatoriedad como, por

ejemplo, obligar a que las partes intenten un acuerdo conciliatorio,[40] obligarlos a que asistan a la audiencia de conciliación so pena de multa[41], etc., los sistemas conciliatorios obligatorios resultan siendo injustos y riesgosos para la víctima de violencia en tanto las obligan a enfrentar nuevamente cara a cara, a sus victimarios afectando su integridad física y psicológica. La decisión sobre la realización de la audiencia de conciliación debe recaer fundamentalmente en la agredida, aunque el conciliador tiene el poder de veto si considera que no existen las circunstancias necesarias para llevar a cabo la conciliación o si habiendo existido éstas, se han deteriorado. Lamentablemente, ni la Ley N° 26260 contra la violencia familiar ni la Ley de Conciliación N° 26872 han tomado en cuenta este principio. Por otro lado, el principio de voluntariedad también se exterioriza al momento de la audiencia conciliatoria, en el sentido de que no se ejercerá o se permitirá el ejercicio de la coerción contra la víctima para obtener la suscripción de un acuerdo. Esta pauta ha sido reconocida en el Art. 23°, numeral 5 del reglamento de la Ley de Conciliación.

6.2 El principio de confidencialidad debe de respetarse aunque velando en todo momento que la confidencialidad no ampare posibles situaciones pasadas, presentes o futuras de violencia contra los integrantes de la familia y la víctima. El conciliador debe estar muy consciente de la información que se intercambie durante el procedimiento de conciliación, y romperá con la obligación de mantener la reserva cuando detecte alguna información que pueda afectar o haya afectado a la integridad física o psicológica de los integrantes de la familia. En este último supuesto comunicará los sucesos a las autoridades pertinentes. La Ley de Conciliación N° 26872 reconoce la excepción a la confidencialidad, aunque de forma imperfecta.[42]

40 Este es el sistema que prevé la Ley de Conciliación peruana N° 26872 en su artículo 6°.

41 La Ley de Mediación y Conciliación argentina N° 24573 sanciona la inasistencia con una multa equivalente a 30 dólares americanos; eso sí, la violencia familiar no es materia conciliable.

42 Artículo 8° de la Ley de Conciliación y Art. 8° de su reglamento. Ver los comentarios en el texto **Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial** de I. Ormachea pp. 31-33 y 50-53.

Cabe señalar, sin embargo, que resulta paradójico exigir el respeto al principio de confidencialidad cuando en situaciones de violencia familiar es frecuente encontrar acciones de tipo delictivo como parte del ciclo de violencia. En este supuesto, el conciliador debe evaluar -tanto durante la entrevista inicial como durante todo el procedimiento conciliatorio- si el caso resulta siendo pertinente para la vía conciliatoria.

6.3 Los principios de imparcialidad y neutralidad son redefinidos basándose en la finalidad que persigue la conciliación en este tipo de casos. El conciliador deberá mantener su rol imparcial o neutral durante la conducción del procedimiento, pero no puede ser ni imparcial ni neutral frente a la violencia y eso debe quedar claramente establecido por el conciliador al entrevistarse con ambas partes. Las partes serán informadas que la intervención de este tercero tiene por finalidad lograr el cese definitivo de la violencia. Si el conciliador durante la entrevista, previa a la audiencia, o durante la audiencia se da cuenta de que no podrá lograr ese objetivo, deberá evitar iniciar la audiencia de conciliación o concluirla, según sea el caso, por cuanto su intervención carecería de sentido.

6.4 El principio de empoderamiento tiene su prueba de máximo rigor en situaciones de violencia, tanto que el conciliador se encargará de velar que la agredida cuente con la capacidad suficiente para participar en la negociaciones que se produzcan. La agredida será escuchada, se estimulará a que brinde sus opiniones, contará con asesores, se le informará sobre sus derechos y otras opciones, y contará con ciertas medidas de seguridad dentro de la audiencia, entre otros.[43]

En el caso peruano existen experiencias interesantes en cuanto a cómo se logra este empoderamiento a través de la mejora de la autoestima. Son justamente las organizaciones de mujeres las que han logrado introducir algunos conceptos -como el de equidad de género- dirigidos a que la mujeres se sientan más seguras de sí mismas y respal-

43 Lamentablemente, el principio de empoderamiento no ha sido reconocido en el artículo 2º de la Ley de Conciliación Nº 26872, aunque el reglamento de la Ley Nº 27007 que concede título de ejecución a las actas de conciliación de las defensorías del niño y del adolescente incorpora este principio: Art. 3º D. Sup. Nº 006-99-PROMUDEH.

dadas por las conciliadoras.[44] Lamentablemente, el reglamento de la Ley de Conciliación, en su artículo 17° numeral 1 y 2, permite que una parte sin necesidad de expresión de causa impida la presencia de los asesores de la contraparte y dispone que, de permanecer los asesores, no tengan derecho a hablar en la audiencia de conciliación.

6.5 El principio de equidad tiene como primer objetivo lograr un acuerdo donde se plasme claramente la forma cómo cesará definitivamente la violencia[45]. Del mismo modo, en tanto que la violencia contra la mujer produce inevitablemente violencia psicológica contra los hijos o familiares cercanos a la víctima, los acuerdos deben de tomar en cuenta las necesidades e intereses de aquellos terceros afectados por la violencia. Adicionalmente, es crucial incluir como parte de los acuerdos una cláusula de garantía para velar por la seguridad de la víctima.[46]

VII. Conclusiones y recomendaciones

Existe consenso generalizado en pensar que la conciliación no es la solución a la problemática de la violencia familiar. Por otro lado, se reconoce que la conciliación es un medio muy riesgoso para el manejo de situaciones de violencia familiar. Sin embargo, sólo podría ser utilizado cuando de satisfacerse los requisitos necesarios para su puesta en ejecución se determina que existen las mejores probabilidades para lograr el cese definitivo de los actos de violencia -que es en sí una de las finalidades centrales que buscan los mecanismos de erradicación de la violencia-. Aún así, también existen organizaciones de mediación y conciliación que como política han optado entendiblemente por no

44 Ver **Conciliación Extrajudicial: Un camino para el logro de la equidad de género y el acceso a la justicia.** Tarapoto, PRODEMU: Asociación Promoción y Desarrollo de la Mujer, 1996 e Iván Ormachea. Ch. **Diagnóstico del Estado de la Cuestión sobre la Conciliación en Instancias Estatales y Privadas.** *Op. cit.* pp. 49-51.

45 El artículo 10° del reglamento de la Ley de Conciliación reconoce esta dimensión del principio de equidad.

46 Por ejemplo, en casos de violencia leve y focalizada, y bajo condiciones óptimas, se podría acordar que ante un nuevo brote de violencia del agresor, éste se retirará definitivamente del hogar conyugal.

realizar mediaciones ni conciliaciones en este tipo de casos debido a razones pragmáticas y/o principistas.

A pesar de lo controvertido del tema, me atrevo a sugerir algunos criterios que podrían ayudar a evaluar la pertinencia del uso de la conciliación en estos casos, y que puedan ser de utilidad para aquellas instituciones que han optado por utilizar este mecanismo: la adecuada capacitación de los conciliadores en el tema de violencia familiar e intervención en este tipo de casos, la convicción de la agredida para terminar definitivamente con la violencia, el deseo de separarse definitivamente de la pareja, la existencia de condiciones de seguridad de la agredida y familiares (hijos, etc.), el soporte adecuado de la institución conciliatoria en el caso y el convencimiento de que dentro del caso particular la conciliación se muestra como la mejor alternativa de intervención entre otros posibles.

Aún así, la discusión en torno a la posibilidad de conciliar o no casos de violencia familiar se topa con un conjunto de preguntas sin respuestas y principios encontrados que a la larga no hacen más que desviar la atención en torno a cuestiones mayores que considero fundamentales para mejorar los sistemas integrales de prevención, sanción y erradicación de la violencia familiar. Por lo tanto, creo que la discusión no debe focalizarse solamente en si la conciliación es o no pertinente en [todos] los casos de violencia familiar, si no que el debate debería ampliarse y dividirse en tres niveles:

1. ¿qué mecanismos pueden utilizarse para poner fin a la violencia familiar?
2. ¿en qué momento unos resultan más adecuados/riesgosos que otros? y
3. ¿qué requiere urgentemente el sistema de justicia para que su capacidad de prevención y respuesta como verdadero sistema contra la violencia familiar opere eficientemente?

Obviamente que estas preguntas escapan del campo de discusión del presente artículo, sin embargo, es hora de que el trabajo en contra de la violencia familiar se realice a nivel integral e interinstitucional para brindar respuestas a estas interrogantes.

Finalmente, a la luz de la experiencia que tenemos en el campo de la conciliación, la falta de condiciones para realizar una adecuada capa-

citación en conciliación familiar y las dificultades que plantea el conocimiento del fenómeno de la violencia familiar, se plantean las siguientes sugerencias:

1. La modificación de la Ley N° 26260 contra la violencia familiar en la cual se obliga a fiscales y a jueces a convocar imperiosamente a las partes a una audiencia de conciliación como una fase del procedimiento o proceso a seguir respectivamente. Por lo tanto, debe abolirse de nuestra legislación toda norma que establezca canales conciliatorios obligatorios para la solución a la violencia familiar.
2. Del mismo modo, la exclusión de la violencia familiar como materia conciliable obligatoria de la Ley de Conciliación N° 26872, como requisito de admisibilidad previa al inicio de un proceso judicial.
3. Modificar el artículo 17° del reglamento de la Ley de Conciliación, el cual permite que los asesores puedan ser excluidos de la audiencia de conciliación a pedido de cualquiera de las partes y sin expresión de causa alguna, y que prohíbe, la el derecho de expresión del asesor durante el desarrollo de la audiencia de conciliación, por cuanto ambas disposiciones afectan el principio conciliatorio de empoderamiento.
4. Modificar el artículo 15° de la Ley de Conciliación, puesto que no reconoce la potestad del conciliador de poner fin a la audiencia si las circunstancias no fueran propicias para llevarla a cabo, como en aquellos supuestos de falta de seguridad o temor experimentado por una víctima de violencia familiar.
5. En cuanto a la capacitación de los conciliadores de familia se sugiere que la capacitación incida en una discusión pormenorizada del fenómeno de la violencia familiar, la dinámica familiar y el trabajo detallado en las técnicas necesarias para abordar el fenómeno de la violencia; es decir:

   - Capacitar a capacitadores para el dictado de cursos de conciliación familiar a través de instituciones internacionales con experiencia y bajo la organización conjunta del Ministerio de Justicia y el PROMUDEH, en tanto estos organismos están encargados de la capacitación de conciliadores «extrajudiciales» y de los conciliadores de las defensorías del niño y adolescente respectivamente.

- Incluir como parte de la capacitación de los conciliadores familiares el trabajo pormenorizado para concientizarlos sobre la existencia de diversos mitos sobre la familia, los roles tradicionales de la pareja y la violencia familiar.
- Incluir aspectos de género en la capacitación de los conciliadores familiares.
- Diseñar una política de despistaje de la violencia familiar en toda conciliación en asuntos de familia, para evitar el logro de acuerdos dentro de un marco de temor, intimidación y asimetría de poderes. La Ley de Conciliación ha asumido que los casos de violencia familiar sólo aparecerán cuando la víctima manifiesta esta situación directamente al conciliador, a través de una solicitud de conciliación; sin embargo, la violencia -en no pocas situaciones- es un elemento subyacente a la problemática que impulsa a la agredida a acercarse a un centro de conciliación. Cuando el caso manifieste elementos de violencia familiar, debe ser manejado como tal y exigirse una entrevista por separado a las partes satisfaciendo las cuatro condiciones señaladas líneas arriba, para determinar si el caso es susceptible o no de tramitarse por la vía de la conciliación.
- Establecer un conjunto de pautas y diseñar formatos para la entrevista con la víctima y agresor en los casos donde se compruebe la existencia de violencia familiar, con el fin de evaluar los casos.
- Velar por que las condiciones de seguridad, voluntariedad, competencia y equidad estén presentes antes, durante y después de la audiencia de conciliación.
- Establecer pautas claras para el manejo de la audiencia de conciliación.
- Establecer un sistema de seguridad para el conciliador y el personal de aquellas instancias que intervienen en casos de violencia familiar. Diseñar sistemas de seguridad -al momento de realizar una audiencia de conciliación, por ejemplo- para que durante la ejecución de los acuerdos sobre visitas o alimentos, el agresor no utilice estos encuentros con la agredida para realizar nuevamente acciones de violencia.

6. Establecer un trabajo conjunto e interinstitucional a modo de una infraestructura en contra de la violencia familiar.

7. Elaborar un Código de Etica del Conciliador en Familia, en la que se señale claramente las pautas a seguir en cuanto a la detección y manejo de situaciones de violencia familiar.
8. Incluir una cláusula en las actas de conciliación en las que se reconozca la culpabilidad del agresor por el acto, con el objeto de que el agresor se haga responsable de sus actos.
9. Incluir dentro de la formación en Derecho la instrucción sobre el fenómeno de la violencia familiar y la forma cómo los abogados pueden asesorar a clientes afectados por la violencia familiar
10. Impulsar políticas para que los conciliadores intervengan como un actor más dentro de un sistema integral de prevención, protección y erradicación de la violencia familiar.
11. Investigar más sobre la realidad de la violencia familiar y sus efectos (sobre la víctima, agresores, hijos, etc.) en el Perú, con el fin de acabar con ciertos mitos y falacias que lamentablemente quedan evidenciadas en las actas de conciliación que vienen suscribiendo diversas instancias estatales y no estatales.
12. Iniciar estudios cualitativos sobre el impacto de la intervención de aquellas instancias que vienen administrando casos de violencia familiar en los que se incluye, entre otras alternativas, a la conciliación, con el fin de evaluar su grado de efectividad en el cese definitivo de la violencia. Nos referimos a las defensorías de los niños y adolescentes, centros de conciliación y otros servicios de asistencia. Lamentablemente, el único estudio cualitativo sobre violencia contra la mujer (Yañez y Dador, 1998) ha demostrado resultados nada satisfactorios a nivel de las instancias estatales.

VIII. Bibliografía

Barsky, Allan E.
1993 «*When Advocates and Mediators negotiate*» En: ***Negotiation Journal,*** Vol. 9 # 2, April, pp. 115-122.

Bethel, Charles A. y Linda R. Singer.
1982 «*Mediation: A new remedy for cases of domestic violence*». En: ***Vermont Law Review.*** Vol. 7, # 1 Spring, pp. 15-32.

Bermúdez Valdivia, Violeta (1998).
1998 «La Violencia familiar y su tratamiento en el derecho peruano» En: **Revista de la Academia de la Magistratura.** Enero, Nro. 1, Lima: pp. 221-232.

BC Institute on Family Violence.
Family violence in British Columbia: A brief overview. Ver : http://www.netizen.org/progressive/bcifv/overview/html.

Dutton, Mary Ann y Catherine Waltz L.
1995 *«Domestic Violence: understanding how it happens and how to recognize»* it En: ***Family Advocate.*** American Bar Association. Vol. 17, # 3. pp. 14-18.

Facio Montejo, Alda, et. al.
1996 **Violencia contra la Mujer: reflexiones desde el Derecho.** Lima, Manuela Ramos. 213 pp.

Fund for Dispute Resolution.
1993 ***Report from the Toronto Forum on Woman Abuse and Mediation.*** Ontario, FDR. 40 pp.

Gerencser, Alison E.
1995 *«Family Mediation: Screening for Domestic Abuse»* En: ***Florida State University Law Review.*** Vol. 23 #1. pp. 43-54.

Germane, Charlotte; Margaret Johnson y Nancy Lemon.
1985 *«Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence»* En: ***Berkeley Women's Law Journal.*** Fll. Vol. 1 # 1. pp. 175 200.

Knowlton, Douglas D. y Tara Lea Muhlhauser.
1994 *«Mediation in the presence of Domestic Violence: is it the light at the end of the tunnel or is a train on the track?»* En: ***North Dakota Law Review.*** Vol. 70, # 2. pp. 255-268.

Kruk, Edward.

1997 «*Divorce Mediation and Woman Abuse: Danger and Potential*» En: ***BC Institute on Family Violence,*** Newsletter. pp. 20-23.

Hart, Barbara J.
1984 ***Mediation for Battered Women: same song, second verse - little bit louder, little bit worse.*** Ponencia presentada en la Conferencia sobre Mujer y Mediación. New York University School of Law. Jan. 21-22.

Landau, Barbara.
1995 «*The Toronto Forum on Women Abuse: the process and the outcome*» En: ***Family and Conciliation Courts Review.*** Vol. 33, # 1, January. pp. 65-78.

Ormachea Choque, Iván.
1998 **Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial.** Lima, Cultural Cuzco editores. 524 pp.

Diagnóstico del Estado de la Cuestión sobre la Conciliación en Instancias Estatales y Privadas. Lima: junio 1998 (inédito).

PRODEMU: Asociación Promoción y Desarrollo de la Mujer.
1996 **Conciliación Extrajudicial: Un camino para el logro de la equidad de género y el acceso a la justicia.** Tarapoto, 62 pp.

Salem, Peter y Ann L. Milne.
1995 «*Making Mediation Work in a Domestic Violence Case*» En: ***Family Advocate.*** American Bar Association. Vol. 17, # 3, pp. 34-38.

Sonkin, D. J.
The Counsellor's Guide to Learning to Live Without Violence. Volcano, California, Volcano Press.

Sun, Myra y Laurie Woods.

1989 *A Mediator's Guide to Domestic Abuse*. New York, National Center on Women and Family Law. 91 pp.

United Nations. Commission on Human Rights.
1996 Fifty second session. 4 January. ***Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences.*** Obtenido de la siguiente dirección electrónica: gopher: //gopher.undp.org:70/00/unifem/poli-eco/poli/whr/vaw/ecn453a1.

Yañez de la Borda, Gina y Jeannie Dador Tozzini.
1998 **La Violencia Contra la Mujer: aplicación de la Ley de Violencia Familiar desde una perspectiva de género.** Lima, Manuela Ramos. 321 pp.

Los principios de la Conciliación y la Ley N° 26872

Javier La Rosa Calle

I. Aspectos generales

Uno de los temas relevantes de la conciliación viene a ser sus principios, asumiendo que los mismos son aquellos aspectos estructuradores y orientadores de determinada institución jurídica.

La Ley N°26872 o Ley de Conciliación -en adelante la Ley- enumera en su artículo 2° nueve principios éticos: equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía los cuales, a su vez, son desarrollados en el Reglamento de dicha norma (Decreto Supremo N° 001-98-JUS) -en adelante el Reglamento-. Es propósito del presente artículo hacer un comentario sobre cada uno de estos principios.

Sin embargo, antes de efectuar esta labor, cabe señalar una primera apreciación general sobre la manera como la Ley aborda este tema, y nos referimos al hecho de que se englobe como principios de la conciliación a algunas figuras más propias del procedimiento judicial, como sería el caso de la buena fe, celeridad y economía. O también que se mencione como principios a la legalidad y veracidad, que en nuestra opinión vendrían a ser, más propiamente, condiciones necesarias para el desarrollo de la conciliación. Sobre estos aspectos, volveremos más adelante.

Un segundo aspecto a señalar es que se haya omitido toda mención al principio de simetría de poderes o empoderamiento,[1] el cual incluso

1 La palabra empoderamiento proviene de la palabra inglesa *empowerment* que significa conferir poder.

ha tenido reconocimiento normativo en el Código Procesal Civil (artículo VI del Título Preliminar referido al principio de socialización del proceso) para los procesos civiles. También sobre esto nos explayaremos más adelante.

II. Principios de la conciliación

2.1 Equidad

El Reglamento desarrolla brevemente este principio, cuando señala que la equidad «debe ser concebida como el sentido de justicia aplicada al caso particular, materia de la conciliación». Al respecto Ormachea señala que el objetivo de la conciliación es arribar, eventualmente, a un acuerdo que sea percibido como justo, equitativo y duradero por las partes.[2]

Es decir, se trata de aplicar la noción de justicia al eventual acuerdo, no solamente desde el punto de vista del conciliador sino fundamentalmente, desde el punto de vista de las partes. Con lo cual ingresamos al tema del acuerdo satisfactorio, es decir, cuándo podemos hablar de un acuerdo cualitativamente aceptable para las partes. Al respecto cabe anotar que no basta que el resultado - el acuerdo - sea percibido como beneficioso por las partes, sino que además es importante el grado de satisfacción que las partes hayan obtenido durante el desarrollo de la audiencia de conciliación.

Por otro lado, si bien la conciliación es el resultado de lo que las partes decidan, ello no quiere decir que el conciliador deba aceptar todo tipo de acuerdos, sobre todo si en ellos se evidencian soluciones inequitativas o injustas para una o más partes. Por lo cual, en principio, el conciliador tiene la facultad de decidir algunas de las siguientes opciones:

1. Señalar a las partes su imposibilidad de seguir conduciendo la audiencia de conciliación sin mayores explicaciones.

2 Iván Ormachea Choque. **Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial.** Lima, Cultural Cuzco, 1998, p. 28.

2. Señalar a las partes su imposibilidad de seguir conduciendo la audiencia de conciliación brindando las explicaciones a las partes.
3. Informar a las partes lo que como conciliador piensa del acuerdo.
4. Informar a las partes lo que como conciliador piensa del acuerdo y además proponer alguna solución al problema encontrado.

Debe mencionarse que lo señalado anteriormente tiene recepción normativa en el artículo 21° de la Ley, así como en el artículo 32° del Reglamento, cuando señalan que el conciliador tiene la libertad de acción para conducir una audiencia según los principios señalados en la misma norma legal, con los límites del orden público, las buenas costumbres y la ética.

2.2 Neutralidad

La referencia que se hace en el Reglamento a este principio está vinculada al tema de la imparcialidad, señalando que ambos principios son garantías de seguridad y justicia, donde la intervención del conciliador durante el procedimiento de conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.

En el Reglamento se sigue la tendencia de ver como sinónimos a la imparcialidad y a la neutralidad, sin embargo, consideramos que ambas figuras son principios distintos, por lo que el Reglamento estaría confundiéndolas.

En este sentido, la neutralidad es la inexistencia de vínculo entre el conciliador y las partes, ello con el propósito de salvaguardar algún conflicto de intereses que pueda surgir entre el o los usuarios de los servicios de conciliación y el conciliador a cargo de la audiencia.[3] De producirse esta vinculación, inmediatamente el conciliador deberá retirarse de la conducción del procedimiento conciliatorio, en la medida que su neutralidad pueda verse comprometida.

Más allá de esta discusión teórica, es en la práctica donde este principio ha merecido algunas críticas. Lederach sostiene que uno de los valores que caracterizan a la mediación -entiéndase conciliación- en países como Estados Unidos y Canadá es una legitimidad ganada por

3 Christopher Moore, **El proceso de mediación**. Buenos Aires, Granica, 1995, p. 46.

la vía de la neutralidad, a diferencia de realidades culturales como la de nuestros países, donde la legitimidad es muchas veces producto de la confianza que se tiene en el tercero.[4]

Un ejemplo de esta situación vendría a ser el caso de los jueces de paz, cuando actúan como conciliadores, quienes, por lo general, intervienen en circunscripciones territoriales pequeñas, en las cuales tienen con las partes, por obvias razones, vinculaciones ya sea de índole parental o amical, lo cual les brinda la legitimidad necesaria para promover un acuerdo que las partes acepten y luego estén dispuestas a cumplir. Por lo cual, en estricto sentido, si aplicáramos el principio de neutralidad, estas personas estarían descalificadas para desempeñarse como conciliadores.

2.3 La imparcialidad

Está referida a la ausencia de conductas, hechos o palabras por parte del conciliador que puedan hacer suponer a las partes que se está favoreciendo a una de ellas. Según Ormachea es un estado mental que exige que el conciliador, durante el desarrollo de sus servicios, mantenga una postura libre de prejuicios o favoritismos a través de acciones o palabras.

También señala que la imparcialidad significa que el conciliador no desempeñará un papel adversarial durante el procedimiento conciliatorio.[5]

Este principio es fundamental para lograr uno de los valores más preciados durante la audiencia de conciliación: la confianza o cooperación. Es decir, en la medida que las partes perciban al tercero conciliador como que no está favoreciendo impropiamente a una de las partes, estarán dispuestas a cooperar para brindar la información necesaria y trabajar conjuntamente en el logro de soluciones satisfactorias. Moore señala que la prueba final de la imparcialidad del conciliador está en las partes, quienes irán cooperando según como vayan percibiendo a su conciliador.[6]

4 Juan Pablo Lederach. **Enredos pleitos y problemas.** Guatemala, Ediciones SEMILLA, 1992, p. 81

5 Iván Ormachea Choque. *Op. cit.* p. 30

6 Christopher Moore. *Op. cit.* p. 46

Por otro lado, el hecho de que un conciliador deba ceñirse estrictamente a este principio, no quiere decir que no vaya a tener opinión sobre el caso que está abordando, lo que se quiere es que el tercero sepa diferenciar, y además evidenciar ante las partes, que es capaz de separar sus opiniones personales de lo que piensan las personas que están reunidas ante él. De no poder mantenerse esta situación, es mejor que el conciliador se abstenga de seguir conduciendo la audiencia.

2.4 La confidencialidad

Además de ser uno de los principios más importantes de la conciliación, es una de las características que nos permite establecer diferencias respecto al proceso judicial, que por esencia es público. En el caso de la conciliación, los actos llevados a cabo mientras dure el procedimiento deben efectuarse en estricta privacidad, con la sola participación de los directamente involucrados en la situación conflictiva.

Se justifica esta privacidad en el hecho de que así se puede alentar a que las partes desarrollen un amplio intercambio de opiniones y de informaciones de una manera franca y abierta. Y es que un requisito ineludible para las partes y el conciliador es que puedan comunicarse con total libertad, ya que el conciliador podría solicitar información y hacer preguntas que no serían contestadas si existiera el peligro de su utilización posterior fuera de contexto.[7] También se argumenta que las partes pueden requerir protección frente a los abusos de aquellos que utilicen el procedimiento conciliatorio exclusivamente para obtener información de sus oponentes, o para tantear cuál es su postura y hasta dónde están dispuestos a hacer concesiones.[8]

En esta orientación se sostiene que sin confidencialidad la confianza de las partes en el conciliador se debilita, la comunicación se retrae, la exploración de opciones y alternativas se hacen dificultosa y las posibilidades de conducir el proceso hacia un acuerdo se alejan.[9]

La confidencialidad no solamente se refiere a lo que las partes puedan haber señalado durante la audiencia de conciliación, sino que abar-

7 Adriana Schiffrin. «La mediación: aspectos generales». En: Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Mediación: una transformación en la cultura, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 46.

8 Linda R. Singer. **Resolución de conflictos**. Paidós, Barcelona, 1996, p. 232.

9 Roque Caivano. **Negociación, Conciliación y Arbitraje**. Lima, Apenac, 1998, p. 135.

ca también lo que le puedan haber dicho al conciliador en reuniones previas a la audiencia o en las reuniones por separado que se lleven a cabo en plena audiencia. Incluso, se sostiene que el resultado de la conciliación también debería mantenerse en reserva, ello con el propósito de evitar una publicidad dañosa del acuerdo que intente generar un «precedente»[10].

Es decir, en la medida que la información vertida durante la audiencia de conciliación es confidencial, la misma no podrá ser usada en ningún proceso judicial o de otra naturaleza, debiendo el conciliador negarse a testificar, salvo que las partes lo autoricen expresamente.

Tal es la importancia que tiene este principio en la conciliación, que se recomienda que durante el inicio de la audiencia, y también en las reuniones por separado, se mencione claramente a las partes sobre lo que ello significa. Vale recordar, así, que existen casos en la legislación comparada donde se exige la suscripción de un convenio de confidencialidad por las partes, que incluso protejan al conciliador de ser llamado a un proceso judicial.[11]

2.4.1 Excepciones al principio de confidencialidad

Como toda regla que tiene su excepción, en la confidencialidad se aprecia el caso de aquellas situaciones en las cuales el conciliador, durante el desarrollo del procedimiento conciliatorio, toma conocimiento de determinados situaciones que configuran hechos delictivos.

Frente a una cuestión de esta naturaleza, la doctrina y legislación comparada coincide en señalar que el conciliador tiene el deber de dar a conocer estos hechos delictivos a las autoridades correspondientes.

Los problemas surgen cuando se intenta definir cuáles son los hechos delictivos que el conciliador debe poner en conocimiento de las autoridades. ¿Deben ser todos los hechos delictivos?, ¿debe discriminarse entre delitos graves o delitos leves?

Frente a ello creemos que la excepción a la confidencialidad debe manejarse con sumo cuidado, por lo cual sólo cuando el conciliador se encuentre ante delitos graves debería informar a las autoridades. En este sentido, nuestra opinión sigue la orientación de otras legislaciones,

10 Roque Caivano. *op. cit.* p. 135

11 Nos referimos al caso de Argentina y de varios estados de los Estados Unidos de América.

las cuales, como en el caso argentino, señala que las excepciones a la confidencialidad pueden admitirse en dos casos: a) comisión de un delito grave; b) violencia contra un menor.

Existen otras situaciones en las que se establece que será admisible la excepción, si se dan algunos de los siguientes supuestos:

1) peligro inminente de daño corporal o muerte para alguna persona involucrada o no en la mediación;
2) amenazas o prácticas de violencia física o psíquica;
3) abuso de menores;
4) conocimiento de delitos de acción pública.[12]

Todas estas situaciones tendrán que manejarse con extrema diligencia por parte del conciliador, ya que una apreciación errada podría generar consecuencias indeseadas. En todo caso, el criterio que debería guiar a los conciliadores es que si su labor no puede mejorar la situación de las partes, por lo menos no debe empeorarla.[13]

A partir de lo señalado podemos hacer referencia al tratamiento normativo que, en nuestro país, hace la Ley y el Reglamento. En este sentido el artículo 8° de la Ley establece que «quienes participan en la conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Nada de lo que diga tendrá valor probatorio». De lo cual se desprende que se ha determinado que este deber de confidencialidad incluye además del conciliador a toda persona que participe del procedimiento conciliatorio. Por lo cual las partes que están presentes durante la audiencia, incluso el abogado del centro, verificador de la legalidad, si es que tuvo acceso a información reservada, también tendrán que ceñirse a esta prohibición.

Por otro lado, de lo contenido en el artículo 8° se evidencia que en dicha norma no se ha establecido las excepciones a este principio, con lo cual podría suponerse que el legislador, para el caso peruano, no creyó conveniente hacer esta mención, con las consecuencias inadecuadas que ello podría significar. Sin embargo, el artículo 8° del Reglamento se encarga de establecer las excepciones cuando en su segundo

12 Norma López Faura. «La confidencialidad en el proceso de mediación». En: **Revista La Ley** 1997-E, Buenos Aires, 1997, p. 1548

13 Norma López Faura. *Op. cit.* p. 1547

párrafo establece: «Constituyen excepciones a la regla de la confidencialidad el conocimiento en el procedimiento de conciliación de la inminente realización de un delito, o ante uno ya consumado. En estos casos, el conciliador debe poner el hecho en conocimiento de las autoridades pertinentes».

Frente a ello debemos efectuar dos comentarios. En primer lugar, consideramos inapropiado que a través de una norma reglamentaria se hayan establecido las excepciones al principio de confidencialidad. Creemos que estas debieron estar señaladas en la propia Ley y no en una norma de menor categoría, que por su propia naturaleza no puede ir más allá de lo que la norma superior -en este caso la Ley- ha establecido.

En segundo lugar, el Reglamento no hace ninguna distinción y señala que el conciliador debe informar ante las autoridades pertinentes cuando conoce de un delito o de su inminente realización. Con lo cual el margen de acción del conciliador estará bastante limitado, ya que si conoce de un delito leve o de poca trascendencia social, igualmente tendrá que denunciar, afectando con ello incluso a las partes que quisieran llegar a un acuerdo.[14]

2.5 Principio de simetría de poder o empoderamiento

Este principio no ha sido recogido en la Ley de Conciliación, siendo importante en realidades como la nuestra donde las diferencias de toda índole son comunes entre los ciudadanos.

Puede ser definido como las actividades que lleva a cabo el conciliador para dar poder o autoridad a la parte más débil durante el procedimiento conciliatorio. Se parte del supuesto de que es necesario que haya una igualdad de fuerzas entre los participantes en la conciliación, ya que ello facilitará una influencia mutua donde una de las partes no pueda imponer a la otra un acuerdo insatisfactorio, que no se sostendrá en el curso del tiempo.[15]

Esta ayuda que despliega el conciliador deberá realizarse con sumo cuidado, ya que una intervención indebida podría afectar su imagen de

14 Iván Ormachea Choque. *Op. cit.* p. 51

15 Christopher Moore. *Op. cit.* p. 73

imparcialidad, con lo cual todo el esfuerzo realizado para generar la necesaria cooperación entre las partes podría venirse abajo. En este sentido se diferencia entre aquel conciliador que realiza intervenciones que ayudan a reconocer, organizar y agrupar el poder de una de las partes, y aquel conciliador que convirtiéndose en defensor, colabora en la generación de un nuevo poder.

Este principio, si bien no ha sido recogido en la legislación sobre conciliación, tiene recepción normativa en el Reglamento de la Ley que faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales, con valor de título de ejecución (Decreto Supremo 006-99-PROMUDEH), cuando en su artículo 3°, en su segundo párrafo, establece que «el conciliador de la Defensoría del Niño y Adolescente acorde con el principio de empoderamiento, evitará los desbalances de poder existentes entre las partes en conflicto con el fin de fomentar una discusión justa y equitativa, respetando el principio de imparcialidad».

Cabe también señalar que el Código Procesal Civil, en el artículo VI del Título Preliminar recoge el principio de socialización del proceso que, en palabras de Monroy recoge la tesis de la igualdad de las partes en el proceso judicial, por lo cual «un juez no sólo tendrá la oportunidad de expedir una sentencia justa, sino que además podrá impedir que la desigualdad en que las partes concurran al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final sea un acto que repugne al valor justicia»[16].

2.6 Principio de la buena fe

Tiene que ver con la actuación de las partes durante el procedimiento conciliatorio, en el sentido de un comportamiento adecuado y acorde a los fines de la conciliación. En este sentido en el Reglamento se señala que por este principio «se entiende como la necesidad de que las partes procedan de manera honesta y leal».

Se señala que este principio no sólo involucra a las partes durante la audiencia sino también a toda persona que participa de la audiencia,

16 Juan Monroy Gálvez. **Introducción al proceso civil**. Santa Fe de Bogotá, Temis - De Belaunde & Monroy, 1996, p. 102

como sería el caso de abogados o asesores y representantes. Lo cual tiene sentido en la medida que lo que se espera de las personas que intervienen en el procedimiento conciliatorio es una debida actuación que no signifique un aprovechamiento indebido o de mala fe de la conciliación.

También se señala que la buena fe tendría que ver con la forma como el conciliador y/o el centro del conciliador dan a conocer sus servicios a los ciudadanos que recurren a sus servicios. Es decir, brindar información transparente sobre lo más conveniente para los intereses del solicitante, sin buscar un provecho personal o institucional.

2.7 Principio de economía

Este principio está definido en el Reglamento como un medio dirigido a eliminar el tiempo que demandaría a las partes al involucrarse en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso. Al respecto, cabe precisar que este principio nos parece muy pertinente a las características del procedimiento civil, donde se dirige al ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo.[17]

Situación radicalmente distinta en el caso de la conciliación, donde por sus propias características, lo que se quiere es un acuerdo justo, duradero y satisfactorio para las partes, lo cual no necesariamente implica que se busque un ahorro de tiempo, costo o esfuerzo. Es más, creemos que existen innumerables situaciones en que, por la propia naturaleza de la materia del conflicto, será necesario que las partes y el conciliador dediquen un tiempo y esfuerzo mayor, por lo que en la medida que voluntariamente así lo consideren las partes, no habrá mayores inconvenientes para que la audiencia se siga desarrollando en más de una sesión.

2.8 Principio de celeridad

Al igual que el principio de economía nos encontramos ante un caso donde el legislador ha pretendido aplicar un principio del proceso

17 Juan Monroy Gálvez. *Op. cit.* p. 98

civil a la conciliación, y donde por las mismas razones expuestas anteriormente creemos que no resulta pertinente hablar de celeridad como un criterio orientador para la figura conciliatoria.

Como bien se sostiene, la celeridad, entendida como la solución pronta y rápida del conflicto, es más bien una característica de la conciliación, que debe ser entendida flexiblemente por los usuarios de este procedimiento, ya que una aplicación estricta podría desvirtuar sus fines.

2.9 Veracidad y legalidad

Ambos son criterios necesarios para que la conciliación sea llevada a cabo adecuadamente. Mientras que en el caso de la veracidad nos encontramos ante una garantía que necesariamente debe ser cumplida por las partes y por el conciliador, en el caso de la legalidad se refiere a que el acuerdo, al que eventualmente arriben las partes, tendrá que ser con pleno respeto por el ordenamiento jurídico.

En el caso de la veracidad, la información que las partes brinden sobre el conflicto durante el desarrollo de la audiencia deberá ser fiel reflejo de la realidad, sin que ello quiera decir que el conciliador deba ingresar a evaluar si están diciendo la verdad o no. De lo que se trata es que durante la manifestación que hagan los participantes de la audiencia, se ciñan a lo que ellos consideren como información cierta, debiendo el conciliador advertir si se encuentra ante información imprecisa o inexacta.

En el principio de legalidad, le corresponde al conciliador asegurarse que el acuerdo total o parcial al que las partes puedan suscribir, no colisione con alguna norma legal, para lo cual podrá recurrir a la asistencia especializada del abogado del centro que cumple la función de verificador de la legalidad.

Análisis y comentarios a la conciliación extrajudicial : la experiencia del IPRECON (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación)

José Zegarra Pinto

A partir de la entrada en vigencia de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley Nº 26872) y su Reglamento (D.S. Nº 001-98-JUS), mucho se ha escrito acerca de las ventajas y beneficios que trae consigo el poder contar con una legislación de esta naturaleza. Dichas opiniones merecen nuestro más absoluto respeto, y es por eso que desde aquí las felicitamos. Pero tal como sucede en otros casos, una vez que esta norma ha empezado a aplicarse, se han advertido ciertas falencias u omisiones en las que ha incurrido nuestro legislador.

A través del siguiente trabajo pretendemos alcanzar un doble objetivo: de primera intención buscamos describir de una manera breve y didáctica el proceso conciliatorio regulado por la normativa antes citada. Asimismo traeremos a discusión algunos temas que consideramos de suma importancia. El segundo objetivo parte de nuestro deseo por que se inicie un análisis y debate más profundo sobre la Ley de Conciliación Extrajudicial y su Reglamento. Toda esta exposición será realizada a partir de la experiencia que hemos logrado adquirir en el Centro de Conciliación Extrajudicial del IPRECON.[1]

1 El Centro de Conciliación Extrajudicial del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (IPRECON) con sede en Lima, ha sido autorizado a funcionar mediante Resolución Ministerial Nº 279-98-JUS. En estos momentos el IPRECON cuenta con dos centros más, los cuales se encuentran ubicados en las ciudades de Arequipa y Trujillo.

I. El proceso conciliatorio

1.1 La solicitud de conciliación

La Solicitud de Conciliación es aquel documento que nos va a permitir dar inicio al proceso de conciliación. La regla general será que todas aquellas personas que deseen contar con los servicios de un centro de conciliación o juzgado de paz que realice dicha actividad, deberán elaborar su respectiva solicitud. A través de la misma lo que se desea es obtener no solamente una correcta identificación de las partes en conflicto, sino también acceder a información que nos permita una adecuada descripción de los hechos que ocasionaron el surgimiento del conflicto. Según lo que se puede concluir del estudio de nuestra normativa, son básicamente dos las maneras por las cuales los interesados pueden obtener la aludida Solicitud de Conciliación: de manera escrita y de manera verbal.

1.1.1 De manera escrita.

Conforme a lo señalado por nuestro Reglamento, la solicitud deberá presentarse por escrito y contendrá al menos una determinada información.[2] En líneas generales, lo que se desea con dicho documento es identificar todos los elementos que han intervenido en la aparición del asunto conflictivo. De la misma manera, se deberá adjuntar tantas copias de la solicitud y sus anexos[3] como partes se necesitan invitar a la Audiencia de Conciliación.

1.1.2 De manera verbal

Para este caso nuestro legislador ha previsto que tanto los centros de conciliación como los juzgados de paz que realicen esta labor, deberán contar con **formatos de solicitudes de conciliación.** Esto permitirá no sólo hacer más ágil el inicio de dichos procedimientos, sino también

2 Decreto Supremo 001-98-JUS, artículo 12°.

3 Tanto la Ley como el Reglamento nos señalan que basta el uso de copias simples para iniciar el procedimiento conciliatorio. La única excepción la constituye lo establecido en el artículo 22° del Reglamento, el cual refiriéndose a los representantes de personas jurídicas establece que: «[...] La representación se acredita con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.».

beneficiar a todas aquellas personas que no se encuentran en posibilidad de redactar un documento de esta naturaleza (analfabetos, invidentes etc.). Es conveniente hacer la precisión de que la recolección de datos y la elaboración de dicha solicitud estará bajo la responsabilidad del conciliador o del juez de paz letrado que conocerá del procedimiento.

Es pertinente resaltar el carácter personalísimo de la conciliación extrajudicial. Con esto deseamos advertir que solo podrán participar en dicho proceso las partes intervinientes en el conflicto. Como excepciones a la regla general tenemos: las personas que por ley deban actuar a través de representante legal (menores de edad, interdictos etc.), las personas jurídicas y las personas naturales domiciliadas en el extranjero.

Cabe agregar que la norma permite que la solicitud de conciliación contenga una propuesta de acuerdo por parte de quien solicita la conciliación (solicitante), lo cual en muchos de los casos podría constituirse como un excelente referente para iniciar el proceso.

En el caso de los centros de conciliación del IPRECON, hemos optado de primera intención por ser nosotros los que elaboramos la solicitud de conciliación. Los actuales momentos nos permiten concluir que no sólo debemos actuar como meros administradores de procesos, sino también cooperar con las partes para conseguir la tan ansiada solución al conflicto.

1.2 Designación del conciliador

Una vez que el solicitante posea su respectiva solicitud de conciliación, se puede dar inicio al proceso. Así, recepcionado dicho documento por parte del centro de conciliación, en el día se procederá a designar al respectivo conciliador. Esta actividad se encuentra a cargo del Director del centro de conciliación quien, en atención a las características del conflicto, procederá a la elección. Además de su designación, se le notificará al conciliador la identificación de las partes y la materia por la cual se le ha convocado.

1.3 Notificación al solicitante de la designación del conciliador

Al día siguiente de recibida la solicitud, el centro comunicará al solicitante la identificación de la persona que ha sido designada como conciliador extrajudicial para su conflicto. Asimismo, se le hará saber que

en caso de no estar conforme con la designación efectuada, tendrá la posibilidad de objetarla tomando como base los causales de impedimento, recusación y abstención establecidos en el Código Procesal Civil. Esta última actividad deberá efectuarse dentro del día útil siguiente a la recepción de la aludida comunicación. Por otro lado, una vez que el solicitado conoce de la identidad del conciliador, tiene éste a su vez la oportunidad de objetar dicha designación hasta 24 horas antes de celebrarse la audiencia de conciliación.[4]

En esta misma fecha, es decir al día siguiente de recibida la solicitud, el centro entregará al conciliador toda información que haya sido puesta a disposición del centro es decir la solicitud y sus respectivos anexos. De la misma manera el conciliador puede, sobre la base del análisis que realice en ese día, manifestar su decisión de no continuar con su participación en dicho procedimiento de conciliación.

1.4 Notificación a las partes de la invitación a conciliar

Al tercer día útil posterior a la recepción de la solicitud y de no haber ninguna clase de objeción con respecto a su participación en el procedimiento, el conciliador notificará a las partes la invitación a conciliar. *Cabe agregar que entre la notificación y la realización de la Audiencia debe existir al menos 2 (dos) días útiles.*

Es pertinente mencionar que mediante Resolución Ministerial N° 032-98-JUS, se aprobaron una serie de formatos de invitación y actas de conciliación.[5] Dichos documentos modelos deberán ser utilizados por todos aquellos entes que se encuentren autorizados legalmente para ejercer actividad conciliatoria extrajudicial. La no observancia de las formalidades exigidas legalmente produce la inmediata nulidad del acta de conciliación emitida.

Conforme advertimos al inicio de este trabajo, la práctica nos ha permitido conocer determinados casos que podrían catalogarse como omisiones de nuestra legislación. Así, se han llegado a presentar algunos supuestos que pasamos a exponer:

El primero se encuentra referido al hecho de que el solicitado se niegue a recibir la notificación. Si bien el responsable de notificaciones

4 Decreto Supremo 001-98-JUS, Artículo 38°.

procedía a redactar el respectivo informe tal como señala el Reglamento, el inconveniente venía a ser el siguiente: ¿cómo concluir formalmente dicho procedimiento si es que legalmente no existe un tipo de acta para esta clase de supuesto? Finalmente, el problema que se generaba era que en nuestros registros se encontraría asentado el ingreso de una solicitud pero, por otro lado, no se encontraría asentada ninguna acta de conciliación que pusiera fin a dicho procedimiento.

Otro caso lo advertimos cuando el notificador nos comunicaba que la dirección señalada en la solicitud de conciliación no coincidía con la dirección real de la parte solicitada. Por lo general, dichos defectos eran fácilmente subsanables, pero es aquí donde surge la interrogante: ¿cómo intentar convalidar esa clase de errores si es que en la Ley de Conciliación y su Reglamento no existe ningún proceso que nos permita realizar dicha subsanación? Siempre hemos sido partícipes de que la Ley de Conciliación debería regular una suerte de proceso que permita a los solicitantes subsanar cualquier clase de omisión o error en el que se hubiese incurrido al momento de redactar su solicitud.

1.5 La audiencia de conciliación

Continuando con nuestra exposición, pasamos a exponer sobre la etapa que, según nuestro punto de vista, es la más importante dentro del proceso conciliatorio: la audiencia.

A excepción de la conciliación en temas de violencia familiar, no existe ninguna clase de articulado que señale alguna actividad especial para el conciliador y las partes que intervienen en un proceso de conciliación. Dado que el tema de conciliación en violencia familiar es sumamente importante y extenso, nos reservamos el comentario del mismo para otra oportunidad.

De llegar a contarse o no con la presencia del conciliador y de las partes intervinientes en el conflicto, pueden darse los siguientes supuestos:

1. Las partes llegan a un acuerdo total y se da por concluido el proceso.
2. Las partes llegan a un acuerdo parcial y se da por concluido el proceso.
3. Las partes no se llegan a poner de acuerdo y se da por concluido el proceso.

4. Una de las partes no asiste a 2 (dos) sesiones de manera seguida o alternada y se da por concluido el proceso.
5. Las partes no asisten a una sesión y se da por concluido el proceso.

Conforme se señala en el artículo 15º del Reglamento, los supuestos antes señalados son los que pueden llegar a dar por concluido un proceso de conciliación. Asimismo, se puede llegar a presentar otra clase de situaciones como, por ejemplo, la siguiente:

¿Qué hacer cuando el que no asiste es el conciliador? Una situación de esta naturaleza no debería escapar a la consideración de ningún centro de conciliación. Cabe advertir que, al respecto, nuestro legislador no ha previsto ninguna clase de paliativo o consecuencia. La duda surge por el lado de qué hacer: ¿se debe dar por concluido el proceso?, ¿se debe volver a citar a las partes? A manera de propuesta, creemos que se debería permitir al secretario general del centro, con previa aceptación de las partes, asumir la conducción de dicha audiencia.

Continuando con nuestra exposición, cabe agregar que independientemente del resultado del proceso, se deberá emitir un acta de conciliación, la cual a su vez deberá ser registrada en el **Libro de Registro de Actas** del centro (original). Por otro lado, a cada una de las partes se le entregará copia certificada de dicho documento. La certificación de dichas actas deberá estar a cargo del secretario general del centro de conciliación.[6]

Es pertinente acotar que cada vez que alguna de las partes intervinientes en el procedimiento de conciliación desee obtener nuevas copias certificadas del acta, deberá recurrir al centro de conciliación y verificar en el **Archivo de Actas** el número de folio en el cual se encuentra registrado dicho documento.

A manera de hacer más didáctica la información expuesta, al final del trabajo anexamos un esquema del proceso conciliatorio.

5 Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 4 de marzo del año 1998.

6 Resolución Ministerial 081-98-JUS - Reglamento Tipo de Centros de Conciliación (artículo 5º).

II. Algunos temas para comentar

2.1 Conciliación extrajudicial «inmediata»

En reiteradas oportunidades se nos han presentado casos en los cuales dos o más partes en conflicto concurren al centro, con el fin de llegar a un acuerdo en el menor período de tiempo posible. Hasta aquí, esto no tendría nada raro o especial, pero el detalle radica en que dichas partes lo que en realidad desean es que se realice una audiencia de conciliación en ese preciso instante, en atención a que quieren arribar a una solución de una vez por todas y buscando además el respaldo legal que brinda el acta de conciliación extrajudicial.

Es aquí donde surge la disyuntiva: por un lado tenemos un proceso conciliatorio que implica respetar toda una serie de plazos y actos; y por otro nos encontramos con dos o más partes que buscan, a través de la conciliación extrajudicial, poseer un documento que le de fin a su controversia en un período de tiempo que es inclusive mucho menor al señalado legalmente.

Si bien desde la emisión de la ley siempre se ha resaltado el hecho de que la conciliación extrajudicial implica contar con plazos sumamente cortos, muy por el contrario, parecería que para el caso planteado, dichos plazos vendrían a ser una suerte de obstáculo para la búsqueda de la tan ansiada solución.

Cabe señalar que básicamente fueron dos los motivos que dieron lugar a la emisión de una norma de esta naturaleza, los mismos que llegaron a traducirse en nuestros tan conocidos principios de celeridad y economía. Era necesario hacer referencia a estos principios dado que nos permitirá dar una adecuada opinión al caso planteado.

En atención a lo expuesto, somos de la idea que la norma debió establecer la realización de un proceso de conciliación inmediato. Si partimos del supuesto de que la dación de esta ley tuvo como principal móvil buscar un proceso rápido, económico y eficaz de resolución de conflictos, no comprendemos por qué no se llegó a contemplar un supuesto de esta naturaleza. Conforme podrán advertir, la no observancia de los plazos antes indicados puede llevar a que el centro sea sancionado de dos maneras: multa o desautorización de funcionamiento, y en este último cabe la posibilidad que posteriormente se disponga

su cierre definitivo.[7] Para finalizar debemos manifestar que si bien el centro de conciliación puede ser sancionado, el acta de conciliación seguirá gozando de su carácter de título de ejecución.

2.2 Solicitudes de conciliación «maliciosas»

En un par de oportunidades hemos tenido la mala fortuna de tramitar dos procedimientos en los cuales ha ocurrido una situación especial. Una vez citadas las partes a la audiencia de conciliación respectiva y llegado el día y la hora para el inicio de la misma, nos dábamos con la sorpresa que solo concurría el solicitado a conciliar y, aunque parezca extraño, no se presentaba el solicitante. Es decir, el supuesto interesado en llegar a una solución se ausentaba y esto se repetía en la segunda sesión. Como es de esperarse, dicho procedimiento llegaba a concluir por inasistencia de una de las partes a dos sesiones consecutivas. Toda esta situación lo único que llegaba a producir era un mayor nivel de conflictividad, dado que exacerbaba aun más los ánimos de las partes en conflicto.

Somos de la opinión que lo más adecuado hubiese sido establecer sanciones para el solicitante malicioso, en atención a la mala fe mostrada y a su conducta poco resolutiva, la cual no solo perjudica a la parte solicitada sino también genera que el centro de conciliación invierta sus esfuerzos en procesos que no han sido planteados de buena fe.

2.3 Conclusión del proceso por el conciliador

Esta última reflexión parte del siguiente cuestionamiento: ¿por qué la persona que dirige el proceso de conciliación no puede ponerle fin al mismo? Esta es una pregunta que la venimos haciendo por largo tiempo, inclusive antes que nos constituyéramos como centro de conciliación. Ante esta interrogante, de primera impresión se podría pensar que se trata de una gran omisión de la norma ya que se no se contempla expresamente un supuesto de esta naturaleza.

Para tener una idea más clara de lo que deseamos exponer, imaginémonos el siguiente ejemplo: durante la primera sesión de una audien-

7 Resolución Ministerial N° 174-98-JUS, artículo 26°, inciso b) y artículo 30°, inciso b).

cia de conciliación ambas partes acuerdan que previamente a la segunda sesión, se reunirán para esbozar una solución al conflicto. Pero, la negociación entre las partes resulta infructuosa y se dan por finalizadas las conversaciones entre ellas. Cabe señalar que independientemente a todo esto, tenemos un proceso de conciliación pendiente el cual inclusive tiene prevista una próxima sesión, la misma que deberá realizarse forzosamente. Esto último nos parece de lo más absurdo. Consideramos que en su rol de facilitador del diálogo y el entendimiento, se debería establecer expresamente que el conciliador tuviese la facultad de poner fin al proceso de conciliación.

A manera de respuesta, creemos que todo esto puede solucionarse de la siguiente manera: cada vez que se llegue a verificar una situación como la antes descrita, el conciliador puede poner fin al proceso debido a: «[...] falta de acuerdo entre las partes». Consideramos que aun cuando tales hechos se han logrado verificar fuera del centro de conciliación, esto no le impediría al conciliador ponerle fin al mismo.

2.4 Conciliador unipersonal

De primera intención debemos decir que si bien este supuesto no se encuentra contemplado en nuestra legislación sobre conciliación, al parecer podría llegar a ser implementado si es que se produce una modificación.

La primera pregunta que estará surgiendo en estos momentos es: ¿qué es un conciliador unipersonal? Se denominará conciliador unipersonal a toda persona que ejerza actividad conciliadora con la característica que tendrá una doble función: abogado y conciliador. Asimismo, deberá realizar su labor contando con una infraestructura igual a la de un centro de conciliación. Finalmente, de lo que se trata es de una sola persona efectuando conciliaciones extrajudiciales.

Respecto a este tema, es preciso que manifestemos nuestro total desacuerdo con la instauración de una figura de este tipo. Fundamentamos nuestra opinión sobre la base de los siguientes argumentos:

2.4.1 Administración del centro de conciliación

Como es de esperarse, la labor de administración del centro se tornará algo complicada para este tipo de conciliadores, dado que tendrán la obligación de cumplir múltiples funciones: director del centro, se-

cretario general, conciliador, etc. Tener un correcto control de dicha carga de trabajo será muy difícil si es que no se cuenta con el apoyo humano y logístico suficiente. Es lógico, por tanto, que sean los centros de conciliación los que se encuentran en la posibilidad de realizar la conciliación, de acuerdo a las expectativas generadas sobre esta institución.

2.4.2 Mayor capacitación y experiencia

Somos de la opinión, si es que se legisla un supuesto de esta naturaleza, que todos los conciliadores unipersonales deberán ser profesionales que gocen de una connotada experiencia en el campo de la resolución de conflictos. Además, y esto es lo más importante, deberán tener comprobada especialización en el campo de la conciliación y específicamente en la práctica de la misma.

En el IPRECON siempre hemos manifestado nuestra preocupación por el hecho de que la capacitación exigida por nuestra legislación a los futuros conciliadores extrajudiciales es insuficiente. Una capacitación inadecuada, como es lógico, repercute negativamente en los servicios que se prestan a los usuarios del centro, lo que finalmente generaría un desprestigio de la institución de la conciliación. Entonces, con mayor razón nos preocupa la existencia de un profesional de este tipo. No se niega que podrían existir profesionales que posean las características que señalamos pero, a su vez, creemos que en la actualidad éstos serían muy pocos.

Cabe agregar que conforme señala nuestro legislador, todo conciliador deberá realizar cursos de actualización con el objetivo de acrecentar sus conocimientos y perfeccionar sus habilidades prácticas. Para este caso, nuevamente, el conciliador unipersonal tendría que recurrir a una entidad capacitadora o a un centro de conciliación que dicte este tipo de cursos. Como se puede advertir, finalmente todo nos lleva rumbo a la vía de los centros de conciliación.

2.4.3 Supervisión

Es lógico que de existir la posibilidad de ostentar un titulo de esta naturaleza, serán muchos los profesionales que decidirán convertirse en conciliadores unipersonales, hablamos de profesionales que ejercerán dicha función en la costa, sierra y selva de nuestro país. Esto nos parece que sería algo correcto y lógico pero por otro lado se podría generar un

inconveniente de tipo físico dado que se tendría problemas para ejercer un efectivo control de esta clase de profesionales.

El ente encargado de dicha actividad, es decir la Secretaría Técnica de Conciliación, necesitaría contar con un elevado número de personas que de manera constante realicen labores de supervisión.

Entonces, si el conciliador unipersonal debe cumplir con todos los requisitos de un centro de conciliación, además de contar con un local de similares características, ¿por qué no seguir con la figura de los centros de conciliación tal cual lo señala la Ley Nº 26872?

Como comentario final al tema del conciliador unipersonal, consideramos que la idea en general de permitir que un mayor número de personas realice actividad conciliatoria es de lo más acertada. Pero, no compartimos que dicha aspiración llegue a forzar la institución de la conciliación creando figuras que a la larga traerán más complicaciones que aciertos. Al igual que cualquier tipo de proceso de cambio de concepciones o estructuras, la implementación de la conciliación, legalmente hablando, merece un período de consolidación. Es por todo lo expuesto que mantenemos la idea que debe ser a través de los centros de conciliación la manera como se tiene que trabajar el tema de la conciliación extrajudicial en nuestro país.

Antes de finalizar deseamos citar algunas ideas vertidas por Martha Oyhanarte,[8] las cuales son pertinentes para los actuales momentos:

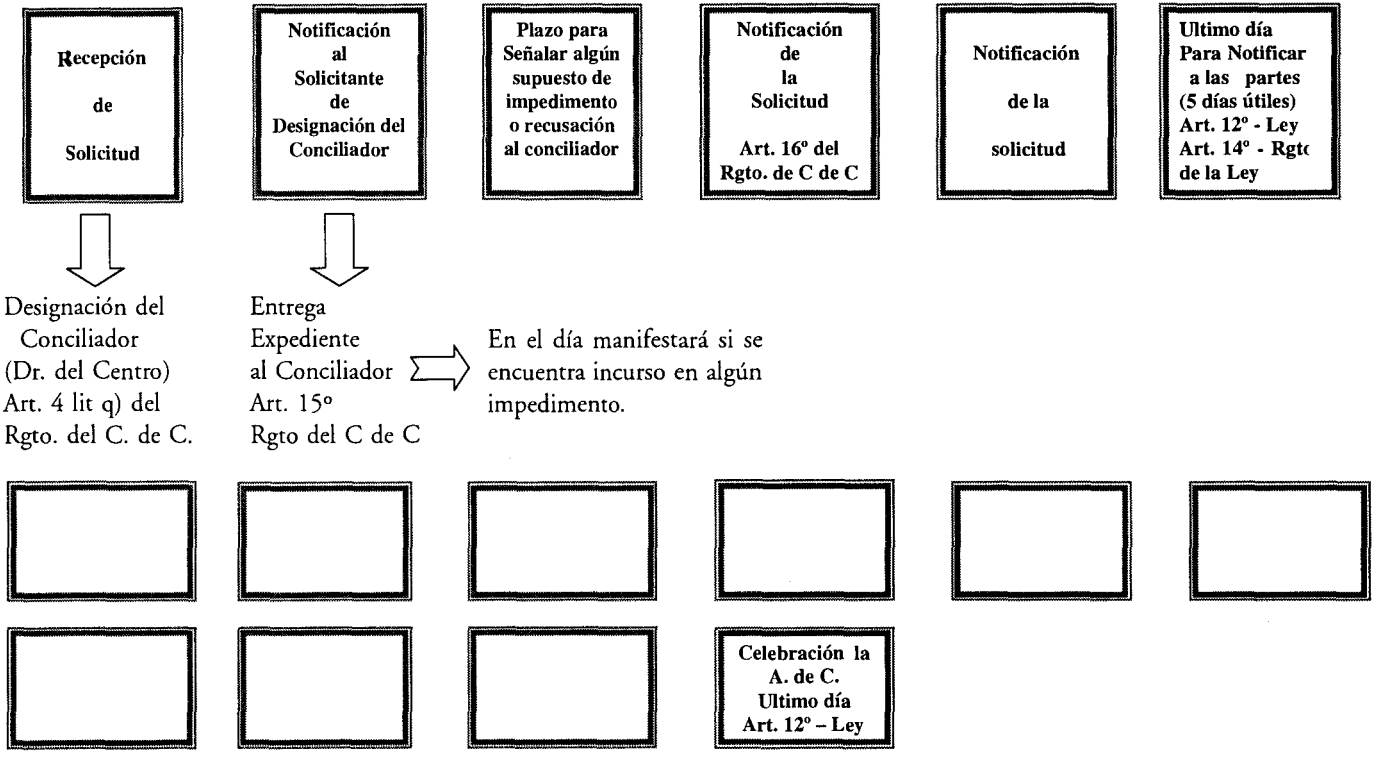
Es importante estimular a la mayor cantidad de personas en escuelas, centros comunitarios, asociaciones vecinales, empresas, a comprometerse a resolver posibles disputas usando la ayuda de un tercero imparcial. Este será el verdadero comienzo del cambio.

Es importante comenzar en el lugar que marca nuestra propia historia, sin copias estereotipadas de modelos ajenos.

Es importante aceptar que la mediación es una herramienta nueva, un sendero espiritual, una necesidad política, un desafío ético.

Con las reflexiones antes realizadas, no pretendemos restarle crédito a nuestra Ley de Conciliación Extrajudicial. Muy por el contrario, lo que buscamos es contribuir a su mejora para así incrementar aun más la inmensa gama de beneficios da la aplicación de la conciliación extrajudicial como medio alternativo de resolución de conflictos.

8 Marta Oyhanarte, «Los Nuevos Paradigmas y la Mediación» En: **Mediación – una transformación en la cultura**. Compiladores Julio Gottheil y Adriana Schiffrin. Colección Mediación. Argentina, Editorial Paidós, 1996.



- Recusación: Hasta 24 horas antes de la celebración de la A. de C (Art. 38° del Reglamento de la Ley)- 23° de la Ley
- Entre la notificación y la Audiencia de Conciliación debe existir al menos dos (02) días útiles. (Art. 16° del Reglamento del C. de C.).
- Todos los plazos señalados son días útiles.
- La audiencia de conciliación debe celebrarse dentro del plazo de 30 días calendario contados a partir de la 1ra notificación a las partes, el plazo puede ser prorrogado por acuerdo entre las partes (Art. 11° - Ley) - Rev 12° Ley.

La negociación en el proceso conciliatorio

Aníbal Sierralta Ríos

La conciliación es una negociación inducida, ya que son las partes las que deben llegar a un resultado común con la asistencia del conciliador, que tiene como función primordial el facilitar el instrumental técnico para que aquellas puedan, por sí solas, arribar a un acuerdo que solucione sus controversias o posibilite conseguir objetivos comunes.

El proceso conciliatorio y las negociaciones se aplican tanto para resolver conflictos, como para conseguir objetivos comunes cuando existen diferentes formas de solucionar o enfrentar una situación que preocupa a varios individuos, como los casos que afectan a residentes de una población, o cuando se trata de enfrentar la desazón de algunas comunidades ante nuevas construcciones en áreas urbanas en las que los habitantes desean mantener determinados patrones arquitectónicos de valor cultural o sentimental. De tal manera que conocer la técnica y el arte de la negociación se convierte en un desafío permanente para el conciliador y aun para los potenciales usuarios de esta institución o medio alternativo de solución de controversias.

La negociación como manifestación de una actitud humana se desarrolla a través de un proceso. No es una acción espontánea, ni una expresión involuntaria, es un mecanismo con características propias que requiere ser respetado y aplicado ordenadamente para un buen entendimiento de los sujetos.

Debemos considerar dos situaciones claras: las fases a través de las cuales se llega a la negociación, que es connatural a toda comunicación; y el proceso mismo, que involucra las etapas de la negociación y que se deben programar y prever para hacerla más efectiva.

I. Marco de la negociación

La negociación se desarrolla dentro del marco del comportamiento humano, a través de fases que se van sucediendo en el tiempo de manera inmediata, una detrás de otra conformando un todo armónico. Estas fases se articulan entre lo emocional y lo racional que al fin y al cabo es el contenido de la vida misma.

El contacto inicial de dos personas o más está siempre cargado por la emotividad, cuando cada una de ellas pretende agradar, sorprender o impresionar a la otra; posteriormente sobreviene una fase reflexiva cuando los sujetos se plantean los objetivos por los cuales se están reuniendo o expresan el interés de mantener vínculos y las características de cada uno, o admiten la existencia de un conflicto; finalmente, y sólo después, es que se llega al área negocial, en la cual se busca conseguir objetivos compartidos y que las partes de mutuo acuerdo, con el mismo propósito, establezcan líneas de conducta duraderas y provechosas.[1]

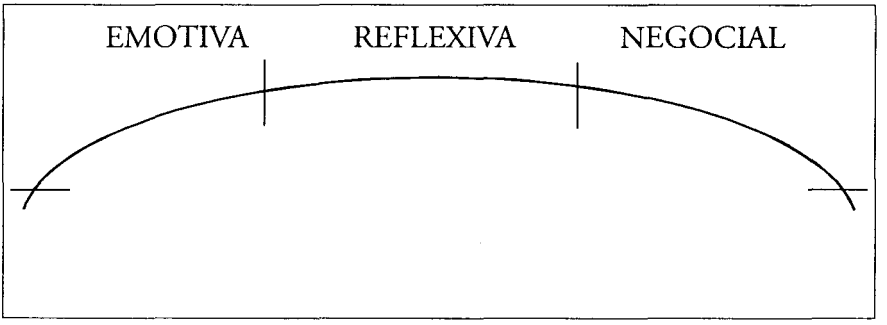
Cuando se trata de enfrentar controversias buscando una solución se hace más necesario identificar estas fases, sobre todo la inicial, ya que las partes están bajo una fuerte carga emotiva que les impide ver las posibles soluciones y avizorar las ventajas de un acuerdo estable.

La negociación, pues, transcurre por fases, que podemos graficar como un arco de tres tramos (Gráfico N° 1) en el que en el primero está representado el área emotiva. En ella los sujetos sólo se mueven en base a impresiones y emociones. Es el tanteo en el que no se pueden establecer líneas de comportamiento ya que los sujetos están alterados por un conflicto o por un daño ocasionado por el otro o por una percepción del negocio que aún no es clara. Este tramo será tanto o más dilatado en razón de la cultura de los individuos. En esta fase no se pueden plantear los aspectos medulares de la negociación, en todo caso, puede servir para identificar a las partes, conocer sus posiciones, el grado de compromiso y el poder que tienen para decidir u obligarse. En esta fase lo que se debe tratar es de crear un ambiente de confianza para que el proceso continúe. Luego, no es recomendable abordar desde un inicio el conflicto mismo o la posible solución.

1 Aníbal Sierralta Ríos. **Negociación y Contratación Internacional**, Asunción, Universidad Autónoma de Asunción, 1993, p.21.

La segunda fase es la reflexiva, en la que los sujetos deben entender que su intervención tiene el propósito de generar mutuo provecho y beneficios recíprocos. Aquí es donde los negociadores han de procurar «hacer crecer el pastel» vale decir, buscar no solamente un mayor provecho personal, sino hacer crecer las ventajas y conveniencias para que cada uno vea satisfecha sus pretensiones. En esta fase se ha de buscar identificar los intereses subyacentes.

Gráfico N° 1



La tercera y última fase es la de la negociación. Es el período en el que se adoptan los acuerdos y las decisiones, después de que los sujetos se han conocido y estiman que justamente los puntos de coincidencia a los cuales llegan son beneficiosos para ambos. En esta última fase hay que reconocer y admitir los intereses y enfrentar el conflicto con visión de futuro. Algunos trabajos sobre el tema consideran que la negociación es un proceso directo al cual se llega solo y en base a las técnicas; sin embargo, la ciencia de las comunicaciones nos enseña a apreciar que hay dos aspectos previos: aquel que ya describimos como emotivo y el que se refiere al entendimiento inteligente de intereses. La negociación pues trascurre por fases que se deben respetar y entender para conseguir un acuerdo duradero.

La negociación es una técnica elevada de comunicación, en la que después de un intercambio de informaciones de las partes se llega a puntos precisos y claros, comprendiendo las distintas percepciones de los sujetos, superando sus términos y desconfianzas y enfrentando hacia futuro la relación sea comercial, vecinal, familiar o financiera. Es la plena comunicación o la confirmación total de un entendimiento o disenso.

II. El proceso de negociación

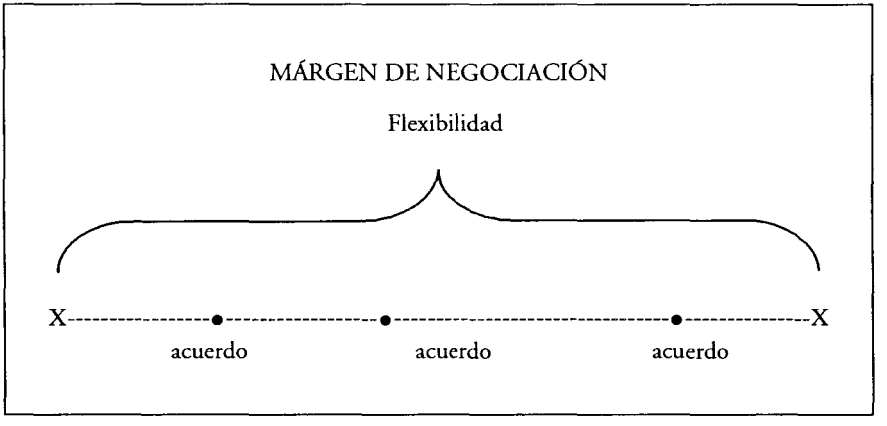
Muchos sociólogos, administradores de empresas y abogados han apreciado que el proceso de negociación parece progresar hacia una evolución en etapas. Aunque es imposible imponer un modelo de estructura rígido, los negociadores que recién se inician deben cuidar que su comportamiento en este campo sea apropiado para llegar a acuerdos mutuamente compartidos.

El proceso de la negociación es una combinación de tres elementos básicos: objetivos, misión y plan negocial.

2.1 Objetivos

Los objetivos están referidos a lo que las partes buscan y anhelan. Lo que se pretende obtener o conseguir en una negociación o lo que se intenta enfrentar. Los mismos que deben establecerse con un mínimo y un máximo, ya que si son cuantificables es mucho más fácil su apreciación (Gráfico N° 2.). Mientras podamos hacer un esfuerzo de establecer los márgenes de nuestros objetivos habremos alcanzado flexibilidad, pues de esa manera las partes pueden articular el proceso dentro de márgenes pre-determinados haciendo más fructífera la relación.

Gráfico N° 2



2.1.1 Determinación de objetivos

Los objetivos obviamente deben ser reales y han de referirse a lo que se espera conseguir. Su cuantificación, a través del mínimo y máximo será el margen de negociación.

Algunos pensarán que en una compraventa internacional el exportador sólo debe tener presente, en cuanto al precio, un objetivo mínimo y que el máximo es todo aquello que pueda obtener o arrancar del comprador. Sin embargo, esa no es una negociación comercial porque puede ocurrir que hoy, efectivamente, estemos obteniendo la mayor ventaja posible del importador, pero como éste a su vez compra para revender, llegará algún momento a considerar que mantener esos términos de relación comercial son desventajosos y entonces interrumpirá el flujo comercial o, en el peor de los casos, romperá los acuerdos de un contrato porque le será más conveniente incumplir que seguir obligado a aquello que le ocasiona perjuicio.

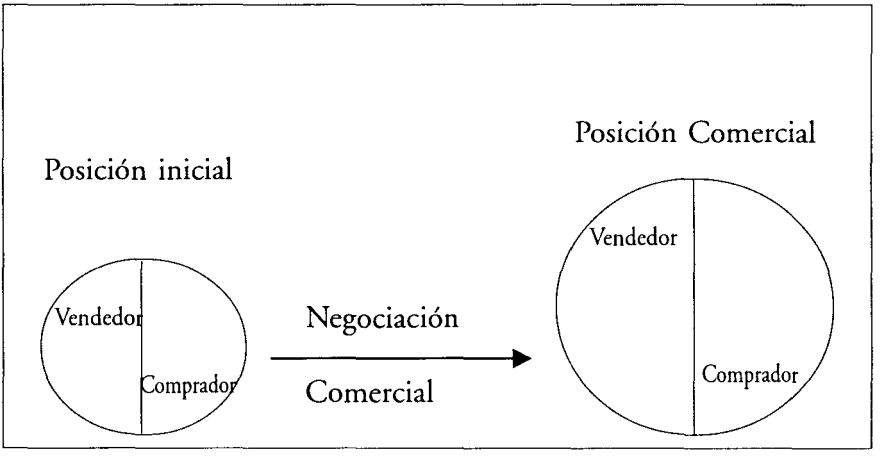
En los contratos de comercio internacional, el incremento de las ventas es un fin permanente de la relación mercantil, de la misma manera que el importador busca revender a terceros para percibir su margen de lucro que irá *in crescendo* en cuanto se repita la operación. Es decir, se estará haciendo un mercado. Tal vez el lucro del exportador no se dé en la primera operación sino en las subsiguientes, en tanto que el comprador obtendrá una mayor rentabilidad si la demanda interna de la mercancía se incrementa. Es decir, se estará haciendo crecer ese «pastel hipotético» en el cual tienen interés las partes. Por otro lado, no toda operación mercantil busca un lucro económico inmediato, podría tratarse de una estrategia comercial destinada a abrir nuevos canales de comercialización o desplazar a la competencia de un mercado.

En efecto, en una operación comercial los sujetos parten de un «pastel hipotético» a repartirse buscando obtener la más grande tajada posible. Si ello continúa así, es posible que los sujetos terminen por separarse o hasta entrar en total disentimiento. Sin embargo, si lo que buscamos es más bien repetir el acto y obtener lucros en la medida en que reiteramos la operación, entonces estaremos obteniendo tajadas frecuentes, es decir, «habrá crecido el pastel» (Gráfico N° 3).

Pero en el caso de una conciliación, también es posible establecer los mínimos y máximos de la negociación. Así, cuando se trate de una pretensión de alimentos, por ejemplo, es posible precisar un mínimo y

un máximo para no alterar la relación con pedidos exhorbitantes sino aquello necesario para el alimentista según su nivel y condiciones. También es viable marcar límites en una acción indemnizatoria, e incluso, en la reparación de daños. Así, los sujetos se pondrán en los zapatos de la otra parte y lograrán precisar razonablemente sus pretensiones.

Gráfico N° 3



2.1.2 Las partes en una negociación comercial

Los objetivos a su vez deben ser priorizados de tal manera que establezcan un orden, sin que ello signifique que en base a esa enumeración deben ser discutidos y resueltos, pues ello dependerá de la vivencia y las circunstancias mismas de la negociación. La relación es para marcar un cuadro de concesiones.

2.2 La misión

Es lo que se cree fehacientemente que se puede hacer para convertirse en elemento importante dentro del proceso negociador, así como la apreciación de las alternativas a considerar para llegar a un acuerdo.

La misión es más fácil de observar cuando se trata de cuestiones que involucran a empresas, instituciones o países. En efecto, la misión fre-

cuentemente revela muchos de los componentes de la estrategia comercial de la empresa o el Estado, lo cual ayuda a explicar porqué éstos hacen lo que hacen de la manera en que lo hacen. La misión es la determinación de los pasos a seguir para el futuro y los cambios que se suscitarán frente a determinados acuerdos o conclusiones.

Revisar los componentes del lineamiento de la misión de la persona, de la empresa o del país debería ser hecho de una manera formal y justa, sobre todo si se trabaja o negocia en equipo. Al revisar todos los elementos que lo conforman, el equipo tiene la oportunidad de observar cómo lo que aprendieron encaja perfectamente en el proceso de negociación. Es importante que el equipo tenga siempre presente su cultura organizacional al analizar y, posiblemente, al hacer cambios en el lineamiento de la misión, cuyos componentes varían inevitablemente en tono y estilo.

La misión debe estar plasmada en documentos cuidadosamente elaborados, es importante analizar el propósito de cada frase contemplada en el mismo. Cuando este lineamiento es examinado de dicha manera, será más claro identificar la mayoría, si no todas, las características de la misión que tiene el negociador, la empresa, institución o país, según sea el caso. Así se tendrá en consideración:

- Los valores y cultura
- Los clientes y mercados
- Los productos y servicios
- Los accionistas y directivos
- La tecnología
- La imagen pública

El equipo de negociación debe examinar muy cuidadosamente el lineamiento de la misión institucional, empresarial, o nacional para identificar aquellos puntos que deberían ser modificados o cambiados. Cada punto requiere ser discutido y comprendido en su totalidad, vale decir, desde lo más simple a lo más complejo de su conceptualidad. Durante este ejercicio se escucharán algunas expresiones repetidamente –las cuales deberán ser anotadas por el coordinador del equipo.

La experiencia empírica demuestra que con frecuencia cuando en una organización vertical o en una empresa con jerarquías muy claras se repasan los puntos a tener en cuenta, la palabra «conforme» es cons-

tantemente repetida durante la discusión. Si posteriormente se utiliza otro concepto o término, como por ejemplo la palabra «flexible» en lugar de la anterior, esta se convertirá en el estribillo y reemplazará a la anterior. Pero si se hace una comparación entre ambas palabras, resultará evidente que el grupo realmente no usa dichas palabras equivalentemente.

La palabra «conforme» es la manera como el grupo responde, para expresar que se está avanzando y se ha entendido, pero no es una muestra que todos admitan lo planteado y de que efectivamente se cumplirá. Cuando se negocia en equipos es conveniente que previamente se coordine entre sus integrantes y se elabore el plan y la agenda. Entonces, cuando los componentes de la misión han sido analizados y el equipo llega a un consenso sobre lo que debe ser planteado en la mesa de negociaciones, unos cuantos miembros deberán ser seleccionados para preparar el bosquejo del mismo, ya que el equipo, como un todo, no siempre puede escribir la versión final. La sabiduría de quienes elaboraron y diseñaron la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América es un buen modelo de un procedimiento adecuado. A pesar de que en el debate sobre los contenidos de la Declaración de Independencia participaron más de dos docenas de personas, ellos eligieron después de largas discusiones en que se fue diseñando la misión, un comité de tres para elaborarla, dos de los cuales, Benjamin Franklin y John Adams, decidieron que uno de ellos, Thomas Jefferson, prepararía el bosquejo final. De esa manera fue elaborado uno de los más memorables documentos de la historia moderna. Había una misión mutuamente compartida y las ideas fluyeron así claramente redactadas en la Declaración.

Así también ocurre en las empresas y las instituciones. Una persona o máximo dos elaboran el bosquejo e incluso la agenda. Así, una vez que el bosquejo o el borrador esté listo, debe ser analizado nuevamente y mejorado por el equipo y, luego, se debe volver a realizar el borrador final y presentarlo a la organización o a la institución o a la entidad gubernamental antes de iniciar las negociaciones formales.

No es suficiente diseñar la misión; también tiene que ser aceptada. Quienes están envueltos en la creación del credo de la misión deben sentirse identificados y creer en ella. Si la alta gerencia o dirección elabora una misión que no es sino retórica, el equipo no alcanzará sus metas trazadas. Aún cuando la alta gerencia esté ampliamente compro-

metida, ninguno de los miembros del equipo negociador logrará aceptar o asimilar los esquemas de negociación. Inclusive, puede tomar cierto tiempo antes de que todos puedan hacerlo ya que también deberán modificar sus puntos de vista actuales. Es preciso una buena identificación con los objetivos y con la misión para que el proceso y el esfuerzo sea auténtico. Mientras mayor es la identificación entre los negociadores y la misión, se conseguirá un mayor poder negociador.

2.3 El plan negocial

Es el esquema detallado que las partes - y el conciliador en el caso de este proceso- deben diseñar a fin de cumplir con los lineamientos de la misión y de los objetivos. Es el conjunto de acciones destinadas a conocer al otro negociador, el medio ambiente y preparar el momento en que se expondrán las pretensiones y los intereses.

El plan negocial, consiste en la determinación de los pasos a seguir para poner en marcha la misión. El plan es la suma total de metas, factores críticos, suposiciones técnicas y actos del individuo de la organización.

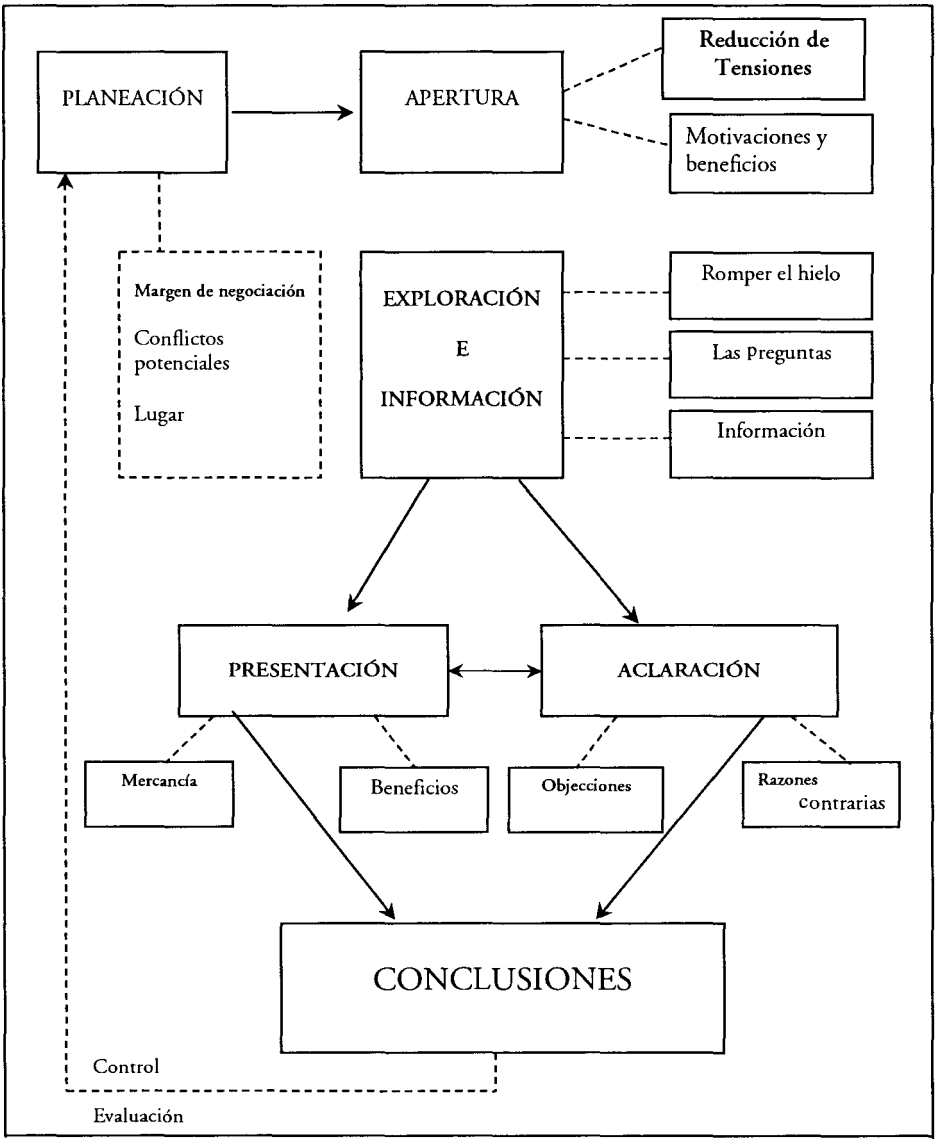
Las etapas básicas de un plan negocial (Gráfico N° 4), son:

- Margen de negociación
- Lugar
- Apertura
- Exploración e información
- Presentación o aproximación
- Aclaración
- Conclusiones
- Control y evaluación

2.3.1 Margen de negociación

La negociación es un ejercicio de concesiones que debe ser calculado antes de su inicio y no durante el proceso. Para hacerlas es necesario primero tener objetivos claros, así como sus mínimos y máximos, ya que la oscilación entre tales extremos posibilitará su intercambio. Las concesiones transcurren a través de esa línea imaginaria entre un míni-

Gráfico No. 4



EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

mo y un máximo pues en caso contrario estaríamos abdicando o renunciando de nuestros propios objetivos e intereses.

Es bueno analizar las implicancias de cada concesión y cuáles interesan más o menos a la otra parte. Este último aspecto es crítico, porque lo que no es importante para nosotros puede ser fundamental para el otro.

Lo cierto es que el margen de negociación está dado por la línea imaginaria que une los extremos de cada objetivo, de donde podemos concluir que será buena una negociación en la medida en que lleguemos a acuerdos dentro de esa línea. Será lo que los griegos llamaban el justo medio, es decir el punto medio entre los dos extremos, que no siempre es la mitad o media exacta.

Para oscilar dentro de ese tramo es conveniente tener en cuenta algunas reglas, tales como:

- Precisar muy claramente nuestros objetivos y metas para poder tener la seguridad de una satisfacción dentro de límites pre-establecidos.
- Conocer los objetivos y necesidades de la otra parte y la importancia que tiene para su interés personal, de su empresa, institución o país.
- Colaborar con la contraparte, sin afectar los intereses de nuestra posición. Ello permitirá una relación positiva de negociación que tendrá resultados a veces inesperados y duraderos en el futuro. Así como una experiencia y referencia hacia futuro, ya que las partes pueden encontrarse en una próxima negociación.
- La reciprocidad es una regla común en la vida diplomática y lo es en el de las relaciones de negocios. No en el sentido de que «te doy algo para que tú también lo hagas», sino en el de crear un ambiente propicio. Está más bien referido a una reciprocidad de actitudes, de cortesías, algo así como de «soy educado, así que estimo que la otra parte también lo sea».
- Saber conservar datos y concesiones para el transcurso de la negociación o en otra ronda de operaciones.
  No es conveniente agotar todo en la primera parte, es aconsejable guardar provisiones para otras oportunidades.
- Valorizar, si es posible, cada una de las concesiones. Como todo tiene un costo, conviene valorizar las concesiones que se nos otorgan con aquellas que concedamos.

2.3. 2 Determinación de lugar

Es importante definir el lugar o local donde se trabajará. Asimismo, el tiempo o los días y la jornada de cada sesión. De igual manera la agenda o puntos a ser discutidos.

La sala o recinto de una negociación no se puede dejar al azar, incluso el tipo de mesa, influye en la productividad de los operadores. No es lo mismo entablar relaciones comerciales en un ambiente abierto, como en una sala íntima. Las mesas que pueden ser cuadradas, rectangulares, circulares y ovoidales, también deben ser cabalmente escogidas dependiendo del asunto de que se trata. Las mesas semi-ovoides o llamadas sociométricas se estima son las más convenientes, pues permiten el trabajo en equipo y facilitan la integración de los individuos.

En el caso de las conciliaciones es recomendable una mesa, circular u ovoidal a fin de que todas las partes estén sentadas equidistantes, sólo separadas por el conciliador extrajudicial.

2.3.3 Apertura

El propósito de esta etapa, que configura el primer contacto entre los negociadores, es la de crear un clima propicio para el desarrollo de la negociación, dejando a las partes cómodas y en libertad para exponer sus puntos de vista.

Un hecho fundamental de las negociaciones, que se olvida con facilidad en las operaciones comerciales y en algunos textos, es que éstas se realizan entre seres humanos y no entre instituciones, compañías o Estados. Ellos tienen emociones, valores profundos, diferentes procedencias, puntos de vista y patrones culturales distintos y a veces son impredecibles. Este aspecto humano es importante en la apertura de esta relación. El proceso que se inicia aquí puede producir un compromiso psicológico tendiente a obtener un resultado mutuamente satisfactorio. Una relación de trabajo en la que a lo largo del tiempo se construyen la confianza, la comprensión, el respeto y la amistad. El deseo de las personas de sentirse satisfechas consigo mismas, y su preocupación por lo que los demás piensan de ellas, puede hacerlas más sensibles a los intereses del otro negociador.[2]

2 Roger Fisher y William Ury. *Sí...¡de acuerdo!*, Bogotá, Normas de Desarrollo General, 1985, p. 23.

Esta interrelación de deseo, intenciones y aún de incertidumbres, nos lleva a sugerir algunos pasos para hacer efectiva esta apertura y sea en consecuencia un buen preludio al entendimiento mutuo. Estos pasos son necesarios para generar confianza entre las partes y adecuarnos a esa primera fase emotiva de las negociaciones.

Es normal que al iniciar un trabajo conjunto entre personas que antes no se han visto, actúen tensas y se preocupen más por la parte formal, por la apariencia, que por los objetivos y propósitos de la reunión. Se sugiere, entonces:

- Que el negociador muestre interés por su interlocutor, haga preguntas sobre el propio local y ambiente así como por la persona con la cual está hablando.
- Que comente sus aficiones, interés por alguna manifestación del arte, deporte o cualquier expresión del conocimiento.

En algunos casos, hasta es recomendable que las primeras reuniones se realicen en un lugar informal, balneario, hotel o club, a fin de que los sujetos se sientan en la mayor confianza y espontaneidad.

Todo individuo puede estar muy interesado para alcanzar el éxito en una negociación o en los resultados, pero si el proceso o el desarrollo de tal trabajo es difícil y árido quizás ni siquiera intente culminar el proceso y menos que las conclusiones sean de mutuo beneficio.

Las personas buscan siempre ser admitidas y motivadas y ello afecta la cantidad o calidad del rendimiento laboral. Como señala Vinake, la motivación se define como «las condiciones responsables de la variación de la intensidad, calidad y dirección del comportamiento».[3] Por consiguiente, la motivación está influenciada por valores, sentimientos, hábitos y mecanismos de defensa que se desarrollan a lo largo del tiempo y que guían el comportamiento del negociador.

Hay que tener presente que toda persona actúa dentro de estos lineamientos. Luego, es inconveniente que en una negociación exista un sólo punto de vista de parte de uno de los individuos; o creer que nuestra oferta es razonable y que, en consecuencia, cualquier persona debe aceptarla. Vale decir, tener una sola opción para cada caso.

3 W. E. Vinake «*Motivation as a Complex Problem*», En: Nebraska Symposium on Motivation, Lincoln, Nebraska, University of Nebraska Press, 1962, p. 3.

Los obstáculos que a menudo impiden que se de el siguiente paso en la negociación y se camine a la siguiente fase, son los prejuicios y la búsqueda de una sola respuesta.

Todo prejuicio inhibe la imaginación, de la misma manera que los pre-conceptos nos preparan desfavorable o negativamente frente a un negociador. Toda negociación efectiva requiere un pensamiento claro y práctico. Es aconsejable entonces inventar opciones de mutuo beneficio. La imaginación y la invención son un elemento vital y enriquecedor en el proceso de la negociación.

> «Si el primer obstáculo para el pensamiento creativo es la crítica prematura, el segundo es la finalización prematura. Si desde el principio se busca la única respuesta mejor, es probable que se esté evitando un proceso de toma de decisiones más prudente, en el cual se seleccione entre un gran número de posibles respuestas».[4]

Toda negociación está sujeta a posibles impases, obstáculos y aún conflictos. La misma relación entre las personas suscita con el tiempo desgaste y situaciones urticantes. El hecho de que dos personas se coloquen frente a frente para tratar un asunto, los lleva sin querer a una especie de competencia. Es como correr deportivamente en un parque y de repente sentir que alguien, haciendo el mismo deporte, se va acercando detrás nuestro, entonces sentimos el impulso de acelerar el paso, para que no nos pasen. Buscamos sin querer la competencia.

Es muy fácil encontrar situaciones en las que los individuos compiten entre sí. En tales circunstancias, la solidez y la moral de las personas es probable que asciendan constantemente a medida que se desarrolla la negociación. Pero las posiciones opuestas entre los sujetos o grupos probablemente degeneren en altercados y hostilidad. En tales situaciones, el mantener o continuar forzadamente con una reunión, en el mismo día, puede, simplemente, agravar el problema. Lo que comienza como un esfuerzo honesto para alcanzar una resolución rápida, puede llegar a ser una demostración pública de la capacidad de cada negociador, para superar a los demás en palabras y en ingenio.[5]

4 Roger Fisher y William Ury. *Op., cit.*, p. 69.

5 Harold J. Leavitt. **Psicología Gerencial**, Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1970, p. 290.

Los miembros de un equipo negociador se identifican estrechamente con su propio producto o misión y los negociadores se confunden tan solidariamente con sus equipos, que las probabilidades de resolución decrecen a medida que se desarrolla la moral de cada equipo más que a la inversa. Por otra parte, cuando no están identificados con el equipo, los terceros encuentran fácil llegar al acuerdo y calificar algunos de los planteamientos de los grupos como mejores que otros.

Se sugiere, entonces, la mayor comprensión, pues en la medida en que el comportamiento de cada uno es dictado por factores grupales, contribuye a una mayor objetividad. En consecuencia, si de alguna manera podemos identificar los objetivos nuestros con los de los otros quizás se logre una mejor negociación.

La simpatía o antipatía juegan en esto un rol importantísimo. Ya sea la simpatía un proceso de introyección afectiva de una persona en otra, como sostiene Lipps, o una reacción instintiva, como muestra Max Scheler, el hecho es que el fenómeno se da y que se debe tomar en cuenta. El negociador dotado del don de la simpatía expande ese sentimiento en la mesa de reuniones y se puede ganar la voluntad del negociador más duro y reticente. La simpatía es un don valioso, pero peligroso a la vez, según el uso honesto o antisocial que se hace de él, ya que se puede caer en las redes de una contraparte que precisamente usa su simpatía para avanzar en su posición. Por otro lado, la antipatía provoca movimientos de rebeldía y halla grandes dificultades para alcanzar sus objetivos.[6]

2.3.4 Exploración e información

Aún cuando esta etapa puede ser considerada dentro de la anteriormente descrita, preferimos separarla para estudiarla independientemente a fin de resaltar la forma en que los sujetos pueden detectar, apreciar y valorar las necesidades, expectativas y las motivaciones que los mueven para llevar a cabo una negociación.

Comúnmente, el negociador empieza presumiendo o prejuzgando las necesidades, carencias o expectativas de la otra parte. Creemos que nuestras propias necesidades son en calidad y porcentaje las mismas

6 Roger Fisher y William Ury. *Op., cit.*, p. 23.

que las de las demás personas o mayores. La falacia de generalización está casi siempre presente en nuestro análisis lógico.

La persona que está proponiendo algo debe colocarse en la posición y circunstancia del otro sujeto, evitando en lo posible tomar posiciones sobre lo que está diciendo y planteando. Optar por otra conducta es propiciar el enfrentamiento más que la convergencia.

> «La negociación basada en posiciones se convierte en un enfrentamiento de voluntades. Cada negociador expone lo que va a hacer o lo que no va a hacer. La tarea de diseñar juntos una solución aceptable tiende a convertirse en una batalla, pues cada parte trata de forzar a la otra a cambiar su posición por medio de pura fuerza de voluntad».[7]

Como consecuencia de ello, a medida que una parte se ve obligada a ceder ante la cerrada posición de la otra, se va poniendo fría y estéril la negociación. La posibilidad de una ruptura no es de extrañar, ya que el costo de ceder o dejar de lado nuestros objetivos nos llevará a dejar de tener interés en la negociación. Se pierde la motivación y el deseo de obtener o conseguir nuestros objetivos, pues percibimos que nada útil obtendremos porque hay una barrera infranqueable y, sobre todo, nuestros planteamientos no son apreciados por la posición rígida de una de las partes.

Para el desenvolvimiento de esta etapa se requiere, entonces:

- Romper el hielo
- Plantear preguntas
- Información y referencias del negociador
- Romper el hielo.

Dejar a la otra parte la oportunidad de exponer sus ideas o planteamientos es siempre buen gesto. Claro está que la mejor forma de que no hayan comentarios es pedir que los hagan, pues las personas se sienten presionadas o acorraladas para hablar y entonces se bloquean. No

7 Roger Fisher y William Ury. *Op., cit.,* p.7.

se trata de pedir directamente que la otra exponga o inicie el trabajo se trata más bien de sugerir, propiciar, motivar.

Algo así como: «me gustaría conocer un poco más sobre su empresa, o su producto», «desearía tener una idea más clara de su ciudad y de la expresión de su oferta exportable» o «me encantaría visitar su país y creo que esta sería una buena oportunidad» o «tengo interés en conocer sus costos generales».

Algunas empresas practican este procedimiento iniciando breves contactos a la hora del desayuno, al recibir a la otra parte en el aeropuerto o tan sólo con una llamada telefónica. Pero no necesariamente debe hacerse en la mesa de las negociaciones. Recordemos que la negociación moderna, el uso de las técnicas y los mecanismos de comunicación, tiene a su disposición una serie de elementos, como el contacto telefónico, el fax, el correo electrónico, el intercambio de folletos, hasta la simple entrega de tarjetas personales es un buen motivo para «quebrar el hielo» y acercar a las personas.

- *El uso de las preguntas.*

Este es un mecanismo conveniente para conseguir información que no se puede obtener previamente a través de la inteligencia comercial. Es el dato concreto, más preciso que los catálogos estadísticos y contables. Es saber y conocer la voluntad e interés de los sujetos, incluso determinar los datos sobre los proveedores u otros compradores o vendedores de nuestro ocasional negociador.

También sirve, obviamente, para conocer expresiones comerciales o volumen de producción y aún costos de producción que tal vez no se tuvo tiempo de obtener antes de la reunión de trabajo. Pero, además las preguntas sirven para identificar los intereses subyacentes.

Una de las preguntas más efectivas es la de: «¿Y sí [...]?». Por ejemplo: «¿y si comprara 50% más de mi pedido inicial, cuál sería el precio?» o «¿y si Ud. en lugar de comprar en la posición DEQ, Incoterms 1990, se traslada a la de CPT, Incoterms 1990, eso afectaría su margen de certeza o seguridad en recibir la mercadería?» Tal vez o siempre pueda conseguir aquello que desea a través de la pregunta «¿Y sí [...]?», pero nueve de cada diez veces la persona con quien se está negociando hará una contrapropuesta en su favor.[8]

8 Herb Cohen. *Op., cit.*, p.34.

También es preciso verificar muchos de los términos de una reunión de trabajo, a fin de confirmar si lo que se entendió fue aquello que realmente la otra parte quiso decir. Para ello, se puede hacer preguntas como: «me agradaría ver la posibilidad de que usted pudiera repetirme su planteamiento» o «Ud., podría resumir su punto de vista», o «debo de entender que lo que Ud. ha dicho es [...]». Con lo que se estará mostrando a la otra parte que somos buenos agentes, que tenemos capacidad de síntesis, y que queremos comprender todo lo que se dice.

Sin embargo, hay que tener cuidado en plantear las preguntas, sobre todo si lo que se quiere es información, ya que un interrogatorio siempre es odioso e incómodo principalmente cuando viene de la esposa. Por ello la mejor pregunta es la que no se hace, a fin de dejar fluir los datos y las precisiones. De tal manera que mejor sería hacer comentarios de situaciones que queremos saber. Contar, referir y relatar situaciones dadas que motiven a la otra parte a añadir su experiencia o situación similar como una forma de retribución comunicativa.

- *Información y referencias del negociador*

Por medio de la información comercial, se obtiene una imagen precisa del potencial de un mercado que nos va a permitir trazar las líneas de acción, para elegir un método de distribución y adoptar la organización de ventas y publicidad que dicho mercado exija. Ella debe ser obtenida antes de la negociación para facilitar la articulación de la estrategia y para conocer el medio ambiente en que se desarrollará.

Pero el negociador debe verificar si verdaderamente sigue el camino proyectado y si es viable. Para poder efectuar esta comprobación se debe contar con el *feed back* del mercado, es decir, una información contínua sobre cómo se pueden desarrollar las ventas, la competencia y el consumo; todo en relación a las expectativas o planes que se tengan. Con tal propósito se debe acumular primero una cantidad determinada de cifras claves. El material debe poder manejarse sin necesidad de un trabajo excesivo, tanto por el que remite la información como por el que la recibe. La información debe iniciarse con el menor número posible de datos, procurando, además, que éstos sean lo más sencillos para que puedan ser manejados por el negociador. [9]

9 Hans Niklason. Información del mercado (*Feedback* del mercado), en **Venta en los Mercados Extranjeros.** Madrid, Ministerio de Economía y Comercio, 1981. pp. 93 y ss.

Tales datos son obtenidos antes de las primeras reuniones de negociación, en cuyo caso el negociador está más preparado para iniciar el trabajo comercial. Pero aún cuando se cuente con un buen plan de información, algunas cosas sólo podrán ser conocidas en la misma mesa de negociaciones y para ello queda la técnica de las preguntas o los comentarios. La recolección de la información que precede a la negociación, se debe obtener con discreción y determinación. No se debe dar la impresión de ser un policía sino de un hombre de negocios interesado en el tema, o una persona que busca enfrentar un conflicto y resolverlo.

Algunos de los datos que se deben obtener antes o durante las operaciones negociales comerciales son:

- Las condiciones de importación, es decir, los derechos arancelarios, manejo o control de las divisas, licencias de importación, régimen de cuotas o sistemas preferenciales. De igual manera el medio político, social y económico.
- Potencial de ventas o de compras, según sea la posición en que nos encontremos. Aun cuando este es uno de los datos más difíciles de obtener, su conocimiento es importante para saber cómo nos movemos dentro de la línea de mínimo y máximo de nuestros objetivos.
- Sistema de distribución, que incluya las nuevas tendencias que aparezcan, como las integraciones de tipo horizontal (uniones de detallistas) o de tipo vertical (fábricante-mayorista-detallista).
- Comportamiento de la competencia. Aun cuando se sepa quiénes son los competidores dominantes, es bueno saber de primera fuente o a través de nuestra contraparte en la negociación, cuál es su opinión o su experiencia en las relaciones que hubiere tenido con ellos.

Debemos advertir que hay que buscar ideas, conceptos o criterios fundamentales más que descripciones de la situación. Así, es aconsejable indagar por:

- Cartera de pedidos y facturación. Si estamos en la posición de exportador, tenemos que conocer cuál es nuestra situación para obligarnos o no a altos suministros de mercaderías.
- El precio. Tanto los obvios, como son los nuestros, como los de la competencia, sus variaciones y las alteraciones del tipo de cambio.

- El producto. No solamente las características y el nivel de desarrollo tecnológico, sino el número de reclamaciones que hemos recibido por fallas técnicas o por razones comerciales.

En el caso de las negociaciones orientadas a enfrentar conflictos como es el caso de la conciliación o la mediación es bueno disponer de los siguientes datos básicos:

- Grado de urgencia para enfrentar o solucionar el problema
- Tipos de conflicto que mantiene la otra parte
- Personas involucradas en el conflicto
- Identificación de intereses.

2.3.5 Presentación o aproximación

Es el período en que se somete a consideración la propuesta comercial o la posible solución al conflicto, siendo fundamental que ella sea acreditada resaltando la forma en que satisface las necesidades y expectativas de la otra parte, las mismas que fueron detectadas en la etapa de exploración.

Existen formas y frases para iniciar esta etapa, pero una frecuente es empezar diciendo: «[...] considerando los datos y detalles que nos acaba de mencionar, me gustaría sugerir».

En el caso de una operación de venta personal, es decir, el caso de un vendedor en el extranjero como canal de comercialización, deberá tener un gran cuidado, para poder continuar con el plan ya que si se comete un error generará desconfianza. Hay dos aspectos básicos que se deben considerar en este período, los mismos que pueden ser vistos en cualquier orden: la descripción de la mercadería y los beneficios que se espera alcanzar.

La mejor forma de generar confianza es describir el producto o servicio para que se conozca plenamente. Ello significa detallar calidad, volumen y plazo de entrega. Luego se ha de explicar muy claramente cada uno de ellos, enfatizando los que consideramos más importantes.

Las exigencias relativas a conocimientos técnicos dependen de la mercancía que se está negociando. Cuando se trata de bienes de producción, suele ser necesario el contacto con los detalles históricos y costumbres del país en que se está trabajando.

En el tema de los precios, se debe ser inicialmente genérico para acercar el interés de las partes, a fin de dejar al final su discusión. Y en el caso de las ofertas de instalaciones y maquinarias, es prudente considerar la llamada «cláusula suplementaria de revisión de precios».

Después de ello, hay que dar paso a la apreciación de los beneficios que esperan obtener los individuos o negociadores.

Los beneficios o las necesidades que son satisfechas con un producto o servicio, deben ser suficientemente resaltadas. Se deben considerar únicamente los beneficios ya identificados en la etapa de exploración. Es aconsejable no presumir nada, ya que algunas cosas pueden ser importantes para uno pero no para el resto.

Claro está que si podemos cuantificar los beneficios, esto será mejor para que la otra parte entienda claramente las ventajas de concretar la negociación a través de un contrato o un acuerdo final.

2.3.6 Aclaración

Por más ilustrativa que sea la presentación es posible que queden algunas dudas. Luego, es conveniente aclararlas, para saber si los sujetos están en la misma inteligencia. Es el *feed-back* de todo proceso de comunicación.

El sentido que le damos al término *feed-back* difiere de la idea popular. Para el caso, es la respuesta, realimentación, regeneración. Es la capacidad del hombre –y de algunas máquinas según el estudio de Norbert Wiener (*Cybernetics)*– para detectar cualquier error o desviación que se produzca en el transcurso de la negociación y para aclararlo a fin de que se entienda en el mismo sentido que las partes quieren expresarlo. Es el circuito que explica la comunicación y por el que circula un flujo continuo de información entre el sistema, sus partes y el entorno.

> «Así que todos necesitamos basarnos en las respuestas para apreciar la claridad de nuestras comunicaciones».
> «Así es como debe ser. Pero al recibir e interpretar esas respuestas debemos analizarlas, precisar su exactitud y no aceptarlas a carga cerrada y sin la conveniente crítica».
> «Si tenemos presente que puede fallar nuestro mensaje por múltiples causas, veremos la necesidad de idear todos los métodos

posibles para asegurar la adecuada réplica y para convencernos plenamente de que logramos darnos a entender sin ambiguedades, oscuridades o tergiversaciones».[10]

En esta etapa es conveniente tener en consideración la necesidad de absolver algunas objeciones o aceptar las razones contrarias.

Toda persona frecuentemente tiene más objeciones que confirmaciones, por lo que no debemos sorprendernos cuando éstas se presenten. La primera regla para este caso es mantener la calma. Hay que dejar que ésta se exponga de la manera más extensa posible. Debe procurarse no caer en un asunto personal ni asumir posiciones intransigentes.

Las razones frecuentes para las objeciones son el miedo a cometer errores, falta de confianza, información insuficiente, o distintas prioridades. Lo importante es tener argumentos para rebatirlas.

Hay que evitar frases que puedan generar conflictos como: «no me entendió nada», o, «está totalmente equivocado».

Por otro lado también hay que entender las razones contrarias aunque se busque el mismo común interés. En efecto, aun cuando comprador y vendedor tiene un interés común -realizar negocios- ambos están en posiciones distintas y, como se ha dicho, han llegado a la mesa de negociaciones posiblemente por diferentes motivaciones.

Algunos presentan razones contrarias en base a la lógica o a situaciones objetivas, pero otros en base al sentimiento, al impulso. Hay que reconocer que las personas pueden tener diferentes puntos de vista sobre el mismo asunto, pero que ello no nos aleja de la razón principal que nos puede convocar: realizar una negociación cuyos resultados sean estables y duraderos.

2.3.7 Conclusiones

En realidad, esta es la etapa final de la negociación, pues aquí se ven los resultados a través de los puntos de coincidencia y aún de disentimiento, si se está de acuerdo en ello. Aquí es donde se puede decir que está «cerrado el negocio». Ya no hay nada más que decir, la palabra está

10 Norman B.Sigband. **Comunicación para Directivos**. Salamanca, Ed. Anaya, 1971, p.29.

empeñada y existe el pleno compromiso de ejecutar los términos del acuerdo (el contrato).

Si todo el proceso de negociación se ha llevado bajo una adecuada metodología, como la que se está proponiendo, las conclusiones deben fluir por sí solas, pues en realidad éstas se han ido esbozando en cada una de las etapas. Este es el colofón de la negociación de la conciliación.

En algunas circunstancias es aconsejable recapitular los beneficios que va a traer esta relación de negocios. La única novedad que surge en esta fase es la fecha en que se suscribirá el contrato o el acuerdo. Nadie busca redactar un contrato si éste no es solicitado.

2.3.8 Control y evaluación

El control sirve para identificar en qué etapa del proceso de negociación existe una deficiencia y formular posteriormente las recomendaciones que sean necesarias.

La profesionalización del negociador exige no solamente tener una metodología sino, además, conocer los errores, faltas u omisiones para corregirlos o superarlas en el futuro, requiriendo para ello una vigilancia acuciosa y regular. Por lo demás, como las operaciones y modalidades comerciales han crecido y son cada vez más variadas, existe mayor cantidad de asuntos que controlar y evaluar. No obstante, el negociador, en un mundo bombardeado por informaciones y referencias estadísticas, se ve precisado a prestar atención a los datos y las cantidades y a obtener perspectivas de diagnósticos, en vez de controlar el proceso de negociación.

Cuando tal problema se presenta, ello puede deberse a que el plan y el proceso de negociación es incorrecto, en el sentido de que no se ajusta al medio en el cual se desenvuelve el trabajo comercial, o que el plan es correcto pero se ha ejecutado inadecuadamente.

«El control es un procedimiento conciente que mediante la utilización de un monitor permite detectar cambios en los estados de naturaleza, con el propósito de encontrar diferencias significativas entre hechos reales y planeados, a fin de hacer apropiados ajustes al curso de acción que debe seguirse»[11].

11 Héctor Mario Bogo. **Decisiones en Comercialización**. Buenos Aires, Ed.Macchi-López, 1975. p. 467.

Las técnicas de control ayudan a definir el problema práctico con claridad y apreciar las acciones que se deben tomar. Sin embargo, pocas personas desenvuelven esta última etapa de la negociación. El negociador, de manera analítica, debe plantearse al final de cada experiencia los términos y condiciones en que se inició el trabajo y aquellos en que fueron concluidos. De igual forma los plazos, costos, condiciones, así como las acciones que se deben tomar para implementar lo que fue negociado.

La evaluación de la negociación requiere, como cosa ideal, un raciocinio que explique la forma en que funciona el proceso, incorpore críticas válidas y genere criterios sobre los que puede emprenderse alguna acción. Para ayudarnos a evaluar una cosa tan sutil y al mismo tiempo compleja como es la relación entre personas, es menester acudir al marco antropológico de las relaciones y el comportamiento humano dentro del cual vive toda interrelación humana. A fin de facilitar esta evaluación, sugerimos se compare lo previsto con lo logrado en la negociación, se analicen las concesiones, sus consecuencias y cómo fueron recibidas por la otra parte; finalmente, las recomendaciones para futuros encuentros.

III. El proceso conciliatorio

En la conciliación las partes son las que negocian directamente, pero en la mayoría de los casos no tienen una preparación o formación previa. El procedimiento se inicia con la solicitud de la pretensión al Centro de Conciliación y la posterior designación del conciliador, quedando en manos de éste la orientación y asistencia de las técnicas de negociación a las partes en conflicto.

El conciliador actúa como impulsador del acuerdo pero también desarrolla una tarea pedagógica para que las partes alcancen sus objetivos, así como para evitar el desequilibrio por el poder de alguna de ellas. Siendo que la información o el conocimiento que de la negociación tenga alguna de las partes en desmedro de la otra ya es una expresión de asimetría; ésta será mayor si cuenta con la asistencia de un especialista con experiencia. Debe igualmente estimular que los sujetos salgan de determinadas posiciones rígidas facilitando la discusión creativa e imaginativa por encima de la discusión dialéctica. A partir de enton-

ces y reconociendo las tres fases a través de las cuales se desarrolla toda negociación (emotiva-reflexiva-negocial), se deben articular las sesiones de la audiencia única en que se desenvuelve el proceso conciliatorio. De esa manera, tendríamos tres sesiones bien definidas: la primera destinada a generar confianza (sesión conjunta inicial); la segunda a identificar los intereses subyacentes (sesiones privadas) y la tercera y última a propiciar la convergencia (sesión conjunta final).

3.1 Sesión conjunta inicial

Usualmente las partes llegan a la conciliación bajo una fuerte carga emotiva y gran desconfianza, pues cada una de ellas percibe que su derecho ha sido preterido o conculcado. Para que el procedimiento se desarrolle, es necesario que las partes tengan confianza en el proceso, en el conciliador y empiecen a entenderse entre ellas. En definitiva, generar un ambiente de confianza que es el clima fundamental para la conciliación.

Esta sesión conjunta inicial sirve para la ilustración del proceso a cada una de las partes. El conciliador deberá dejar expresa constancia de las sesiones que se llevarán a cabo, señalando día y hora en que continuarán.

Aunque el Inc. 4 del Art.17º del Reglamento de la Ley de Conciliación peruana señala que en la primera sesión, «el conciliador debe promover el diálogo y eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias», estimamos que en esta primera sesión, sólo debe concretarse a promover el diálogo y tratar de articular la negociación para crear un ambiente de confianza, dejando para las siguientes sesiones o la última (conjunta final) la proposición de fórmulas de acuerdo, pues son los sujetos en conflicto los que deben articular el acuerdo y diseñarlo para que sientan el deseo de mantenerlo y cumplirlo. La propuesta por el lado del conciliador debe ser una última consideración y sólo después de haberse agotado el esfuerzo de los conciliantes.

La intención de la primera sesión es que las partes reconozcan la existencia de un conflicto y se comprometan activamente en un proceso diseñado para solucionarlo, pues no siempre los partícipes admiten que son parte del problema. De esa manera el esfuerzo de esta primera sesión ha de circunscribirse a crear un ambiente de confianza y admitir que hay un conflicto que los involucra. De allí en adelante se pondrán

de acuerdo en el procedimiento y el ámbito apropiado para que ello se lleve a cabo, ya que no hay que olvidar que este es un mecanismo autocompositivo y, entonces, las partes han de elaborar su procedimiento.

En esta primera sesión se indicarán las reglas básicas y pautas de comportamiento para evitar un crecimiento del conflicto o la controversia. Las partes no siempre son adversarias ya que puede tratarse de percepciones diferentes, e incluso si lo son, no tienen porque serlo para siempre. Así que hay que cuidar que el tratamiento y la exposición de las ideas coadyuven a la solución de la controversia antes que a su complicación.

También hay que conseguir el primer pre-acuerdo: el de la confidencialidad. Las disputas se resuelven mejor conservando un ámbito de privacidad y la mayoría de las personas prefieren arreglar sus asuntos dentro de los límites de su área de acción.

Hay que recibir las posiciones de cada una de las partes, sin ningún comentario ni calificación aunque después, en el transcurso del proceso, se cambien o modifiquen ya que la legislación peruana lo permite, siguiendo el razonamiento y técnica de la conciliación y la mediación. Todo lo que el conciliador puede hacer es una síntesis de cada una de ellas para mejor conocimiento de los partícipes.

Un conciliador carece de poder de decisión autorizado. Esta característica distingue al conciliador del juez o el arbitro, designado por la ley o por un contrato para adoptar una decisión acerca de las partes sobre la base de normas sociales, leyes o contratos, más que de los intereses específicos o los conceptos personales de justicia afirmados por las partes.[12]

Después de conocer las posiciones y haber creado un ambiente de confianza es que se podrá continuar con el proceso, pasando a sesiones privadas.

3.2 Sesiones privadas.

El conciliador invitará por separado, en número similar de sesiones, a cada una de las partes para identificar los intereses subyacentes y para

12 Christopher W. Moore. *El Proceso de mediación,* Buenos Aires, Gránica S. A. , 1995, p.49.

intentar fórmulas de acuerdo con vista al futuro y con carácter de permanentes.

El conciliador indagará sobre los puntos de vista de las partes y cualquier otra información que se estime relevante al problema. Asistirá e ilustrará en las técnicas de la negociación.

Es posible que los participantes tengan una información previa sobre las posiciones, posibilidades y limitaciones de la otra parte y ello se convierta en una ventaja para articular la negociación, configurándose un desequilibrio de poder.

En esa situación el conciliador debe asegurarse que toda información sea compartida por todos los intervinientes, de modo que los datos, cifras y referencias serán verificados e intercambiados.

En estas sesiones los sujetos clasificarán los temas y asuntos a negociar y a conocer cuáles son las posiciones e intereses de cada uno de ellos. Es común que hayan pensado muy poco acerca de lo que cada uno desea o quiere, ya que están concentrados en su percepción y en elaborar su argumentación para dominar a la otra parte. Cada uno cree que tiene la razón y en consecuencia busca defenderla. Si se mantiene esta actitud es difícil arribar a un acuerdo. Se aconseja al respecto hacer un ejercicio de desdoblamiento. Colocarse en la posición contraria, es decir «ponerse en los zapatos del otro» ayuda a entender a los demás. Así, porqué no pensar en un instante cuál sería nuestro papel y conducta si fuéramos una madre que busca alimentos a la prole; o cómo se sienten los deudos cuando han visto que un automóvil lujoso ha cegado la vida de un modesto padre de familia sin seguro y la parte actora solo quiere reconocer como indemnización al 10% o 20% del valor del vehículo que instrumentalizó el daño.

En estas sesiones es donde es posible proponer algunos proyectos de acuerdo, cuando ya se han mostrado los intereses subyacentes.

También ha de identificarse las metas que deben satisfacerse en un posible acuerdo. Identificar las aristas y características del conflicto que posibilitan ayudar a los litigantes a alcanzar sus objetivos individuales, gremiales o asociativos.

El conciliador es un especialista que reuniéndose separadamente con cada una de las partes y sus asesores -si se ha convenido la intervención de ellos- las inducirá a examinar e identificar sus propios intereses y las de las otras partes. A partir de entonces se podrán seleccionar los intereses mutuamente compatibles y los incompatibles, las formas de po-

der real o potencial de los sujetos actuantes, la antigüedad del conflicto y las personas que están involucradas en él.

Cuando se trata de conflictos vecinales, como por ejemplo, la ocupación de zonas comunes (jardines, zonas de recreo y los pasos entre las viviendas) o cuando el conflicto involucra al grupo familiar, es recomendable que participen en estas sesiones toda la familia, no solo los padres, sino los abuelos y los hijos, para comprender la magnitud de la colisión de intereses, así como para compartir las propuestas de acuerdo. En la experiencia argentina es frecuente que en situaciones similares participen no solo los jefes de familia, sino todos los afectados. Ello ha dado buenos resultados pues se han llegado a acuerdos duraderos y satisfactoriamente admitidos por las partes.

El colofón de estas sesiones será evaluar los resultados potenciales o probables del conflicto.

3.3 Sesión conjunta final

El propósito de este último período es el de precisar los extremos del acuerdo y la forma en que se cumplirá, en el entendido que satisfacerá a todas las partes.

El acuerdo ha de ser viable, operativo y de ejecución inmediata. Ha de contener el procedimiento para hacerlo factible y realizable.

El conciliador redactará el acuerdo final indicando los parciales o la forma en que se ha fraccionado el convenio marco o mecanismo de compromiso. Debe ser redactado en un lenguaje sencillo, coloquial que sea entendido por cualquiera de las partes, sin la necesidad de asistencia legal o de sus asesores, excepto cuando se trate de cuestiones jurídicas ejecutables en las entidades de la administración pública, como en el caso de los registros de propiedad, los municipios o las diferentes entidades del Estado, en que habrá que acudir al abogado del Centro de Conciliación o a los abogados de las partes para redactar el acuerdo en lenguaje jurídico.

El acuerdo debe estar expresado en el Acta (Art.16º del Reglamento de la Ley de Conciliación peruana) la cual debe contener: lugar y fecha, nombres, identificación y domicilio de las partes, nombre e identificación del conciliador, descripción de las controversias, firma y huella de todos los que participen y el nombre y firma del abogado del Centro de Conciliación.

A conciliar: preparándose para una negociación asistida

Christian Stein Cárdenas

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 26872[1], Ley de Conciliación (LC), como de su Reglamento (RG), aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-98-JUS[2], que junto con una serie de disposiciones finales, transitorias, complementarias, modificatorias, conexas y afines han servido para definir un marco normativo específico en virtud del cual se desarrolla hasta la fecha, a pesar de la postergación de la obligatoriedad de la conciliación como requisito de procedibilidad necesariamente previo a los procesos judiciales que detallaremos más adelante, operada mediante la Ley Nº 27218[3], una serie de esfuerzos inconexos, tanto públicos como privados, por difundir y promover tan útil y eficiente mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en nuestro país.

Algunos de los referidos esfuerzos nacieron destinados a un fin tan altruista como educar a la sociedad civil en la necesidad de un cambio que implique el tránsito de una mentalidad litigiosa hacia una mentalidad resolutiva, en busca del establecimiento de la denominada «cultura de paz» así como en el manejo de técnicas que coadyuven de manera simple, fácil y práctica a implementar herramientas concretas para lograr dicho objetivo; y otros dirigidos más bien a lucrar con la ilusión y candidez de aquellos que aplicando el sentido común y atendiendo a distintos niveles de sensibilidad, perciben que algo anda mal y que es

1 Promulgada el 29/10/97 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 13/11/97.
2 Promulgado el 13/01/98 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 14/01/98.
3 Promulgada el 09/12/99 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12/12/97.

hora de asumir algún tipo de compromiso, o simplemente como una posibilidad más de carácter profesional o laboral.

Este modesto escrito no tiene por finalidad ocuparse de la ya tan trillada, pero no por eso menos importante, crisis estructural que aqueja a nuestra sociedad en lo que a administración de justicia se refiere. Creemos de fundamental trascendencia el imperioso requerimiento de generar, sobre la base de un estudio serio y responsable tanto a nivel técnico como humano, una conciencia cívica acerca del rol que a cada uno de nosotros, letrados o no, sin distinción peyorativa alguna, nos toca jugar en el proceso coyuntural de cambio hacia nuestro propio futuro y el de aquellos que nos seguirán, juzgando y aprovechando nuestro legado, cumpliendo así con nuestra deuda histórica con aquellos que nos antecedieron, nos referimos a los que sentaron un precedente de amor digno y constancia en la entrega por sus ideales.

Tampoco pretendemos ocupar nuestros trabajos en entrar a presentar el esquema que, pensamos y sentimos, debe ser el que debe configurar la matriz curricular de los cursos de formación y capacitación de conciliadores que se imparten en los diferentes centro destinados para tales labores. Únicamente mencionaremos que, con el riesgo de caer en algunos detalles meramente técnicos, estamos convencidos de que un curso de tal naturaleza debe considerar, por lo menos, una revisión teórica de la naturaleza, características, dinámica y operatividad del proceso conciliatorio concebido como una negociación integrativa asistida, la descripción de herramientas neurolingüísticas y su aplicación práctica dentro de un esquema estratégico racional en la orientación a la gestión del conflicto, teniendo como objetivos mínimos:

- Determinar las fases del proceso conciliatorio y las funciones que implica el rol del conciliador.
- Definir el perfil del conciliador y desarrollar habilidades y destrezas.
- Capacitar en la implementación del reporte de referentes sensoriales y en la elaboración de un análisis diagnóstico situacional del contexto conflictual, así como en la utilización de técnicas de comunicación cordial.
- Estimular la creatividad y el carácter ejecutivo del conciliador.
- Fomentar una cultura de paz, orden, estabilidad, seguridad, equidad y justicia sobre la base de un compromiso ético integral fundado en una orientación de carácter humanista de la actividad conciliatoria.

Sin embargo, tenemos que mencionar que hemos interiorizado el deber de seguir ocupándonos responsablemente de los dos tópicos antes mencionados en la medida que nuestra capacidad y entendimiento nos lo permitan, asumiendo para esto nuestra mejor disposición, y en los foros y tribunas que nuestra disponibilidad, posibilidades y oportunidades nos consigan acceder.

Nuestra actual y ambiciosa meta, hacia la cual hemos orientado nuestros esfuerzos, es la de proponer ciertas ideas que sean aprovechables por los protagonistas olvidados de la conciliación: las partes. En efecto, la mayoría de intentos desplegados hasta ahora por promover la conciliación a nivel nacional están pretendidos para instruir a los conciliadores como directores de la audiencia de conciliación, desarrollando en ellos ciertas potencialidades que optimicen los resultados de la negociación que las partes deben llevar a cabo, definiendo un perfil idóneo para su tan loable misión. Muy pocos se han ocupado de quienes son los responsables tanto del proceso como del resultado de la gestión del conflicto: los conciliables.

Estamos de acuerdo en que para que el «mercado» de la conciliación funcione, es indispensable la formación y capacitación constante de excelentes multiplicadores o «proveedores de servicios», léase conciliadores. Pero también es fundamental que se fomente una «conciencia de consumo» que mediante una adecuada orientación y reeducación impulse a los miembros de la sociedad a ser excelentes «consumidores de servicios» de conciliación. Tanto la oferta como la demanda deben desarrollarse en paralelo.

Cabe acotar que las recomendaciones que plantearemos como pasos iniciales hacia una conciliación constituyen nuestro mejor consejo desde nuestra experiencia, tanto teórica como práctica, al momento de prepararnos como parte para conciliar, y deben complementarse con la estrategia que los asesores de los justiciables, sean abogados o no, deben seguir, siendo esto último de lo que nos ocuparemos en una próxima oportunidad.

I. Conceptos preliminares: materias conciliables...

En el artículo 9º de la LC se establece:

> Artículo 9°.- Materias Conciliables.- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.
>
> En asuntos relacionados al derecho de familia se someten al procedimiento establecido en la presente ley las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar. No se someten a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

En este sentido, se estipula en el artículo 7°, 9° y 10° del RG lo siguiente:

> Artículo 7°.- De acuerdo con la Ley, la Conciliación puede ser:

1.1 Por la iniciativa de las partes:

a) Obligatoria:

Para los casos de derechos disponibles. Entiéndase por derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial; es decir los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 9° de la Ley, y para efectos de la Conciliación, en los asuntos relativos a alimentos, régimen de visitas, violencia familiar y la responsabilidad civil proveniente de delito, sólo son conciliables los derechos de libre disposición.

La Conciliación en asuntos laborales supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que sólo opera en el ámbito de disponibilidad que éste disfruta."

b) Facultativa:

De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 6° de la Ley, cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero y en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.

Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje.

1.2 Por el resultado del trámite:

a) Total:

Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses y señalados como tales en la solicitud de conciliación y a lo largo del procedimiento conciliatorio.

b) Parcial:

Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver, o cuando exista acuerdo conciliatorio sólo entre algunos de ellos..."

Artículo 9°.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley, se entiende como pretensión determinada aquella por la cual se desea satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación.

La pretensión es determinable cuando ésta es susceptible de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación.

No existe inconveniente para que, en el desarrollo de la conciliación, el conciliador y las partes den un contenido diferente a las pretensiones determinadas o determinables inicialmente previstas. En este caso, el acuerdo conciliatorio deberá referirse a éstas últimas.

Artículo 10.- Cuando la Ley menciona en su artículo 9° que son conciliables las pretensiones que versan sobre violencia familiar, debe entenderse que es posible sólo conciliar sobre los motivos o factores que generan la violencia, no siendo posible conciliar sobre la intensidad de la misma.

Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación es el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que es nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia.

Sobre el particular, debemos precisar el concepto de materias conciliables, para lo cual resulta indispensable, a diferencia de otros autores y a lo inorgánico de su trato tanto en la LC como en el RG, definir en primer lugar qué se entiende por derechos disponibles, acto

seguido abordar la diferencia entre pretensiones determinadas y determinables, para finalmente tratar los casos de la diferida obligatoriedad de la conciliación preprocesal frente al beneficio de su facultatividad.

II. Derechos disponibles

Siendo plenamente concientes que toda definición es arbitraria y coincidiendo con Ormachea Choque[4] en que la que nos ocupa presenta serias limitaciones respecto a la infinita casuística que produce la posibilidad de un sin número de interpretaciones y discusiones jurídicas sobre temas complejos, como por ejemplo, el de la patrimonialidad de la prestación dentro del terreno del derecho de las obligaciones, o las complicaciones naturales que se presentan en derecho administrativo y en derecho de familia, nos aventuramos a plantear ciertas inquietudes e ideas que pueden ayudar a aclarar un poco el panorama sobre este punto, sin llegar a formular una definición por los motivos manifestados.

Según lo mencionado en el primer párrafo del literal a) del numeral 1. del artículo 7° del RG, los derechos disponibles se dividen en patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros son aquellos que tienen un contenido patrimonial y los segundos aquellos que sin ser «necesariamente» patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición. Al aludir al «contenido patrimonial» de los derechos disponibles se especifica que son los susceptibles de ser valorados económicamente. Encontramos inconveniente el hecho de condicionar la existencia de la categoría de derechos patrimoniales a la susceptibilidad de ser valorados económicamente, ya que, simplificando la relación de las partes conciliables en un sentido unidireccional para efectos didácticos, tanto el interés insatisfecho del «acreedor» como el sacrificio-esfuerzo que constituye la prestación entendida como conducta potencialmente debida a cargo del «deudor» en favor de la otra parte, pueden configurarse sobre la base de valoraciones relativa o absolutamente subjetivas, teniendo el aspecto económico poca o ninguna trascendencia.

4 Iván Ormachea Choque, **Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial** Lima, Perú: Cultural Cuzco, 1998, pp. 53-69.

Asimismo, el incumplimiento de la aludida prestación por parte del deudor que generaría un proceso de ejecución posterior en su contra, y en su caso una final indemnización por daños y perjuicios en beneficio del acreedor, ésta última sí valorable económicamente en el sentido más claro que es el pecuniario, no debe inducir a pensar que los derechos materia de ese acuerdo incumplido son patrimoniales, ya que, recordando que todo acuerdo nace en teoría y puridad con vocación natural de cumplimiento, no se puede determinar la patrimonialidad de la prestación en función del antinatural incumplimiento (aspecto patológico) ya que si se hubiera cumplido no sería patrimonial.

En relación a los derechos que sin ser «necesariamente» patrimoniales pueden ser objeto de libre disposición, se alude a los temas de derecho de familia y de derecho penal en los segundo y tercer párrafos del artículo 9° de la LC respectivamente, señalándose taxativamente a manera de numerus clausus a las materias de alimentos, régimen de visitas y violencia familiar en el primer caso y a la reparación civil proveniente de comisión de delitos, no fijada judicialmente, en el segundo. Se nota un esfuerzo por delimitar el universo de los derechos disponibles no patrimoniales. Sin embargo, al tratarse estos mismos temas en el segundo párrafo del artículo 7° del RG, se ratifica lo dicho en la LC y se añade que «[...] sólo son conciliables los derechos de libre disposición», cayendo en el mismo ambiguo entrampamiento conceptual, complementando esto con la incorporación en el tercer párrafo del mismo artículo, del tema del derecho laboral, haciendo mención que el límite del contenido negocial en éste ámbito lo constituye la disponibilidad de los derechos de los trabajadores, entendiendo nosotros éstos en atención a la irrenunciabilidad prescrita en el numeral 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú, del año 1993.

Cabe acotar que en la mayoría de los esquemas legales que incorporan a la conciliación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, ésta fue pensada primigeniamente para el ámbito civil y comercial, dispersando su influencia en otras áreas específicas frente a la necesidad de su especialización, producto de lo cual se desarrollaron una serie de reglas particulares de aplicación, la mismas que deben ser estudiadas para cada caso concreto.

No es nuestro propósito auscultar en este espacio todas las materias conciliables en lo familiar, penal, laboral, y contencioso administrativo, lo que debe ser objeto de un tratado especializado, procediendo noso-

tros a sólo revisar muy someramente algunos conceptos a la luz de algunas anotaciones de derecho comparado, tomando como ejemplo a dos países hermanos en donde esta figura ha tenido notable desarrollo: Argentina y Colombia.

En el caso de la Ley Nº 24 573[5], Ley de Mediación y Conciliación de la Argentina, en sus artículos 2º y 3º se establece un sistema diferente al nuestro en parte (que presenta categorías abiertas para los derechos disponibles, lo cual implicará problemas de interpretación posteriores, y «aparentemente» cerradas en lo que se refiere al tema de familia, por ejemplo, conforme hemos analizado) ya que se enumeran (categoría cerrada negativa) los asuntos en los cuales no cabe la conciliación:

> Artículo 2º.- El procedimiento de la mediación (entiéndase Conciliación para todos sus efectos) obligatoria no será de aplicación en lo siguientes supuestos:
>
> 1. Causas penales.
> 2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
> 3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
> 4. Causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
> 5. Amparo, hábeas corpus e interdictos.
> 6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
> 7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.
> 8. Juicios sucesorios y voluntarios.
> 9. Concursos preventivos y quiebras.
> 10. Causas que tramiten ante la justicia nacional del trabajo.

5 Sancionada el 04/10/95; promulgada el 25/09/95; B.O. 27/09/95.

> Artículo 3º.- En el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo, el presente régimen de mediación será optativo para el reclamante, debiendo en dicho supuesto el requerido ocurrir a tal instancia."

Adicionalmente, en el Decreto Nº 91/98[6], Reglamentación de la Ley Nº 24573 de Mediación Obligatoria, se prescribe en su artículo 2º las excepciones a la inaplicabilidad de la mediación:

> Artículo 2º.- Excepciones a la inaplicabilidad de la mediación. Cuando se inicie alguna de las acciones previstas en el artículo 2º, inciso 2 de la Ley Nº 24573 que contenga las cuestiones patrimoniales mencionadas en esa disposición, el actor debe impulsar el trámite de mediación respecto de estas últimas y dejar constancia en el expediente principal.
> Cuando en los juicios sucesorios se suscitaren cuestiones controvertidas en materia patrimonial, a pedido de parte se las podrá derivar al mediador que se sortee o que designen por elección las partes interesadas.

En Colombia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Nº 1818 de 1998, compilación de las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad denominado Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos se dice:

> Artículo 2º.- Asuntos conciliables. Serán conciliables todos los asuntos susceptibes de transacción, desestimiento y aquellos que expresamente determine la ley (artículo 65º Ley Nº 446 de 1998).

Sobre la base de esta concepción, Varón Palomino[7] realiza el siguiente análisis descriptivo:

Para que un conflicto de naturaleza civil o comercial pueda resolverse a través de conciliación, debe reunir tres requisitos generales, a saber:

6 Bs. As.: 26/01/98; B.O.: 29/01/98.

7 Juan Carlos Varóno Palomino, **La Conciliación en el Derecho Civil**. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Interconed, 1996, pp. 24-25.

- Que se trate de un conflicto de naturaleza patrimonial (contenido económico) o extrapatrimonial, originado en alguna de las fuentes de las obligaciones civiles o mercantiles –la ley, el negocio jurídico, el acto jurídico, el daño-, etc;
- Que la controversia sea susceptible de transacción, vale decir, que verse sobre asuntos y derechos sobre los cuales las partes tengan poder de disposición;
- Que no exista prohibición legal de transar o conciliar en el tema considerado.

Así las cosas, entre las materias conciliables en las áreas que nos ocupan pueden mencionarse las siguientes:

1ª. Disputas patrimoniales relativas a los modos de adquirir el dominio, el uso, goce y posesión de los bienes, servidumbre y gravámenes al dominio, excepto en lo relativo a la validez de la tradición.
2ª. Conflictos económicos sobre empresas y establecimientos de comercio.
3ª. Disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de los contratos civiles y comerciales, tales como compraventa, permuta, arrendamiento, mutuo, mandato, depósito, dación en pago, prestación de servicios, fiducia, *leasing*, contrato bancarios, agencia, comisión, seguro, corretaje, preposición, prendas, hipotecas, y cesión de derechos.
4ª. Disputas económicas derivadas de la creación y negociación de títulos valores de contenido crediticio, de participación y de tradición o representativos de mercaderías, así como aquellas relativas al cumplimiento de obligaciones incorporadas en tales instrumentos.
5ª. Disputas de carácter patrimonial referentes a la constitución, extinción y liquidación de sociedades civiles, comerciales y de hecho: aportes, pago de utilidades, pago de pasivos y distribución de bienes en la liquidación.
6ª. Disputas de carácter patrimonial referentes a propiedad industrial –marcas y patentes-.
7ª. Disputas patrimoniales surgidas en el marco de procesos de concordato, quiebra o liquidación de sociedades.

A *contrario sensu,* no son conciliables las diferencias que versen sobre temas civiles o comerciales respecto de los cuales las partes no tienen capacidad de transacción.

En este orden de ideas, quedan excluidos de la posibilidad de conciliación los siguientes asuntos:

1°. El nombre, el estado civil, la capacidad e incapacidad y la nacionalidad de las personas –sin perjuicio del derecho constitucional de optar por varias nacionalidades o renunciar a ellas-.
2°. Las solemnidades sustanciales exigidas por la ley para la formación de ciertos actos o contratos.
3°. La calidad de comerciante y sus obligaciones profesionales.
4°. La eficacia probatoria de los libros de comercio.
5°. La validez o nulidad de actos que generen obligaciones civiles o mercantiles.
6°. La calidad de heredero o legatario, las asignaciones testamentarias forzosas, y las disposiciones de un testamento legalmente constituido.

Concordante con el reseñado análisis, el mismo Varón Palomino[8] complementa la definición de Conciliación elaborada con Pérez Villareal[9], sosteniendo la noción, habiendo nosotros coordinado ambos textos, de un trámite a través del cual dos o más partes en conflicto buscan solucionar sus diferencias transigibles, con la ayuda de un tercero neutral llamado conciliador, mediante la búsqueda de acuerdos lícitos, equitativos y de mutuo beneficio, siendo su elemento objetivo «El conflicto cuya solución se pretende debe ser susceptible de transacción».

De lo expuesto se aprecia que en los dos sistemas jurídicos latinoamericanos que han nutrido principalmente al nuestro en lo que a la estructuración orgánica de la institución conciliatoria se refiere, se mantiene la tendencia de «patrimonializar» los derechos disponibles, incurriendo en el error ya acotado por nosotros.

8 *Op. Cit.*, p. 15.

9 María Luzsabel Pérez Villareal y Juan Carlos Varón Palomino, **Técnicas de Conciliación.** Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Programa de Modernización de la Administración de Justicia FES - AID, 1996, p.13.

No obstante lo anterior, pensamos que resulta bastante conveniente para salvar este *impasse*, empezar por centrar el tema. En el artículo 3º de la LC se enuncia que:

> Artículo 3º.- Autonomía de la Voluntad. La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

En el artículo 5º de la LC se refuerza el carácter institucional de la conciliación, así como la idea de la condición de consensual que debe tener la solución del conflicto sometido a ella.

En la misma línea, en los artículos 3º y 4º del RG se indica respectivamente que «La Conciliación es el acto jurídico [...] Se funda en el principio de la autonomía de la voluntad», y que «El acuerdo conciliatorio es fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias [...]»

Un acierto consideramos lo consignado en el artículo 5º del RG en el sentido de que:

> Artículo 5º.- La autonomía de la voluntad a que hace referencia el Artículo 3º de la Ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres.

De la misma forma que en la LG, en el artículo 6º del RG se respalda que lo que busca la conciliación es una solución consensual al conflicto.

A nuestro entender, la conciliación es una institución cuyo noble destino, y deseable y pretendida manifestación última es una acto jurídico, pero que no necesariamente culmina así, ya que se puede llevar a cabo todo el proceso conciliatorio siguiendo los principios que la inspiran y el cauce de las disposiciones procedimentales prescritas en sus normas reguladoras, sin finiquitarlo con acuerdo alguno, sea éste parcial o total.

La conciliación es una institución, no asimilándola restrictivamente con criterios jurídicos sino entendiéndola extensivamente, porque posee una lógica propia derivada de un desarrollo histórico en diferentes

contextos temporales y espaciales, y porque constituye una «colección metódica de los principios de una ciencia, arte, etc.» y tiene «el prestigio debido a la antigüedad o a poseer todos los caracteres representativos de aquella. » [10]

Así también, la conciliación es potencialmente un acto jurídico, el cual se va configurando progresivamente durante el proceso. No olvidemos que la conciliación, operativamente hablando, no es más que una negociación integrativa (participativa, colaborativa, etc.) asistida por un tercero, y que se perfecciona si al final de ésta existe un acuerdo de cualquier naturaleza entre las partes, es decir, al darse por lo menos una coincidencia de voluntades entre los conciliables respecto a sus diferencias, la que será plasmada en un documento solemne denominado Acta de Conciliación, el mismo que conforme a lo anotado en los artículos 16° de la LC y 24° del RG: «[...] expresa la voluntad de las partes en la Conciliación [...]», constituyendo el acuerdo conciliatorio según lo dispuesto en el artículo 18° de la LC, Título de Ejecución, siendo los derechos, deberes u obligaciones ciertos, expresos y exigibles que en el Acta consten, exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales descrito en el Código Procesal Civil de 1992.

En nuestro ordenamiento jurídico, no nos sirve de mucho hacer coincidir a los derechos disponibles con los transigibles, ya que, si bien lo contenido en los artículos 1302° al 1312° del Código Civil, pertenecientes al Título VII «Transacción» de la Sección Segunda "Efectos de las Obligaciones» del Libro VI «Las Obligaciones», se asemeja en mucho a lo regulado en las normas sobre Conciliación, lamentablemente se parece demasiado en el artículo 1305° cuando se coloca que:

> Artículo 1305°.- Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción."

Todo lo cual nos lleva a concluir que no resulta conveniente clasificar a los derechos disponibles en patrimoniales o no patrimoniales, ya que como hemos visto, la patrimonialidad no es un criterio diferenciador válido ni legítimo, debido a los problemas que su presencia conlleva, ya comentados por nosotros.

10 Diccionario de la Lengua Española, Madrid, España, Espasa-Calpe, vigésima edición, 1984, p. 778.

Entonces, en nuestra opinión encontramos adecuado, a efecto de conceptuar los derechos disponibles sin «patrimonializarlos» y por ende acarrear todas las dificultades que ello involucra, el rescatar de la definición de conciliación de Varón Palomino y Pérez Villareal[11] sobre todo el elemento licitud, fuera de la equidad y el mutuo beneficio; junto con la idea de la conciliación como institución consensual evidenciada en los artículos 3° y 5° de la LC, y como acto jurídico fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, siendo el acuerdo conciliatorio fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar su diferencias, en los artículos 3° y 4° del RG; además de concordar en que lo que busca la conciliación es también una solución consensual al conflicto, siguiendo a lo dicho en el artículo 6° del RG; así como revalorar y resaltar lo reseñado en el artículo 5° del RG al imponer como límites a la autonomía de la voluntad tratada, la no afectación de las normas de carácter imperativo, del orden público y de las buenas costumbres.

Concluyendo, somos de la idea de determinar la existencia y clasificación de la categoría de los derechos disponibles no por su patrimonialidad como indebidamente se viene haciendo, sino más bien en función a los parámetros impuestos a la capacidad discrecional de los conciliables por el propio ordenamiento jurídico; en otras palabras, hablemos de derechos disponibles o indisponibles en razón ya sea de su particular naturaleza o de la «voluntad» de la ley, pudiendo ejercer las partes una restricta autonomía de la voluntad de conformidad con las normas que internen mandatos de estricto cumplimiento, tales como las contenidas en los artículos 140° y 141° parte del Título I «Disposiciones Generales» del Libro II «Acto Jurídico» del Código Civil de 1984, las mismas que encontramos perfectamente aplicables al considerar nosotros a la conciliación, cuando termina en acuerdo sea cual fuere su clase, como una fuente más de obligaciones, pudiendo complementarse con una analogía con los artículos 1402° y 1403° pertenecientes al Título Tercero «Objeto del Contrato» de la Sección Primera «Contratos en General» del Libro VII «Fuentes de las Obligaciones» del mismo cuerpo legal.

11 *Op. cit.*, p. 13.

II. Pretensiones determinadas y determinables

Sin mucho que completar, acordando con lo escrito en los artículos 9º de la LC y 9º del RG, diremos que las pretensiones son determinadas cuando con ellas se busca satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación.

Por el contrario, serán pretensiones determinables aquellas que son susceptibles de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación.

Una de las riquezas de la conciliación, adicionalmente a su carácter multidisciplinario, radica en su flexibilidad a nivel procesal, gracias a la cual las partes con la asistencia del conciliador, pueden durante el desarrollo de la conciliación, variar las pretensiones determinadas o determinables que motivaron formalmente la conciliación, debiendo el acuerdo conciliatorio referirse a ellas.

2.1 Obligatoriedad vs. Facultatividad

En los artículos 6º de la LG y 7º del RG se instaura a la conciliación como un requisito de procedibilidad (aunque en la propia Ley se le menciona como de admisibilidad en la sexta disposición transitoria) necesariamente previo a los procesos judiciales que hemos revisado en el artículo 9º de la LG, en otras palabras, respecto de las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

Como hemos mencionado al inicio de este ensayo, este carácter obligatorio en los casos precedentes ha sido diferido hasta el 14 de enero del año 2001 por lo ordenado en la Ley Nº 27218, siendo la conciliación hasta este momento, facultativa para todos los supuestos contenidos en la LC y el RG.

La conciliación se presenta como facultativa cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero, en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales; y ante la existencia de un convenio arbitral, no existiendo limitación formal alguna para que las partes accedan a la instancia arbitral reconocida como jurisdicción especial. Sobre este punto, existen discrepancias que serán objeto de otras publicaciones.

IV. Consideraciones generales: antes de conciliar...

3.1 Determinación de intereses

Frente a una situación potencial o real de conflicto, las partes involucradas van a presentarse mutuamente, y al conciliador también, lo que hemos denominado «la vitrina del conflicto», dado que es lo más visible y lo percibible de primera impresión, constituida por las posiciones de las partes, planteadas como las soluciones primarias al conflicto. Las posiciones están conformadas por los requerimientos, exigencias, demandas y argumentos propuestos inicialmente por los conciliables respecto a la controversia. Las posiciones son lo que aparentemente quieren los protagonistas del problema. Se puede decir que una posición es solamente un modo de satisfacer un interés.

Por contraposición, abajo, subyaciendo a las posiciones se encuentra lo que se puede llamar la «agenda oculta», la «información esotérica» o el «valor agregado» del conflicto, constituido por los verdaderos intereses de las partes, planteados como las razones por las cuales las partes plantearon a su vez sus soluciones primarias al conflicto. Los intereses están conformados por los sentimientos, necesidades, deseos y peticiones (condicionales) de los conciliables respecto a la controversia. Los intereses son lo que realmente quieren los protagonistas del problema. También se pueden definir como «[...] las necesidades, preocupaciones, metas, motivos y esperanzas que lo motivan a Ud. a negociar. »[12]

Antes de participar como parte en una conciliación, recomendamos llevar a cabo un «proceso de exploración de intereses» personal, preguntándose a uno mismo primero ¿qué es lo que quiero? y luego ¿para qué lo quiero, qué pretendo con eso, cual es la causa por la que lo quiero, qué quiero conseguir realmente de esta situación o de esta persona? Posteriormente se debe realizar preguntas como ¿qué o cómo me siento con todo esto?, ¿qué necesito de esta situación o de esta persona?, ¿qué deseo en realidad, qué me gustaría seriamente, sin caprichos, resentimientos u orgullo? y ¿qué le pediría a la otra parte de forma que mejore nuestra relación o por lo menos que no la empeore?

12 Julio Decaro y Mark Smith, **Formación de Formadores, Nivel I, 28 de octubre – 1 de noviembre de 1996, Lima, Perú**, Lima, Perú: Conflict Management, 1996, módulo 7, p. 15.

El «proceso de exploración de intereses» personal tiene por función permitir el autoconocimiento de los propios intereses, el ulterior conocimiento recíproco de éstos por las partes del conflicto y determinar la función de éste para cada una, estimulando la flexibilización desde las posiciones hacia los intereses, buscando involucrarlos en un proyecto conjunto de solución, desvirtuando un enfrentamiento entre ambas partes e induciendo a un enfrentamiento de ellos juntos contra el conflicto. Se estimula de esta manera el trabajo en equipo, que implica un grupo de personas con un objetivo y compromiso comunes.

Acto seguido, es útil efectuar un «análisis costo beneficio» individual, estudiando dos variables: las necesidades, y la existencia y disponibilidad de recursos, ambas tanto presentes (actuales) como futuras (proyectadas), con el propósito de tomar conciencia de la correspondencia entre nuestras legítimas «aspiraciones» y nuestra real capacidad de «inversión», esbozando nuestro margen de negociación.

No hay que olvidar que la conciliación no es otra cosa que una negociación integrativa (participativa, colaborativa, con base en principios, racional, etc.) asistida por un tercero que es el conciliador. Por lo tanto, la orientación que se le debe dar a la gestión del conflicto, sea esta preventiva o administrativa, debe ser negocial (estratégico racional), sobre cuya se debe implementar un esquema positivo ganar-ganar, en virtud del cual, las partes atiendan a sus verdaderos intereses en mutuo beneficio, considerando a las concesiones recíprocas como actos de colaboración, y no como sacrificios, pérdidas o renuncias fruto del estéril, impersonal y polarizante regateo, estrategia ésta última de la negociación distributiva basada en un esquema negativo ganar-perder («suma cero»), por el cual cada parte evalúa egoistamente su éxito en función al sacrificio de la otra.

Acierta Ury[13] al describir que: «Típicamente, la negociación comienza cuando la posición de una parte entra en conflicto con la posición de la otra parte. En el regateo corriente, tal vez lo único que usted necesita saber de antemano es su propia posición; pero la solución conjunta de problemas depende de los intereses subyacentes en la posición de cada parte. La diferencia es fundamental: la posición de usted son las cosas concretas que desea – los dólares y los centavos, los plazos y las condiciones. Los intereses de usted son las motivaciones intangibles que lo

13 William Ury, **¡Supere el NO!**, Bogotá, Colombia, Norma, 1993, p. 15.

llevan a asumir esa posición – sus necesidades, deseos, preocupaciones, temores y aspiraciones. Para poder llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes, tiene que comenzar por descifrar los intereses de ambas partes.»

3.1 Generando alternativas

Las alternativas son las vías individuales de satisfacción de intereses que tiene cada parte en el caso de no llegar a un acuerdo con la otra, independientemente de la voluntad de ésta. Obviamente, si como consecuencia del proceso conciliatorio alguna parte no ha cubierto sus expectativas, ésta no querrá llegar a ningún acuerdo. Entonces, no puede permitirse dejar a sus intereses «vacíos» o «en blanco» teniendo que agenciarse una vez frustrada la negociación, ya por cuenta propia, con la colaboración de terceros o no, alguna forma de satisfacer su intereses pendientes.

Se tiene que definir y desarrollar las alternativas antes de iniciar la conciliación, ya que esto le da a la parte más poder de negociación, el mismo que depende de la posibilidad de cada parte de abandonar la conciliación, más «palanca», más seguridad y minimiza o hasta elimina el miedo a la frustración, permitiendo protegerse de resultados negativos y tener mayor soltura y tranquilidad para generar y proponer opciones de solución creativas y originales a la otra parte, y que sean realmente en mutuo beneficio. El saber cuales son sus alternativas antes de la conciliación le otorga a cada parte la posibilidad de presentar sus intereses con más fuerza.

Dentro de la gama de alternativas que cada parte se plantea, cada una debe escoger la que de mejor manera y en mayor medida satisface sus intereses, los «llena» más, determinando así su MAAN[14] (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado), también nombrado como MAPAN[15] (Mejor Alternativa Para un Acuerdo Negociado) o MAFAN[16] (Mejor Acuerdo a la Frustración de un Acuerdo Negociado). El MAAN

14 Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, **Sí... De Acuerdo!**, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Norma, 1981, p. 120 ss.

15 William **Ury, ¡Supere el NO!**, Bogotá, Colombia, Norma, 1993, pp. 19 y ss.

16 Iván Ormachea Choque, **Manual de Conciliación**, Lima, Perú: Iprecom, 1999 p. 53.

establece el «límite del sacrificio» de cada parte. Ninguna de ellas debe acordar algo con la otra que sea inferior al MAAN de aquella.

Estamos de acuerdo con Fisher, Ury y Patton[17] cuando sostienen que: «La razón para negociar es obtener algo mejor de lo que se obtendría sin negociar». ¿Cuáles son esos resultados? ¿Cuál es su MAAN: su mejor alternativa para negociar un acuerdo? Ese es el criterio con el que se debe juzgar cualquier propuesta. Ese es el único criterio que puede protegerlo de aceptar términos demasiado desfavorables y de rechazar términos que le sería conveniente aceptar.

Su MAAN no es solamente un mejor criterio, sino que tiene la ventaja de ser lo suficientemente flexible como para permitirle explorar soluciones imaginativas. En vez de rechazar cualquier solución que no se ajusta a su mínimo, usted puede comparar una propuesta con su MAAN y ver si satisface mejor sus intereses."

Coincidimos plenamente con URY[18] cuando afirma que: «Muy frecuentemente, la gente entra en una negociación en busca de un acuerdo, y estudia las alternativas solamente si las cosas van mal. Esto es un clásico error. Si usted sabe cuáles son sus alternativas, ello puede determinar su éxito en satisfacer sus intereses [...] El propósito de la negociación no siempre es llegar a un acuerdo. Porque acuerdo es sólo un medio, y el fin es satisfacer los intereses de usted. El propósito de la negociación es explorar si usted puede satisfacer mejor sus intereses por medio de un acuerdo que por medio de su mejor alternativa para un acuerdo negociado (MAPAN) [...] La MAPAN es la clave del poder de negociación. El poder de usted no depende tanto de que usted sea más grande, más fuerte, de mayor jerarquía o más rico que la otra persona, como de cuán bueno sea su MAPAN. Si usted tiene una alternativa viable, usted lleva una ventaja en la negociación. Cuando mejor sea su MAPAN, más poder tendrá usted [...] No suele existir ya un MAPAN; hay que desarrollarla. Si su MAPAN no es muy sólida, usted debe tomar medidas para mejorarla. »

Es importante aprender a no confundir a las alternativas con las opciones, ya que éstas últimas son las vías conjuntas de satisfacción de intereses que cada parte le propone a la otra a efecto de lograr desarro-

17 *Op. Cit*, pp. 116-117.
18 *Op. Cit.*, pp. 19-20.

llar una acuerdo lícito, equitativo y de mutuo beneficio. Constituyen las propuestas concretas que cada parte le propone a la otra para resolver el conflicto, son las fórmulas conciliatorias que cada conciliable plantea durante la conciliación. Para Decaro y Smith[19]: «Las opciones son todas las posibilidades en las cuales los partidos pueden concebiblemente llegar a un compromiso».

V. Alcances complementarios: A saber...

A continuación presentamos nuestra idea de lo que significa la Conciliación:

> Conciliación[20] Mecanismo Alternativo para la Resolución de Conflictos (MARC) consistente en una negociación integrativa asistida, configurándose en un proceso mediante el cual, las partes involucradas en un conflicto cuyos intereses versen sobre derechos disponibles, acceden voluntariamente a permitir la intervención de un tercero (técnico e imparcial y con capacidad de proponer fórmulas conciliatorias) que sirve de facilitador entre ellas, en el logro de una solución concertada. La función de dicho tercero es la de estimular la dinámica de la estructura del sistema comunicativo entre las partes, utilizando herramientas del lenguaje que le permitan aclarar percepciones y compatibilizar criterios de legitimidad sobre la base de un manejo racional de la información; debe lograr romper el juego de posiciones, flexibilizándolas centrando a las partes en sus verdaderos intereses, buscando separar a las personas del conflicto y enfrentarlas a él, cambiando los conceptos de «problema» por «proyecto de solución», «competencia» por «cooperación» y «discusión» por

19 *Op. Cit*, p. 17.

20 Christian Stein, "Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos y Técnicas de Negociación y Conciliación", materiales del **Primer Curso Taller de Capacitación y Formación de Conciliadores en Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos y Técnicas de Negociación y Conciliación**, Ministerio de Justicia, Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de Norteamérica – USAID -, Cámara de Comercio de Lima, para el personal asignado a los Consultorios Jurídicos Populares (Convenio MINJUS - USAID), Lima, abril 1998.

«diálogo», siendo los mismos involucrados los que sobre la base de principios y creatividad en la generación de opciones vinculantes de solución y alternativas individuales de satisfacción de intereses, lleguen a resolver su propio conflicto, mediante la asunción de un compromiso contenido en el acuerdo construido en función a confianza, que de concretarse aquél, optimice la relación existente en virtud de la interdependencia generada entre ellas.

¿Estamos preparados para asumir el reto de la Conciliación?

Renzo Vigo Carrillo

Con la entrada en vigencia de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley Nº 26872) en noviembre de 1997, se declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la conciliación como un mecanismo alternativo al Poder Judicial, señalándose además en su artículo sexto el carácter previo y obligatorio de este mecanismo en los procesos sobre pretensiones determinadas y determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

Es importante resaltar que entre las ventajas más importantes con las que cuenta la conciliación tenemos:

- En cuanto al tiempo que dura el proceso de conciliación es de uno a treinta días como máximo, dependiendo de la predisposición de las partes a conciliar, así como de la habilidad del conciliador al dirigir al misma.
- En cuanto al costo del proceso de conciliación, éste será mucho menor si lo comparamos con el costo que demandaría un proceso judicial, dado que el pago será uno solo (al comienzo del proceso de conciliación).
- En cuanto al acuerdo mismo. Serán las mimas partes las que busquen llegar a dicho acuerdo, el conciliador sólo podrá sugerir alguna alternativa de solución, que quedará a criterio de las partes aceptarla o no.
- En cuanto a los efectos del Acta de Conciliación, podemos señalar que ésta tendrá valor de Título de Ejecución (sentencia de última instancia), con lo cual, si una de las partes incumple el acuerdo al que han llegado vía el Acta de Conciliación, la otra parte podrá

pedir al juez, ya no que conozca el proceso, sino que exija el cumplimiento del mismo.

Si bien, la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la Conciliaciónn, como mecanismo previo a todo proceso judicial, comenzaba a regir en enero del año 2000, según lo establecía la tercera disposición, transitoria y final de la Ley 26872 se prorrogó dicha obligatoriedad hasta el 14 de enero del 2001.

¿Qué razones fueron las que llevaron a retardar la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la Ley? ¿Por qué dilatar más la institucionalización de un mecanismo tan efectivo, rápido y económico, en el cual ya muchas personas se encontraban inmersas y con muchas expectativas (económica, social, etc.)?

En el Fórum Internacional Retos y Posibilidades, llevado a cabo a fines del año pasado en nuestra casa de estudios, la Secretaria Técnica de Conciliación del Ministerio de Justicia, Dra. María Luisa Valdez Bortesi, trató de explicar al público asistente los motivos que habrían llevado a dicho Ministerio, como ente rector y encargado de la implementación de la conciliación en nuestro país, el proponer al Ejecutivo la prórroga de la obligatoriedad de ésta como medida urgente y necesaria.

Las razones fueron de cierta manera comprensibles pero un tanto paradójicas y preocupantes, por lo que a partir de esa fecha una inquietud es la que rodea la mente de todos aquellos que apostamos por la conciliación:

1. ¿Estamos realmente preparados para el reto?

Este es el dilema que da título a este artículo y es la interrogante que vamos a intentar responder a lo largo de estas pocas líneas.

Empezaremos por analizar los argumentos que habría llevado al Ministerio de Justicia a proponer dicha postergación:

1º Número de salas de audiencias de conciliación según la carga procesal: «El Ministerio considera que para la Conciliación Extrajudicial cumpla sus fines debe existir una adecuada proporción entre centros de conciliación y carga procesal. Si los centros no pueden atender

las solicitudes de conciliación dentro de los plazos fijados por la ley, se crearían un cuello de botella, ya que las personas no podrían conciliar y tampoco podrían acceder la Poder Judicial».

2º Difusión de la conciliación: «La segunda razón es que las personas deben conocer la institución de la conciliación, los principios en los cuales se basan, sus ventajas, las facultades del conciliador, el valor del acuerdo, y otras características de esta institución que les lleve a confiar en ella».

2. Número de salas de Conciliación, según la Carga Procesal

Al respecto la doctora Valdez, señaló que en la actualidad no se cuenta con el número de salas de audiencias de conciliación suficientes para poder atender la carga procesal que actualmente enfrenta el Poder Judicial. En este sentido, es importante resaltar los datos estadísticos proporcionados por la Gerencia Central de la Reforma del poder Judicial, en donde se ha podido establecer que de regir la obligatoriedad en enero del año 2000, la carga que deberán de soportar los centros de conciliación es aproximadamente de 3970 demandas civiles mensuales, sin tener en cuenta las materias laborales y de familia.

A la fecha de la exposición existían en Lima 12 centros de conciliación privados autorizados por el Ministerio de justicia y en la mayoría de los casos con sólo una sala de audiencia, y calculando que por sala se podrían realizar 3 audiencias por día, siendo necesario para que los usuarios puedan cumplir con el requisito de la obligatoriedad de la conciliación previa a un proceso judicial, se cuente por lo menos con 66 salas de audiencias en promedio, para soportar el total de la demanda proyectada. Si bien los juzgados de paz y las Demunas también están autorizados para realizar conciliaciones extrajudiciales en esos momentos, ello no era suficiente para poder atender la demanda antes mencionada. Al respecto, es importante llamar la atención sobre la forma tan deficiente como se están dando las conciliaciones extrajudiciales en la mayoría de las Demunas, que en vez de crear un clima de confianza hacia dicha institución, la limita, por lo que dicha situación trae consigo otra interrogante que si bien en esta oportunidad no la desarrollaremos la queremos dejar planteada: ¿están preparadas las Demunas y los juzgados de paz para poder llevar adelante la conciliación con la eficacia requerida?

En conclusión, estamos de acuerdo con el Ministerio de Justicia, en cuanto a la necesidad de suspender la obligatoriedad de la conciliación hasta que se logre alcanzar este número mínimo de salas, por que de no ser así la obligatoriedad podría volverse en un obstáculo para acceder a los órganos jurisdiccionales.

Lo que sí me parece importante resaltar es que en la actualidad existen 23 centros de conciliación en Lima y 41 a nivel nacional, y 20 solicitudes para la autorización de centros de conciliación a nivel nacional, con lo cual se espera que a fin de año se sobrepase la cifra mínima esperada para atender la carga procesal existente. Lo que habrá que definirse es si la obligatoriedad de la conciliación es sólo para Lima o también para otras ciudades del país. Consideramos que esto dependerá del número de centros de conciliación que se creen en las distintas ciudades del país; quizás lo más recomendable será que se inicie la vigencia de la obligatoriedad en la ciudad de Lima y progresivamente ir implementándola en las demás ciudades del país.

3. Difusión de la Conciliación

Nosotros consideramos que es de vital importancia, para que la conciliación pueda llevarse a cabo con éxito, que se dé una campaña de amplia difusión, que llegue a todos los rincones del país dado que en principio la Ley de Conciliación será obligatoria a nivel nacional.

Es importante que las personas tomen conciencia de las principales ventajas que trae consigo la conciliación, las facultades del conciliador, el valor del acuerdo, y demás características de esta institución que les lleve a confiar y apostar por ella.

Si bien la Dra. María Luisa Valdez tiene razón en mencionar la poca difusión que se le ha hecho a la conciliación, creemos también que esa es una de las más importantes funciones que deberían tener ellos a su cargo, como se hizo en Colombia, uno de los pocos países a nivel sudamericano en que tuvo cierto éxito.

Tenemos conocimiento que el Ministerio de Justicia, en este sentido, ha tomado cartas en el asunto (durante 1999 realizó 56 charlas de difusión a nivel nacional), pero aún así consideramos que la campaña de difusión tendría que ser mucho más ambiciosa si se quiere obtener el éxito esperado, y entendemos que ello dependerá del presupuesto

asignado a dicho Ministerio, por lo que esperamos que el Estado tome en cuenta dicho aspecto.

Ahora bien, creemos también que esta función no debería ser exclusivamente del Ministerio de Justicia sino también de los centros de conciliación autorizados por éste, dado que el interés por el éxito de la Conciliación no sólo es del Ministerio sino de cada una de las instituciones que han invertido para poder formar su centro de conciliación y para ello consideramos pertinente que a la Ley de Conciliación vigente se le debería añadir en su Capítulo IV (De los Centros de Conciliación) artículo 24º la función de difusión como objeto de dichas entidades.

Asimismo, sería importante añadir como requisito para la aprobación de un centro de conciliación (artículo 27º de la Ley de Conciliación) que en el reglamento de dicho centro se comprometa con dictar como mínimo seis charlas de difusión anualmente, dando con ello al Ministerio de Justicia una herramienta importante para poder añadir a su labor de supervisión, comprobando que dichos centros cumplan con el dictado de dichas charlas (dicha función se añadiría en el artículo 48º del Reglamento de la ley de conciliación vigente), dado que si bien en el Reglamento Tipo de los Centros de Conciliación, aprobado por Resolución Ministerial Nº 081-98-JUS, se establece en una de las funciones del Director (Título II, Capítulo II, artículo 3º inciso g) «el de promover y coordinar con otros Centros, Universidades o similares, y con el Ministerio de Justicia, actividades de tipo académico relacionadas con la difusión de la Conciliación y la capacitación de los conciliadores», ello al parecer no ha tenido la fuerza suficiente para llevar adelante una campaña agresiva de difusión, siendo por ello importante tomar en cuenta lo antes mencionado.

4. Aprobación y supervisión de los cursos de formación y capacitación de conciliadores

La doctora Valdez, en su ponencia, resaltó la función del Ministerio de Justicia de aprobar y supervisar los cursos de formación y capacitación de conciliadores, en el sentido de que «los conciliadores deben estar bien capacitados, ya que de la seriedad, calidad y ética de su trabajo dependerá en gran medida el éxito de la Conciliación del país».

Por esta razón, el Ministerio de Justicia ha creído conveniente aumentar las exigencias de los cursos de capacitación en cuanto a horas lectivas, forma de evaluación, perfil de conciliadores, número máximo de participantes, entre otros, y supervisar que esto se cumpla». Al respecto, si bien estamos de acuerdo con la política asumida por el Ministerio de Justicia quisiéramos mencionar dos puntos a tomar en cuenta:

1º Si bien los requisitos adicionales exigidos por el Ministerio para autorizar los cursos de formación y capacitación nos parecen necesarios, en la medida que contribuye a que los conciliadores puedan obtener una mejor y mayor preparación, consideramos también que dichos requisitos deberían dar lugar a una modificación de la Ley, dado que en algunos casos, centros autorizados para dictar cursos de formación y capacitación de conciliadores, utilizando influencias políticas, logran que el ministerio apruebe estos cursos sin cumplir con los requisitos adicionales antes mencionados, aduciendo que «dichos requisitos no están normados, por lo que el Ministerio no puede obligar a cumplirlos» demostrando con ello que lo único que les interesa son los beneficios económicos que les puede otorgar la conciliación a través del dictado de dichos cursos, y muy poco el hecho de que tengamos conciliadores debidamente capacitados y preparados para dicha función, con lo cual, al final dichos requisitos se les exigen sólo a algunos centros, lo cual nos parece desde todo punto de vista injusto.
2º Consideramos necesario que para que la formación y capacitación de conciliadores sean eficientes, es necesario que la supervisión a la cual hizo referencia la doctora Valdez se dé en forma rigurosa y no en la forma como en la actualidad se está dando. Existen muchos casos de centros de conciliación que «obsequian» la aprobación del curso y que frente a estos hechos, hasta ahora el Ministerio no toma cartas en el asunto, dedicándose solamente a acreditar a dichas personas. Creemos necesario que el Ministerio debería tener una participación más activa en la supervisión de las audiencias de simulación, dado que es allí en donde el postulante a conciliador demuestra cuánto puede haber interiorizado lo aprendido y en donde puede ver si realmente dicho postulante cuenta con lo que se conoce criollamente con «la pasta para ser conciliador».

Por los argumentos antes mencionados, consideramos que para que la conciliación tenga éxito, para que nuestra población crea en ella, debemos tener buenos conciliadores que transmitan de la mejor manera la cultura de paz y por ende la conciliación, y ello dependerá no sólo del Ministerio de Justicia, sino también de los mismos centros de formación y capacitación, en la medida que cumplan de forma honesta la labor delegada.

5. Conclusiones

Luego de haber analizado las razones que llevaron a postergar la entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación en el Perú, consideramos que por ahora no estamos preparados para poder llevarla adelante, dado que si bien el problema del escaso número de centros de conciliación que pueda atender la alta carga procesal por la que hoy atravesamos se puede superar, según el análisis antes realizado, creemos que de la forma como se está llevando a cabo la campaña de difusión de la conciliación, es poco probable que se obtenga éxito. Sin embargo, creemos que aún estamos a tiempo para cambiar el rumbo, en la medida que:

- Se empiece a dar de una manera más intensa una campaña de difusión, que si bien tenga como centro de difusión al Ministerio de Justicia, se de también a través de los centros de conciliación, logrando con ello, que llegue a la mayoría de la población todos los beneficios que en sí trae consigo la conciliación. Sería fundamental que como producto de dicha difusión, la gente empiece a conocer y creer en la conciliación, conozca los principios en los cuales se basan, despierte en ellos el interés por aprovechar las distintas ventajas que trae consigo esta institución, impidiendo que se convierta en un mero mecanismo de procedibilidad, como se ha dado en otros países.

  Al respecto, quisiera tomar como ejemplo lo ocurrido con Argentina a raíz de la vigencia de la Ley de Mediación (que viene a ser lo que nosotros conocemos por conciliación), en donde si bien la legislación que regula la mediación presenta ciertas particularidades, como que para ser mediador es necesario ser abogado, también

muestra semejanzas con nuestra Ley de Conciliación siendo una de ellas el hecho de que desde un comienzo la conciliación se reguló como un requisito previo de procedibilidad, lo cual, debido a la poca campaña de difusión que se realizó en dicho país, ocasionó que la gente recurriera a los centros de conciliación, no tanto por la convicción que tenía en dicho proceso, sino por la obligatoriedad antes mencionada, habiendo que tomar en cuenta además que la inasistencia de las partes a las audiencias de conciliación es sancionada con una multa.

Como mencioné anteriormente, si bien en esta sentido el Ministerio de Justicia ha tomado cartas en el asunto (aunque creemos que su acción debiera de ser más agresiva), consideramos también que la campaña de difusión no sólo es competencia del Ministerio sino también de los centros de conciliación y de los centros de formación y capacitación de conciliadores. Es tiempo de que todos los que verdaderamente creemos en la conciliación nos unamos y saquemos adelante esta institución, logrando con ello no sólo que las personas confíen en ella, sino también el de crear a través de la conciliación, una cultura de paz que permita desarrollarnos como país.

- Como consecuencia de la campaña de difusión antes mencionada, se podrá conseguir también que más personas quieran ser conciliadores y, a la vez, quieran formar su propio centro de conciliación, con lo cual tendremos mayor posibilidad de atender la gran carga procesal que ahora enfrentamos.
- Por último, consideramos de vital importancia, que el Ministerio de Justicia supervise de una manera más rigurosa la capacitación de los conciliadores, dado que de ello dependerá la confianza de la población en la conciliación.

La idea del conflicto y el rol del Abogado frente a él

Fabián Pérez Núñez

«Los abogados nos encontramos hoy frente a
una nueva realidad en el modo de ejercer la profesión».
Roque J. Caivano.

El presente documento se enmarca dentro del actual proceso de desarrollo de los mecanismos de solución de conflictos y de lo que representa esto para el abogado. A lo largo del presente escrito queremos hacer hincapié en que, fundamentalmente, lo que tenemos entre manos es un desacuerdo, una situación conflictiva y, luego de ser conscientes de lo que eso significa (teoría de conflictos), podremos buscarle una solución, para lo cual contamos con diversos mecanismos (mecanismos de resolución de conflicto), siendo uno más apropiado que otro según la divergencia misma; y el abogado debe ser capaz de poder no sólo entender el conflicto mismo, sino además de discernir correctamente qué mecanismo es el más oportuno y desarrollarlo eficientemente.

I. Teoría de conflictos

I.1 Concepto

Es muy común que dentro del desarrollo de las relaciones humanas en sociedad, nos encontremos en situaciones en las cuales sintamos o pensemos de manera diferente y hasta contrario a otras personas, incluso cercanas. Esto es inevitable y no debe entenderse como algo negativo; al contrario, en algunas oportunidades los conflictos se vuelven necesarios evitando así lo estático, lo rutinario, permitiendo así la exploración de nuevas posibilidades respecto de la solución de los con-

flictos, así como el conocimiento mejor de las necesidades e intereses de los demás y -en especial- de los nuestros.

Complementando lo anterior, podemos afirmar que un conflicto es una «situación en la cual dos o más personas perciben tener objetivos incompatibles, de manera que su satisfacción depende de la conducta que las partes adopten mutuamente.»[1] Es bueno dejar en claro que hablamos de objetivos que los sujetos perciben como incompatibles, esto es, pueden no serlo en realidad, pero ellos lo entienden así; por eso, lo primero que debemos tener en cuenta es el por qué las partes piensan o sienten de una u otra forma y no intentar buscar desde un inicio «la solución».

Un detalle que puede ayudarnos a manejar un conflicto es considerar que, en general, se tiende a asociar el término «conflicto» con la idea de «problema» dándole entonces una carga o tinte negativo; para evitar esa mala predisposición podríamos empezar por usar términos como «diferencia», «divergencia», «desacuerdo», etc. Pueda que lo anterior sea un detalle sencillo, pero el cómo nos referimos al conflicto condicionará en algún modo la actitud que tengamos frente a él.

I.2. Causas del conflicto

Son muchas y diversas. Es difícil intentar clasificarlas, sin embargo, quisiéramos indicar algunas muy comunes, como: la escasez de recursos o su mala distribución; la diferencia de creencias, valores, principios; malos entendidos, temores; falta de reglas preestablecidas; o relaciones personales deterioradas, etc. Son pues varias las fuentes y, a veces, se entremezclan haciendo que sea difícil enfocarlas correctamente, por eso es importante considerar siempre que la naturaleza de un conflicto puede tener más de un aspecto, no sólo el visible (falta de información, recursos escasos, etc.) sino otros que debemos explorar y que generalmente tienen que ver con los sentimientos y las percepciones personales que tengamos de los demás o de una situación en particular.

1 Definición contenida en el material de la Exposición sobre Teoría de Conflicto dictada por Jenny Díaz Honores en el Primer Curso de Formación de Conciliadores del Proyecto MINJUS – USAID. Junio 1999.

I.3. Elementos del Conflicto

I.3.1. Las partes

Estas son:

- Partes principales

Son las personas involucradas directamente con el desacuerdo, aquellas que ven sus objetivos como incompatibles y que, por ende, buscarán satisfacerlos; el resultado de la divergencia dependerá mucho de ellos y de su actitud. Por ejemplo, en un caso sobre alimentos las partes principales serán tanto la madre como el padre del menor.

- Partes secundarias

Son aquellos sujetos que indirectamente tienen interés en el resultado de la diferencia, sea por el resultado mismo o por la relación personal con alguna de las partes; a veces suelen convertirse en principales, dependiendo de su intervención en el proceso de solución del conflicto. Así, en el ejemplo de los alimentos serán partes secundarias los abuelos del menor, que intervienen «defendiendo» a sus respectivos hijos y, en el fondo y sin quererlo, buscando conseguir lo que ellos quieren y no lo mejor para el menor.

- Terceros

Son mas bien intermediarios, personas cercanas pero que no tienen mayor expectativa en la situación, sin embargo, suelen «aliarse» a una de las partes y pueden constituir un bloque de presión o de «apoyo» que entrampe el proceso de resolución del conflicto. Para nuestro ejemplo del menor de los alimentos, serán los tíos, amigos de los padres, etc.

Como podemos apreciar, del manejo de las partes dependerá mucho un resultado positivo así, a veces, es necesario tener en cuenta la actuación de las partes secundarias y terceros, haciendo que ellos aporten una solución y si ese no es el caso, restringir su intervención.

I.3.2. Situación conflictiva

Son los objetivos que se perciben como encontrados. La situación conflictiva comprende además no sólo las posiciones o «el qué quieren

las partes» -que, dicho sea de paso, las partes suelen tenerlo muy claro- sino también «por qué lo quieren», vale decir, los intereses subyacentes a las posiciones. Esto último no es común que lo sepan, aún cuando la solución del conflicto depende en mucho de tenerlo muy presente.

En un plano más general, la situación conflictiva incluye además los hechos en divergencia, los datos incompletos o aquellos recursos que se vean como escasos, etc.; en resumen, es pues la diferencia misma

I.3.3. Comportamiento conflictivo

- La Percepción

Así como cada uno de nosotros entendemos la realidad de una manera personal, cada parte percibe de manera diferente el conflicto; de hecho, el desacuerdo parte de que dos personas aprecian una situación de manera contrapuesta; pudiendo inclusive no serlo en realidad pero, las partes obviamente creen que tienen la razón que la otra está equivocada. Ahora bien, la cuestión no es intentar hacerles cambiar su percepción, sino entender primero por qué la adoptaron. Además, la diferente percepción del conflicto condicionará la actitud o predisposición que se tenga ante el proceso de solución del conflicto. Influirá además en las emociones de las partes, que deberán conocerse o manejarse convenientemente evitando una confrontación más hostil.

- Conducta

Está referida al comportamiento mismo, a los actos que las partes practican y que manifiesta, de uno u otro modo, la actitud que se tenga para con la diferencia y su posible solución. De esta forma puede una parte competir con la otra, imponiéndose o forzando a la otra a actuar de uno u otro modo; o tal vez pueda comportarse en forma contraria cayendo en la inacción, retirándose del conflicto o cediendo ante la posición del otro; sin excluir por cierto la posibilidad de un comportamiento afín a la resolución del conflicto, buscando una solución que satisfaga a ambas partes.

I.4. Formas de enfrentar un Conflicto

I.4.1. Orientaciones

Pueden ser:

- Adversarial

  Adoptando el comportamiento competitivo, bajo la lógica ganador - perdedor. Se busca imponer una posición sobre la base de la fuerza o el poder de una de las partes; maximizando una posición.

- Negocial

  Se intenta buscar una solución compartida, conversada, negociada. La idea aquí es que de algún modo ambos ganen, es decir encontrar la satisfacción de los intereses de ambas partes en la máxima medida, persiguiendo acuerdos y beneficios mutuos, bajo el esquema ganador-ganador.

Cabe mencionar que el tipo de orientación que se le dé al conflicto en particular dependerá de la naturaleza y de las características del mismo. Esto apunta a despejar la idea de que siempre una orientación negocial es la única; puede ser generalmente la más adecuada, pero no resta mérito a quien busque el esquema adversarial si lo considera oportuno pues lo importante es, en todo caso, saber escoger bajo qué esquema sería oportuno trabajar en función de un conflicto dado.

I.5 Formas de solución

- Autocompositivas

  Vale decir, son las mismas partes quienes sin intervención de un tercero buscan una solución. Es, fundamentalmente, la negociación. En realidad, es un primer paso para acceder a una solución, ya que es usual que las partes al llegar a una situación conflictiva busquen un trato directo con el otro (entendiendo como otro también a las posibles partes secundarias).

- Heterocompositivas

  Hay un tercero que interviene, pero que dependiendo de su posición respecto de la autonomía de las partes podrá ser:

- Autónomas: plena autonomía de las partes; el tercero no se impone, ni se presenta como quien va a resolver el conflicto sino como quien facilitará a las partes a que ellas mismas lo logren, como sucede en la mediación y la conciliación.
- Heterónomas: sin autonomía de las partes, es el tercero quien decide, incluso suele tenerse establecido un procedimiento al cual las partes y el tercero deben ceñirse haciendo del proceso algo más formal (etapas, plazos, requisitos, etc.); finalmente ambas partes aceptarán la solución que el tercero proponga; tal es el caso del proceso judicial y del arbitraje.

Estos son pues los principales puntos a tener en cuenta sobre la teoría de conflictos, puntos que deberíamos tener en cuenta cada vez que nos enfrentemos a desacuerdos, divergencias o diferencias, para poder manejarlas mejor y por ende lograr el mayor efecto positivo de ellas; y esto en tanto se recuerde que un conflicto no tiene porqué significar un problema. Sobre la base de lo anterior, quiénes sino los abogados son los primeros que deben tener presente lo que hemos venido diciendo. Por ello, queremos ahora examinar cuál debería ser la visión de los abogados frente a un conflicto.

2 El rol del abogado frente al conflicto

En principio, generalmente la conducta de un abogado al escuchar el problema que le expone un cliente suele ser un rápido examen mental sobre las aristas legales del conflicto: qué legislación debe aplicarse, qué doctrina, ante qué autoridad debe acudirse y cosas propias de un procedimiento judicial; incluso, las preguntas y los datos que se le pide al cliente están referidos a lo que jurídicamente nos puede ayudar. Son escasas las preguntas del porqué se siente de una u otra manera; también son raros los contactos con la persona supuestamente enfrentada a nuestro cliente en tanto, obviamente, la vemos como el adversario o «el rival a vencer». Luego, el trabajo se concentra en la revisión de la posición jurídica a adoptarse, en el esfuerzo hecho para armar un plan legal sustentado y coherente de tal manera que convenza al juez de nuestra verdad, de nuestra razón. A ello apuntará nuestra tarea probatoria, nuestra actitud, nuestro comportamiento. Nótese cómo ahora la

conducta del abogado va tomando peso en contra de la del cliente cuando es éste último el directamente interesado en el conflicto. Claro, en estos momentos lo hemos convencido que nuestra postura legal es la que le conviene.

2.1 El abogado como agente de resolución de conflictos

Del párrafo anterior podemos deducir, primero, que el abogado no ha analizado la situación conflictiva que tiene entre manos, al menos no en todos sus aspectos; se descuida mucho el comportamiento y la percepción conflictiva que tiene el cliente. Segundo, es evidente que ya el abogado decidió sin mayores datos, la forma de manejar el conflicto, incluso la forma de solucionarlo: el proceso judicial.

Es fácil inferir entonces que ha cometido un doble error, porque no comprende cabalmente la naturaleza del conflicto que intenta solucionar. Así, es imposible que sepa manejarlo y escoger la forma más conveniente para solucionarlo. Y es que olvidan que «el abogado debe tender a la búsqueda de soluciones para su cliente»,[2] es decir, está para resolver conflictos y eso incluye entender el desacuerdo antes que nada, con todo lo que ello significa. Por eso, primero debería prestar atención al cliente en todo (sentimientos, conducta, actitud, información, etc.) y, obviamente, a la diferencia misma (naturaleza, elementos, alcances, consecuencias, etc.). Luego, se revisará la posibilidad de su resolución y los mecanismos que deben emplearse para tal efecto; en otras palabras, el abogado debe entender la situación presentada y determinar el mecanismo más adecuado para resolverla, el mismo abogado entonces estará en capacidad de discernir entre los casos en donde debe litigar, negociar, conciliar o mediar.

2.2 El abogado como defensor de los intereses de su cliente

Hay que darle un nuevo contenido a esta frase, quizás más literal de lo que se asume. El abogado debe examinar porqué quien acude a él quiere algo en específico, examinar cuáles son sus intereses, antes que

2 Roque J. Caivano. **Negociación, Conciliación y Arbitraje**. Lima, APENAC, 1998, p. 52.

sus posiciones; luego de tomar conocimiento de ellos podrá luego revisar las formas de alcanzarlos o incluso superarlos; ¿por qué quiere demandar?, ¿por qué quiere resolver el contrato?, son preguntas que entre otras, son fundamentales ante cada caso que se asuma.

Sin duda alguna, lograr que se dé este cambio en la predisposición de los abogados frente a los conflictos no es simple, de hecho involucra su misma formación, involucra redefinir los objetivos y contenido de la enseñanza del Derecho; pero ¿es posible?, creemos que sí. De hecho, el ser alumno de tal especialidad hace que lo crea firmemente, porque el Derecho involucra la idea de justicia que se alcanza cuando logramos que quienes se acercan a nosotros tengan la posibilidad de satisfacer sus intereses y necesidades, para lo cual primero debemos conocer y comprender dichos intereses y luego saber cómo alcanzarlos y para ello el proceso judicial es tan sólo un camino.

La conciliación extrajudicial en el Perú, como medio para promover una cultura de paz

Rosely E. Shirakawa Okuma

El tema de la conciliación extrajudicial en el Perú, ha adquirido singular importancia a raíz de la promulgación de la Ley Nº 26872 - Ley de Conciliación extrajudicial y su Reglamento. Sin embargo, la falta de difusión y promoción de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, así como de sus principales objetivos, puede convertirse en un obstáculo para su adecuada implementación y desarrollo.

En principio, se ha generado ya una prórroga de la conciliación hasta el año 2001, al encontrarse que el número de centros de conciliación autorizados en el país es insuficiente para asumir la carga judicial que ingresan a los juzgados. ¿A qué se debió este problema? ¿no es justamente la falta de difusión y promoción de este mecanismo? Entendemos que nos hallamos en una primera etapa de «implementación» de la conciliación, por lo que consideramos que esta labor de difusión y promoción debe ser asumida no sólo por aquellos que la plantearon legalmente sino también por todos los que, de alguna manera, nos encontramos comprometidos con la búsqueda de una cultura de paz en el país.

¿Por qué hablar de una cultura de paz en el país? Porque la conciliación en el Perú se presenta como un mecanismo mediante el cual el particular reconoce su capacidad de solucionar sus conflictos, es decir, se presenta no sólo como una alternativa de comportamiento a nivel pre-judicial, sino que se busca introducir en la sociedad un modelo de relaciones humanas basadas en la convivencia, cooperación y el respeto de los derechos humanos. El artículo 2° de la Ley de Conciliación Extrajudicial lo establece expresamente: «[...] propicia una cultura de paz [...]».

Pero, ¿es éste el verdadero fundamento de la conciliación en el Perú? ¿Cómo se puede «propiciar una cultura de paz» a través de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos? Ambas son preguntas que se quedan en el tintero cuando nos encontramos con este artículo 2° de la Ley de Conciliación. Si bien este objetivo está planteado, nos encontramos con vacíos para su aplicación, por lo que a través de nuestra labor como conciliadores nos corresponde ayudar a cerrar las brechas o construir los puentes necesarios para alcanzar, en la práctica, o por lo menos sentir que nos dirigimos hacia allí, el objetivo esencial de la Conciliación, tal como se ha planteado en la Ley: propiciar una cultura de paz.

En ese sentido, en el presente artículo se intenta presentar la relación que hay entre la figura de la conciliación y la tan mencionada cultura de paz, a fin de colaborar de alguna forma en la labor de difusión y promoción de la conciliación como forma de aproximar a la justicia a las personas, mediante el reconocimiento de todas y cada una de las personas como sujeto de derechos, así como el reconocimiento de uno mismo como partícipe activo de una nueva cultura de paz.

Para empezar, deseamos hacer un análisis sobre la necesidad de buscar nuevas formas de resolución de conflictos, como medio para «propiciar una cultura de paz» ¿Por qué se torna necesaria esta búsqueda?

La generalizada crisis en el Poder Judicial ha conducido a la mayoría de los países a buscar vías que le permitan lograr una renovación de su judicatura. A pesar de las distintas realidades nacionales, se observa que existe una misma orientación de búsqueda de fórmulas que ayuden a solucionar la crisis generada en sus instituciones judiciales. En pocas palabras, el Poder Judicial se ha vuelto insuficiente para satisfacer los intereses de la población de manera adecuada. En ese sentido, se busca trasladar el manejo de los conflictos a las personas privadas, a fin de descargar de alguna forma al Poder Judicial. La conciliación preproceso, «[...] en lo posible, trata de evitar el conocimiento, tramitación y fallo de una causa por el Juez [...] es mucho más conveniente para el Estado, y en particular para el Poder Judicial la conciliación entre las partes, antes de entablar una demanda y seguir un proceso costoso, engorroso y lento».[1]

1 Feliciano Almeida Peña, **La conciliación en la administración de justicia**. pp.55-56.

En el Perú, por ejemplo, el costo de los procesos judiciales, tanto en tiempo como en el aspecto económico, son bastante altos y por lo tanto desalentadores, la tradicional forma de alcanzar justicia es insuficiente y no logra satisfacer las necesidades de la sociedad, lo cual hace difícil que un Estado de Derecho logre mantener su estabilidad. Según Ibrahim Shihata,[2] «[...] sin un Poder Judicial independiente y honesto, el desarrollo económico y social corre riesgo de hacerse pedazos [...]», de allí la necesidad y urgencia de los países en buscar modernizar los sistemas judiciales.

En ese sentido, ¿qué elementos deben de considerarse para una verdadera modernización de un sistema judicial? Edgar Buscaglia[3] en su ensayo «Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina», propone los siguientes:

- Mejoras en la administración de justicia.
- El fortalecimiento de la independencia judicial.
- El desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de disputas.
- La mejora de la educación legal de los jueces, abogados y público en general.
- La creación de nuevos canales para facilitar el acceso a la justicia a la población.

Una verdadera reforma judicial, por lo tanto, debería estar orientada hacia el desarrollo de los elementos mencionados, entre los cuales figuran los mecanismos alternativos de resolución de disputas y la creación de nuevos canales de acceso a la justicia. En esa misma línea, Siles Vallejos manifiesta que, «[...] se vienen extendiendo rápidamente proyectos para derivar una serie de asuntos litigiosos y no litigiosos a instancias no jurisdiccionales de resolución de disputas. El recurso a los mecanismos de mediación, conciliación, amigable composición, arbitraje se hace cada vez más común, aparece como uno de los principales remedios a la saturación de la judicatura y a su incapacidad o dificultad

2 Ibrahim Shibata, (1997), En Siles Vallejos **Modernización y reforma de los sistema de justicia en América Latina y el Caribe.**

3 Edgar Buscaglia (1997). «Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina". En: Edmundo Joaquín y Fernando Carrillo (eds.), **La Economía Política de la reforma judicial**, New York, Banco Interamericano de Desarrollo. (BID), pp. 31-51.

inveteradas para atender la totalidad de controversias que se presentan [...]».[4]

En este contexto, la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se presenta beneficioso a efecto de evitar que las partes tengan que recurrir a esta pesada maquinaria judicial y puedan satisfacer sus intereses de manera eficiente. En ese sentido, los beneficios que presenta la figura de la conciliación extrajudicial es entendida por la mayoría como idónea para lograr dichos fines. Sin embargo, se presentan discrepancias respecto a la forma en la que esta figura ha sido regulada en el país.

En el Perú la conciliación, se presenta como obligatoria a partir del año 2001. Entendemos que esta exigencia tiene como justificación el rol activo del Estado peruano en la sociedad, ya que busca a través de esta obligatoriedad un cambio de cultura en el país. Se ha considerado a este cambio, como todo cambio en la sociedad, difícil si no se presenta a la conciliación como figura obligatoria, ya que lo que se busca es concientizar a las personas de los beneficios que pudieren obtener mediante su utilización y, por otro lado, hacer que las propias personas se reconozcan como partícipes de esta forma pacífica de resolución de conflictos. Una vez logrado dicho cambio de concepción, el sólo conocimiento de los beneficios de esta institución podrá otorgar las herramientas suficiente para decidir acudir a ella de manera voluntaria. Sin embargo, como manifestáramos al inicio, la conciliación no se agota en este nivel, y por lo tanto la labor del Estado tampoco debería agotarse exigiendo únicamente su obligatoriedad. Por el contrario, la construcción de una verdadera cultura de paz en el país, exige una sólida política de educación, así como cambios de fondo en las estructuras de la sociedad. De este modo, la Ley de Conciliación extrajudicial es sólo un paso.

Si bien el marco está dado, existe aún mucho por hacer. La conciliación es una manera de generar caminos de entendimientos y de desarrollo social y personal. Por eso, evitar los conflictos no es la solución al problema que nos aqueja, pues los conflictos se presentan continuamente y de distintas maneras en nuestras vidas. Es de acuerdo a como uno asuma el conflicto que podemos cerrar las brechas o construir los puentes a lo que hacíamos referencia líneas arriba. William

4 Siles Vallejo, Abraham, *Op. cit.*, p. 91.

Ury, en su conferencia en Buenos Aires, el 1 de julio de 1998, manifestó lo siguiente «[...] el camino no es eliminar al conflicto. El mundo, de hecho, necesita más conflictos y no menos, porque en la medida en que hay injusticia en el mundo vamos a necesitar conflictos para llamar la atención sobre las injusticias. El desafío no está en eliminar el conflicto sino en transformar la forma en que nosotros manejamos el conflicto, que lo hacemos en forma destructiva a través de la violencia, de la guerra, de batallas, etc., de transformarlo en una forma más constructiva como la negociación, la mediación, etc.», y ello, entendemos, está referido a todos los niveles de relación humana.

La conciliación, por lo tanto, no se agota en la descongestión del Poder Judicial, ni en la oportunidad de solucionar el problema laboral de algunos. Sus alcances son mayores, tal como lo dice la ley: «propiciar una cultura de paz». Esperemos que no sean pocos los conciliadores los que tengan presente en el desarrollo de su actividad, la importancia de la función que se encontrarán ejerciendo y hacia donde se encuentra encaminada.

Presentación de la Ley de Conciliación Ley Nº 26872

Aníbal Quiroga León

El 13 de noviembre de 1997 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la Ley Nº 26872, denominada «Ley de Conciliación». Dicha norma legal está actualmente bajo *vacatio legis* como consecuencia de las diferentes normas legales que han postergado su aplicación en el tiempo, pues prevista inicialmente para ingresar en vigencia a los dos años de su publicación (14 de enero de 2000), la imposibilidad de lograr su aplicación forzosa en todo el territorio nacional y el riesgo de su inadecuada implementación, han dispuesto que esto ocurra recién el 14 de enero del año 2001.

Así pues, la ley original –que hoy publicamos en esta edición como anexo de esta Presentación-, aún no se encuentra en vigencia debido a la imposibilidad de contar con la infraestructura y conocimiento necesarios que permitan su total implementación en nuestro medio jurídico.

La Conciliación es, básicamente, una figura procesal. Muchas veces tendemos a pensar –de modo equívoco, por cierto- que lo procesal es siempre litigioso, siempre controversial, siempre guerrero; de manera que figuras como la Conciliación deberían estar fuera de lo procesal por ser institutos incompatibles. Si miramos con detenimiento dentro de la Teoría del Proceso, y su ciencia, veremos que la Conciliación es una de las formas que el proceso nos proporciona para lograr la solución de un conflicto de manera pacífica. Es, pues, un modo pacífico de solución de controversias, a mitad de camino entre la fórmula autocompositiva y la forma heterocompositiva. En términos reales, constituye una forma anterior de solución procesal a la que provee la heterocomposición procesalizada que está a cargo, de modo exclusivo

y excluyente, del Poder Judicial por mandato de nuestro esquema constitucional.

Corresponde la Conciliación, en consecuencia, a una etapa anterior a la del proceso judicial jurisdiccional, conforme señala la propia Ley de Conciliación. Esta norma tiene por finalidad descongestionar al Poder Judicial de un importante número de causas que, bien manejadas por las partes de modo directo, bajo la inducción de un Conciliador imparcial, le impiden actuar dentro de plazos razonables que la ley y el principio de razonabilidad consideran los adecuados para la resolución de una controversia. Se pretende con la implementación y obligatoriedad de esta institución del Derecho Procesal desviar del órgano jurisdiccional el aumento innecesario de litigios en nuestra sociedad, bajo una adecuada técnica jurídica de negociación y persuasión, buscando con ello que las partes interesadas en su conflicto, reflexionen acerca de los puntos comunes que les acercan, quitándoloe la innecesaria litigiosidad y con ello instaurar una «Cultura de paz» por la cual aquellos particulares que tengan un conflicto de intereses, de modo previo a la solicitud de actuación de la autoridad judicial competente, busquen la posibilidad de arribar a un acuerdo razonable y satisfactorio para ambas.

Como se podrá apreciar de modo directo con la ley que ahora presentamos, a la par de los importantes trabajos que desarrollan esta institución con gran versación y calidad, en el proceso conciliatorio tendrá intervención un tercero cuya misión será la de encaminar el proceso de tal modo que la fórmula conciliatoria a la cual se arribe sea una que imponga un nuevo estatus jurídico definitivo para las partes, será también función de este tercero proponer alternativas de solución previas a la decisión de acudir al poder judicial.

La obligatoriedad de acudir al proceso conciliatorio antes de ingresar al proceso judicial, como requisito *sine qua non* de éste, tiene por finalidad la disminución del ingreso de nuevas causas judiciales cuya tramitación supone un costo tanto para las partes como para el Estado. Ahora bien, esta obligatoriedad se refiere al proceso de conciliación, no así a que las partes deban necesariamente resolver sus controversias. Finalmente cabe señalar, que este rasgo de obligatoriedad que se ha plasmado en la Ley de Conciliación también estará presente en el cumplimiento del acuerdo al cual arriben las partes, pues caso contrario se requerirá el apoyo de la autoridad judicial para su ejecución.

Al igual que la transacción judicial y la transacción extrajudicial la mediación o la amigable composición, la conciliación judicial preventiva (como es el caso de la Ley de Conciliación) responde a la moderna denominación de ADR (*Alternative dispute resolution)*, cuya impropia traducción al español la señala como «medios alternativos de solución de controversias», constituyendo mecanismos anteriores –antes que propiamente «alternativos» -a la solución adecuada de una controversia mediante la posibilidad de que las mismas partes interesadas logren esto evitando la actuación y costo del órgano judicial, y con ello obstar la innecesaria intervención del Estado para la solución de los conflictos jurídicamente relevantes que se den entre sus ciudadanos y que estos mismos, en el contexto de la autonomía y libre disponibilidad de los derechos.

* * *

«Ley Nº 26872.- Aprueba Ley de Conciliación Extrajudicial.- (13-11-1997)

Ley Nº 26872
El Presidente de la República
Por cuanto :
El Congreso de la República ha dado la ley siguiente.
El Congreso de la República;
Ha dado la ley siguiente:
Ley de Conciliación

Capítulo I.- Principios generales

Artículo 1º.- Interés nacional.- Declárese de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Artículo 2º.- Principios.- La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Artículo 3º.- Autonomía de la voluntad.- La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

Artículo 4º.- Función no jurisdiccional.- La Conciliación no constituye acto jurisdiccional.

Capítulo II.- De la Conciliación

Artículo 5º.- Definición.- La Conciliación extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Artículo 6º.- Carácter obligatorio.- La Conciliación es un requisito de procedibilidad necesariamente previo a los procesos a que se refiere el Artículo 9º.

La Conciliación Extrajudicial no es obligatoria cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero y en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.

Artículo 7º.- Vías alternativas.- En la Conciliación Extrajudicial las partes pueden optar de manera excluyente por los Centros de Conciliación o recurrir ante los Jueces de Paz Letrados.

Artículo 8º.- Confidencialidad.- Los que participan en la Conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Nada de lo que se diga o proponga tendrá valor probatorio.

Artículo 9º.- Materias conciliables.- Son materia de Conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En asuntos relacionados al derecho de familia se someten al procedimiento establecido en la presente ley las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar.

No se someten a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

Artículo 10º.- Audiencia única.- La Audiencia de Conciliación es una y comprende la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Artículo 11º.- Plazo.- El plazo de la Audiencia de Conciliación es de treinta (30) días calendario contados a partir de la primera citación a las partes. El plazo previsto puede ser prorrogado por acuerdo de las partes.

Artículo 12º.- Fecha de Audiencia.- Recibida la solicitud el Centro de Conciliación designa al conciliador y éste a su vez notifica a las partes dentro de los cincuenta días útiles siguientes. La Audiencia de

Conciliación se realiza dentro de los diez (10) días útiles contados a partir de la primera notificación.

Artículo 13°.- Petición.- Las partes pueden solicitar la Conciliación Extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el Artículo 14° del Código Procesal Civil.

Artículo 14°.- Concurrencia.- La concurrencia a la Audiencia de Conciliación es personal; salvo las personas que conforme a ley deban actuar a través de representantes legales.

En el caso de personas domiciliadas en el extranjero se admitirá el apersonamiento a la Audiencia de Conciliación a través de apoderado o tratándose de personas jurídicas, sus representantes legales en el país.

Artículo 15°.- Conclusión de la Conciliación.- Se da por concluida la Conciliación por:

1. Acuerdo total de las partes.
2. Acuerdo parcial de las partes.
3. Falta de acuerdo entre las partes.
4. Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
5. Inasistencia de las partes a una (1) sesión.

Artículo 16°.- Acta.- El Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la presente ley, bajo sanción de nulidad.

El Acta de Conciliación debe contener lo siguiente:

1. Lugar y fecha en la que se suscribe el acta.
2. Nombres, identificación y domicilio de las partes.
3. Nombre e identificación del conciliador.
4. Descripción de las controversias.
5. El Acuerdo Conciliatorio, sea total o parcial, estableciendo de manera precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles; o en su caso la falta de acuerdo o la inasistencia de las partes a la audiencia.
6. Firma y huella digital del conciliador, de las partes o de sus representantes legales, cuando asistan a la audiencia.

   En caso de las personas que no saben firmar bastará la huella digital.
7. Nombre y firma del abogado del Centro de Conciliación, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados.

El acta en ningún caso debe contener las propuestas o la posición de una de las partes respecto de éstas.

Artículo 17º.- Conciliación parcial.- Si la Conciliación concluye con acuerdo parcial, sólo puede solicitarse tutela jurisdiccional efectiva por las diferencias no resueltas.

Artículo 18º.- Mérito y ejecución del Acta de conciliación.- El acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución.

Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha acta son exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Artículo 19º.- Prescripción y caducidad.- Los plazos de prescripción y caducidad establecidos en el Código Civl se suspenden a partir de la fecha de presentación de la solicitud de Conciliación Extrajudicial.

Capítulo III.- Del Conciliador

Artículo 20º.- Funciones.- El conciliador es la persona capacitada y acreditada que cumple labores en un Centro de Conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y eventualmente propone fórmulas conciliatorias no obligatorias.

Artículo 21º.- Libertad de Acción.- El conciliador conduce la Audiencia de Conciliación con libertad de acción, siguiendo los principios establecidos en la presente ley.

Artículo 22º.- Requisitos de los conciliadores.- Para ser conciliador se requiere estar acreditado en un Centro de Conciliación y capacitado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos.

Artículo 23º.- Impedimento, recusación y abstención de conciliadores.- Son aplicables a los conciliadores las causales de impedimento, recusación y abstención establecidas en el Código Procesal Civil.

Capítulo IV.- De los Centros de Conciliación

Artículo 24º.- De los Centros de Conciliación.- Los Centros de Conciliación son entidades que tienen por objeto ejercer función conciliadora de conformidad con la presente ley.

Pueden constituir Centros de Conciliación las personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, que tengan entre sus finalidades el ejercicio de la función conciliadora.

En caso que los servicios del Centro de Conciliación sean onerosos, la retribución será pagada por quien solicita la conciliación, salvo pacto en contrario, que deberá constar en el acta correspondiente.

Artículo 25°.- Capacitación de los conciliadores.- Los Centros de Conciliación son responsbles por la capacitación de los conciliadores y de que éstos cumplan con los principios establecidos en el Artículo 2° de la presente ley.

Artículo 26°.- Autorización y supervisión.- El Ministerio de Justicia tiene a su cargo la autorización de funcionamiento, registro y supervisión de los Centros de Conciliación, pudiendo suspender o privar de su facultad conciliadora, cuando éstos no cumplan con los principios u objetivos legales previstos en la presente ley, o incurran en faltas éticas.

Artículo 27°.- Requisitos.- Las instituciones que soliciten la aprobación de centros deben adjuntar a su solicitud debidamente suscrita por su representante legal, lo siguiente:

1. Documentos que acrediten la existencia de l ainstitución.
2. Dcoumentos que acrediten la representación.
3. Reglametno del Centro.
4. Relación de conciliadores.

Artículo 28°.- Del registro de Actas de Conciliación.- Cada Centro de Conciliación llevará un Registro de Actas, del cual se expedirán copias certificadas a pedido de parte.

En caso de destrucción, deterioro, pérdida o sustracción parcial o total del Acta de Conciliación, debe comunicarse inmediatamente al Ministerio de Justicia quien procederá conforme a lo dispuesto en el Artículo 26° de la presente ley, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan.

Artículo 29°.- Legalidad de los acuerdos.- El Centro de Conciliación contará por lo menos con un abogado quien supervisará la legalidad de los acuerdos conciliatorios.

Artículo 30°.- Información estadística.- Los Centros de Conciliación deben elaborar semestralmente los resultados estadísticos de su institución, los mismos que deben ser remitidos al Ministerio de Justicia, exhibidos y difundidos para conocimiento del público.

Capítulo V.- De la Junta Nacional de Centros de Conciliación

Artículo 31°.- Junta Nacional de Conciliación.- La Junta Nacional de Centros de Conciliación se constituye como una persona jurídica de derecho privado que integra a los Centros de Conciliación.

La Asamblea elige a su primera directiva y aprueba sus estatutos.

Artículo 32°.- Funciones.- Son funciones de la Junta Nacional de

Centros de Conciliación las siguientes :
1. Coordinar sus acciones a nivel nacional;
2. Promover la eficiencia de los centros;
3. Difundir la institución de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos; y,
4. Coordinar con el Ministerio de Justicia los asuntos derivados de la aplicación de la presente ley.

Capítulo VI.- De la Conciliación ante los Jueces de Paz

Artículo 33º.- Jueces de Paz.- La Conciliación se lleva a cabo ante el Juez de Paz Letrado y a falta de estos ante el Juez de Paz.

Artículo 34º.- Procedimiento.- El procedimiento de Conciliación que se sigue ante los Juzgados de Paz es el que establece la presente ley.

Artículo 35º.- Responsabilidad disciplinaria.- Los Jueces que actúan como conciliadores se sujetan a las responsabilidades disciplinarias establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 36º.- Tasas por Servicios Administrativos.- Los gastos administrativos derivados de la Conciliación ante los Juzgados generan el pago de una tasa por servicios administrativos.

Artículo 37º.- Mérito y Ejecución del Acta.- El mérito y el proceso de ejecución del acta con acuerdo conciliatorio adoptado ante los jueces, es el mismo establecido en el Artículo 18º de la presente ley.

Artículo 38º.- Registro de Actas de Conciliación.- Los Juzgados de Paz crearán el Libro de Registros de Actas de Conciliación, de donde se expedirán las copias certificadas que soliciten las partes.

Disposiciones complementarias, transitorias y finales

Primera.- Vigencia.- La presente ley entra en vigencia a partir de los sesenta días siguientes a su publicación.

Segunda.- Reglamentación.- La presente ley será reglamentada en el plazo establecido en la disposición anterior.

Tercera.- Suspensión de la obligatoriedad.- La obligatoriedad a que se refiere el Artículo 6º rige a partir de los veinticuatro (24) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Durante el período intermedio el procedimiento de Conciliación regulado en la presente ley será facultativo.

Cuarta.- Centros Preexistentes.- Las entidades que hayan realizado conciliaciones antes de la vigencia de la presente ley pueden adecuarse a ésta dentro de los doce (12) meses contados a partir de su vigencia.

Las entidades que dentro del plazo establecido en el párrafo precedente no se hayan adecuado a la presente ley, continuarán funcionando de conformidad con las normas legales e institucionales que las regulan. Las actas derivadas de las conciliaciones que realicen no tienen mérito de título de ejecución.

Quinta.- Requisitos de admisibilidad.- Incorpórase el inciso 7) al Artículo 425º del Código Procesal Civil:

«7. Copia certificada del Acta de Conciliación Extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo».

Sexta.- Vigencia del requisito de admisibilidad.- El requisito establecido en la disposición precedente será exigible una vez se encuentre en vigencia la obligatoriedad a que se refiere el Artículo 6º de la presente ley.

Sétima.- Conciliación Extrajudicial.- El procedimiento de Conciliación creado en la presente ley se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintinueve días del mes de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Carlos Torres y Torres Lara. Presidente del Congreso de la República. Edith Mellado Céspedes. Primera Vicepresidenta del Congreso de la República.

Al señor Presidente Constitucional de la República

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los doce días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Alberto Fujimori Fujimori. Presidente Constitucional de la República. Alberto Pandolfi Arbulú. Presidente del Consejo de Ministros. Alfredo Quispe Correa. Ministro de Justicia. »*

* * *

* Tomado de **Normas Legales**, Tomo 258, Noviembre 1997, pp. 175-177.

«D.S. N° 001-98-JUS. -Aprueba el Reglamento de la Ley de Conciliación (14/01/98)

DECRETO SUPREMO N° 001-98-JUS

El Presidente de la República

Considerando:

Que, mediante Ley N° 26872 (T.258,106) se declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos:

Que, la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la indicada ley dispone que la misma debe ser reglamentada en el plazo de sesenta días contados a partir del día siguiente de su publicación;

De conformidad con el Artículo 118°, inciso 8), de la Constitución Política del Perú (T.211, 213);

Decreta:

Artículo 1°.- Apruébase el Reglamento de la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación, el mismo que consta de siete (7) títulos, setenta y cinco (75) artículos y seis (6) disposiciones complementarias, transitorias y finales.

Artículo 2°.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Justicia.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los trece días del mes de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Alberto Fujimori Fujimori, Presidente Constitucional de la República, Alberto Pandolfi Arbulú, Presidente del Consejo de Ministros.

Reglamento de la Ley de Conciliación

Título I.- Principios Generales

Artículo 1°.- El presente Reglamento norma la naturaleza, finalidad, funciones, requisitos y el procedimiento aplicable a la Conciliación como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos.

Cuando en el Reglamento se haga mención a la ley, se entenderá que la referencia es a la Ley de Conciliación.

La Conciliación Procesal está regulada en el Código Procesal Civil.

Artículo 2°.- Para los efectos de la aplicación del Artículo 2° de la ley, deberá tenerse en cuenta de manera referencial, el siguiente contenido de los principios ahí anunciados:

1. La equidad, debe ser concebida como el sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación.
2. La veracidad, está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes y se refleja en el acuerdo conciliatorio al que llegarán de manera libre, como la mejor solución para ambas.
3. La buena fe se entiende como la necesidad de que las partes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa será la conducta en el procedimiento de conciliación.
4. La confidencialidad supone que, tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto.
5. La imparcialidad y la neutralidad son garantías de seguridad y justicia. La intervención del conciliador durante el procedimiento de conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.
6. La legalidad expresa la conformidad del acuerdo conciliatorio al que arriben las partes, con el ordenamiento jurídico.
7. La celeridad es consustancial al procedimiento de conciliación, permitiendo la solución pronta y rápida del conflicto.
8. La economía está dirigida a que las partes eliminen el tiempo que les demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso.

Artículo 3°.- La Conciliación es el acto jurídico por medio del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero llamado conciliador. Se funda en el principio de la autonomía de la voluntad.

Artículo 4°.- El acuerdo conciliatorio es fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias. La validez de dicho acuerdo está sujeta a la observancia de las formalidades solemnes, previstas en el Artículo 16° de la ley, bajo sanción de nulidad.

Artículo 5°.- La autonomía de la voluntad a que hace referencia el Artículo 3° de la ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres.

Título II.- De la Conciliación

Artículo 6º.- De conformidad con los Artículos 5º y 13º de la ley, la Conciliación puede ser solicitada por cualquiera de las partes, o por ambas, a un Centro de Conciliación o ante un Juez de Paz Letrado con el objeto que un tercero llamado conciliador, le asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Artículo 7º.- De acuerdo con la ley, la Conciliación puede ser:

1. Por la iniciativa de las partes:

a) Obligatoria:

Para los casos de derechos disponibles. Entiéndase por derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial; es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 9º de la ley, y para efectos de la Conciliación, en los asuntos relativos a alimentos, régimen de visitas, violencia familiar y la responsabilidad civil proveniente de delito, sólo son conciliables los derechos de libre disposición.

La Conciliación en asuntos laborales supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que sólo opera en el ámbito de disponibilidad que éste disfruta.

b) Facultativa:

- De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 6º de la ley, cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero y en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.
- Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje.

2. Por el resultado del trámite:

a) Total: Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses y señalados como tales en la solicitud de conciliación y a lo largo del procedimiento conciliatorio.

b) Parcial: Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver; o cuando, existiendo una pluralidad de sujetos, existe acuerdo conciliatorio sólo entre algunos de ellos.

c) Falta de acuerdo entre las partes.
d) Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
e) Inasistencia de las partes a una (1) sesión.

Artículo 8°.- Con relación a la confidencialidad que dispone el Artículo 8° de la ley, entiéndase que todo lo sostenido o propuesto en el proceso de conciliación carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial o arbitraje que se promueva posteriormente, aún en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación.

Constituyen excepciones a la regla de la confidencialidad el conocimiento en el procedimiento de conciliación de la inminente realización de un delito, o ante uno ya consumado. En estos casos, el conciliador debe poner el hecho en conocimiento de las autoridades pertinentes.

El conciliador que viole el principio de confidencialidad será sancionado, según la gravedad de su falta, con multa, suspensión de seis meses a un año o inhabilitación permanente para desempeñarse como conciliador, sin perjuicio de la responsabilidad civil que exista. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Justicia.

Si el conciliador viola el principio de confidencialidad, la responsabilidad del Centro de Conciliación se rige, analógicamente, por lo dispuesto en el Artículo 1325° del Código Civil. Todo pacto que exima de responsabilidad al Centro de Conciliación, en este sentido, es nulo.

Artículo 9°.- Para efectos de lo dispuesto en el Artículo 9° de la ley, se entiende como pretensión determinada aquella por la cual se desea satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación.

La pretensión es determinable cuando ésta es susceptible de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación.

No existe inconveniente para que, en el desarrollo de la conciliación, el conciliador y las partes den un contenido diferente a las pretensiones determinadas o determinables inicialmente previstas. En este caso, el acuerdo conciliatorio deberá referirse a estas últimas.

Artículo 10°.- Cuando la ley señala en su Artículo 9° que son conciliables las pretensiones que versen sobre violencia familiar, debe entenderse que es posible sólo conciliar sobre los motivos o factores que generen la violencia, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma.

Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación es el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que es nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia.

Artículo 11º.- Tratándose de los procedimientos cautelares iniciados antes del proceso principal, el solicitante de la medida tendrá un plazo de cinco (5) días calendario, comenzados a contar desde el momento en que se ejecute la medida cautelar, para solicitar la Conciliación.

Si la Conciliación es total, el solicitante deberá pedir de inmediato que se deje sin efecto la medida cautelar. Si no hay acuerdo, o éste es parcial, el plazo previsto para interponer la demanda, señalado en el Artículo 636º del Código Procesal Civil, empezará a correr desde la fecha del Acta de conciliación.

Artículo 12º.- La solicitud de conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá:

1. El nombre, denominación o razón social, datos de identidad, domicilio del o de los solicitantes. En el caso que desee ser invitado en una dirección diferente, deberá señalarlo en la solicitud.
2. El nombre y domicilio del representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso.
3. El nombre, denominación o razón social y domicilio o la del centro de trabajo de la persona o de las personas con las que se desea conciliar.
4. Los hechos que dieron lugar al conflicto, expuestos en forma precisa.
5. La pretensión, indicada con orden y claridad.
6. La firma del solicitante; o su huella digital, si es analfabeto.

La solicitud de conciliación podrá realizarse también verbalmente. Para este efecto, los Centros de Conciliación elaborarán formatos de la solicitud de conciliación, los que deberán contener todos los requisitos señalados en el párrafo anterior. En este caso, todos los datos serán requeridos directamente por el conciliador o el Juez de Paz Letrado, bajo su responsabilidad.

Si el solicitante desconoce el domicilio o la del centro de trabajo de la parte con la que debe conciliar, señalará este hecho en su solicitud. En este caso, el Centro de Conciliación o el Juez de Paz Letrado, según corresponda, extenderá el Acta declarando que la Conciliación no se ha realizado.

La demanda que se interponga sobre la base del Acta a que se refiere el párrafo anterior, será declarada inadmisible por el Juez, cuando en ella se consigne la dirección de la parte con la que se debía conciliar. El demandante, en este caso, queda obligado a iniciar un nuevo procedimiento de Conciliación. La misma regla deberá aplicarse cuando el domicilio del demandado, consignado en la demanda, es diferente al señalado por el demandante en la solicitud de Conciliación no habiéndose realizado ésta por haberse constatado en el acto de invitación efectuado por el Centro de Conciliación que el invitado no domiciliaba en ese lugar.

Artículo 13°.- A la solicitud de Conciliación se deberá acompañar:

1. Copia simple del documento de identidad del solicitante o solicitantes y, en su caso, del representante.
2. El documento que acredita la representación.
3. Copias simples del documento o documentos relacionados con el conflicto.
4. Tantas copias simples de la solicitud, y sus anexos, como invitadas a conciliar.

Tratándose de régimen de visitas y violencia familiar y de aquellos asuntos cuya cuantía no exceda de 10 URP, los Centros de Conciliación y los Jueces de Paz Letrados darán fe de la autenticidad de los documentos originales, sin necesidad de dejar copia. Este servicio es gratuito.

Artículo 14°.- Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación deberá designar en el día al conciliador y éste, invitará a las partes, para la audiencia, dentro de los cinco días útiles siguientes.

Artículo 15°.- Las invitaciones deberán redactarse en forma clara, sin emplear abreviaturas, y contendrán:

1. El nombre, denominación o razón social de la persona o personas a invitar y el domicilio.
2. La denominación o razón social y dirección del Centro de Conciliación o del Juzgado de Paz Letrado.
3. El nombre, denominación o razón social del solicitante de la Conciliación.
4. El asunto sobre el cual se pretende conciliar.
5. Copia simple de la solicitud de conciliación.
6. Información relacionada con la Conciliación en general y sus ventajas en particular.

7. Día y hora para la Audiencia de Conciliación.
8. Fecha de la invitación.
9. Firma del conciliador.

Artículo 16º.- La invitación podrá efectuarla el Juzgado de Paz Letrado, un empleado del Centro de Conciliación o una empresa especializada contratada por éste, y deberá entregarse en el domicilio señalado por el solicitante. El responsable de cursar la invitación dejará constancia escrita del nombre, firma e identificación del receptor. En caso de negativa a recibir la invitación por no domiciliar o no laborar el destinatario en el lugar, el responsable dejará constancia escrita de este hecho.

Artículo 17º.- Para la realización de la Audiencia de Conciliación deberán observarse las siguientes reglas:

1. Las partes pueden estar asesoradas por personas de su confianza, sean letrados o no. El conciliador no permitirá su presencia en el ambiente donde se lleve a cabo la Conciliación cuando, a su juicio, perturben o impidan el desarrollo de la misma, o cuando su presencia sea objetada por la otra parte sin necesidad de expresión de causa. Los asesores, cuando su presencia se admita, podrán ser consultados por las partes, pero no tendrán derecho a voz ni podrán interferir en las decisiones que se tomen.
2. Si la Audiencia se lleva a cabo en más de una sesión, deberá dejarse expresa constancia de la interrupción en el Acta respectiva, señalándose en ese momento el día y hora en que continuará la Audiencia. La sola firma de las partes en el Acta significa que han sido debidamente invitadas para la siguiente sesión.
3. Si ninguna de las partes acude a la primera sesión, no debe convocarse a más sesiones, dándose por concluido el procedimiento de conciliación.
4. Cuando las partes asisten a la primera sesión, el conciliador debe promover el diálogo y eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias. Si al final de dicha sesión, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la Audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos.
5. Cuando sólo una de las partes acude a la primera sesión, deberá convocarse a una segunda. Si la situación persiste en la segunda sesión, deberá darse por concluida la Audiencia y el procedimiento de conciliación.

6. Cuando cualquiera de las partes deja de asistir a dos sesiones alternadas o consecutivas, el conciliador debe dar por concluida la Audiencia y el procedimiento de conciliación.
   Concluido el procedimiento de conciliación, el Centro queda obligado a otorgar inmediatamente, a cada una de las partes, copia del Acta.

Artículo 18°.- Tratándose de la Conciliación ante un Centro, para todos los efectos, debe entenderse que Lima y Callao son un solo distrito conciliatorio. En el resto del país se considerará a cada provincia como un distrito conciliatorio.

Las demás disposiciones sobre competencia territorial, contenidas en el Código Procesal Civil, se aplican supletoriamente para la Conciliación ante el Juez de Paz Letrado y ante los Centros de Conciliación, en lo que fueran pertinentes.

Ninguna de las reglas anteriores rige cuando la presentación de la solicitud es conjunta. En este caso, las partes pueden elegir, con libertad, el Centro de Conciliación ante el cual plantearán su solicitud.

Artículo 19°.- El acto conciliatorio es eminentemente personal. Excepcionalmente, y en aplicación del Artículo 14° de la ley, se admite la representación para los casos allí señalados.

La representación en el procedimiento de conciliación supone la declaración de voluntad del representante que interviene a nombre, por cuenta y en interés del representado, surtiendo su declaración efectos directos respecto del representado.

Cuando se requiera, el poder deberá estar debidamente traducido, no siendo necesaria, su aceptación.

Artículo 20°.- Las personas domiciliadas en el extranjero pueden facultar a un representante para conciliar, de acuerdo con el segundo párrafo del Artículo 14° de la ley.

Artículo 21°.- Tanto para las personas naturales, como para las jurídicas, debe entenderse que los poderes en los que se hubiera otorgado facultades especiales de representación procesal para conciliar, llevan implícita la facultad de conciliar extrajudicialmente, salvo que se exprese lo contrario. Lo mismo se aplica a los contratos de mandato con representación.

Artículo 22°.- El gerente general o los administradores de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades; así como el administrador, representante legal o presidente del Consejo Directivo de las

personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, tienen, por el sólo mérito de su nombramiento, la facultad de conciliar extrajudicialmente. La representación se acredita con la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento, debidamente inscrito.

Artículo 23º.- En la conciliación sobre asuntos de violencia familiar, el conciliador debe observar las siguientes pautas:

1. Entrevistarse antes de la Audiencia de Conciliación con la víctima y el agresor, por separado, para evaluar la situación de ambos y determinar así la conveniencia de la realización o no de la Audiencia.
2. Informar a la víctima sobre sus derechos, los fines y alcances de la Conciliación, así como otras alternativas de solución al conflicto.
3. Velar antes, durante y finalizada la Audiencia, por la seguridad de la víctima, minimizado los riesgos que pudieran producirse a raíz de su intervención.
4. Promover, cuando sea necesario, que se dicten las medidas de protección o cautelares que salvaguarden la seguridad de la víctima.
5. Cuidar que la víctima participe libremente en la Audiencia de Conciliación, sin coacción de ninguna clase. En caso contrario, el conciliador deberá suspender el procedimiento hasta que existan las condiciones que garanticen la libre decisión de la víctima.

Artículo 24º.- De conformidad con el Artículo 16º de la ley, el Acta de Conciliación es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes de la Conciliación. Puede contener el acuerdo conciliatorio, sea éste total o parcial.

Si el acuerdo conciliatorio es parcial, deberán quedar claramente delimitados y descritos, en el Acta, los puntos respecto de los cuales no se hubiera llegado a solución alguna.

La verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio deberá efectuarla el abogado del Centro de Conciliación.

Si la Conciliación no se ha realizado, sólo deberá dejarse constancia en el Acta del hecho que lo motivó, cuando se deba a inasistencias de ambas partes a una sesión, a inasistencia de una de las partes a dos sesiones, por desconocimiento de la dirección domiciliaria de la parte con la que se quiere conciliar o por no haber sido ubicada en el domicilio señalado en la solicitud la persona con la que se pretende conciliar. De ninguna manera se dejará constancia de las propuestas o la posición de las partes.

Artículo 25°.- Si el acta es nula por falta de cumplimiento de los requisitos señalados, el Centro de Conciliación de oficio o a pedido de parte, invitará a una nueva Audiencia, en la que se expedirá otra Acta que cumpla con todas las formalidades.

Artículo 26°.- Para los efectos de lo señalado en el numeral 5 del Artículo 16° de la ley, debe entenderse que los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles son:

1. Ciertas, cuando están perfectamente descritas en el Acta de Conciliación. No existe inconveniente alguno para que las prestaciones convenidas sean genéricas.
2. Expresas, cuando constan por escrito en dicha Acta.
3. Exigibles, cuando las partes señalan el momento a partir del cual cada una de ellas puede solicitarle a la otra el cumplimiento de lo acordado. Deberá señalarse también, con claridad, el lugar y modo que se cumplirá lo acordado.

Artículo 27°.- De conformidad con el Artículo 18° de la ley, el Acta que contenga el acuerdo conciliatorio constituye "Título de Ejecución". En tal virtud, cualquiera de las partes o de los sujetos que la integran puede exigir, ante el órgano jurisdiccional correspondiente, el cumplimiento de lo convenido, siguiendo el proceso previsto en el Artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil.

A la demanda debe acompañarse copia del Acta de Conciliación y el documento al que se refiere el numeral 1 del Artículo 425° del Código Procesal Civil; y cuando corresponda, el documento y la prueba señalados en los numerales 2 y 3 del citado artículo.

Interpuesta la demanda ante el Juez competente, éste deberá expedir el mandato de ejecución. Se declarará inadmisible la demanda si el Acta adolece de alguna de las formalidades solemnes señaladas en la ley.

Artículo 28°.- De acuerdo con lo señalado en el Artículo 19° de la ley, los plazos de prescripción y de caducidad establecidos en el Código Civil se reinician en la fecha de conclusión de la Audiencia de Conciliación señalada en el Acta para los casos en que la conciliación fuese parcial o no se hubiera realizado.

Entiéndase extendido lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley, para las normas específicas sobre prescripción y caducidad en materia laboral; así como para el plazo establecido para impugnar una resolución administrativa en el inciso 3) del Artículo 541° del Código Procesal Civil.

Artículo 29º.- Las conciliaciones efectuadas por las partes, en asuntos relacionados con el derecho de familia, deberán ser integradas a la propuesta de convenio de separación convencional que las partes puedan presentar con posterioridad al juez, de acuerdo con el Artículo 575º del Código Procesal Civil. Tratándose de una pretensión de divorcio la copia certificada del Acta de Conciliación deberá anexarse a la demanda.

Título III.- Del Conciliador y su capacitación

Artículo 30º.- Es conciliador la persona que ejerce dicha función en los Centros correspondientes. Para ejercerla debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley y el reglamento y haber sido acreditado como conciliador por el Ministerio de Justicia.

Artículo 31º.- Para el cumplimiento de sus funciones, el conciliador deberá:

1. Analizar la solicitud de conciliación con la debida anticipación.
2. Cumplir con los plazos establecidos en el Artículo 12º de la ley en el Artículo 14º del reglamento.
3. Informar a las partes sobre el procedimiento de conciliación, su naturaleza, características, fines y ventajas. Asimismo, deberá señalar a las partes las normas de conducta que deben observar.
4. Facilitar el diálogo entre las partes, permitiendo que se expresen con libertad y se escuchen con respeto.
5. Preguntar a las partes en relación con lo que estuvieran manifestando, con la finalidad de aclarar el sentido de alguna afirmación o para obtener mayor información que beneficie al procedimiento de conciliación.
6. Identificar el o los problemas centrales y concretos sobre los que versará la Conciliación.
7. Tratar de ubicar el interés de cada una de las partes.
8. Enfatizar los intereses comunes de las partes.
9. Incentivar a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas. Eventualmente, si así lo estima conveniente, les propondrá fórmulas conciliatorias no obligatorias.
10. Reunirse con cualquiera de las partes por separado cuando las circunstancias puedan afectar la libre expresión de las ideas de alguna de ellas.
11. Informar a las partes sobre el alcance y efectos del acuerdo conciliatorio antes de su redacción final.

12. Consultar con el abogado designado la legalidad del acuerdo conciliatorio.
13. Redactar el Acta de Conciliación, cuidando que el acuerdo conciliatorio conste en forma clara y precisa.

Artículo 32°.- La libertad de acción a que hace referencia el Artículo 21° de la ley tiene como límites naturales el orden público, las buenas costumbres y la ética en el ejercicio de la profesión del conciliador.

La ética del conciliador transita por:

1. El respeto a la solución del conflicto al que deben arribar voluntaria y libremente las partes.
2. El desarrollo de un procedimiento de conciliación libre de presiones, con participación de las partes, y el comportamiento objetivo e íntegro del conciliador, dirigido a la obtención de un acuerdo satisfactorio para ambas.
3. El respeto al Centro de Conciliación en el que presta sus servicios, absteniéndose de usar su posición para obtener ventajas adicionales a la de su remuneración.

Artículo 33°.- Adicionalmente a los requisitos generales que señala la ley, el conciliador deberá cumplir las siguientes condiciones:

1. Trayectoria ética y moral.
2. Acreditar capacitación y entrenamiento en técnicas de conciliación, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 34°.- Para efectos de lo dispuesto en el Artículo 22° de la ley, se entenderá que el conciliador se encuentra capacitado para conciliar, si aprueba los cursos que impartirá para tal efecto el Ministerio de Justicia, o acredita capacitación y experiencia en técnicas de conciliación, adquiridas en entidades reconocidas en la materia.

El Ministerio de Justicia podrá autorizar mediante Resolución Ministerial a entidades de derecho privado o público, entre ellas, Universidades, Colegios Profesionales en general, Instituciones especializadas y Centros de Conciliación con el objeto que capaciten conciliadores.

Los Centros de Conciliación reconocidos por el Ministerio de Justicia para capacitar conciliadores, deberán ser previamente autorizados por el Ministerio de Educación como Centros de Capacitación.

Artículo 35°.- Los cursos de capacitación para conciliadores dictados por el Ministerio de Justicia, o por las entidades autorizadas para capacitar, deberán tener un mínimo de 40 horas lectivas debiendo comprender, entre otros, los siguientes temas:

1. Teoría de los conflictos.
2. Medios alternativos de resolución de conflictos.
3. Cuestiones jurídicas relacionadas con la conciliación.
4. Negociación.
5. Técnicas de conciliación.
6. Ética y conciliación.
7. Visión general sobre conciliación especializada.

La capacitación adquirida con anterioridad a la ley, en entidades nacionales especializadas en la materia, o en el extranjero, será evaluada por el Ministerio de Justicia con el objeto de otorgar la acreditación correspondiente al conciliador.

Artículo 36º.- Los conciliadores designados por un Centro de Conciliación para conducir Audiencias de Conciliación, en asuntos relacionados con el derecho de familia, deberán tener una capacitación adicional de 8 horas lectivas como mínimo, en temas relacionados con la problemática de la familia y la violencia familiar.

Artículo 37º.- Para ser acreditados como conciliadores, los candidatos que no tengan experiencia previa, deberán aprobar ante el Ministerio de Justicia, o las entidades autorizadas para capacitar, además de los cursos mencionados en el Artículo 35º del Reglamento, una evaluación práctica que permita calificar sus habilidades conciliatorias en Audiencias de Conciliación simuladas.

Artículo 38º.- Constituyen impedimento, recusación y abstención para el conciliador las causales establecidas en el Código Procesal Civil.

La solicitud de recusación al conciliador, deberá ser presentada ante el Centro de Conciliación hasta 24 horas antes de la fecha de la Audiencia. En este caso, el Centro de Conciliación asignará inmediatamente otro conciliador, manteniéndose el mismo día y hora fijado para la Audiencia.

El conciliador que tenga algún impedimento deberá abstenerse de actuar en la conciliación.

Artículo 39º.- Si el conciliador es abogado colegiado, ejercerá doble función en la conciliación, la de conciliador y la de supervisor de la legalidad de los acuerdos.

Artículo 40º.- Con posterioridad al procedimiento de conciliación, quien actuó como conciliador queda impedido de ser juez, árbitro, testigo, abogado o asesor en el proceso que se promueva a consecuencia de la falta de acuerdo conciliatorio o del acuerdo parcial.

Artículo 41°.- El conciliador que incumpla con las obligaciones que le asigna la ley y el reglamento será sancionado, según la gravedad de su falta y sus antecedentes, con amonestación escrita, multa, suspensión de uno a seis meses o inhabilitación permanente para desempeñarse como conciliador.

El Centro de Conciliación, bajo responsabilidad, tiene la obligación de comunicar inmediatamente la falta del conciliador al Ministerio de Justicia, encargado de imponer la sanción.

Título IV.- De los Centros de Conciliación

Artículo 42°.- Pueden constituirse personas jurídicas sin fines de lucro que tengan por objeto ejercer función conciliadora. Asimismo, pueden crear Centros de Conciliación las personas jurídicas de derecho público o privado, sin fines de lucro.

En ambos casos, para obtener la autorización de funcionamiento, deberán presentar una solicitud dirigida al Ministerio de Justicia, señalando la sede del Centro.

A la solicitud se acompañarán los documentos a que se refieren los dos artículos siguientes, según corresponda.

Artículo 43°.- Si el Centro de Conciliación es una persona jurídica, a la solicitud acompaña:

1. Certificado de inscripción de la persona jurídica en los Registros Públicos.
2. El estatuto en que conste, que tiene entre sus finalidades el ejercicio de la función conciliadora. En el estatuto, deberá estar señalado los objetivos del Centro, sus funciones, la designación de sus directores y demás cargos directivos, así como sus funciones y forma de elección.
3. Los documentos que acrediten la representación de no haber sido otorgada ésta en la misma sesión que se aprobaron los estatutos.
4. El reglamento del Centro de Conciliación.
5. La relación de conciliadores acreditados como tales por el Ministerio de Justicia.

Artículo 44°.- Si el Centro de Conciliación es una entidad distinta a la persona jurídica que lo constituye, a la solicitud se deberá acompañar:

1. Certificado de inscripción en los Registros Públicos de la persona jurídica que ha constituido el Centro.

2. Estatuto de la persona jurídica que ha constituido el Centro en los que conste, que tiene entre sus finalidades el ejercicio de la función conciliadora.
3. El Acta de Constitución del Centro de Conciliación en la que en principio deberán estar señalados sus objetivos, funciones, designación de sus directores y demás cargos directivos, así como sus funciones y forma de elección. Si todo o parte de lo mencionado no constara en esta Acta, deberá acompañarse el o los documentos que contengan dicha información.
4. Los documentos que acrediten la representación, en caso de no haber sido otorgada en la misma sesión en que se aprobó la constitución del Centro.
5. El Reglamento del Centro de Conciliación.
6. La relación de conciliadores acreditados como tales por el Ministerio de Justicia.

Artículo 45º.- En todos los casos se deberá acompañar a la solicitud, adicionalmente:

1. La descripción de la sede del Centro y sus instalaciones e infraestructura básica, la que deberá constar de por lo menos dos ambientes.
2. El nombre del abogado o abogados que supervisarán la legalidad de los acuerdos conciliatorios.

Artículo 46º.- Los Centros de Conciliación que se constituyan en provincias presentarán su solicitud ante la entidad que para tal caso señalará el Ministerio de Justicia por Resolución Ministerial. Dicha entidad será la encargada de aprobar la solicitud, pudiéndose encargar también la supervisión de los Centros de su zona.

Artículo 47º.- Recibida la solicitud, el Ministerio de Justicia verificará en el plazo de siete días útiles, la documentación entregada. Si la documentación no es suficiente, dentro de los tres días útiles siguientes a la verificación. Oficiará al solicitante para que complete la información o presente los documentos que le sean indicados. Si dentro de los diez días útiles, el notificado no completa la documentación, opera automáticamente el abandono de la solicitud presentada.

Si la documentación es suficiente, el Ministerio de Justicia ordenará dentro de los tres días útiles de efectuada la verificación, que se lleve a cabo una inspección en la sede del solicitante, a fin de constatar que las instalaciones sean adecuadas. La inspección deberá realizarse dentro de los siete días útiles, siguientes a la fecha del oficio remitido al solicitan-

te indicando la realización de la inspección. El oficio contendrá el día y hora de dicha verificación.

Efectuada la inspección y constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y el presente reglamento, el Ministerio de Justicia expedirá la resolución concediendo la autorización de funcionamiento, la misma que deberá ser publicada en el Diario Oficial «El Peruano». La resolución deberá expedirse en un plazo no mayor de 20 días calendario contados desde la fecha de la inspección. Transcurrido este plazo sin pronunciamiento del Ministerio de Justicia, se entenderá concedida la autorización.

Artículo 48°.- El Ministerio de Justicia dispondrá la supervisión de los Centros de Conciliación. Para este efecto podrá efectuar inspecciones en el Centro sin previo aviso. Dicha supervisión estará a velar por el cumplimiento de lo dispuesto por la ley y el presente reglamento, y a constatar, principalmente:

1. El desarrollo de los procedimientos de conciliación de acuerdo a la ley y el presente reglamento;
2. La observancia de los plazos señalados por la ley y el presente reglamento;
3. El cumplimiento del deber de capacitación permanente de los conciliadores;
4. La aplicación de los principios señalados en el Artículo 2° de la ley; debiéndose considerar como falta ética la no observancia de estos principios;
5. La revisión del archivo de actas para verificar que esté siendo llevado correctamente.

El Centro de Conciliación deberá brindar todas las facilidades del caso al supervisor, quien podrá estar presente en las Audiencias de Conciliación, cuando las partes lo autoricen expresamente. El supervisor está sujeto a la obligación de confidencialidad y a respetar los principios de la conciliación que correspondan. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a que el Ministerio de Justicia imponga las sanciones civiles y administrativas respectivas.

Artículo 49°.- El Ministerio de Justicia constituirá el Registro Nacional de Centros de Conciliación, en el que se inscribirá de oficio a los Centros una vez expedida la resolución a que alude el Artículo 47° del reglamento, o a solicitud de parte en el caso de haberse producido la aprobación tácita referida en el último párrafo de dicho artículo. En el

Registro se archivarán los documentos sustentatorios de las solicitudes formuladas por los Centros de Conciliación, se anotarán las sanciones impuestas a cada Centro o a sus conciliadores, así como los motivos que la originaron.

Cualquier cambio en relación con la información y documentación contenida en el Registro deberá ser comunicada al Ministerio de Justicia.

Artículo 50º.- El Reglamento del Centro de Conciliación a que hace referencia el numeral 3, del Artículo 27º de la ley, deberá normar además, lo siguiente:

1. Procedimientos para la selección, capacitación permanente y designación de los conciliadores.
2. Procedimiento que deben seguir las personas que deseen utilizar los servicios del Centro de Conciliación, anexando, de ser el caso, las tablas de honorarios del Centro y de sus conciliadores, si los servicios son onerosos, y la de gastos administrativos del Centro.
3. Normas de conducta para los conciliadores, los usuarios y el personal administrativo.
4. Procedimientos para solicitar copias de las Actas de Conciliación.

Artículo 51º.- El Registro de Actas de Conciliación será llevado por el Centro de Conciliación. Se exige como mínimo que sus hojas estén debidamente numeradas y que, de utilizarse archivos computarizados, exista versión impresa del Registro.

Artículo 52º.- Si el Centro de Conciliación presta servicios a título oneroso, deberá elaborar una tabla de honorarios señalando los montos a pagarse por los servicios de conciliación, según la cuantía y tipo de conflicto. Tratándose de asuntos de familia, las tarifas no pueden exceder, en ningún caso, de 1 URP.

Será sancionado el Centro de Conciliación que discrimine la atención de asuntos de poca cuantía o de familia.

Artículo 53º.- El Centro de Conciliación que incumpla con las obligaciones que le asigna la ley y el reglamento será sancionado, según la gravedad de su falta, con multa, suspensión de un mes a un año o desautorización de funcionamiento. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Justicia, con arreglo al Reglamento de Sanciones a Conciliadores y Centros de Conciliación, que deberá aprobarse por Resolución Ministerial.

Artículo 54º.- Constituye falta al principio de veracidad, el no remitir oportunamente al Ministerio de Justicia los resultados estadísticos a

los que hace referencia el Artículo 30° de la ley, así como la tergiversación o el ocultamiento de la información cuantitativa obtenida por el Centro de Conciliación.

Artículo 55°.- Ningún Centro de Conciliación puede cerrar sin autorización previa del Ministerio de Justicia. Autorizado el cierre, el Centro está obligado a remitir al Ministerio el Registro de Actas de Conciliación.

Título V.- De la Junta Nacional de Centros de Conciliación

Artículo 56°.- La Junta Nacional de Centros de Conciliación podrá constituirse cuando existan un mínimo de diez Centros de Conciliación debidamente inscritos en el Registro Nacional de Centros de Conciliación. La Junta se constituirá como una asociación civil sin fines de lucro. Su estatuto será aprobado por los asociados fundadores, quienes serán las personas jurídicas establecidas en el Artículo 42° del reglamento. En su estatuto se deberá establecer que cada Centro tiene derecho a un voto.

Constituída la Junta, sus directivos quedan obligados a poner este hecho en conocimiento del Ministerio de Justicia.

Artículo 57°.- Autorizado el funcionamiento de un nuevo Centro de Conciliación por el Ministerio de Justicia, éste pondrá en conocimiento de la Junta la autorización concedida. Con la sola notificación se entiende que el Centro o la persona jurídica que lo constituye queda automáticamente incorporado a la Junta Nacional de Centros de Conciliación, debiendo registrarse la incorporación en el registro de asociados.

Autorizado u ordenado el cierre de un Centro de Conciliación, el mismo dejará de pertenecer a la Junta Nacional de Centros de Conciliación, a partir de la fecha de publicación, en el Diario Oficial «El Peruano», de la resolución que autoriza u ordena el cierre.

La Junta no podrá quitarle por ninguna razón su calidad de miembro de ella a ningún Centro de Conciliación mientras esté vigente su autorización de funcionamiento otorgada por el Ministerio de Justicia. Detectada alguna irregularidad, deberá ponerla en conocimiento del Ministerio de Justicia, quien tomará las medidas correspondientes, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 26° de la ley y el Artículo 53° del reglamento.

Título VI.- De la Conciliación ante los Jueces de Paz Letrado

Artículo 58º.- La Conciliación puede realizarse, a voluntad de parte interesada, ante el Juez de Paz Letrado.

El procedimiento de conciliación ante los Juzgados de Paz Letrado se regulará por lo dispuesto en la ley y el presente reglamento.

Artículo 59º.- El Acta de Conciliación deberá contener los requisitos establecidos en el Artículo 16º de la ley, con excepción del numeral 7, tomando en consideración lo señalado en el Artículo 25º del reglamento.

El Registro de Actas de Conciliación se llevará de acuerdo a lo establecido en el Artículo 51º del reglamento.

Artículo 60º.- Los jueces en general deberán recibir cursos de capacitación para actuar como conciliadores fuera de proceso.

Los cursos de capacitación comprendidos en el Artículo 35º del reglamento, serán desarrollados por la Academia Nacional de la Magistratura o el Ministerio de Justicia.

Título VII.- De la Conciliación en Equidad

Artículo 61º.- La Conciliación en Equidad se basa en el aprovechamiento de las personas notables de un grupo o de una comunidad, que por el propio conocimiento que tienen de su entorno pueden asistir con propiedad a la solución de los conflictos existentes en su grupo o comunidad.

Artículo 62º.- Puede ser designado como Conciliador en Equidad cualquier persona natural que acredite solvencia moral e idoneidad para dirigir el procedimiento conciliatorio, y que sea postulada para el cargo por una Comunidad Campesina o Nativa, Asentamiento Humano, Urbanización Popular, Comunidad Religiosa u organización cívica, gremial o sindical.

Artículo 63º.- La designación de los Conciliadores en Equidad se realizará mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia. La sola designación del Conciliador en Equidad da lugar a que se entienda constituído el Centro de Conciliación de la comunidad u organización a la cual pertenece.

Artículo 64º.- La selección del Conciliador en Equidad debe realizarse sobre la base del pedido o de la terna presentada por las organizaciones señaladas en el Artículo 62º del reglamento.

Artículo 65º.- Los Conciliadores en Equidad pueden ejercer su función en todas las materias señaladas en el Artículo 9º de la ley. Si la

pretensión es apreciable en dinero, sólo podrán ejercer su función cuando la cuantía no exceda de 10 URP.

Estos conciliadores sólo podrán actuar como tales en los conflictos existentes entre los miembros de su comunidad u organización. Sin embargo, podrán hacerlo en la solución de los conflictos entre un miembro de su comunidad u organización con el de otra similar, si la otra parte conviene en ello.

Artículo 66°.- El Ministerio de Justicia queda encargado de promover, a nivel nacional; la postulación de Conciliadores en Equidad, y de capacitarlos adecuadamente.

Artículo 67°.- El procedimiento de conciliación ante los Conciliadores en Equidad se regula por lo establecido en la ley y el reglamento, siempre que no se contraponga con lo establecido en este Título.

Artículo 68°.- La solicitud de conciliación podrá realizarse verbalmente, debiendo el Conciliador en Equidad dejar constancia en el Acta respectiva de los requisitos mencionados en el Artículo 12° del reglamento.

Artículo 69°.- El Conciliador en Equidad dará fe de la autenticidad de los documentos originales sin necesidad que se deje copia. Este servicio es gratuito.

Artículo 70°.- El servicio prestado por los Conciliadores en Equidad puede ser gratuito o a título oneroso. En este último caso, la tabla de honorarios será aprobada por el Ministerio de Justicia, tomando en cuenta la materia y la cuantía.

Artículo 71°.- La invitación podrá realizarse con el apoyo de la Policía Nacional, de existir una delegación en la zona. En caso contrario, la podrá realizar el conciliador, o el propio interesado, cuando el caso lo amerite.

Artículo 72°.- El Registro Nacional de Centros de Conciliación es el encargado de inscribir a los Conciliadores en Equidad, debiéndose archivar en el Registro los documentos sustentatorios de la designación, las sanciones y los motivos que las originaron.

Artículo 73°.- El Registro de Actas de Conciliación debe llevarse necesariamente por escrito, y sus hojas deben estar numeradas.

Artículo 74°.- Los Conciliadores en Equidad que incumplan con las obligaciones que le asigna la ley y le presente reglamento serán sancionados según la gravedad de su falta y sus antecedentes con amonestación, multa, suspensión de 1 a 6 meses, o inhabilitación permanente para desempeñarse como conciliador.

Artículo 75°.- Los Centros de Conciliación en Equidad no integran la Junta Nacional de Conciliación.

Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales

Primera.- El Ministerio de Justicia queda encargado de difundir de manera adecuada el inicio de la obligatoriedad de la Conciliación y las ventajas de la misma.

Segunda.- De acuerdo con la Cuarta de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales de la ley, y en el plazo de doce meses señalado en la misma, las entidades de reconocido prestigio que han venido realizando conciliaciones sólo tendrán que prestar una solicitud expresando su intención de adecuarse a la nueva reglamentación, señalando el lugar donde la entidad funciona, y el volumen de acuerdos logrados, mediante una Declaración Jurada de su representante legal.

La Resolución Ministerial que autoriza el funcionamiento se expedirá en un plazo de veinte días útiles. Transcurrido dicho plazo sin haberse denegado la solicitud se entenderá autorizado el funcionamiento quedando el Ministerio automáticamente obligado a inscribir al solicitante en el Registro Nacional de Centros de Conciliación.

Tercera.- Los servicios de Defensoría del Niño y el Adolescente que deseen convertirse en Centros de Conciliación, deberán optar entre ser Centro de Conciliación o Servicio de Defensoría del Niño y el Adolescente, no pudiendo asumir ambas funciones a la vez. La renuncia a seguir actuando como servicio de Defensoría del Niño y el Adolescente deberá ser presentada ante la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH, que deberá dar su aprobación; comunicándolo de inmediato al Ministerio de Justicia.

Cuarta.- El Ministerio de Justicia aprobará mediante Resolución Ministerial los modelos de Reglamento Tipo de los Centros de Conciliación, Formato Tipo de la invitación y Formato Tipo del Acta de Conciliación.

Mediante Resolución Ministerial, el Ministerio de Justicia podrá, además, dictar las medidas complementarias y las directivas necesarias para facilitar la aplicación de la ley y el reglamento, así como la adecuada implementación de la Conciliación como mecanismo extrajudicial o alternativo de solución de conflictos.

Quinta.- El Ministerio de Justicia, mediante Resolución Ministerial, aprobará el Reglamento de los Centros de Conciliación en Equi-

dad, y dictará las medidas necesarias para la implementación y regulación de la Conciliación en Equidad.

Sexta.- El Ministerio de Justicia, podrá, mediante Resolución Ministerial, delegar en las entidades públicas o privadas que estime convenientes las facultades que le otorga la ley y el presente reglamento.*

* * *

Reglamento de Conciliación del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Aplicación del reglamento

Artículo 1º

1. Este Reglamento se aplicará a la conciliación de controversias que deriven de una relación contractual y otro tipo de relación jurídica, o se vinculen con ella, cuando las partes que procuren llegar a una solución amistosa de su controversia hayan acordado aplicar el Reglamento de Conciliación del Centro de Arbitraje de la CCL.
2. Las partes podrán acordar, en cualquier momento, la exclusión o modificación de cualquiera de estas reglas.
3. Cuando alguna de estas reglas esté en conflicto con una disposición del derecho que las partes no puedan derogar, prevalecerá esa disposición.

Inicio del procedimiento de Conciliación

Artículo 2º

1. La parte que tome la iniciativa de la conciliación enviará, por escrito, a la otra parte una invitación a la conciliación de conformidad con el presente Reglamento, mencionando brevemente el asunto objeto de controversia.
2. El procedimiento conciliatorio se iniciará cuando la otra parte acepte la invitación a la conciliación. Si la aceptación se hiciese oralmente, es aconsejable que se confirme por escrito.
3. Si la otra parte rechaza la conciliación, no habrá procedimiento conciliatorio.

* Tomado de **Normas Legales**, Tomo 260, Enero 1998, pp. 155-163.

4. La parte que inicie la conciliación si no recibe respuesta dentro de los 30 días siguientes al envío de la invitación, o dentro de otro período de tiempo especificado en ella, tendrá la opción de considerar esa circunstancia como rechazo de la invitación a la conciliación. Si decide considerarla como tal, deberá comunicarlo a la otra parte.

Número de conciliadores
Artículo 3º

Habrá un conciliador, a menos que las partes acuerden que sean dos o tres los conciliadores. Cuando haya más de un conciliador deberán, por regla general, actuar de común acuerdo.

Designación de los conciliadores
Artículo 4º

1. a)En el procedimiento conciliatorio con un conciliador, las partes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del conciliador único; b)En el procedimiento conciliatorio con tres conciliadores, cada una de las partes nombrará uno. Las partes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del tercer conciliador.
2. Las partes podrán recurrir a la asistencia de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL en relación con el nombramiento de conciliadores. En particular,
   a) Una parte podrá solicitar a la Corte que recomiende los nombres de personas idóneas que podrían actuar como conciliadores; o
   b) Las partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por la Corte de Arbitraje.

Al formular recomendaciones o efectuar nombramiento de personas para el cargo de conciliador, la Corte de Arbitraje tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, con respecto a un conciliador único o un tercer conciliador, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes, si fuera el caso.

Presentación de documentos al conciliador
Artículo 5º

1. El conciliador (se aplica ya sea un conciliador único o a dos o tres

conciliadores, según sea el caso), después de su designación, solicitará de cada una de las partes que le presente una sucinta exposición por escrito describiendo la naturaleza general de la controversia y los puntos en litigio. Cada parte enviará a la otra un ejemplar de esta exposición.
2. El conciliador podrá solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, por escrito, sobre su respectiva exposición y sobre los hechos y motivos en que ésta se funda, acompañada de los documentos y otros medios de prueba que cada parte estime adecuados.
3. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, solicitar de una de las partes la presentación de otros documentos que estimase adecuados.

Representación y asesoramiento
Artículo 6º

Las partes podrán hacerse representar o asesorar por personas de su elección. Los nombres y las direcciones de esas personas deberán comunicarse por escrito a la otra parte y al conciliador; esa comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento.

Función del conciliador
Artículo 7º

1. El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.
2. El conciliador se atendrá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre los factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.
3. El conciliador podrá conducir el procedimiento conciliatorio en la forma que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes, incluida la solicitud de cualquiera de ellas de que el conciliador oiga declaraciones orales, y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
4. El conciliador podrá, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controver-

sia. No es preciso que esas propuestas sean formuladas por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas.

Asistencia administrativa
Artículo 8º

Con el fin de facilitar el desarrollo del procedimiento conciliatorio, las partes, o el conciliador con la conformidad de éstas, podrán disponer la prestación de asistencia administrativa por la Secretaría General del Centro de Arbitraje de la CCL.

Comunicación entre el conciliador y las partes
Artículo 9º

1. El conciliador podrá invitar a las partes a reunirse con él o comunicarse con ellas oralmente o por escrito. Podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.
2. A falta de acuerdo entre las partes respecto del lugar en que hayan de reunirse con el conciliador, éste será la sede del Centro de Arbitraje de la CCL.

Revelación de información
Artículo 10º

Si el conciliador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que ésta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si una parte proporciona información al conciliador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el conciliador no revelará esa información.

Colaboración de las partes con el conciliador
Artículo 11º

Las partes colaborarán de buena fe con el conciliador y, en particular, se esforzarán en cumplir las solicitudes de éste de presentar documentos escritos, aportar pruebas y asistir a las reuniones.

Sugerencias de las partes para la transacción de la controversia
Artículo 12º

Cada una de las partes, a iniciativa propia o a invitación del conci-

liador, podrá presentar a éste sugerencias para la transacción de la controversia.

Acuerdo de transacción
Artículo 13°

1. Cuando el conciliador estime que existen elementos para una transacción aceptable por las partes, formulará los términos de un proyecto de transacción y los presentará a las partes para que éstas expresen sus obligaciones. A la vista de estas observaciones, el conciliador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción.
2. Si las partes llegan a un acuerdo sobre la transacción de la controversia, redactarán y firmarán un acuerdo escrito de transacción. Si las partes así lo solicitan, el conciliador redactará el acuerdo de transacción o ayudará a las partes a redactarlo. (Las partes podrán considerar que en el acuerdo de transacción se incluya una cláusula por la cual todos los litigios derivados del acuerdo de transacción o relativos a éste, deban someterse a arbitraje).
3. Las partes, al firmar el acuerdo de transacción, ponen fin a la controversia y quedan obligadas al cumplimiento de tal acuerdo.

Confidencialidad
Artículo 14°

El conciliador y las partes mantendrán el carácter confidencial de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio. La confidencialidad se hará también extensiva a los acuerdos de transacción, salvo en los casos en que su revelación sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento.

Conclusión del procedimiento conciliatorio
Artículo 15°

El procedimiento conciliatorio concluirá:

a) Por la firma de un acuerdo de transacción de las partes, en la fecha del acuerdo; o
b) Por una declaración escrita del conciliador hecha después de efectuar consultas con las partes en el sentido de que ya no se justifican ulteriores esfuerzos de conciliación; o
c) Por una declaración escrita dirigida al conciliador por las partes en

el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido, en la fecha de la declaración; o

d) Por una notificación escrita dirigida por una de las partes a la otra parte y al conciliador, si éste ha sido designado, en el sentido de que el procedimiento conciliatorio queda concluido.

Si el procedimiento conciliatorio no concluyera por un acuerdo de transacción, la controversia será sometida en forma automática a un arbitraje que se desarrollará conforme al Reglamento de Arbitraje Nacional o Internacional de la CCL, según corresponda, y administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Artículo 16º

Las partes se comprometen a no iniciar, durante el procedimiento conciliatorio, ningún procedimiento arbitral o judicial respecto de una controversia que sea objeto del procedimiento conciliatorio, con la salvedad de que una parte podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial cuando ésta estime que tal procedimiento es necesario para conservar sus derechos.

Costas

Artículo 17º

1. Al terminar el procedimiento conciliatorio, el conciliador liquidará las costas de la conciliación y las notificará por escrito a las partes. El término "costas" comprende exclusivamente:
   a) Los honorarios del conciliador, de acuerdo con la Tabla de Aranceles del Centro de Arbitraje de la CCL.
   b) Los gastos de viaje y demás expensas del conciliador;
   c) Los gastos de viaje y demás expensas de cualesquiera testigos que hubiera llamado el conciliador con el consentimiento de las partes;
   d) El costo de todo asesoramiento pericial solicitado por el conciliador con el consentimiento de las partes;
2. Las costas señaladas en el párrafo precedente se dividirán por igual entre las partes, salvo que el acuerdo de transacción disponga una distribución distinta. Todos los otros gastos en que incurra una parte serán de cuenta de ella.

Anticipos

Artículo 18°

1. El conciliador, una vez designado, podrá requerir de cada una de las partes que consigne una suma igual en concepto de anticipo de las costas que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, éste calcule que podrán causarse.
2. En el curso del procedimiento conciliatorio, el conciliador podrá solicitar anticipos adicionales de igual valor a cada una de las partes.
3. Si las sumas cuya consignación es requerida de conformidad con los párrafos 1 y 2 de este artículo no hubieran sido abonadas en su totalidad por ambas partes dentro del plazo de 30 días, el conciliador podrá suspender el procedimiento o presentar a las partes una declaración escrita de conclusión, que entrará en vigor en la fecha en que se haya formulado.
4. Una vez concluidos los procedimientos de conciliación, el conciliador rendirá cuenta a las partes de los anticipos recibidos y les devolverá cualquier saldo que resulte a favor de éstas.

Función de conciliador en otros procedimientos

Artículo 19°

Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.

Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Artículo 20°

Las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen éstos o no con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio.

a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución a la controversia;
b) Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;
c) Propuestas formuladas por el conciliador;

d)El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.

* * *

Código de ética para los árbitros y conciliadores

Artículo 1º.- Principio fundamental.-

1.1 Los árbitros y conciliadores actuarán con diligencia y eficacia para proporcionar a las partes un entendimiento o decisión justa y eficaz de la controversia o litigio, debiendo ser y mantenerse imparciales.

Artículo 2º.- Aceptación del nombramiento.-

2.1 El futuro conciliador o árbitro sólo aceptará su nombramiento si está plenamente convencido que podrá cumplir su tareas con imparcialidad.

2.2 El futuro conciliador o árbitro sóloaceptará su nombramiento si está plenamente convencido que podrá resolver las cuestiones controvertidas o litigiosas y que posee un conocimiento adecuado del idioma del arbitraje correspondiente.

2.3 El futuro conciliador o árbitro sólo aceptará su nombramiento si es capaz de dedicar a la conciliación o al arbitraje el tiempo y la atención que las partes tienen derecho a exigir dentro de lo razonable.

2.4 No es correcto ponerse en contacto con las partes para solicitar un nombramiento como conciliador o árbitro.

Artículo 3º.- Elementos determinantes de la independencia e imparcialidad del conciliador o árbitro.-

3.1 Los criterios para evaluar las cuestiones relativas a la falta de proclividad de un conciliador o árbitro son la imparcialidad y la independencia. Se produce parcialidad cuando un conciliador o árbitro favorece a una de las partes, o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia o litigio. La dependencia surge de la relación entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.

3.2 Los hechos que conducirían a una persona razonable que desconozca el verdadero estado de ánimo del conciliador o árbitro a considerar que este último no es independiente respecto de una

de las partes, generan una duda sobre su imparcialidad. Lo mismo ocurre si un conciliador o árbitro tiene interés material en el resultado de la controversia o del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobrela imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el artículo 4º del presente código.

3.3 Cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el conciliador o árbitro y una de las aprtes, o entre aquel y una persona que reconocidamente pueda resultar testigo sustancial para el caso, generará normalmente dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del conciliador o árbitro propuesto. Este se abstendrá de aceptar un nombramiento en tales circunstancias a menos que las partes acepten por escrito que puede intervenir. Se entiende por relaciones indirectas aquellas en que un miembro de la familia del futuro conciliador o árbitro, de su empresa o un socio comercial del mismo, mantienen relaciones de negocios con una de las partes.

3.4 Las relaciones de negocios habidas con anterioridad, no constiuirán obstáculo definitivo para la aceptación del nombramiento a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro.

3.5 Las relaciones sociales y profesionales de carácter sustancial que se produzcan de un modo continuado entre un conciliador o árbitro y una parte o una persona cuyo testimonio pueda resultar claramente relevante para la conciliación o arbitraje, generarán dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de aquel.

Artículo 4º.- Deber de declaración.-

4.1 El futuro conciliador o árbitro deberá revelar todos los hecho so circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. El no hacerlo dará apariencia de parcialidad, lo cual puede ya servir de base para descalificación del mismo, incluso aunque los hechos o circunstancias no revelados, no justifiquen dicha descalificación.

4.2 El eventual conciliador o árbitro deberá revelar:

a) Cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, según lo indicado en el artículo 3.3, incluso su designación previa como conciliador o árbitro, con cualquiera de las partes o con cualquier persona que pueda ser considerada como posible

testigo sustancial del a conciliación oa arbitraje. En cuanto a las relaciones actuales, el deber de declaración existe cualquier que sea su importancia; en cuanto as las relaciones habidas con anterioridad, el deber sólo existe respecto de aquellas qu eno tengan carácter insignificante dados los asuntos profesionales o comerciales del conciliador o árbitro. El hecho que un futuro conciliador o árbitro no revele una de tales relacione sindierectas por resultarle desconocida no constituye causa de inhabilitación, a menos que hubiera podido ser descubierta mediante averiguaciones razonables.

b) Las características y duración de cualquier relación social sustancial mantenida con una de las partes o con una persona que puede ser considerada posible testigo sustancial en la conciliaci[ón o arbitraje.
c) Las características de cualquier relación anterior mantenida con otros conciliadores o árbitros (inclyendo los casos de previo desempeño conjunto de la función de conciliador o árbitro).
d) El alcance de cualquier conocimiento previo que haya podido tener de la controversia o litigio.
e) El alcance de cualquier compromiso que pueda afectar su disponibilidad para cumplir sus deberes como conciliador o árbitro, en la medida en que ello pueda preveerse.

4.3 El deber de declaración se mantiene durante el procedimiento conciliador o arbitral de nuevos hechos y circunstancias.
4.4 La declaración se hará por escrito y será enviada a todas la partes y a los conciliadores o árbitros.

Cuando un conciliador o árbitro recibe su nombramiento deberá comunicar a los demás conciliadores o árbitros, toda declaración que haya podido hacer a las partes con anterioridad.

Artículo 5º.- Comunicación con las partes.-

5.1 Durante el procedimiento conciliatorio o arbitral, el conciliador o árbitro debe evitar comunicaciones unilaterales sobre el asunto con cualquiera de las partes o sus representantes. Si tales comunicaciones tienen lugar, el conciliador o árbitro debe informar de su contenido a la otra parte o partes y a los conciliadores o árbitros.
5.2 Si un conciliador o árbitro tiene noticia que otro conciliador o árbitro ha mantenido contactos indebidos con algunas de las partes, puede ponerlo en conocimiento de los restantes conciliadores

o árbitros y juntos, decidirán las medidas que deberán adoptarse. Normalmente, las medidas a adoptar consistirán inicialmente, en requeriri al conciliador o árbitro transgresor para que cese de mantener contactos indebidos con la otra parte. Si el conciliador o árbitro transgresor se niega a cesar con contactos indebidos, o simplemente persiste en el mantenimiento de los mismos, los conciliadores o árbitros restantes pueden informar a la parte ignorante a fin que ésta estudie las medidas que deben tomarse. Sólo en circunstancias extremas, el conciliador o árbitro, después de haber comunicado su intención por escrito a los restantes conciliadores o árbitros, puede unilateralmente informar a una de las partes de la conducta del otro conciliador o árbitro, a fin de permitir a dicha parte considerar la sustitución del conciliador transgresor.

5.3 Ningún conciliador o árbitro puede, directa o indirectamente, aceptar favores u hospitalidad digna de mención de alguna de las partes afectadas por la conciliación o arbitraje. Los conciliadores o árbitros únicos y los presidentes de tribunales arbitrales deben ser especialmente meticulosos en evitar contactos significativos, sociales o profesionales con cualquiera de las partes de la conciliación o arbitraje, sin la presencia de las otras partes.

Artículo 6º.- Honorarios

6.1 A menos que las partes pacten otra cosa, o que en el proceso arbitral una parte se encuentre en rebeldía, el conciliador o árbitro no celebrará acuerdos unilaterales sobre gastos y honorarios.

Artículo 7º. Deber de diligencia

7.1 Los conciliadores o árbitros deben dedicar el tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del caso, sus mejores esfuerzos en dirigir la conciliación o arbitraje de un modo tal que los costos no se eleven a una proporción irracional con respecto a los intereses en controversia o litigio.

Artículo 8º.- Participación en propuesta de acuerdos amistosos.-

Cuando las partes lo hayan requerido, o hayan aceptado una sugerencia del conciliador o del tribunal arbitral en tal sentido, el conciliador o tribunal en conjunto (o el Presidente del Tribunal, en su caso) pueden dirigir propuesta de arreglo a ambas partes, simultáneamente, preferentemente en presencia de las demás. Aunque previo acuerdo de

las partes es factible cualquier procedimiento, el conciliador o tribunal arbitral debe advertir a las partes que es desaconsejable que un conciliador o árbitro discuta con una de las partes en ausencia de las otras, los términos de un arreglo, ya que normalmente ello podría determinar que el conciliador o árbitro implicado en la discusión sea descalificado para futura intervención en la conciliación o arbitraje.

Artículo 9º.- Carácter confidencial de las deliberaciones

Las deliberaciones del Tribunal Arbitral y los contenidos del laudo permanecerán confidenciales a perpetuidad a menos que las partes liberen a los árbitros de esta obligación. El árbitro no debe participar en ningún procedimiento destinado a enjuiciar el laudo ni facilitar información alguna con el propósito de facilitar tal enjuiciamiento, salvo que considere que debe revelar las conductas incorrectas o fraudulentas de cualquiera de los árbitros.

* * *

Ley Nº 27218

«El Presidente de la República

Por cuanto

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

Ley que prorroga la obligatoriedad de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial

Artículo Único.- prórroga de la obligatoriedad.-

Prorrógase el carácter obligatorio de la conciliación extrajudicial a que se refiere el artículo 6º de la Ley Nº 26872, hasta el 14 de enero del año 2001.

El Poder Ejecutivo, por Decreto Supremo, podrá disponer la conciliación extrajudicial obligatoria antes del 14 de enero del año 2001, en determinados distritos judiciales.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los tres días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Martha Hildebrandt Pérez Treviño.- Presidenta del Congreso de la República.

Ricardo Marcenaro Frers.- Primer Vicepresidente del Congreso de la República.

Al señor Presidente Constitucional de la República.

Por tanto:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima a los nueve días del mes de diciembre de 1999.

Alberto Fujimori Fujimori. Presidente Constitucional de la República.

César Luna Victoria León. Ministro de Pesquería, Encargado de la cartera de Justicia.*

* Tomado de El Peruano. **Normas Legales**, 12 de diciembre de 1999, p. 181339.

Sobre el origen del término «tridimensionalismo» jurídico[1] [2]

Miguel Reale

Comprendo su interés por el término «tridimensional», que vengo usando desde 1944, o sea, tres años después de haber asumido la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sao Paulo.

Antes me corresponde precisar, que en 1940 (fecha de la publicación conjunta de ***Fundamentos de Direito*** y de ***Teoria do Direito e do Estado***), no solamente estaba esbozada una comprensión tridimensional del Derecho de carácter **genérico** -como hizo Radbruch, atribuyendo hecho, valor y norma, respectivamente, para la Sociología Jurídica, la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho-, sino también enunciando un tridimensionalismo **específico**, es decir, aplicable a todos y a cualesquiera de los conocimientos jurídicos.

Esto es lo que resulta de los siguientes tópicos de ***Fundamentos do Direito***, de 1940:

> Página 234: «El Derecho es un orden de hechos integrado en un orden de valores»
>
> Página 301: «El Derecho no es puro hecho, ni pura norma, sino que es el hecho social en la forma que le da una norma, ocasionalmente promulgada por una autoridad competente, según orden de valores».

1 Carta al ilustre Prof. Domingo García Belaunde, de la Universidad de Lima y de la Católica, (Perú), explicando el origen del término «tridimensional» aplicado al derecho.

2 Publicado en la ***Revista Brasileira de Filosofia***, número 182, abril – junio de 1996, y traducido con autorización del autor (Nota del editor de este documento).

Página 315: «[...] es en el propio orden jurídico positivo, que podemos encontrar la integración (*obsérvese*) entre hecho-valor-norma, a la cual corresponde esta otra: *eficacia social, validez ética, validez técnico-jurídica*».

De *Teoria do Direito e do Estado*, 1940:

Página 8: «Todo derecho representa una apreciación de hechos y de actos según una tabla de valores, que el hombre desea alcanzar teniendo en cuenta el valor fundamental de lo justo».

«Según la concepción culturalista, el Derecho es síntesis o integración de ser y deber ser, es hecho y es norma, porque es el hecho integrado en la norma exigida por el valor».

Página 26: «no se pasa directamente del hecho a la norma, sino que es de la integración del hecho en un valor que surge la norma».

Además, en ambos libros sitúo el asunto en el ámbito del culturalismo jurídico, refiriéndome a la persona humana como «*valor fuente*» de todos los valores, resaltando, por ello, la existencia de «constantes axiológicas» (hoy digo «invariantes») de origen histórico, pero que valen «como si» (*als ob*) fuesen «innatas».

En cuanto al uso del término tridimensional, confirmo la información dada al gran traductor argentino Julio O. Chiappini.

Todo esto es lo que terminó resultando de mis clases de 1945, conforme a las lecciones taquigráficas tomadas por el Dr. Murilo Antunes Alves, actualmente concejal en el Concejo Municipal de Sao Paulo.

Le envío fotocopias de esas paginas[3] donde podrá usted ver que la «teoría tridimensional» ya está claramente expuesta, con complementos sucesivos que finalmente, vinieron a incorporarse a mi ***Filosofia do Direito***, de 1953.

Si dilucido estos puntos, es porque -como recalcó Recaséns Siches- solamente se puede hablar de una «teoría tridimensional del Derecho» en sentido propio, cuando se reconoce que:

a) «la norma jurídica es una integración de hechos según valores», lo que Josef Kunz (discípulo de Kelsen) denominó «fórmula Reale»,

3 Estas páginas han sido publicadas en la revista Derecho – PUC, número 50, diciembre de 1996 (Nota del Editor de este documento).

en un artículo publicado en la ***Osterr. Zeitschrift für offentiliches Recht*** Viena, 1949, tomo IV, basándose, tan sólo en mis libros de 1940.

b) hecho, valor y norma son elementos que entre sí se dialectizan, lo que según el Profesor de la Universidad de Madrid, Angel Sánchez de la Torre, en su «Sociología del Derecho», constituye el meollo de la «Teoría Tridimensional del Derecho».

Si señalo estas consideraciones es para mostrarle que mi Tridimensionalismo fue resultado de sucesivos complementos, abriendo campo a la comprensión del Derecho en términos de modelos (Véase mi libro ***Fontes e Modelos do Direito***, cuyo antecedente es una ponencia presentada en 1968 al Congreso Internacional de Filosofía de Viena.

Siempre a la espera de noticias suyas, quedo.

Cordialmente,

Naturaleza tridimensional de la «persona jurídica»

Carlos Fernández Sessarego

I. Complejidad histórica del concepto de «persona jurídica»

La noción de «persona jurídica» es una de las más complejas de la disciplina jurídica. En cuanto elaboración conceptual de los tiempos modernos, su formulación pandectística resulta ser, de suyo, abstracta y, por consiguiente, difícil de aprehender, sobre todo para los iniciados. Esta particular situación ha generado diversos y encontrados planteamientos teóricos. Una de las aspiraciones más sentidas del derecho contemporáneo, para nosotros aún no logrado, es el de explicar de manera satisfactoria su naturaleza jurídica. Ello, sobre todo, porque la visión del Derecho que se tenía en la no muy lejana época del florecimiento de la pandectística germana no es la que tiende a cobrar vigencia en el umbral de un nuevo milenio.[1]

Durante la vigencia de la escuela pandectística germana, cuya huella aún la percibimos, la concepción formalista-normativista del derecho era pacíficamente aceptada por los juristas. Ella constituía, bien lo sabemos, la visión dominante de lo jurídico. El Derecho era para sus adherentes una impecable construcción exquisitamente conceptual, a la manera de un castillo poblado sólo por normas jurídicas. En él no aparecían ni los seres humanos ni los valores que otorgan sentido y

1 Se considera que el primer autor que trató esta temática fue Sinibaldo dei Fieschi (Inocencio IV). Francesco Ruffini lo presenta como el primer autor que configura la teoría de la ficción (*«La classificazione delle persone giuridiche»*, Milano, Giuffrè, 1936). Gierke expresa que la teoría de la persona jurídica aparece en Sinibaldo dei Fieschi «en un estado de imprevista perfección que despierta maravilla [...]».

razón de ser a su existencia. Ellos representaban lo metajurídico, lo que está «más allá» del derecho.

Dicha situación cobra vigor con la aparición en el escenario del mundo jurídico de la extraordinaria Teoría Pura del Derecho que, concebida por Hans Kelsen, concitó la atención de los juristas del siglo XX. Sus planteamientos formalistas fueron receptados con entusiasmo, sin problemas ni cuestionamientos, por la inmensa mayoría de los hombres de derecho. Por ello, discrepar de Kelsen era considerado, hasta no hace mucho tiempo, casi como un acto herético. El indudable rigor de la construcción kelseniana así lo justificaba. De ello tenemos personal experiencia.[2]

Si rastreamos en la historia los antecedentes y el decurso del concepto de «persona jurídica», que nace al conjuro de la pandectística germana y que encuentra en Savigny a su más connotado vocero, comprobamos que es en mérito a la construcción expuesta en precedencia que aparece, en tiempos recientes, la inquietud de un sector de jusfilósofos y juristas por revisar, repensar, el originario planteamiento estrictamente formalista de la institución que, convencionalmente, denominamos «persona jurídica». El intento por despejar el interrogante sobre la naturaleza o estructura de la «persona jurídica» ha originado la formulación de una diáspora de contradictorias teorías.[3] De ahí que el tema sea, con razón, uno de los más debatidos dentro de la jusfilosofía y la dogmática jurídica.

La ciencia jurídica nos muestra una variedad de posiciones adoptadas sobre la estructura de la «persona jurídica». Encontramos desde

2 Siendo estudiantes del primer año de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, luego de haber estudiado Filosofía en la facultad correspondiente de la misma universidad, cuestionamos la conclusión de la Teoría Pura del Derecho en la medida que reducía lo jurídico a la simple formalidad de la norma. Fue así que en nuestra tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, titulada **Bosquejo para una determinación ontológica del derecho**, presentada en 1950 pero elaborada dentro de los tres o cuatro años anteriores, recusamos no el espléndido desarrollo de la obra kelseniana sino, como está dicho, su conclusión. En dicha tesis concebimos al derecho como un concepto resultante de la interacción dinámica de vida humana social, valores y normas jurídicas.

3 Debemos testimoniar que como estudiantes de Derecho no logramos, pese al empeño de nuestros profesores, comprender cuál era la naturaleza de la persona jurídica. Nos resistíamos a admitir, pese al *magister dixit*, que la persona jurídica fuera un concepto, una abstracción, cuando el derecho era, según también se nos enseñaba, una ciencia social, instalada en la vida. Y, en la realidad de la vida, no hallábamos a la «persona jurídica» por cuanto era, como está dicho, un concepto inasible. Un concepto sin correspondencia en la realidad.

aquellas precursoras de Savigny o Gierke, que marcaron época, hasta la de los juristas que recientemente se han ocupado con solvencia del tema como es el caso, entre otros, de Federico de Castro y Bravo,[4] Francesco Galgano,[5] Riccardo Orestano[6] o de jusfilósofos como Kelsen,[7] Hart,[8] Ross[9] o Scarpelli.[10]

El debate en torno a la naturaleza de la institución del Derecho denominada «persona jurídica» se mueve, fundamentalmente, entre dos polos. En el primero se sitúan los que consideran que ella es sólo un artificio, una ficción, como es el caso del ya citado Savigny. En el otro extremo se ubican, con diferentes matices, los que estiman que los grupos humanos jurídicamente actuantes no podían desvanecerse totalmente en una ficción. En esta posición encontramos a Gierke. Para el derecho la vida no es evanescente, no se evapora en puros conceptos.

En el rico muestrario de opiniones encontramos una matizada gama de soluciones formalistas, como la que nos ofrecen, entre otros, Kelsen y Hart, o la de pensadores que, como Galgano, sostienen que la naturaleza de la «persona jurídica» se contrae a la de ser una simple expresión linguística. Este autor considera que ella pertenece a lo que designa como «la escena conceptual verbalizada», desde que a estas específicas palabras no corresponde ningún ente real. La «persona jurídica» es un centro autónomo de imputación de relaciones jurídicas, es decir, una expresión resumida de una especial disciplina normativa.[11] Y es que para Galgano, al igual que lo que sostuvieran Savigny o Cossio en su momento, en el mundo existencial no aparece otro sujeto de derecho que no sea el ser humano individualmente considerado.

4 Federico De Castro y Bravo, **La persona jurídica**, Madrid, Civitas, 2a. edición, 1984.

5 Francesco Galgano, ***Persone giuridiche***, Bologna, 1969 y «***Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica***», en : ***Rivista di Diritto Civile***, 1965, 1, p. 553 y ss.

6 Riccardo Orestano, ***Il problema delle persone giuridiche in diritto romano***, Torino, Giapichelli, 1968.

7 Hans Kelsen, **La Teoría Pura del Derecho**, Buenos Aires, Losada, 1946.

8 Hart, H.L.A., **El concepto de derecho**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, traducción de Genaro Carrió, 1963 y ***Contributo all'analisi del diritto***, Milano, 1964.

9 Alf Ross, ***Diritto e giustizia***, Torino, 1965.

10 Uberto Scarpelli, ***Contributo alla semantica del linguaggio normativo***, Torino, 1959.

II. La concepción formalista de Hans Kelsen

Cabe mencionar, dentro de las múltiples respuestas de carácter formalista que se han formulado sobre la «persona jurídica», aquella elaborada por Hans Kelsen. Este pensador es, sin duda, el gran artífice del constructivismo conceptual al reducir el Derecho a una mera forma, con exclusión de la vida humana y los valores. La «Teoría Pura del Derecho», por su valor intrínseco, tuvo amplia resonancia universal y una irresistible atracción. Kelsen, como es sabido, depura la teoría formalista sobre la persona llevándola, con lúcida coherencia, a sus últimas consecuencias.

Dentro de su concepción, como no podía ser de otra manera, la persona, tanto la natural como la jurídica, resultan ser un puro concepto desarraigado de la realidad de la vida. La persona es así, tan sólo, un centro ideal de imputación, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que atribuyen derechos y deberes o, como decimos actualmente, «situaciones jurídicas subjetivas».[12] A esta conclusión se llega luego de la eliminación del derecho subjetivo, el mismo que Kelsen asimila al derecho objetivo en cuanto sostiene que no son de diferente naturaleza. Así, a través de la concepción kelseniana se ha consumado la identificación del concepto de Derecho con el de derecho objetivo, es decir, con el ordenamiento jurídico positivo. La vida humana y los valores son, dentro del planteamiento kelseniano, nociones transistemáticas, entes metajurídicos situados allende el derecho.

III. El pensamiento contemporáneo y la «persona jurídica»

Las posiciones radicalmente formalistas, como la que postula Kelsen en su afán por descifrar la naturaleza de la «persona jurídica», fueron consideradas insatisfactorias por un sector de la doctrina. Ellas originan, dentro del pensamiento contemporáneo, encontradas reacciones. Frosini, con acierto, sintetiza esta situación al expresar que el formalismo persigue reducir al Derecho, y por tanto a la «persona jurídica», a

11 Francesco Galgano, cfr. las obras señaladas en la nota 4.

12 Hans Kelsen, **La Teoría Pura del Derecho**, p. 83.

un mero «castillo habitado por fantasmas».[13] Orestano, por su parte, rechaza, toda solución espectral y esquemática, propia de la dogmática tradicional, que pretende vanamente sustituir la experiencia jurídica, donde realmente se vive el Derecho, por una mera formalidad. El autor reivindica, con convicción, el rol protagónico que corresponde al ser humano en el mundo jurídico.[14]

Rescigno designa como «sujetos de la actividad jurídica» tanto a las personas naturales como a las jurídicas y a los entes que denomina «de hecho» y que, para nosotros, son «organizaciones de personas no inscritas»[15] reguladas por el Código Civil peruano de 1984. La expresión escogida por Rescigno es, según su criterio, más amplia que la de «sujeto de derecho» ya que con ella cabe referirse a todos los entes actuantes. En cuanto a la «persona jurídica» distingue un elemento material, que es el substrato, de otro elemento formal. El primero está compuesto por la «organización de personas» en vista a una determinada finalidad, actuante en la realidad de la vida, mientras que el formal está constituido por la creación de un centro unitario de referencias normativas. Rescigno, al no apartarse de la realidad, reconoce la presencia, como no podía ser de otra manera, de los seres humanos dentro de la estructura de la persona jurídica.

Se advierte, a través del pensamiento de los autores antes citados, la insuficiencia de una respuesta únicamente de carácter formal para una aprehensión global de la naturaleza compleja de la «persona jurídica» en la medida que, detrás del marco estrictamente lógico-formal a la que la redujo la posición formalista, se mueven y actúan seres humanos que vivencian valores. Tal vez, la primera elíptica reacción ante esta evidencia fue, aun bajo la gravitación del pensamiento formalista, la de imaginar metáforas para aproximarse a esta realidad. Nos referimos, principalmente, a aquella que para superar la pura «forma» en que, cerrada y rígidamente, yacía la palpitante realidad de la «persona jurídica», alude al hecho de «descorrer el velo» que la cubre para poder llegar a su realidad existencial. Así, a través de elusivas metáforas, los

13 Vittorio Frosini, *«Il soggetto del diritto come situazione giuridica»*, en ***Rivista di Diritto Civile***, N° 1, 1969, p. 227 y ss. y **La estructura del derecho**, Bologna, 1974.

14 Riccardo Orestano, ***Il problema delle persone giuridiche in diritto romano***, Torino, Giapichelli, 1968 y ***Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche***, Bologna, Il Mulino, 1978.

15 Esta es la denominación que encontramos en el Código Civil peruano de 1984.

juristas empiezan a intuir que el elemento primario del Derecho es la vida humana con los valores que ella vivencia y realiza. Podemos aseverar, luego de estas expresiones, que la noción de «persona jurídica» ha entrado en crisis.[16]

Es así que, a partir del «redescubrimiento» de la vida humana por los filósofos de la primera mitad del siglo XX, el pensamiento contemporáneo en torno a la naturaleza de la «persona jurídica» comienza a discurrir en una dirección tendente a superar la respuesta exclusivamente formalista, sin que ello signifique negar o ignorar la indispensable función que, dentro de la noción unitaria de la misma, le cabe a su dimensión lógico-formal.

IV. El proceso de revalorización de la vida humana

Para precisar la naturaleza de la «persona jurídica», más allá de las estrechas lindes en las que la encerró la dogmática jurídica tradicional, se hace necesario recurrir a la antropología filosófica en tanto que una mejor comprensión de lo que significa el ser humano es la única vía para entender, a cabalidad, aquello en que consiste la institucionalidad jurídica. No se puede descifrar lo que significa el Derecho sin aproximarse a la realidad en que consiste la vida humana. No podemos olvidar que el Derecho ha sido creado «por» y «para» el hombre, para su pacífica convivencia, a fin de lograr que cada uno, en cuanto ser libre, pueda realizarse como persona dentro del bien común. ¿Cómo proteger jurídicamente lo que se desconoce? ¿Cómo tutelar al ser humano desconociendo su naturaleza ?.

El proceso de revalorización del ser humano, como eje y centro del discurrir jurídico, se produce como resultado de los extraordinarios aportes provenientes del fecundo pensamiento de la filosofía existencial en la escena contemporánea. Jaspers, Heidegger, Zubiri, Sartre, Marcel, antes Kierkegaard y más tarde Mounier, «redescubren» al ser humano que había sido caracterizado por el cristianismo como un ser libre, que podía salvarse o perderse. El aporte del cristianismo sobre la naturaleza de la persona humana se fue oscureciendo a través de la historia para dar paso a un puro «racionalismo» a la manera de Boecio.

16 Rolf Serick, ***Forma e realtà della persona giuridica***, Giuffrê, Milano, 1996, p. 6.

En pleno siglo XX, que al decir de Miró Quesada es el siglo más filosófico de la historia, se logra ampliar y enriquecer la antigua prevaleciente concepción, reafirmada por Boecio en el siglo VI, por la que se describía al ser humano como «una sustancia indivisa de naturaleza racional». En efecto, frente a esta clásica definición, que ha atravesado los siglos y ha reposado en numersos textos, los hallazgos a que arribó la filosofía de la existencia nos muestran que el ser humano, como lo había puesto de manifiesto el cristianismo, es más que una pura «racionalidad». Ello, por cuanto es un «ser libertad», temporal, creativo, lábil, singular, que vivencia valores al efecto de proyectar su vida. Cada ser humano es único e irrepetible, idéntico a sí mismo. La dignidad, que le es inherente, se fundamenta, precisamente, en su propia naturaleza de ser libre. Su libertad lo hace único, singular.

Al afirmarse la libertad del ser humano se nos muestra también que este ser único e irrepetible, idéntico a sí mismo, tiene simultáneamente una dimensión coexistencial, lo que significa que para «hacer su vida» requiere de los «otros» seres humanos. Es decir que, sin dejar de ser idéntico a sí mismo es, al mismo tiempo, un ente coexistencial. Lo social, por ende, participa de su propia estructura, de donde se puede sostener que la existencia es coexistencia.

La coexistencialidad en que consiste el ser humano hace que el Derecho sea una necesidad existencial. Las normas jurídicas, en cuanto estructura lógico-formal de lo jurídico, están destinadas a regular valiosamente la coexistencialidad, a fin de que cada ser humano pueda vivir su vida de libertad dentro del bien común. Descubrir y poner en evidencia la libertad y la coexistencialidad inherentes a la naturaleza del ser humano permite explicar al Derecho como una dinámica interacción de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. No hay Derecho sin vida humana social que requiera, para su convivencia, de normas jurídicas que la regulen de acuerdo a valores. Se trata de realizar comunitariamente la justicia, la solidaridad, la seguridad, entre otros valores, para crear un ambiente propicio para el mejor desarrollo integral de la persona.

El Derecho, como concepto unitario, no puede prescindir ni de la vida humana social, ni de los valores ni de las normas jurídicas. Sin vida humana el Derecho no tendría razón de ser, no existiría. Sin normas jurídicas no cumpliría su función existencial. Sin valores, se carecería de criterios para regular las conductas humanas intersubjetivas. Ninguno de estos tres objetos constituye, por sí mismo, el Derecho,

aunque, al mismo tiempo, es imposible dejar de lado alguno de ellos si se pretende aprehender «lo jurídico» como un concepto unitario. Es decir, se requiere de una concepción tridimensional del Derecho para captarlo a plenitud, como una totalidad. En cualquier institución jurídica se hayan presentes los seres humanos que exigen que sus conductas intersubjetivas sean reguladas valiosamente a fin de poder convivir en cuanto seres libres y coexistenciales.

A partir de la concepción tridimensional del Derecho, que se sustenta en el personalismo, se advierte el esfuerzo de un sector de juristas por rescatar el rol protagónico del ser humano en el Derecho. Ello contribuye, como anota Zatti, a sustraer una serie de problemas de la «persona jurídica» a la simple y frustrante «esclavitud de la forma y al mecánico respeto a la distinción entre ente e individuo». [17] Es decir, a aquella distinción entre el plano lógico-formal de las abstracciones ideales y la realidad de la vida humana, de la experiencia jurídica.

La revalorización del ser humano en cuanto tal -que por lo demás tiene un revelador antecedente en la histórica intuición de Hermogeniano-, el redescubrimiento del rol protagónico y central que él ocupa en el Derecho y la concepción tridimensional, constituyen la sólida base que permite elaborar una nueva concepción en cuanto a la naturaleza de la «persona jurídica».

La aplicación de la teoría tridimensional del Derecho,[18] por su parte, nos conduce a distinguir en cualquier institución jurídica y, por consiguiente en la «persona jurídica», la presencia simultánea y en recíproca exigencia, de tres objetos heterogéneos que adquieren unidad conceptual mediante una interacción dinámica. Nos referimos, como está dicho, a las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas. No puede perderse de vista que, como lo señalara Cossio en la década de los años cuarenta, el ser humano es el único ente que vivencia valores y que produce normas, ya sea a través de costumbres inveteradas o de abstracciones conceptuales .[19]

17 Paolo Zatti, ***Persona giuridica e soggettività***, Pasdova, Cedam, 1975, p. 6.

18 Sobre la teoría tridimensional del derecho cfr. Carlos Fernández Sessarego, **El derecho como libertad**, Lima, Universidad de Lima, 1987 y **Derecho y persona**, tercera edición, Lima, Grigley, 1998, así como Miguel Reale, **Teoría Tridimensional del Derecho**, Valparaíso, Edeval, 1978.

19 Carlos Cossio, **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

V. Dimensión formal de la «persona jurídica»

Desde un punto de vista estrictamente formal, la «persona jurídica», tal como se ha evidenciado, se constituye en un centro unitario ideal de referencia de situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de derechos y deberes. Desde esta perspectiva, ella se reduce a un simple dato formal al cual se llega después de un proceso de abstracción mediante el que se logra reducir a la unidad ideal una pluralidad de personas, las que subsisten en la experiencia jurídica y que, a través de una organizada actividad en común, se proponen alcanzar determinados fines valiosos.

El proceso de abstracción mental en referencia queda consumado, como por arte de magia, en el instante en el cual, según lo dispongan los respectivos ordenamientos jurídicos positivos, se produce, según sea el caso, la inscripción en un determinado registro público o cuando se obtiene el reconocimiento gubernativo, o cuando se cumplen ambos requisitos. Es en este instante en el cual, por consenso que se sustenta en una prescripción normativa, admitimos que ha surgido un centro unitario ideal de referencia de derechos y deberes, es decir, de situaciones jurídicas subjetivas. En otros términos, un sujeto de derecho ideal que no encuentra correspondencia en la realidad.

Pero, como se ha anotado en precedencia, en el momento en que se produce la reducción formal a la unidad y la «persona jurídica» queda sujeta a un cierto régimen normativo de excepción, no desaparecen de la realidad, tampoco por arte de magia, ni el conjunto de personas humanas que la integran ni los fines valiosos por ellas perseguidos. Por el contrario, ellas siguen actuando organizadamente, vivenciando y realizando comunitariamente los fines valiosos que determinaron su constitución. Para apreciarlo no es necesario «descorrer» ningún «velo» sino observar lo que, real y efectivamente, sucede en la experiencia jurídica.

A pesar de que la estructura formal constituye el sujeto de derecho denominado «persona jurídica», en cuanto centro de imputación ideal y unitario de referencias normativas, no son extraños a su naturaleza las otras dos estructuras que la conforman, como son la organización de personas[20], que le sirve de soporte en la realidad y que es la fuente

20 Aludimos a la «organización de persona» en tanto que los seres humanos que constituyen una persona jurídica no se reúnen sin fines ni concierto. Por el contrario, ellos se

generadora de derechos y deberes a ser imputados al centro ideal, así tampoco ello ocurre tratándose de los valores jurídicos vivenciados por los miembros que la integran. La estructura existencial y la axiológica, si bien no fungen como centro de imputación de referencias normativas -como sí lo sería la organización de personas no inscrita- no son ajenos a la naturaleza misma de la persona jurídica pues sin ellas dejaría de ser lo que es. Ni la vida humana social, ni los valores, son metajurídicos en el caso de la persona jurídica como en el de ninguna otra institución jurídica. Sin vida humana y sin valores no se concibe el Derecho.

La persona jurídica no se reduce ni se confunde, única y exclusivamente, con su dimensión formal-normativa no obstante que ella es determinante para su constitución como sujeto de derecho, es decir, como centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. Ello, de ocurrir, supondría el absurdo de prescindir de los seres humanos que la crearon, que actúan en la experiencia jurídica y que concretan en actos jurídicos los fines valiosos que se propusieron al constituirla. La «magia», o el «invento», funciona sólo con el exclusivo propósito de proceder a su reducción a una unidad ideal que, como está dicho, funciona como un centro de referencia de situaciones jurídicas subjetivas. Pero, lo reiteramos, en ningún caso para que desaparezcan, ni el conglomerado de seres humanos que organizadamente la integran, ni los fines valiosos que proyectaron realizar sus fundadores.

La unilateral pretensión de reducir la naturaleza de la «persona jurídica» únicamente a la unidad formal nos impide comprenderla en su totalidad existencial, tal como opera en la realidad. La concepción exclusivamente formalista nos proporciona tan sólo una visión parcial o fragmentaria de la misma. Es en la experiencia jurídica donde debemos aprehenderla para luego describirla. Y, si seguimos este periplo, que es válido para el caso de cualquier institución jurídica, no podremos reducirla, en cuanto a su naturaleza, sólo y exclusivamente a un dato formal, a un centro unitario ideal de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. Como surge de la directa e inmediata observación de la realidad, la «persona jurídica» no se confunde únicamente con su expresión formal, aunque es ella la determinante para considerarla como sujeto de derecho Su exclusiva captación resulta del todo insuficiente

proponen fines valiosos a realizar durante su vigencia y se distribuyen las tareas que asumirá cada uno o colectivamente para el logro de aquellos fines.

para comprender qué es la «persona jurídica» y el sentido que ella tiene para la vida humana.

El centro unitario ideal de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, en cuanto dimensión formal de la «persona jurídica», cumple tan sólo la importante función de facilitar el que las situaciones jurídicas subjetivas que se crean en la vida asociativa no se imputen, en forma directa e inmediata a todos y a cada uno de los seres humanos que la integran a la manera de las tradicionales *collegia, universitas personarum* o de las actuales organizaciones de personas no inscritas, sino que se atribuyan a un centro ideal y unitario de referencias normativas. El invento de la persona jurídica, en cuanto dato formal que funge como sujeto de derecho, permite aligerar extraordinariamente las relaciones humanas y los negocios jurídicos, al imputar a dicho centro ideal los derechos y deberes que generan sus miembros. Es así, bien lo sabemos, que una persona, gracias a este invento de la pandectística puede representar a una pléyade de integrantes de la persona jurídica, evitando de este modo que todos ellos intervengan en cada acto jurídico practicado por la organización.

Además, y esto no es menos importante, el invento de la persona jurídica, como abstracción conceptual ideal y unitaria de una pluralidad de personas, permite también el evitar que, normalmente, cada uno de sus miembros no sea responsable de las obligaciones por ella contraídas. De este modo, el participar en alguna actividad asociativa de carácter lucrativo no compromete el patrimonio de una persona, sino tan sólo aquella parte del mismo que aporta a la persona jurídica de la que es miembro.

En nuestro concepto, al partir siempre de la realidad de la vida que es la del Derecho, el invento de la «persona jurídica» no es, como pretendía Savigny, un mero «artificio». Un artificio al que, acudiendo a una ficción, se le concedía la calidad de sujeto de derecho, categoría jurídica que sólo corresponde al ser humano, individual o colectivamente considerado. El Derecho, como en la actualidad lo comprende un sector cada vez más numeroso de juristas es, primariamente, vida humana, relación entre seres humanos valiosamente regulada. Ellos no pueden ser olvidados mediante una ficción cuando se trata de explicar o describir la naturaleza de la persona jurídica. No podemos exiliarlos del Derecho, así como tampoco podemos dejar de considerar los valores que orientan su existencia.

Tal vez lo que ha originado el desconcierto, que aún persiste, sobre la naturaleza de la «persona jurídica» radique en el hecho de que, para Savigny, sólo es persona el ser humano individualmente considerado. Al no comprender que el ser humano es, simultáneamente, un ente estructuralmente coexistencial, la posibilidad de que pudiera también existir, al igual que la persona individual, una persona colectiva. Es decir, un sujeto de derecho que agrupe a una pluralidad de seres humanos que, a través de una actividad común, se proponen alcanzar determinados fines valiosos. Tal sujeto de derecho es el ser humano individualmente concebido como aquél que comprende a una pluralidad de personas. El hecho de la inscripción en un determinado registro de parte de esta pluralidad de personas no las hace desaparecer de la escena jurídica.

VI. Descripción del fenómeno conocido como «persona jurídica»

En principio, como se ha advertido y fluye de la realidad de la vida, la «persona jurídica» requiere primariamente, como cualquier otra institución del Derecho, de un sustrato humano. Es decir, de una relación interpersonal. Dicho sustrato humano está compuesto por las personas que, al ejercer su derecho a la libre asociación, constituyen e integran la persona jurídica [21]. Sin la presencia actuante de estos seres humanos es imposible imaginarla o concebirla. La persona jurídica aparece en el escenario del Derecho debido a la iniciativa y a la decisión de seres humanos. Son los seres humanos los que fijan las finalidades valiosas por alcanzar y se organizan en función de estos fines. Son estas personas naturales las que, en la realidad de la vida, celebran los actos jurídicos que no los comprometen sino que sus efectos, en razón de un mandato legal y la consiguiente inscripción en un registro, se derivan a un centro ideal unitario de referencias normativas por ellos creado. Son estos seres humanos los que constituyen la ineludible e insoslayable dimensión sociológico-existencial de la «persona jurídica».

21 El inciso 12 del artículo 2º de la Constitución peruana de 1993 reconoce el derecho de la persona: «A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa».

El grupo humano, que constituye la dimensión primaria de la «persona jurídica», actúa organizadamente para lograr un fin o un conjunto de fines valiosos. Es este fin valioso, vivenciado por cada uno de sus componentes, el que aglutina a la comunidad de personas y otorga un sentido a su específica actividad. Percibimos así la dimensión axiológica de la «persona jurídica». Dimensión que, al igual que la sociológico-existencial, es también ineludible e insoslayable tratándose de la persona jurídica.

La «persona jurídica», en cuanto organización de personas que persigue fines valiosos, requiere que, mediante un recurso propio de la técnica jurídica, se le considere, pese a su pluralidad existencial, como una unidad formal para el efecto de lograr que los actos jurídicos que realizan sus miembros no se les impute a todos ni a cada uno de ellos, en forma inmediata y directa, sino que se atribuyan a un centro ideal de referencia de situaciones jurídicas subjetivas. La «persona jurídica» tiene una especial regulación normativa. Esta constituye su dimensión formal-normativa, cuya nota distintiva es su excepcionalidad en relación con el derecho común que regula a las organizaciones de personas que, por no inscribirse en un registro especial, no gozan del privilegio propio de un régimen de excepción que la ley otorga a las personas jurídicas.

VII. Visión tridimensional de la persona jurídica

La «persona jurídica» es el resultado de la interacción dinámica de sus dimensiones sociológico-existencial, axiológica y formal-normativo a las que nos hemos referido en precedencia. Para comprenderla unitariamente no es posible prescindir de alguna de ellas ya que, de hacerlo, tendríamos tan sólo una visión recortada, parcial y fragmentaria de la misma. En la persona jurídica, los seres humanos, a través de sus conductas intersubjetivas, interaccionan con los valores que vivencian y que otorgan un sentido a su accionar y, ambos, con la normatividad jurídica que regula tales conductas, especialmente con aquella norma de excepción que permite derivar sus derechos y deberes a un centro ideal y unitario de referencias normativas.

El Código Civil peruano de 1984 ha recogido la visión tridimensional de la «persona jurídica». Ello se pone de manifiesto a través del texto de los artículos 80°, 99°, 111° y 134°, en los que se describe a la asocia-

ción, a la fundación, al comité y a la comunidad campesina y nativa, respectivamente. En todos aquellos numerales se hace referencia a que cada una de dichas «personas jurídicas» es una «organización de personas» que se propone fines valiosos de carácter no lucrativo. Es decir, en los citados artículos se mencionan tanto la dimensión sociológico-existencial como la dimensión axiológica de la persona jurídica.

En el Art. 78° se hace alusión al dato más importante de la dimensión formal-normativa cuando se establece que la «persona jurídica» tiene existencia distinta de sus miembros, por lo que ninguno de éstos, ni todos ellos, tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus obligaciones. En concordancia con lo dispuesto en el articulado citado en el párrafo anterior, debe entenderse que dicha distinción es tan sólo formal y, en cuanto se trata de un recurso de técnica jurídica, opera exclusivamente para la atribución de situaciones jurídicas subjetivas a un centro ideal de referencia formalmente «distinto» de sus miembros.

No obstante que debería entenderse que la «distinción» entre los miembros de la persona jurídica y el centro de referencias normativas es tan sólo **formal**, desde que no puede prescindirse de los seres humanos y de los valores por ellos realizados, la común y general interpretación del artículo 78° del Código Civil peruano considera que la naturaleza de la persona jurídica, en tanto sujeto de derecho, deja de lado a los seres humanos que la integran y a los valores que persiguen.

El que la persona jurídica se constituya como un sujeto de derecho, en tanto que es al centro unitario e ideal al que se atribuyen los derechos y deberes que normalmente corresponderían a todos y cada uno de sus miembros, ello no significa prescindir de los seres humanos que la integran y los fines valiosos que se persigue cuando se hace mención a su naturaleza como institución jurídica. Si bien los seres humanos y los valores no son directamente el sujeto de derecho tratándose de la persona jurídica, ello no significa que no participen de su «naturaleza». No puede concebirse a la persona jurídica como una pura forma, en la que no cuentan ni los seres humanos ni los valores. El recurso formal, como está dicho, es un recurso instrumental por el cual los derechos y deberes contraídos por los miembros que la integran se derivan a un centro ideal de referencias normativas.

Es fácil advertir una contradicción entre lo descrito en los artículos 80°, 99°, 111° y 134° y lo prescrito en el artículo 78° antes mencio-

nado. En efecto, al describir aquellos artículos a cada una de las personas jurídicas reguladas en el Código Civil -asociación, fundación, comité y comunidad campesina y nativa- establecen que son «organizaciones de personas que persiguen finalidades valiosas» no lucrativas, mientras que en artículo 78° se considera a la persona jurídica como «distinta de sus miembros». Insistimos que la distinción existe pero que ella es sólo «formal», es decir, en lo que atañe a la imputación de derechos y deberes, más no en cuanto a la naturaleza misma de la persona jurídica, ya que los seres humanos y los valores por ellos vivenciados son inherentes a su naturaleza.

Como el Derecho es primariamente vida, debemos partir de ella para describir-prescribir lo atinente a la persona jurídica. Es por ello importante otorgar al artículo 78° del Código civil peruano una redacción en la que se comprendan los alcances de la «distinción» entre el sujeto de derecho -como centro ideal y unitario de imputación de derechos y deberes- y los seres humanos que la componen. Fue así que en el proceso de revisión del actual Código civil propusimos el siguiente texto:

> Art. 78°.- Por la inscripción en el registro respectivo, una organización de personas adquiere la calidad de persona jurídica, constituyéndose un centro unitario y formal para la atribución de derechos y deberes, por lo que ninguno de sus miembros ni todos ellos tienen derecho a su patrimonio ni están obligados a satisfacer sus obligaciones.

En el texto en referencia se describe, con la mayor aproximación posible, tanto el proceso de creación de la persona jurídica así como su calidad de sujeto de derecho y sus consiguientes efectos. Se trata, como se advierte, de una «organización de personas» que decide constituirse en persona jurídica para lo cual procede a su inscripción en el registro respectivo. Esta inscripción origina el que los derechos y deberes asumidos no se imputen ni a todos ni a cada uno de los integrantes de la «organización de personas», como ocurriría en el derecho común, sino que se crea un régimen de excepción por el cual tales situaciones jurídicas subjetivas se derivan a un centro ideal y unitario.

Tanto en 1984, cuando se redactó el vigente artículo 78° como en el actual proceso de revisión del mismo, hemos manifestado nuestro

desacuerdo con la redacción empleada, pues de ella no se derivan los alcances de la «distinción» entre el sujeto de derecho y sus miembros. Fue así que en la Exposición de Motivos de dicho artículo, redactada en 1985, aludimos a la persona jurídica «como una expresión lingüística que alude a una organización de personas que persigue fines valiosos y que constituye un centro ideal de imputación de situaciones jurídicas».[22]

La persona jurídica, como concepto, no tiene un correlato en la realidad. No hay un objeto real por él mentado. Es como el número cuatro, que no existe en la realidad. Pero, en ambos casos, dichos conceptos se refieren a determinados procesos que sí ocurren en la realidad. En el caso de la persona jurídica encontramos que es la expresión de seres humanos persiguiendo fines valiosos, mientras que el número cuatro es la expresión de cuatro seres humanos, de cuatro objetos cualquiera. Si bien ni la persona jurídica ni el número cuatro son objetos que se hallan en la realidad, en ésta sí encontramos los procesos por los cuales ellos se configuran en la realidad.

En la realidad la persona jurídica supone la existencia actuante de una «organización de personas» que realiza fines valiosos más, en tanto centro unitario e ideal de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, es tan sólo una expresión lingüística. El dato formal se diferencia de otro sólo por esta expresión lingüística, ya que todos los datos formales son lo mismo: «centros ideales y unitarios de imputación de situaciones jurídicas subjetivas». ¿Cómo diferenciar formalmente uno de otro si no es a través de su expresión lingüística?

La Comisión que en la actualidad está elaborando diversas enmiendas al Código Civil de 1984, con las reservas de quien esto escribe, aprobó el siguiente texto del artículo 78° en referencia:

> Art. 78°.-
> 1.- La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.

22 Carlos Fernández Sessarego, **Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios a Libro Primero del Código civil peruano**, Lima, Grigley, sexta edición, 1996, p. 194.

2.- Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal diferente.
3.- Excepcionalmente, la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto, son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley.

En el primer párrafo del citado proyecto se aclara que la persona jurídica, en cuanto sujeto de derecho, es distinto de sus miembros. Es decir, desde un punto de vista formal. Ello no incide, por lo tanto, en la naturaleza misma de la persona jurídica donde interactúan dinámicamente conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Entre estas últimas, sobre todo, las que coinciden con el contenido del artículo 78º del Código Civil peruano.

En el segundo párrafo se indican los efectos de la declaración contenida en el primer párrafo, en el sentido de que los derechos y deberes que deberían recaer en todos y cada uno de los miembros de la «organización de personas», por el hecho de la inscripción en un registro, se derivan, por excepción, a un centro ideal y unitario de referencias normativas que se distingue de los demás por su expresión lingüística.

En el tercer párrafo se regula la tan discutida figura conocida como la del «abuso de la personalidad jurídica». Este párrafo es revelador de que no puede prescindirse del sustrato existencial de la persona jurídica. En él se determina que la distinción prevista en el primer párrafo, entre persona jurídica y sus miembros, queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la «estructura formal» de la persona jurídica. En esta situación, desaparece la distinción, que era puramente formal, para hacer personalmente responsables a los seres humanos que actuaron abusivamente o con fraude a la ley.

El texto de este párrafo pone en evidencia que existe una estructura formal en la institución que denominamos «persona jurídica». Ello significa, tácita o implícitamente, reconocer que, al lado de esta estructura, existen otras como serían la existencial y la axiológica que integran la naturaleza de esta institución. Se hace también patente que la formalidad se desvanece y la distinción se esfuma cuando en la estructura existencial y axiológica se advierten conductas abusivas o fraudulentas.

Estas conductas intersubjetivas son determinantes para el reconocimiento de la naturaleza compleja de la persona jurídica.

El que se desestime la distinción prevista en el primer párrafo del proyectado artículo 78° y del mismo numeral del Código Civil peruano significa que se pone fin al **privilegio** que, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico concede a una «organización de personas» que decide que sus miembros sean irresponsables frente a las obligaciones por aquella contraídas. Privilegio que consiste en derivar derechos y deberes a un centro unitario e ideal de referencias normativas. Se elimina en este caso un régimen de **excepción** y la «organización de personas» retorna a ser regulada por el derecho común, como siempre había ocurrido antes de la aparición del formidable invento de la persona jurídica como exigencia del mundo moderno.

Así, lentamente, la nueva concepción tridimensional de la persona jurídica se abre paso en la doctrina y en la legislación contemporánea. Visión tridimensional en la cual se privilegia el dato formal, que es el determinante para la derivación de derechos y deberes a un sujeto de derecho fuera de la realidad que opera como centro unitario e ideal de referencias normativas. Concepción en la cual, sin embargo, no se desestima la presencia, en la realidad, de una «organización de personas» que persigue fines valiosos. Estos tres elementos en dinámica interacción constituyen la compleja naturaleza de la persona jurídica. Ninguno de ellos puede faltar pues si así sucediera se desvanecería la institución de la persona jurídica.

La persona jurídica no puede actuar sin la presencia de seres humanos que operan en la realidad o sin valores por ellos realizados, aunque el privilegio de excepción en que ella consiste se determine a través de una norma jurídica. Por ello, la famosa **distinción** entre la persona jurídica, en cuanto sujeto de derecho, y los miembros que la constituyen no es absoluta ni radical, sino solamente formal. De ahí que tal distinción pueda desestimarse en caso de conductas abusivas o fraudulentas de parte de sus integrantes. Todos aquellos elementos pertenecen a la naturaleza de la persona jurídica, son inherentes a ella. No podemos prescindir de ninguno de ellos si queremos situarnos frente al fenómeno que en el derecho designamos como «persona jurídica». Es decir, si deseamos captarla como una totalidad, sin desvirtuar su naturaleza.

De este modo, gracias a los aportes de la filosofía existencial y del tridimensionalismo, se ha logrado en nuestros días concretar

normativamente una nueva visión de la «persona jurídica» que, al superar las limitaciones de una concepción del todo formalista y al describirla tal como aparece y funciona en la experiencia jurídica, nos la muestra como una totalidad, por lo que se hace imposible prescindir de alguna de sus tres dimensiones en la medida que interactúan dinámicamente. En mérito a estos hallazgos se abre un capítulo más en el insosegable afán de los hombres de derecho por captar, a plenitud y con nitidez conceptual, aquello en que podría consistir la denominada «persona jurídica».

Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad

Juan Espinoza Espinoza

I. Premisa

La tutela de los derechos de la persona ha sido una preocupación constante (aunque oscilante) de toda cultura jurídica. Ello se ha acentuado notoriamente después de la Primera Guerra Mundial. En efecto, si hacemos una mirada retrospectiva, constatamos que el jurista decimonónico regularizaba pormenorizadamente los derechos patrimoniales, dejando de lado aquellos denominados (debido a la carga ideológica imperante) extra-patrimoniales, por cuanto se pensaba que formaban parte del derecho natural y no requerían una tutela específica por parte del derecho positivo. Incluso, cuando comenzó a teorizarse sobre los derechos de la persona, se pretendía –erróneamente- explicar los mismos a través de esquemas propios de los derechos patrimoniales, principalmente, el derecho subjetivo de la propiedad. Es a partir de los aportes de la filosofía existencialista y de la corriente del personalismo ético que el jurista contemporáneo se sensibiliza y comienza a producir modelos jurídicos que se basan en la tutela de la persona, entendida como eje y centro del ordenamiento jurídico[1]. Sin embargo, cada sistema jurídico ha asumido criterios propios en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de la persona y en los mecanismos de tutela de los mismos.

1 Así, Fernández Sessarego, *Un nuovo modo di fare diritto*, en *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura de Visintini, CEDAM, Padova, 1994, p. 238.

Así tenemos que en Alemania se reconoce un derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), el cual está dirigido a la conservación, inviolabilidad, dignidad y libre desenvolvimiento del individuo. Y en el *common law* norteamericano insurge el *right of privacy*, entendido como síntesis de las situaciones jurídicas existenciales de las personas (no como equivocadamente se piensa: sinónimo del derecho a la privacidad). De estos derechos generales (o «madres»), surgen otros derechos especiales (o «hijos»).

Los ordenamientos jurídicos que no han adoptado el modelo de un derecho general de la personalidad, reconocen legislativamente un elenco limitado de derechos de la persona: es el caso de todos los sistemas del *civil law* que siguen el modelo diseñado por el código civil francés.

Esta diferenciación que, producto de un enjuiciamiento apresurado, podría parecer de corte académico, resulta de suma incidencia práctica frente a la adopción de técnicas de tutela frente a posibles abusos que se puedan presentar. En efecto, si tomamos como ejemplo el tema de los abusos de la informática, ante una posible legislación que tenga como objetivo limitar los mismos, se presentan dos posibilidades: si estamos en un sistema como el francés: es imperativo individualizar qué derechos serían los que desea proteger (sea intimidad, identidad, reputación, entre otros), asumiendo la contingencia que pueda quedar desprotegido alguno (imagen o voz, por ejemplo). En cambio, si nos encontramos frente a un sistema como el alemán o el estadounidense, el derecho general de la personalidad, o el *right of privacy*, tutelaría cualquier derecho (o situación jurídica de ventaja) de la persona. Estas situaciones las vemos reflejadas, de alguna manera, en la ley federal de Alemania de 1977, en materia de *Datenschutz,* en el *Privacy Act* de Estados Unidos de Norteamérica de 1974 y en la *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* francesa de 1978.

II. El derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsretch*) de la experiencia alemana frente al derecho a la información

Se ha afirmado con razón que en el derecho alemán, el tema de la tutela civil de los derechos de la persona, si bien es cierto, es objeto de una producción jurisprudencial no siempre coherente, la cual ha generado un debate doctrinario riquísimo, ha sido unánime que en estas

últimas cuatro décadas la jurisprudencia no ha reconocido derechos individuales de la personalidad, sino aspectos especiales (o singulares) de un derecho general, cuyo objeto es la persona humana, entendida en sus «innumerables e incatalogables manifestaciones».[2] Es así que, los intérpretes de la Constitución de Bonn identifican, en los artículos 1º[3] y 2º[4] del *Grundgesetz,* la fuente directa del derecho general de la personalidad, fundado en la inalienable pretensión del hombre del respeto de la propia dignidad y el libre desarrollo de la propia personalidad.[5]

Esta posición subjetiva se configura, en primer lugar como un *Grundrecht*, constitucionalmente protegido frente a cualquier autoridad pública y al mismo tiempo como un derecho subjetivo privado que cada uno puede hacer valer frente a comportamientos lesivos del mismo, realizados por cualquier otro sujeto.[6]

En lo que se refiere a la tutela frente a los conflictos entre el derecho general de la personalidad y el derecho de (y a) la información, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgeritch*), cuenta con una decisión, de fecha 16.07.69 (denominada *Mikrozensusentscheidung*), la cual se refería a la legitimidad constitucional de una revelación estadística de muestreo, que tenía como objeto los viajes de descanso y vacaciones realizados por los ciudadanos alemanes. Frente a la cuestión de la posible lesión –ocasionada por dicha investigación- del *Grundrecht*,

2 Así Somma, en *Corso di Sistemi Giuridici Comparati*, a cura de alpa, Giappichelli, Torino, 1996, 395.

3 Art. 1º "(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder político.
(2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable".
Este último inciso fue reformado por Ley federal del 19.03.56 (la versión en español y los datos han sido tomados de Pina, *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p.116).

4 Art. 2º "(1) Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral.
(2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.
La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser coartados en virtud de una ley" (Pina, *op. cit.*, pp.116-117)

5 Roppo, *I diritti della personalità*, en *Banche dati telematica e diritti della persona*, a cura de Alpa y Bessone, CEDAM, Padova, 1984, p. 73.

6 Roppo, *op. cit.*

codificado en los artículos 1° y 2° de la Constitución, entendida en el sentido que el libre y autónomo desarrollo de la persona del individuo, se concreta en un *Innenraun* «en el cual éste puede retirarse, al cual el ambiente externo no tiene acceso, dentro del cual éste es dejado en paz y goza de un derecho a la soledad»,[7] el *Bundesverfassungsgeritch* observa que, sin embargo, delante de las exigencias de las modernas organizaciones sociales y estatales, este derecho no puede considerarse ilimitado. La Corte concluye que en este caso, debido a la garantía del anonimato y al hecho de que el cuestionario no invadía el *innerste Intimbereich* de los entrevistados, no se veía contraste con el derecho general de la personalidad, constitucionalmente protegido.

Otro caso, de fecha 15.01.70, siempre referente a la declaración de inconstitucionalidad, se refiere al hecho de que si en la evaluación de un procedimiento disciplinario de un funcionario público, fuese legítima la utilización de documentos de su proceso de divorcio, sin el consentimiento previo del ex-cónyuge. Los jueces, partiendo de las consideraciones que la tutela de los derechos de la persona no es ilimitada ni incondicional, que el criterio a utilizar para evaluar si en el caso concreto la intrusión sea ilícita es que la misma sea justificada «en el prevaleciente interés de la colectividad, a la luz de un estricto cumplimiento del requisito de la proporcionalidad»[8] (*Verhaltnismässigkeitsangebot*), se llegó a la conclusión que dicho procedimiento fue ilícito.

Un tercer caso, que se falló con sentencia de fecha 08.03.72, se produjo cuando, en el curso de un proceso penal se incautó, en un estudio médico, la historia clínica del imputado. El *Bundesverfassungsgeritch* repitió fielmente las tres proposiciones de reconocimiento, en vía de principio, del derecho constitucional al respeto de la esfera íntima (*Intimaphäre del Einzelnen*); del carácter relativo, no absoluto, de la tutela y del recurso al criterio del interés público y de la proporcionalidad entre éste y la gravedad de la lesión. Se llegó a la conclusión de que este hecho constituía la violación del *Grundretch* del paciente al respeto de su vida privada (*seines private Bereichs*), aun en el caso de que la historia clínica no esté en posesión del médico tratante pero se encuentre en custodia de un colega que ha revelado la misma.[9]

7 Roppo, *op. cit.*, pp. 74-75.
8 Roppo, *op. cit.*, pp. 75-76.
9 Roppo, *op. cit.*, p. 76.

Particular atención merece la sentencia de fecha 05.06.73. Ciertos *media* se encargaron de difundir, a través de reportajes y entrevistas, un hecho sangriento ocurrido en el pasado, generando la reacción del autor del delito (que no era un personaje público), el cual lamentaba la violación de la propia esfera de la personalidad. Ante el manifiesto conflicto entre el principio de libertad de radiodifusión (*Rundfunkfreiheit*) (consagrado en el Art. 5º[10] de la Constitución federal alemana) y el principio de la protección de la persona (*Persönlichkeitschutz*) (regulado en el Art. 2º), los jueces observaron que ninguno de los dos principios puede pretender, en vía general, una superioridad sobre el otro, siendo necesario realizar una detenida evaluación de intereses (*Interessenabwägung*), evaluando la magnitud –según sea el caso- del interés a la información de la colectividad. En el caso particular de los reportajes sobre graves hechos criminales, el interés a la información de la colectividad prevalece, en línea de máxima, sobre el interés a la tutela de la personalidad del reo. Sin embargo, también en esta materia debe hacerse una concreta aplicación del criterio de proporcionalidad, bajo el cual no puede considerarse admisible una específica identificación del autor del delito, se entiende, en los reportajes de actualidad. Para el caso de los reportajes difundidos después de un cierto tiempo, posterior al suceso, el criterio es mucho más rígido: estos son considerados inadmisibles cuando generen el riesgo de ocasionar un perjuicio nuevo y adicional, particularmente, si ponen en peligro las perspectivas de una reinserción en la sociedad (con la precisión que tal peligro debe presumirse por regla, si la transmisión relativa a un hecho criminal antiguo, que identifique a los ojos del público al autor, sea difundida después de su excarcelación o poco antes de ésta)[11].

En 1977, el *Bundesverfassungsgeritch*, evaluó la constitucionalidad de un procedimiento de incautación, en una organización de asistencia

10 Art. 5º «(1) Todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía están garantizadas. No se ejercerá censura.
(2) Estos derechos tienen su límite en las disposiciones de las leyes generales, las medidas legales adoptadas para protección de la juventud y el derecho del honor personal.
(3) El arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la fidelidad a la Constitución» (Pina, *op. cit.*, pp. 117-118).

11 Roppo, *op. cit.*, pp.76-77.

de toxicómanos, de datos relativos a los usuarios de la misma: se trataba de determinar si estaba en contraste con la garantía constitucional del *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, bajo la doble perspectiva de una posible lesión de la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*) del titular de la organización y del *Grundretch* de los usuarios respecto de su propia esfera personal. Repitiendo una distinción utilizada no pocas veces, la Corte observa que los documentos incautados no comprometen la inviolabilidad de la intimidad personal (*Unantatbare Intimsphäre*); pero sí afectan el ámbito privado (*privaten Bereich*) de los usuarios. La tutela de éstos no se configura de manera absoluta, sino relativa y es medida sobre la base del socorrido criterio de la proporcionalidad: el procedimiento es declarado ilegítimo si la lesión que se originaría en la esfera privada (también desde el aspecto de un eventual perjuicio a la terapia en curso) es desproporcionadamente grave respecto de los objetivos perseguidos con el secuestro y se precisa que tal desproporción es *in re ipsa* cuando la incautación se funde en la genérica sospecha que los usuarios sean imputables de adquisición y tenencia ilegal de estupefacientes.[12]

Finalmente, se señala una interesante aplicación del *allgemeines Persönlichkeitsrecht*, hecha por un juez administrativo, con fecha 03.09.70. Una trabajadora había solicitado, sobre la base de la normatividad relativa a la seguridad social, el reembolso de los gastos del parto realizados por un embarazo fuera del matrimonio. Frente al rechazo del ente erogador, motivado por la observación que la pretensión del reembolso se hubiera podido hacer valer ante el padre natural, la trabajadora lo impugna. El *Bundesverfassungsgeritch* le da la razón, basándose en el derecho constitucional de la mujer respecto de su *Intimsphäre*, fundado a su vez, en el *Grundretch* al libre desarrollo de la personalidad.[13]

12 Roppo, *op. cit.*, p.78.

13 Los jueces motivaron que tal derecho «vale ciertamente también en las relaciones entre dependientes y empleador y cubriendo, sin lugar a dudas, las decisiones autónomas del sujeto en orden a sus relaciones extramatrimoniales que tengan como consecuencia el nacimiento de un hijo natural, cubre además la decisión de la mujer de revelar, o no, la identidad del padre, y de hacer valer, o no, en contra de éste, pretensiones patrimoniales vinculadas con el embarazo y el parto» (Roppo, *op. cit.*, p. 79).

III. El *right of privacy* del *common law* norteamericano

En lo que se refiere a este derecho, resulta forzoso comenzar con la historia de un joven abogado que se había casado con la hija de un senador y que había comenzado a tener una vida particularmente lujosa y dispendiosa. El escenario: Boston, el año: 1881. Este hecho comenzó a llamar la curiosidad y generó comentarios en los periódicos en sus crónicas mundanas, hasta llegar a ocasionar un escándalo. Este abogado, llamado Samuel D. Warren, irritado con la invasión a su vida privada, se asoció con un antiguo compañero de estudios de la Universidad de Harvard, Louis D. Brandeis, quien después sería juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y conjuntamente escribieron un ensayo, titulado *The right to privacy*, que fue publicado en la *Harvard Law Review*. Según estos dos autores, todo individuo tiene el derecho *to be let alone*, de ser dejado en paz, de proteger su soledad, es decir su vida íntima, tanto como tiene el derecho de proteger su vida privada[14].

Se afirma, con razón que «las discusiones teóricas y las complejas experiencias de estos años muestran que la *privacy* se presenta ahora como una noción fuertemente dinámica y que se ha establecido una estrecha y constante interrelación entre los cambios determinados por las tecnologías de la información (pero también por las tecnologías de la reproducción, de la ingenería genética) y los cambios del mismo concepto. Una definición de la *privacy* como "derecho a ser dejado solo", como simple reserva, desde hace tiempo ha perdido un significado general, aunque si individualiza un valor, asume un aspecto esencial del problema y puede ser aplicada a situaciones específicas».[15]

El *right of privacy* ha evolucionado tanto desde su reconocimiento jurisprudencial que ha desbordado su concepción inicial. Es por ello que se sostiene que una traducción del mismo en términos de «derecho general de la personalidad» sería más apropiada que una traducción gramatical de simple «derecho a la reserva», palabras «que sonarían verdaderamente reductivas frente a la intensidad y a la riqueza semántica contenida en la fórmula de la *privacy*».[16] Resulta sumamente inte-

14 Frosini, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, en *Banche dati telematica e dirirri della persona*, *op. cit.*, p.29.

15 Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Sagitari Laterza, Roma-Bari, 1992, p.189.

16 Roppo, *op. cit.*, p.62. En esta mismo sentido, se afirma que «la propuesta de mantener

resante observar el proceso (y los cambios dentro del mismo) por el cual ha pasado este derecho.

El derecho a la *privacy* no encuentra una mención expresa, ni una tutela específica en ningún artículo de la Constitución norteamericana y, sin embargo, éste expresa valores constitucionales. Su tutela constitucional se ha afirmado a través de numerosas decisiones de la Corte Suprema. Dentro del *right of privacy* conviene distinguir la *privacy of disclosure*[17] de la *privacy of autonomy*[18].

3.1 Tutela de la *privacy of disclosure*

Las decisiones que se refieren a la *disclosural privacy*, se basan en la cuarta enmienda de la Constitución[19], que es la que más se aproxima a regular esta situación, a falta de una disposición expresa. Un caso de antigua data (1886) es *Boyd vs. United States*, en el cual se concluye con una declaración de inconstitucionalidad de una ley que consentía que en los procesos en material fiscal, el juez pudiese imponer al demandado exhibir en el proceso libros contables, así como otros documentos privados y en el caso de falta de cumplimiento, se preveía que las informaciones o alegatos, recogidos en contra del sujeto, deberían con-

inalterado el vocablo de «*privacy*», sin intentar una traducción mecánica, parece ser la más adecuada», por cuanto los lemas equivalentes en otro idioma «no describen sino aspectos singulares, circunscritos y no revelan la complejidad de las situaciones en referencia» (Alpa, *Privacy e statuto dell'informazione*, en *Banche dati telamatica e diritti della persona*, ob. cit., p. 201). Asimismo, el autor, citando a Prosser, afirma que las figuras de *privacy* que se han delineado son esencialmente cuatro (*op. cit.*, pp.235-236):

1. La intrusión en la soledad o en el apartamiento del individuo (es el denominado «derecho a ser dejado solo»).
2. La revelación al público de hechos embarazosos.
3. La lesión de la reputación del individuo o su representación bajo una falsa luz.
4. La apropiación y el uso del nombre con fines lucrativos.

17 La cual es definida como «el derecho a controlar el flujo de información que se refiere a los detalles de la individualidad de cada uno» (Roppo, *op. cit.*, p. 63).

18 Entendida como «el aspecto de la *privacy* concerniente a la habilidad individual de decidir realizar ciertos actos o asumir ciertas experiencias sin sufrir interferencias externas» (Roppo, ob. cit).

19 Que establece lo siguiente: «El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas».

siderarse probados. La declaración de inconstitucionalidad es fundada en un concepto amplio de *privacy* tutelada por la cuarta enmienda: un concepto tan amplio que es entendido de manera «desmaterializada», carente de referencias físicas. Se establece que la cuarta enmienda tutela la *privacy* del individuo, no sólo contra «la ruptura de sus puertas y el rebuscamiento de sus cajones», sino también contra «la invasión de su indefenso derecho a la seguridad personal, libertad personal y propiedad privada».[20]

Esta posición sufre un viraje extremo en 1928, con la decisión del caso *Olmatead vs. United States*, donde la tutela (amparada en la cuarta enmienda) se restringe a proteger este derecho sólo frente a intromisiones de tipo material. Se trataba de juzgar la legitimidad de una interceptación telefónica dispuesta por la autoridad con la finalidad de prevenir una sospecha de tipo criminal. Con una reducida mayoría (cinco a cuatro), la Corte se decidió por la inexistencia de una violación inconstitucional del *right of privacy* protegido por la cuarta enmienda, por cuanto se entendió que este prohibe sólo formas de «*actual physical invasion*» de la habitación del ciudadano (que en el caso no se había verificado, puesto que el instrumento para la interceptación había sido colocado en cables externos a la casa), y además se refiere a la búsqueda de cosas tangibles (mientras que en esta ocasión la autoridad apuntaba a captar palabras expresadas oralmente, de ninguna manera asimilables a objetos materiales), llegando a considerar que la *privacy* fuese tutelable en los límites de un *trespass* en sentido técnico.[21]

Entre los jueces de minoría, el *dissent* más enérgico contra tal concepción (materialista y restrictiva) del ámbito de tutela de la *privacy* fue expresado por Brandeis, quien sostuvo lo siguiente: «los autores de nuestra Constitución buscaban proteger a los americanos en sus creencias, sus emociones y sus sensaciones» y para tal efecto «ellos confirieron, junto con el Gobierno, el derecho a ser dejado solo – el más comprensivo de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados».[22]

En 1967, con la decisión del caso *Katz vs. United States*, la Corte Suprema retorna a una concepción de *privacy* más «espiritualizada» y,

20 Roppo, *op. cit.*, p. 64.
21 Roppo, *op. cit.*
22 Roppo, *op. cit.*, p. 65.

por consiguiente, a una tutela más amplia. En este caso se excluye la admisibilidad de pruebas obtenidas interceptando y registrando una conversación telefónica efectuada desde una cabina pública. De manera explícita, se descarta la idea que el límite de la esfera individual protegida, a título de *privacy*, pueda identificarse dando trámite a una calificación de los espacios físicos en los cuales el individuo opera: los jueces observan que «la cuarta enmienda protege las personas, no los lugares». Mientras lo que uno concientemente expone al público, incluso en su casa o en su trabajo, «no cae bajo la tutela de la cuarta enmienda», contrariamente «lo que él tiende a mantener reservado, incluso en un espacio abierto al público, puede ser constitucionalmente protegido». Concretamente: la tutela de la *privacy* es autónoma de la tutela del domicilio, y está vinculada a la existencia de una inmaterial *zone of privacy* que es inherente a la persona, sea cual fuere el lugar donde ésta se encuentre.[23]

Este grupo de sentencias permite ver con mayor claridad que es imposible aprehender las situaciones jurídicas existenciales (*privacy*) a la luz de los criterios propios de las situaciones jurídicas patrimoniales (*property*). En efecto, cada una de ellas se desenvuelve en dos categorías distintas: la primera en la categoría del ser y la segunda en la categoría del tener. Cada una con sus propios principios e ideología[24].

3.2. Tutela de la *privacy of autonomy*

Dentro del conjunto de casos que forman parte de la *privacy of autonomy*, se encuentra *Griswold vs. Connecticut*. En 1965, la Corte Suprema juzgó como inconstitucional (limitadamente a su aplicación con respecto a las parejas casadas) un *statute* que prohibía la prescripción y el uso de anticonceptivos. La razón de la inconstitucionalidad

23 Roppo, *op. cit.*

24 Así, con acierto se opina que: «En esta materia no se puede aplicar el derecho subjetivo elaborado sobre la categoría del tener. En la categoría del ser no existe la dualidad entre sujeto y objeto porque ambos representan el ser y la titularidad es institucional, orgánica. Donde el objeto de tutela es la persona, la perspectiva debe cambiar; se vuelve necesidad lógica reconocer, por la especial naturaleza del interés protegido, que es justamente la persona la que viene a constituir, al mismo tiempo, el sujeto titular del derecho y el punto de referencia objetivo de la relación» (Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p.323).

fue identificada en la lesión que se ocasionaba al *constitucional right of privacy*, especificado en su particular acepción de *marital privacy*, vale decir, de libertad de autodeterminarse en los propios comportamientos familiares, sin interferencias o limitaciones por parte de la autoridad pública.[25]

Otro caso, *Eisenstadt vs. Baird*, relativo también a la libertad de usar anticonceptivos, se presentó en 1972. La novedad está en reconocer esta libertad también a personas no unidas en matrimonio. Se realiza una ampliación significativa en la esfera de la aplicación del *right of privacy*, a nivel de la denominada *privacy of the bedroom*, referida al individuo como tal y no sólo al individuo que forma parte de una relación conyugal formal.[26]

En 1973, se incorporó a esta familia de supuestos, la decisión de la Corte Suprema en el caso *Roe vs. Wade*, en el cual se declaró inconstitucional un *statute* que prohibía el aborto, salvo cuando había peligro de vida de la mujer (se trataba de una mujer no casada). La decisión se fundó en el reconocimiento de un «derecho absoluto» de la mujer de interrumpir el embarazo dentro del primer trimestre: un derecho en el cual la Corte no ve sino la especificación del general *right of privacy.*[27]

También en 1969 la Corte Suprema reconoció, en el caso *Stanley vs. Georgia*, el derecho de tener, en la propia casa, material obsceno, fundándose, en una parte, por la primera enmienda[28] y en otra, por la existencia de un «derecho fundamental a ser libre, salvo en bien limitadas circunstancias, frente a indeseadas intrusiones del gobierno en la

25 Roppo, *op. cit.*, p.69.

26 Roppo, *op. cit.*, pp.69-70.

27 Roppo, *op. cit.*, p.70. Sobre este caso, ya habíamos advertido que el abuso del ejercicio del derecho a la *privacy*, entendido en sentido lato, como un poder de autodeterminación sin ser armonizado con los intereses de los demás, amenaza con devenir, usando una feliz expresión de Beccaria, vuelta a proponer por Rodotà, en otro «terrible derecho», junto a la propiedad (Busnelli, *Diritti unami e civiltà giuridica. Riflessione di un civilista*, en *Rass. Dir. Civ.*, 2, 1991, p.243). Dijimos que: «ocurre percibir el derecho en una dimensión de coexistencialidad, tratando de funcionalizar recíprocamente los intereses de las partes en conflicto y tutelando a las partes débiles, así dejaremos de visualizar unilateralmente la experiencia jurídica y la entenderemos de una manera más solidaria» (Espinoza Espinoza, *Estudios de Derecho de las Personas*, segunda edición, Huallaga, Lima, 1996, pp.139-140).

28 Que establece lo siguiente: «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión oficial del Estado o se prohiba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios».

privacy de uno». Sin embargo, en el caso *Paris Adult Theatre I vs. Slaton*, en el cual la Corte Suprema estudió el problema si el derecho a la *privacy*, cubría también la protección pública de las películas obscenas, sobre la base de lo decidido en el caso *Stanley vs. Georgia*, se asumió una actitud negativa, por cuanto la *privacy of the home* no puede equipararse, a nivel de intensidad de tutela, a una *general zone of privacy* que tenga el consumidor de material obsceno dondequiera se encuentre.[29]

Todos estos casos permiten llegar a la conclusión que la diferencia fundamental entre *disclosural privacy* y *privacy of autonomy*, es que en la primera, la Corte Suprema afirma una tutela amplia, que no está vinculada a la referencia de lugares físicos ni a la habitación del mismo, sino a la *persona* del individuo. Contrariamente, la *privacy of autonomy*, goza de una protección generalmente circunscrita a las actividades que el sujeto desenvuelve en su propia casa[30], incluyendo dentro de las mismas, a las decisiones vitales del mismo (las cuales no se circunscriben a un ámbito geográfico determinado).

IV. Propuesta para un redimensionamiento del denominado Derecho General de la Personalidad

La experiencia alemana del *allgemeines Persönlichkeitsretch* y norteamericana de la *privacy*, son ejemplos emblemáticos de aplicación legislativa, a nivel constitucional, de lo que en doctrina se llama teoría monista, en la cual (como ya lo advertimos anteriormente) se admite la existencia de un solo derecho general de la responsabilidad, del cual se desprenden derechos «hijos». La teoría atomista, en cambio, admite la existencia de una pluralidad de derechos de la persona. La percepción tradicional de asumir una u otra teoría, lleva consigo la consecuencia de admitir (o no) el reconocimiento que nuevas situaciones jurídicas existenciales ingresen a formar parte de la familia de los derechos de las personas.[31]

29 Roppo, *op. cit.*

30 Roppo, *op. cit.*, p. 71.

31 Así, cuando se explica que: «la persona, en su relevancia *sub specie iuris*, es entendida en sentido atomista y pluralista, como resultado de toda una serie de derechos expresamente

Desde mi punto de vista, el hecho de que se hable de un derecho o de varios derechos de la personalidad, nada tiene que ver con la tipificación de tales derechos y la consiguiente exclusión de otros: esta selección corresponde a un momento posterior, el cual es el de la técnica legislativa a optarse para regular los derechos de las personas. Parece más importante distinguir primero los niveles en los cuales se pueden entender los derechos de las personas, los que, como todo producto jurídico, tienen una dimensión normativa, valorativa y ontológica.[32]

En efecto, en el plano valorativo existe un solo fundamento de los derechos de las personas, que es la realización el proyecto vital de existencia de la persona, su realización como ser humano, entendido éste como un valor en si mismo.[33] Este fundamento «único» no es más que el *allgemeines Persönlichkeitsretch* de los alemanes (que lo entienden a

reconocidos por el legislador a tutela de los intereses connaturales a la persona misma, pero específicamente individualizados; o en sentido global o unitario, como expresión de la acción de todo el conjunto de leyes positivas que tienen como finalidad la conservación y el desarrollo del sujeto, por una parte, y de las potencialidades intrínsecas de la persona emergentes en el ordenamiento y por otra. La diferencia entre los dos puntos de vista, sobre el plano práctico, es tal de poder conducir también a resultados del todo diversos e, incluso, opuestos: la tutela de un determinado interés de la persona que no corresponda a alguna de las tipificaciones normativas [...] es de excluirse o de incluirse en la categoría en la cual se engloba la tutela de la persona según que se adopten las teorías pluralistas o las unitarias. Estas últimas parecen, en el panorama cultural actual, prevalecer netamente» (Messinetti, *Personalità (diritti della)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1983, p.356).

32 Así, se afirma que «la realidad jurídica es compleja. Existe una pluralidad de elementos que integran la ciencia jurídica. Y para captar adecuadamente lo "jurídico" se requiere no prescindir de ninguno de ellos. Los estratos ontológico, estimativo y lógico se exigen mutuamente en una unidad. En la unidad del Derecho. Podemos apreciar aisladamente la conducta como libertad, las normas como pensamiento y los valores como seres ideales objetivos con validez propia, pero para captar "lo jurídico" en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad» (Fernández Sessarego, *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*, Studium, Lima, 1987, p.96).

33 Así, Rivera, cuando sostiene que: «Pese a que reconocemos distintas especies de derechos de la personalidad [...] debe puntualizarse con toda claridad que ellos reconocen un fundamento único, y que está dado, por el reconocimiento de que la personas tiene un valor en sí misma, y como tal cabe reconocerle una dignidad», *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 25).). Sin embargo, esta posición no es unánime en doctrina, afirmándose que el objeto de los derechos de la persona lo constituyen «manifestaciones determinadas físicas o espirituales de la personas, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos» (Cifuentes, *Derechos personalísimos*, 2ª. edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1995, p.175).

nivel normativo y no valorativo).[34] en su contenido, el fundamento único y el derecho general de la personalidad alemán no son más que la misma cosa y si queremos ser más técnicos, diré que hay identidad conceptual en ambas figuras. En el plano normativo entiendo que no se puede hablar de un solo derecho de la persona sino de una pluralidad, porque resulta obvio que todo ordenamiento jurídico reconoce (y va reconociendo) diversas situaciones jurídicas existenciales merecedoras de tutela jurídica.[35]

En lo que se refiere al aspecto de la técnica legislativa a utilizarse para la tutela de los derechos de la persona, independientemente de la posición que se asuma -vale decir-, uno o varios derechos resulta más conveniente aquella del *numerus apertus*. Por ello, coincidimos plenamente con quien sostiene que «No hay, en consecuencia, un número cerrado de derechos de la persona. Al lado de los derechos subjetivos perfectos, tipificados por el ordenamiento jurídico positivo, existen otros intereses de la persona que se erigen en derechos subjetivos imperfectos en la medida que, fundándose y derivándose de la propia dignidad de la persona humana, son también dignos de tutela jurídica».[36]

---

34 Así, «no es, pues, el caso de reducir a un solo y único derecho los múltiples derechos de la persona hasta hoy puestos en evidencia, sino a vincular o conectar esencialmente todos ellos con un fundamento único, lo que de hecho se produce en cuanto todos y cada uno de tales derechos se refieren siempre al yo» (Fernández Sessarego, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, 1992, p.45).

35 Espinoza Espinoza, *Aspetti attuali dei diritti delle persone nel codice civile peruviano*, en *La riforma del codice civile. Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati*, CEDAM, Padova, 1994, p.204.

36 Fernández Sessarego, *op. cit.*, pp.37-38, quien afirma que: «no es técnicamente inadecuada la presencia de una pluralidad de derechos referidos a la protección de la persona humana siempre que, mediante cláusulas generales y abiertas, se permita al juez tutelar cualquier interés existencial no considerado como un derecho subjetivo típico por el ordenamiento jurídico positivo. Mediante este recurso de técnica jurídica, que comienza a incorporarse a ciertos ordenamientos jurídicos, se consigue superar la principal objeción sustentada contra el planteamiento ofrecido por la teoría pluralista. Es decir, el de su radical insuficiencia para lograr la protección integral y unitaria del ser humano.

No es contradictoria, sino más bien necesariamente complementaria, la contemporánea existencia de un fundamento único y general de tutela de la persona, como lo pretendería el monismo, y la presencia de una multiplicidad de derechos que, bajo un criterio técnico, constituyen sus indispensables especificaciones. La pluralidad de derechos de la persona insertos en el ordenamiento jurídico deberían interpretarse, en todo caso, como aplicaciones y desarrollos de una multiplicidad de intereses de la persona humana» (*op. cit.*, p.47).

Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico

Freddy Escobar Rozas

I. Introducción

En tiempos en los que la atención de los juristas se suele centrar -con justa razón- en la solución de los no pocos problemas que ha traído tanto el desarrollo tecnológico como el nuevo orden económico, resulta sumamente preocupante constatar el abandono en el que paulatinamente ha caído, el estudio de la teoría general del Derecho. Y es que si se tiene presente que esta disciplina es la que proporciona las herramientas indispensables que permiten interpretar y aplicar, correctamente las normas jurídicas,[1] fácilmente se comprenderá lo peligroso que resulta, para el que estudia o ejerce la profesión de abogado, descuidar el cultivo de las categorías fundamentales del Derecho, pues sin el dominio de las mismas de poco servirá el manejo que se pueda tener sobre unas cuantas leyes novedosas.

1 Un ejemplo de cómo influye, en la interpretación y aplicación de la ley, la postura que se adopte sobre determinadas cuestiones vinculadas a la teoría general del Derecho, puede ser encontrado en la explicación que Manuel de la Puente y Lavalle realiza sobre los alcances del artículo 1383º del Código Civil. Para quien atentamente siga el camino recorrido por este autor en su afán de sostener que sólo la incapacidad absoluta está comprendida en el supuesto de hecho del artículo en cuestión (que regula autonomía de la oferta), será fácil descubrir que su tesis rinde tributo al método de la «jurisprudencia de conceptos». Notoria es la diferencia de resultados si al amparo de otro método, el de la «jurisprudencia de intereses», se descubre que, para efectos de determinar si la oferta es o no autónoma, poco interesa si la incapacidad sobrevenida del oferente es absoluta o relativa (ver: Manuel De La Puente y Lavalle, **El Contrato en General, Para Leer el Código Civil** vol. XI, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, parte primera, tomo II, p. 375).

Uno de los institutos más importantes de la teoría general del Derecho es, sin duda, el deber jurídico. En efecto, el deber jurídico no sólo penetra todas las ramas del Derecho, dirigiendo o encausando los comportamientos de los sujetos a los cuales ellas se dirigen, sino que también fija el alcance de la libertad personal, tal como lo reconoce el literal a) del numeral 24) del artículo 2º de nuestra Constitución.

Paradójicamente, la doctrina nacional no le ha prestado al deber jurídico la más mínima atención,[2] de modo que puede afirmarse, sin temor a equívoco, que esta institución es una de las más desconocidas en el medio, hecho que lamentablemente ha traído funestas consecuencias.[3]

En este poco halagador contexto, las líneas que siguen desarrollarán algunas cuestiones fundamentales del deber jurídico, tratando así de contribuir al esclarecimiento de sus contornos. Antes de empezar, es preciso advertir que no se abordará aquí, por razones de espacio, la cuestión relativa al origen del deber jurídico; origen que debe ser encontrado en la vieja *obligatio* romana.

2 Es justo indicar, sin embargo, que incluso la doctrina comparada ha descuidado el estudio del deber jurídico como categoría general. No en vano un jurista de la talla de Santi Romano en su momento afirmó que «*Delle varie figure giuridiche soggetive, che recenti indagini si sforzano di distinguere e definire con sempre maggiore precisione, quella che è rimasta più nell'ombra è senza dubbio la figura del dovere o dell'obbligo, ritenuta generalmente unica e promiscuamente designata con l'una o l'altra di queste due parole*» (ver: Santi Romano, Doveri. ***Obblighi, Frammenti di un Dizionario Giuridico,*** Dott. A. Milano, Giuffrè Editore, 1947, p. 91).

3 Sólo el desconocimiento de la esencia del deber jurídico (y, por ende, de la esencia de la obligación, que es un tipo deber jurídico) puede explicar el hecho que el legislador del Código Civil haya contemplado, por un lado, una serie de figuras contractuales cuyos efectos en ningún caso pueden ser reconducidos a la figura del deber jurídico (p.e. contrato de opción, promesa de hecho ajeno, etc.) y declarado paladinamente, por el otro, que el contrato sólo tiene efectos obligacionales, con lo que acepta y promueve -indebidamente- la aplicación de las normas relativas a las obligaciones, a relaciones contractuales cuya naturaleza impide tal cosa (paradigmática resulta a este efecto la postura de Max Arias Schreiber en torno a la promesa de hecho ajeno, desde que la misma consiste en considerar que el promitente asume una obligación de hacer -y no un estado de sujeción-. Por tal motivo, en problemas se ve el autor -aunque no lo advierta- cuando a pesar de su concepción sobre los efectos de este contrato, sostiene, por ejemplo, que ante la muerte del tercero -caso fortuito- el promitente -deudor- debe pagar la indemnización. Ver: Max Arias Schreiber, **Exégesis**, Lima, Librería Studium Ediciones, 1986, tomo I, p. 286).

II. El deber jurídico como situación jurídica subjetiva

Según la apreciación unánime de la doctrina,[4] el ordenamiento jurídico no es sino un conjunto de normas que operan sobre el dato de la realidad humana, el cual está representado por intereses y actividades que se desarrollan sobre el plano social. La función que aquel ordenamiento cumple con esta intervención consiste en valorar, tutelar y dirigir la efectiva realización de una serie de actividades y, por ende, la satisfacción de un conjunto de intereses.

Ahora bien, esta función es efectuada con un fin específico que fundamenta la existencia del ordenamiento jurídico y justifica incluso su imposición coactiva: el logro de la pacífica convivencia entre los seres humanos.[5] Para alcanzar este supremo fin resulta indispensable, empero, que los sujetos que conforman la comunidad vean realizados, en alguna forma, los intereses que su propia naturaleza humana les plantea; pues, de lo contrario, la posibilidad de que los mismos convivan de manera pacífica se tornaría sumamente remota. Y aquí hay fundamentalmente dos opciones a tomar: o el Estado -o la organización que haga sus veces- satisface directamente los intereses de sus súbditos o se les deja a éstos la tarea de hacerlo. Si se escoge esta segunda opción, como ocurre siempre, en menor o mayor medida, el ordenamiento jurídico debe otorgar las herramientas necesarias para el efecto. Dichas herramientas son las denominadas, «situaciones jurídicas subjetivas».

Según una autorizada opinión,[6] la «situación», en general, es un elemento de la existencia; y ésta, a su vez, es estar en el mundo y poder darse forma.

Cuando se habla de «situación jurídica subjetiva», sin embargo, no se alude a otra cosa que a la posición que asume el sujeto frente a las reglas de Derecho.[7] En consecuencia, dicha situación puede ser defini-

4 Así: Vittorio Frosini, **La Estructura del Derecho**, traducido por Antonio Enrique Pérez Luño y M. J. Magaldi Paternosto, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974, p. 35; Rosario Nicolò, ***Le Situazioni Giuridiche Soggetive***, Letture di Diritto Civile, raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti, Cedam, Padova, 1990, p. 129.

5 Así: Pietro Trimarchi, ***Istituzioni di Diritto Privato***, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 44.

6 Luis Legaz y Lacambra, **Introducción a la Ciencia del Derecho**, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1943, pp. 540 y 541.

7 En tal sentido: Paolo Zatti y Vittorio Colussi, ***Lineamenti di Diritto Privato***, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1989, p. 63; Umberto Breccia; Lina Bigliazzi Geri;

da como una «circunstancia» de la existencia jurídica personal, en la cual están contenidas en potencia una o más posibilidades de la vida del sujeto (de derecho), con arreglo a las cuales (i) se satisface un interés -considerado «digno»- o (ii) se sacrifica otro.[8]

Ahora bien, así entendida la situación jurídica subjetiva, es a todas luces claro que ella no puede ser considerada como «fenómeno» que subsume a la relación jurídica intersubjetiva, ya que, por definición, ésta es un simple vínculo que une algo que «afecta» a cada uno de los individuos que son parte activa y pasiva en la misma. Y ese «algo», por cierto, no es otra cosa que la situación jurídica subjetiva, en tanto que ésta constituye una determinada manera de estar respecto de los preceptos que conforman el derecho objetivo.

Sobre la situación jurídica subjetiva, repetidamente se ha afirmado, y con razón, que ha conseguido desplazar al derecho subjetivo en su función de concepto central del Derecho. Pero hay que ser cuidadosos. La situación jurídica subjetiva no ha superado, como afirman algunos,[9] al derecho subjetivo sobre la base de «enriquecer» su «unidimensionalidad».[10] En realidad, la referida situación ha reemplazado al men-

---

Ugo Natoli; Francesco Busnelli D.: **Derecho Civil**, traducido por Fernando Hinestroza, Bogotá, Universidad Externado, 1992, tomo I, vol. I, p. 352.

8 Sustancialmente conformes: Giorgio De Semo, ***Istituzioni di Diritto Privato***, Firenze, G. Barbera Editore, 1952, p. 897; Luis Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 541.

9 Carlos Fernández Sessarego, **Abuso del Derecho**, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1992, p. 65 y ss.

10 La afirmación de que el concepto de derecho subjetivo es «unidimensional» (situación pura de libertad) y por ello «limitado» (en su significado de «insuficiente») no puede ser compartida. Así, no existe defecto alguno que se le pueda reprochar a este concepto, en tanto que la presencia de una situación de necesidad, que es la «opuesta» a la contemplada en el mismo, resulta imposible. Esto no significa, ciertamente, que el derecho subjetivo no conozca una serie de límites. Pero de ahí a sostener la necesaria «bidimensionalidad» de su concepto (lo que significa incorporar en éste al deber), hay un paso que por mandato de la razón no puede ser dado. Por ello, afirmar, como lo hace Fernández Sessarego, que el «[...] derecho subjetivo incluye, simultáneamente y en su propia entraña, un deber [...]» (El histórico problema de la capacidad jurídica, **Código Civil Peruano. Diez Años. Balances y Perspectivas**, Lima, Universidad de Lima, 1995, tomo I, p.102); y, peor aún, que ambos (derecho y deber) conforman un concepto mayor como el de «situación jurídica subjetiva» (*op. cit.*, p. 103), es extraviarse; pues no se entiende cómo un derecho subjetivo puede incluir un deber jurídico, desde que resulta imposible afirmar -salvo que en el discurso empleado la coherencia constituya algo de lo que se pueda prescindir- que un individuo tiene, a la vez, la libertad y la necesidad de hacer algo. Y en defensa de la tesis criticada no cabe acudir, como lo hace Fernández Sessarego, a casos como el previsto en el artículo 19º de nuestro Código Civil, según el cual toda persona

cionado derecho -en su papel de «partícula» fundamental del ordenamiento- por comprender dentro de sí a una pluralidad de «posiciones» que, «afectando» a los sujetos, no pueden ser reconducidas a los esquemas de la *facultas agendi*.

La situación jurídica subjetiva, en tanto «posición» del sujeto frente a las reglas de Derecho -las cuales tienen como función resolver los conflictos de intereses-, no puede sino responder a una determinada valoración del ordenamiento jurídico respecto de la primacía o la subordinación del interés que le sirve de presupuesto. En efecto, si, como anteriormente se indicó, los individuos que conforman una sociedad requieren satisfacer sus distintos intereses, a fin de que se creen las condiciones necesarias para el logro de una «pacífica convivencia», el conjunto de reglas que los regula necesariamente tiene que establecer las formas para alcanzar aquel propósito -esto es, la realización de los referidos intereses-. Y como quiera que frente a los bienes «insuficientes» la solución que se adopte va a significar, en cualquier caso, el sacrificio de un interés, la situación jurídica subjetiva tiene que reflejar o la «supremacía» o la «subordinación» del mismo.

Cuando ocurre lo primero, esto es, cuando la situación jurídica subjetiva refleja la «supremacía» de un interés frente a otro, se dice que la misma es de ventaja. En este sentido, se ha definido a esta clase de situación como aquella que, considerando un particular interés, garantiza a quien lo experimenta la obtención de su realización.[11] Cuando ocurre lo segundo, esto es, cuando la situación jurídica subjetiva refleja la «subordinación» de un interés frente a otro, se dice que la misma es de desventaja. En este sentido, se ha definido[12] a esta clase de situación

tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, ya que es claro que el referente objetivo del derecho de llevar un nombre es distinto del referente objetivo del deber de hacerlo, de donde se sigue sin dificultad que este último no puede estar alojado en la entraña del primero. Lo dicho, obviamente, no supone que no existan situaciones complejas -resaltamos el adjetivo calificativo- en las cuales el individuo sea portador de derechos, deberes, cargas, intereses legítimos, etc. Pero nótese que una cosa es decir que, por ejemplo, por el hecho de ser parte compradora tengo una serie de derechos y deberes, y otra muy distinta que por ser titular del derecho de exigir la entrega del bien ostento deberes que forman parte de aquél.

11 Así: Umberto Breccia; Lina Bigliazzi Geri; Ugo Natoli; Francesco D. Busnelli, *op. cit.*, tomo I, vol. I, p. 353.

12 Así: Umberto Breccia; Lina Bigliazzi Geri; Ugo Natoli; Francesco D. Busnelli, *op. cit.*, tomo I, vol. I, p. 355.

como aquella que impone un «sacrificio» a su titular, a fin de asegurarle una situación jurídica subjetiva -de ventaja- vinculada, su existencia o su realización.

Ahora bien, la situación jurídica subjetiva de ventaja puede ser, a su vez, activa o inactiva, cosa que depende de la posibilidad de obrar que acuerde para su titular en relación con la satisfacción de su interés. Así, es «activa» la situación si es que permite obrar para realizar el interés que le sirve de presupuesto; e «inactiva» si es que, por el contrario, no permite obrar para obtener dicho resultado.[13] Vistas de esta manera las cosas, se puede afirmar que constituyen situaciones jurídicas subjetivas de ventaja activas, el derecho subjetivo y el poder jurídico; y que constituye una situación jurídica subjetiva de ventaja inactiva, el interés legítimo.[14]

13 Así: Umberto Breccia; Lina Bigliazzi Geri; Ugo Natoli; Francesco D. Busnelli , *op. cit.*, tomo I, vol. I, p. 356.

14 Conviene aclarar, sin embargo, que éstas no son las únicas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja que existen, pues es perfectamente factible encontrar una serie de situaciones «innominadas» que, sea por «proteger» o por «subordinar» cierto interés, deben ser incluidas dentro de las categorías estudiadas. A título de ejemplo, puede citarse como situación jurídica subjetiva de ventaja innominada a la que ostenta el propietario (o más genéricamente, al titular de un derecho real) frente a los terceros que están impedidos de actuar sobre la cosa objeto de su derecho. En efecto, dicha situación no puede ser reconducida -como equivocadamente se ha pretendido hasta no hace mucho- a la figura del derecho subjetivo, en tanto que el propietario carece de facultad de obrar para satisfacer su interés. Así, reconociendo que, respecto de dichos terceros, el interés del propietario consiste en que éstos no interfieran en el libre goce de la cosa, resulta claro que el propietario no tiene pretensión alguna frente a los mismos, ya que no puede exigirles la realización de conducta alguna (si lo hace, esto es, si efectivamente el propietario exige a tales terceros, mediante una manifestación de voluntad expresa o tácita, el «respeto de su derecho» -o, lo que es lo mismo, el cumplimiento del deber genérico de no interferir en la esfera ajena-, ninguna consecuencia jurídica se derivará, de donde se sigue que para el ordenamiento jurídico es absolutamente indiferente la actitud asumida por aquel). Es cierto que el propietario puede obrar cuando los terceros violan el deber genérico a su cargo -o cuando existe el peligro de que ello ocurra-; pero es cierto también que la posibilidad de hacerlo (a través del ejercicio de las acciones posesorias e interdictales) se reconduce, no a su derecho de propiedad, sino a los mecanismos de tutela de la posesión. Por lo tanto, es claro que, en una situación de normalidad, el propietario carece de pretensiones (y en general de derechos) contra los terceros que de hecho pueden actuar sobre el objeto de su derecho. Esto no significa, sin embargo, que dicho propietario carezca de una situación jurídica subjetiva de ventaja frente a tales terceros, ya que el interés que tiene en no ser interferido en el libre goce de la cosa sobre la cual recae su derecho resulta valorado positivamente por el ordenamiento, en tanto que éste conecta, por un lado, un deber genérico tendiente a la satisfacción de dicho interés; y otorga, por el otro, medios de protección frente a la lesión -o el peligro de lesión- del mismo. Lo que ocurre es que la posición de ventaja que tiene el propietario no puede ser reconducida a las viejas figuras del derecho subjetivo y el interés legítimo.

Por su parte, la situación jurídica subjetiva de desventaja puede ser, también, activa o inactiva, dependiendo de si su titular debe o no obrar para actuar su contenido (o para «cumplirlas»). En este sentido, se puede afirmar que el deber jurídico y la carga constituyen los dos supuestos de situación jurídica subjetiva de desventaja activa, mientras que la sujeción constituye el único supuesto de situación jurídica subjetiva de desventaja inactiva.

III. Teorías sobre la esencia del deber jurídico

Como se acaba de ver, el deber jurídico es una situación jurídica de desventaja activa, en tanto que, por un lado, subordina un interés -el del sujeto gravado con el mismo-; y, por el otro, requiere del despliegue de un comportamiento para que su contenido se desarrolle.

Ahora bien, a pesar de que esta categorización del deber jurídico no ha sido puesto en tela de juicio, la doctrina ha debatido arduamente sobre la esencia del deber jurídico. De las teorías elaboradas, dos merecen ser rescatadas: la teoría formal y la teoría de la sanción.

3.1 Teoría formal

La teoría formal fue expuesta por la doctrina italiana, fundamentalmente por los autores que se afiliaron a las teorías «objetivas» sobre la obligación.[15]

Según Giovanni Pacchioni[16], uno de los más autorizados exponentes de la teoría bajo examen, el deber jurídico no era sino el estado de presión psicológica en el que una persona se encontraba por el solo hecho de existir una norma jurídica que le imponía la «necesidad» de efectuar cierta conducta. Para que ese deber existiese no era imprescindible, según este autor, la presencia de una sanción aplicable ante su

15 Aunque con diferencias, las teorías objetivas de la obligación son aquellas que consideran que el objeto del derecho del acreedor no es la prestación a cargo del deudor. Estas teorías, largamente superadas desde hace muchos años, son las siguientes: (i) la teoría realista; (ii) la teoría del deber libre o de la carga; (iii) la teoría del débito y la responsabilidad; y, (iv) la teoría del bien debido.

16 Giovanni Pacchioni, *Diritto Civile Italiano*, Padova, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1937, parte prima, volume primo, pp. 15 y 16.

eventual incumplimiento. Lo fundamental, a fin de determinar la presencia de un deber jurídico, era que una norma jurídica, interpretando la conciencia pública en relación a las diversas necesidades de convivencia social y política, impusiese la «necesidad» de efectuar una conducta determinada. Que con tal propósito la norma acompañase a semejante «necesidad» alguna «sanción», era algo que únicamente influía en la observancia práctica de tal deber, más no en su propia configuración.[17]

En un sentido un tanto diverso, pero coincidente en lo concerniente a la irrelevancia de la sanción en la estructura del deber jurídico, se pronunciaron Calogero Gangi y Emilio Betti.

Para el primero, el deber jurídico era la necesidad, normativamente instaurada, de adoptar cierta conducta. La inexistencia de una sanción no enervaba el carácter «jurídico» de tal necesidad si es que ésta, de algún modo, era reconocida por el ordenamiento jurídico mediante algún efecto. En tal sentido, típico ejemplo de deber jurídico sin sanción lo constituía la obligación natural, ya que, a pesar de que su incumplimiento no acarreaba consecuencia «desfavorable» alguna para el infractor, aquella adquiría, en tanto necesidad, la «juridicidad» requerida (para devenir en deber jurídico) al reconocérsele el efecto de la *solutio retentio.*[18].

Para el segundo, el deber jurídico, que entraba en la categoría genérica de exigencia de conducta futura, no necesitaba estar acompañado por algún tipo de sanción («responsabilidad») aplicable ante su incumplimiento. Para que un deber cualquiera adquiriese la impronta de la «juridicidad» no requería sino tener alguna clase de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la obligación natural, que constituía una exigencia para efectuar cierta conducta en el futuro, adquiría el carácter de deber jurídico con el simple reconocimiento *ex post facto* por el Derecho, sin necesidad de que el mismo (el Derecho) haya previsto alguna sanción para el caso de su incumplimiento.[19]

17 Giovanni Pacchioni, ***Il Concetto dell'Obbligazione, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni***, Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1924, vol. XXII, parte prima, p. 224.

18 Calogero Gangi, Debito e Responsabilità nel Diritto Nostro Vigente, ***Rivista di Diritto Civile***, Casa Editrice Dottor Antonio Milani, Milano, 1927, anno XIX, parte prima, p. 529.

19 Emilio Betti, **Teoría General de las Obligaciones**, traducción de José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I, p. 274.

De las posiciones adoptadas por estos autores queda claro que para la teoría formal, el deber jurídico no era más que una simple necesidad de actuación normativamente reconocida o, mejor, tipificada. La presencia o ausencia de una sanción -o reacción- ante el incumplimiento era algo absolutamente irrelevante. Lo único que interesaba era constatar la existencia de una orden normativamente recogida.[20]

3.2 Teoría de la sanción

La teoría de la sanción fue expuesta, principalmente, por Hans Kelsen y todos los que siguieron los postulados de la Teoría Pura del Derecho.

Según Kelsen[21], para inducir a los individuos a conducirse en cierta manera, el Derecho no hacía otra cosa que ligar una sanción (que podía asumir la forma de la pena o de la ejecución forzada) a la conducta contraria. En consecuencia, la conducta cuya verificación era «condición» para la aplicación de la sanción establecida constituía una conducta prohibida, en tanto que la conducta cuya realización evitaba la aplicación de dicha sanción constituía una conducta prescrita.

Ahora bien, para este autor, el deber jurídico no era sino aquella conducta prescrita a la que se le acompañaba una sanción para el caso de incumplimiento.[22] Si faltaba dicha sanción, la conducta prescrita no constituía un verdadero deber jurídico, sino tan sólo un deseo del legislador, carente sin embargo de toda relevancia jurídica.[23]

La razón por la cual todo deber jurídico tenía que estar acompañado de una sanción, radicaba en opinión de Kelsen, en la propia característica del Derecho como «técnica social de control». En efecto, según este autor, aquello que caracterizaba al Derecho frente a la moral, la costumbre, la religión y cualquier otra forma de control social, era la

20 Además de los autores citados, de una u otra manera se afilian a esta teoría: Alfredo Rocco, Studi sulla Teoria Generale del Fallimento, ***Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni***, Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1910, vol. VIII, parte prima, pp. 678 y ss.; Alberto Trabucchi, ***Istituzioni di Diritto Privato***, Padova, Cedam, 1962, p. 521; María Elena Diniz, ***Curso de Direito Brasilero. Teoria Geral das Obrigacoes***, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 77.

21 Hans Kelsen, **Teoría Pura del Derecho**, traducido por Moisés Nilve, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 76.

22 Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

23 Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 77.

coactividad de sus preceptos; esto es, la posibilidad de hacerlos respetar utilizando la fuerza.[24] En tal sentido, si se predicaba respecto de una conducta prescrita el atributo de la juridicidad, era imprescindible que la misma no pudiese ser inobservada sin una sanción de por medio; pues, de lo contrario, la norma que impusiese tal conducta no sería -por faltarle la coactividad- jurídica.[25]

Que la presencia de la sanción fuese absolutamente necesaria para determinar la existencia del deber jurídico no implicaba, sin embargo, que aquella tuviera que incidir sobre el sujeto gravado con dicho deber. En efecto, según Kelsen, era perfectamente admisible que alguien distinto del que debía realizar la conducta prescrita tuviese, en tanto destinatario de la sanción, la calidad de responsable -por el deber ajeno-.[26] Lo fundamental era, en consecuencia, que exista una prescripción y una sanción a ella vinculada por la norma.

Una vez aceptada la idea de que sólo existía deber jurídico cuando normativamente se preveía una sanción ante su incumplimiento, la doctrina se dividió en lo referente al concepto mismo de sanción. Así, para una primera corriente de opinión, únicamente existía sanción si la violación del deber determinaba la imposición de una nueva situación jurídica que, siendo más gravosa, denotara el odio o reproche a la actitud omisiva del sujeto transgresor. En este sentido, Brunetti, por ejemplo, indicaba que sólo se estaba ante un verdadero deber jurídico si es que la sanción aplicable ante su violación constituía una «pena», esto es, una acción o situación más gravosa que implique un «odio» o «repugnancia» a la desobediencia. Si faltaba este último carácter y la mayor «desventaja» del infractor respondía a motivos (o fines) distintos del mero y simple reproche, no existía «pena» y, por lo tanto, no se estaba ante una auténtica sanción.[27]

Para una segunda corriente de opinión, la sanción no necesariamente tenía que ser una acción o situación impuesta en «odio» o «repugnancia», ya que lo que importaba era que la misma, repercutiendo en

24 Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 72 a 74.

25 Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 77, 79 y 80.

26 Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 91 a 93.

27 Giovanni Brunetti, *Il Diritto del Creditore, **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni***, Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1916, vol. XIV, parte prima, p. 288.

el sujeto transgresor del deber, creara la necesidad de enervar las consecuencias negativas de la violación.[28]

En consecuencia, y más allá de las diferencias en torno al concepto de sanción, para esta teoría la existencia del deber jurídico depende de la presencia de una reacción negativa prevista por el ordenamiento para cuando el comportamiento ordenado no sea efectivamente realizado.

IV. Reconstrucción de la figura

4.1 El deber jurídico no es un fin en sí mismo

Como ya se indicó, el fin del Derecho (objetivo) no es otro que el logro de la justa y pacífica convivencia de los seres humanos. Para conseguir este anhelo, el Derecho otorga a los sujetos diversas facultades de obrar a fin de que éstos realicen sus propios intereses. Es obvio, sin embargo, que, con miras a la «consecución» de la finalidad mencionada, de nada serviría que se concediese a todos los sujetos facultades de obrar sobre todos los bienes que existen en la naturaleza pues, tal como ha sido relievado,[29] se crearía así la anarquía y sólo el predominio del más fuerte determinaría el concreto y efectivo goce de dichos bienes. En este sentido, resulta necesario que sobre cada bien únicamente exista un derecho subjetivo (o, más genéricamente, una situación jurídica subjetiva de ventaja).[30]

Ahora bien, para que, en realidad, sobre cada bien exista un único derecho subjetivo, resulta necesario que a los sujetos que no ostentan

28 En tal sentido: Luis Recasens Siches, **Introducción al Estudio del Derecho**, México, Editorial Porrúa S.A., 1977, p. 130.

29 Oscar Morineau, *Il Concetto di Diritto Soggetivo*, ***JUS. Rivista di Scienze Giuridiche***, Milano, Università del Sacro Cuore, 1954, Año V, p. 160.

30 Lo que en realidad se quiere decir con esto no es tanto que dos derechos subjetivos no puedan coexistir sobre un único bien, como que el comportamiento que autorizan -en tanto coincidentes en todo o en parte- no pueda ser desplegados al mismo tiempo, ya que de este modo se crearía una situación de «conflicto». Esto, por ejemplo, se ve claramente en el caso de la propiedad y el usufructo. De esta manera, estos derechos coexisten sobre un mismo bien, hecho que sin embargo no ocasiona situación conflictual alguna, desde que el ordenamiento permite dicha coexistencia únicamente al amparo de la prohibición legal de que uno de ellos (el de propiedad) sea ejercido en todo o en parte (sobre el particular ver: Domenico Barbero, *L'Usufrutto e I Diritti Affini*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 30 y ss.).

la titularidad de éste les sea impuesta la necesidad o el deber de no interferir con el «goce» que dicho derecho le puede procurar a su titular. En efecto, si haciendo caso omiso a esta necesidad, cualquier sujeto pudiera actuar libremente, o sea sin ninguna consecuencia jurídica desfavorable para él, sobre cualquier bien, perturbando o impidiendo de este modo el despliegue de las facultades contenidas en el supuesto derecho que recae sobre el mismo, su situación jurídica sería exactamente igual a la del sujeto que ostenta el referido derecho, pues ambos podrían aprovecharse del bien, lo cual es incompatible con la idea misma de derecho subjetivo, en tanto que éste no puede existir cuando, al estar todos facultados a obrar sobre el mismo objeto, la satisfacción del interés dependa, en realidad, del resultado de la pugna que en los hechos se lleve a cabo. Para que esto no suceda y se tenga en consecuencia un verdadero derecho sobre algo, resulta necesario que cada vez que se conceda una facultad de obrar, se establezca al mismo tiempo un «correlativo» deber jurídico que, gravando a todo tercero, imposibilite -jurídicamente claro está- la realización de toda conducta que en algún modo pueda perturbar o impedir la efectivización de aquella facultad y, por ende, la satisfacción o realización del interés que le sirve de presupuesto.[31] En este sentido, se puede válidamente afirmar que el deber jurídico resulta ser un «medio de protección» del cual el ordenamiento jurídico se sirve para garantizar la existencia de una situación -jurídica- que ha considerado «relevante».[32]

31 En tal sentido: Giovanni Miele, *Potere, Diritto Soggetivo e Interesse, **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni***, Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1944, vol. XLII, parte prima, p. 115; Luigi Ferri, **La Autonomía Privada**, traducción de Luis Sancho Mendizabal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 247; Giorgio Del Vecchio, **Filosofía del Derecho**, traducido por Luis Legaz y Lacambra, Bosch Casa Editora S.A., 1980, p. 392; Rosario Nicolò, *op. cit.*, p. 131; Enrico Véscovi, *Il Concetto del Diritto Subbiettivo e la Realta Contemporanea, **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto***, 1961, anno XXXVIII, serie III, fascicolo V, p. 403; Eduardo García Maynez, Derecho Subjetivo, **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s/f, tomo VIII, p. 274; José Alberto Zambrano, **Noción de Obligación**, Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, tomo I, p. 627.

32 Cuando el deber jurídico es un **medio de protección** sus destinatarios son todos aquellos que no siendo titulares de un derecho -o de una situación jurídica subjetiva de ventaja- pueden, de facto, perturbar o impedir la satisfacción del interés presupuesto en el mismo. En tal sentido, este deber no hace otra cosa que colocar a los terceros en la necesidad de no interrumpir o impedir el ejercicio del derecho ajeno y, consecuentemente, la satisfacción del interés que dicho derecho presupone. Es necesario señalar, como lo ha demostrado la más

Que el deber jurídico sea medio de protección no implica, sin embargo, que sea solamente eso. En efecto, atendiendo a la circunstancia de que el derecho subjetivo no se agota en una facultad directa sobre un bien, sino que también puede adoptar la forma de una facultad -por así llamarla- indirecta sobre el mismo, al autorizar su obtención a través de una exigencia dirigida hacia otro individuo, resulta necesario que, además del referido deber (o sea, del general), exista otro de carácter específico que, correlativamente ligado a aquél (esto es, al derecho subjetivo), no convierta en vana la pretensión concedida. Aquí se requiere, en consecuencia, además de la entidad externa que cree las condiciones necesarias para ejercer el propio derecho, la presencia de una situación de deber (o necesidad), que, sobre la base de la primera, esté llamada a realizar el contenido de la facultad indirecta hasta llegar a convertirla en una facultad directa.[33] En este caso, es claro que el deber jurídico asume la calidad de «medio de realización» de una situación jurídica considerada como relevante por el Derecho.[34]

---

atenta doctrina, que el deber de protección ampara tanto a los «derechos absolutos» como a los «derechos relativos». En tal sentido, su violación puede afectar, por ejemplo, al propietario de una cosa cualquiera (piénsese en los daños derivados de su destrucción total o parcial) o al acreedor de cierta prestación (piénsese en los daños derivados de la inducción a su incumplimiento). Ante la efectiva transgresión de este deber el ordenamiento otorga un mecanismo genérico de tutela que consiste en la posibilidad de exigir una reparación económica. Este mecanismo de tutela se actúa siempre en sede extracontractual, de modo tal que el titular del derecho que se sienta lesionado por la referida transgresión debe probar (i) la existencia del daño; (ii) la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del tercero y el daño; (iii) la existencia de un factor atributivo de responsabilidad; y, (iv) la inaplicación del algún factor de exclusión de responsabilidad (sobre la tutela aquilina de los «derechos personales» ver: Francesco Donato Busnelli, *La Lesione del Credito da Parte di Terzi*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1963, p. 23 y ss.).

33 La idea es, fundamentalmente, de Rosario Nicolò (ver: *op. cit.*, pp. 139 y 142 a 145). La siguen, entre otros: Salvatore Satta, citado por Salvatore Pugliatti, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggetive*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1941, p. 49; Ismael Peidró Pastor, Lino y Rodríguez-Arias Bustamante, *op. cit.*, p. 285.

34 Cuando el deber jurídico es un **medio de realización** su destinatario es aquel que está llamado a satisfacer el interés presupuesto en el derecho -o en la situación jurídica subjetiva de ventaja- conectado. Como se podrá advertir, a diferencia del deber de protección, el deber de realización no consiste en no perturbar o impedir el ejercicio del derecho ajeno sino más bien en satisfacer el interés que el mismo presupone. En tal sentido, es evidente que este deber sólo ampara a los «derechos personales», esto es, a los que se resuelven en la posibilidad de exigir a alguien la realización de determinada conducta. Su violación, por ende, no puede afectar al titular de un derecho cualquiera sino solamente al titular de una pretensión. Ante la efectiva transgresión de este deber, el ordenamiento concede dos mecanismos genéricos de tutela, a

Pero el deber jurídico, qué duda cabe, no se explica de manera íntegra en función a la existencia del derecho subjetivo -o de la situación jurídica subjetiva de ventaja-. En efecto, hay supuestos en los cuales el deber jurídico no tiene frente a sí mismo un derecho subjetivo cuya existencia garantizar y, en algunos casos, cuya realización provocar.[35] ¿Implicará esto que la función instrumental que sobre esta clase de deber se ha ido perfilando se pierde aquí? En modo alguno. Cuando el deber jurídico no aparece «relacionado» con un derecho subjetivo, su función instrumental, contra lo que pudiera parecer, no desaparece. Sostener lo contrario implicaría tener por verdadero que el derecho subjetivo constituye el único fenómeno que, a través del deber jurídico, el ordenamiento busca proteger o realizar. Y esto, evidentemente, no es así. La existencia de una serie de situaciones jurídicas -distintas al derecho subjetivo- y no jurídicas cuya «configuración» o «conservación» el ordenamiento jurídico considera deseable es, en realidad, algo de lo que no puede dudarse. Por ello, la presencia de un deber jurídico sin un correlativo derecho subjetivo en modo alguno autoriza a concluir que aquí tal deber pierde su calidad de «medio» o «instrumento», para convertirse en un fin en sí mismo. Lo que en tal caso ocurre es simplemente que dicho deber está «protegiendo» o «realizando» una situación distinta del derecho subjetivo, que, al igual que éste, ha sido considerada «relevante» por el ordenamiento jurídico.[36]

En consecuencia, podemos afirmar, a la luz de lo expuesto, que el deber jurídico no es sino aquella herramienta que, impuesta como necesidad de realizar cierto comportamiento, el Derecho utiliza para

---

saber: la ejecución forzada y la reparación económica. Estos mecanismos de tutela no se actúan en sede extracontractual sino en la mal denominada sede «contractual». Ahora bien, como quiera que sin el deber de protección ningún derecho puede preciarse de ser tal, es obvio que el deber de realización termina coexistiendo con aquél. Sin embargo, es bueno anotar que mientras el deber de realización está funcionalmente conectado con el derecho «relativo», el deber de protección está conectado con una situación jurídica subjetiva de ventaja innominada que el ordenamiento le otorga al titular de dicho derecho.

35 Piénsese, por ejemplo, en el caso del deber impuesto por el artículo 20º de la Ley General de Salud, según el cual toda persona debe participar en el mejoramiento de la cultura sanitaria de su comunidad. Aquí, tal deber ni garantizan la existencia de una situación jurídica subjetiva de ventaja ni realiza el contenido de la misma.

36 Conforme: Romano Santi, citado por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, El concepto de obligación con especial referencia al deber jurídico en el código panameño y en otros ordenamientos de la especie, **La Justicia**, México, 1969, tomo XXVIII, número 472, p. 42.

garantizar la permanencia y, eventualmente, la realización de ciertas situaciones jurídicas; o la permanencia o consecución de ciertas situaciones no-jurídicas a las que considera «deseables».[37]

4.2 El deber jurídico es *necesitas agendi*

El deber jurídico no es, como se ha pretendido, un estado de «presión psicológica» generado por la norma jurídica en el sujeto gravado con el mismo (deber), pues, aparte de que tal concepción presupone un efecto subjetivo -presión psicológica- que no siempre se presenta, de esta manera se termina por excluir a las personas jurídicas como sujetos pasivos de dicho deber, en tanto que de éstas no puede predicarse la existencia de estado psicológico alguno.

En realidad, si de algo no se puede dudar es de que el deber jurídico se resuelve, en todos los casos, en una situación de «necesidad» que impulsa al sujeto a realizar determinado comportamiento como consecuencia de ser el destinatario de una orden o mandato.[38] Esta situación de «necesidad» es opuesta a aquella de «libertad» en la que el sujeto -gravado con el deber jurídico- se encontraría en caso de no existir la orden.

37 En tal sentido, Andreas Von Thur, **Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán**, traducido por Tito Ravà, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1946, tomo I, vol. I, p. 124; Francesco Saverio Azzariti; Giovanni Martínez; y Giuseppe Azzaritti, ***Diritto Civile Italiano,*** Padova, Cedam, 1943, tomo I, pp. 8 y 9; Mario Rotondi, ***Istituzioni di Diritto Privato,*** Milano, Libreria Aurelio Paraninfo, 1965, p. 95; Oscar Morineau, *op. cit.*

38 En este sentido: Andreas Von Thur, **Tratado de Obligaciones**, traducción de W. Roces, Madrid, Editorial REUS S.A., 1934, tomo I, p. 4; Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 121; Domenico Barbero, **Sistema de Derecho Privado**, traducido por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1967, tomo I, p. 157; Pietro Trimarchi, *op. cit.*, pp. 56 y 57; Paolo Zatti y Vittorio Colussi, *op. cit.*, pp. 64 y 65; Rosario Nicolò, *op. cit.*, p. 130; Paulo Dourado de Gusmao, ***Introduçao ao Estudio do Direito***, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1998, p. 256; Lino Rodriguez-Arias Bustamante, y Ismael Peidró Pastor, Teoría del Deber Jurídico y del Derecho Subjetivo, **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Segunda Época, tomo XV, año XCIII, número 3, p. 267; Federido Puig Peña, **Tratado de Derecho Civil Español**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, tomo IV, vol. I, p. 24; María Ángeles Egusquiza, **La Configuración Jurídica de las Obligaciones Negativas**, Barcelona, José M. Bosch Editor, S.A., 1990, p. 13; Luis Diez-Picazo, **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**, Madrid, Editorial Civitas, 1993, tomo II, p. 48; Darío Duque Pérez, **La Obligación Civil, Estudios de Derecho**, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Antioquia, 1972, vol. XXXI, número 82, p. 256.

Ahora bien, es preciso entender el asunto correctamente. Por situación de «necesidad» no ha de interpretarse una de carácter físico o material (necesidad absoluta), sino tan sólo una de carácter moral o deontológica (necesidad relativa). En efecto, el deber jurídico no ser puede identificado con una situación que constriña física o materialmente al individuo. El ámbito en el que «juega» presupone, necesariamente, la «libertad» -en su más amplia acepción- de cumplir o no la orden o mandato del cual deriva. El deber jurídico, al estar «encasillado» en el plano no de «lo que es», sino de lo que «se espera que sea», implica la posibilidad de que «lo esperado» no llegue a materializarse. Es por ello que se sostiene con insistencia que sólo aquellas situaciones de «necesidad» que pueden ser «transgredidas» por el propio sujeto gravado con las mismas son las que pueden constituir deberes jurídicos.[39]

Que el deber jurídico sea una «necesidad» de orden moral no quiere decir, sin embargo, que no sea distinto del llamado «deber moral», pues mientras aquel se instaura en el plano positivo, este último lo hace en el plano extrapositivo. Y la diferencia del distinto plano en el que cada uno se inserta se traduce, finalmente, en las disímiles consecuencias que su transgresión provoca. Así, mientras el incumplimiento del deber jurídico origina consecuencias jurídicas consistentes en el nacimiento de nuevas situaciones (jurídicas subjetivas) que posibilitan obtener su cumplimiento «forzado» o, en todo caso, la eliminación de los efectos negativos que la inejecución ha provocado, el incumplimiento del deber moral no origina consecuencia jurídica alguna, de manera tal que la realidad jurídica no se ve modificada por el hecho de su violación.[40]

Ahora bien, así delimitada la esencia del deber jurídico, preciso es indicar que, como quiera que la actuación del mismo se resuelve en el despliegue de una actividad humana, aquello que tiene que realizarse (conducta prescrita) necesita poder ser cumplido, esto es, ejecutado, por el sujeto sobre el cual pesa el deber. Si no fuese así, es decir, si el

39 En ese sentido: Mario Allara, ***Le Nozioni Fondamentali del Diritto Civile***, Torino, Giappichelli-Editore, 1949, vol. I, p. 265; Giuseppe Grosso, **Las Obligaciones. Contenido y Requisitos de la Prestación**, traducido por Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 131.

40 Conformes: Andreas Von Thur, Andreas: Tratado [...], tomo I, p. 4; Federico Puig Peña, *op. cit.*, tomo IV, vol. I, p. 24.

comportamiento ordenado no pudiera ser realizado por el sujeto gravado con el deber, ningún sentido tendría hacer nacer en su cabeza una situación jurídica subjetiva -de desventaja- como esta; salvo que, con prescindencia de toda lógica y de algún criterio mínimo de justicia, se establezca, sin que interese la imposibilidad de cumplir, que se tiene ejecutar lo ordenado, bajo pena de hacer efectiva la sanción prevista (que, como se verá, está siempre presente). Como esto, sin embargo, no puede ser admitido, ha sido consagrado sino en todos los ordenamientos por lo menos en la mayoría de ellos, un principio según el cual el nacimiento y la subsistencia del deber jurídico depende de la posibilidad que se tenga para cumplirlo. En nuestro caso, el mencionado principio se encuentra recogido en varias normas del Código Civil, como son las contenidas en los artículos 219°, 1138°, 1154°, 1155°, 1156°, 1166°, 1431°, 1432°, entre otros.

Por lo tanto, podemos afirmar, con Betti[41], que deber jurídico únicamente se tiene cuando aquel que ha sido gravado con el mismo cuenta con el «poder» de hecho para cumplirlo. Si esto no es así, dicho deber no habrá nacido -o se habrá extinguido de ser sobreviniente la imposibilidad de cumplirlo-[42].

41 Emilio Betti, Dovere Giuridico, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, 1965, tomo XIV, pp. 56 y 57.

42 El requisito de la posibilidad física encuentra su origen en el Derecho romano, donde se sancionaba con nulidad a aquella obligación que, desde un comienzo, no era susceptible de cumplimiento (*impossibilium nulla obligatio est*). Para comprender los alcances de este requisito, que ha sido estudiado como una cualidad exigida a la prestación, la doctrina ha diferenciado entre una imposibilidad absoluta y otra relativa, por un lado; y una imposibilidad objetiva y otra subjetiva, por el otro. La imposibilidad «absoluta» constituiría un impedimento que no puede ser vencido por la fuerza humana, en tanto que la imposibilidad «relativa» constituiría un impedimento que sólo puede ser vencido empleando un esfuerzo superior al ordinario. Por su parte, la imposibilidad «objetiva» constituiría un impedimento que determina que nadie pueda ejecutar la prestación, mientras que la imposibilidad «subjetiva» constituiría un impedimento que determina que el deudor no pueda ejecutar la prestación. Bien visto el asunto, sin embargo, la imposibilidad «absoluta» y la «objetiva» son equiparables, motivo por el cual resulta ocioso distinguirlas. A su vez, la imposibilidad «relativa» no presenta mayor relevancia, en tanto que el «esfuerzo superior al ordinario» no tiene como objeto de referencia la situación del deudor, que es la que interesa. En realidad, la única distinción que posee valor es aquella que diferencia entre una imposibilidad que afecta a todos y otra que afecta al deudor, pues solamente en este último caso es pertinente la pregunta de si se cumple o no el requisito de la posibilidad física. Enfocado de esta manera el problema, se debe señalar que, de conformidad con una difundida corriente de opinión, tributaria del Derecho romano, basta con que alguien pueda efectuar la prestación para que se considere que ésta es físicamente posible, sin que

4.3 El deber jurídico requiere de la presencia -externa- de la sanción

Que el deber jurídico sea una situación de necesidad no implica, empero, que en lo que ha de constituir su exacta noción no haya un lugar para la sanción. En efecto, así como en sede de derecho subjetivo se encuentran entidades externas que son determinantes para arribar a

---

interese si el deudor se encuentra o no en condiciones de cumplir la obligación. La razón por la cual se sostiene esto es la siguiente: si el deudor no está en aptitud de ejecutar la prestación no importa, pues si bien no se le podrá pedir la satisfacción *in natura* del interés del acreedor, se le podrá exigir en cambio el *id quod interest*, esto es, una indemnización que satisfaga por «equivalente» dicho interés. Contrariando esta forma de entender el asunto, otra corriente de opinión, notoriamente menos seguida que la primera, considera que la prestación es físicamente posible sólo cuando el deudor está en aptitud de ejecutarla. La razón por la cual se sostiene esto es bastante sencilla: tanto la imposibilidad absoluta como la relativa determinan que la conducta *in obligatione* no pueda ser verificada en los términos previstos. De las dos posiciones examinadas, ¿cuál es la correcta? La respuesta, en realidad, depende del interés que se trate de privilegiar. En efecto, si lo que se quiere es tutelar el interés que el acreedor tiene en que los impedimentos particulares que afectan al deudor no influyan en el surgimiento del derecho de crédito, habrá que acoger los postulados de la primera posición. Pero, si por el contrario, lo que se quiere es tutelar el interés que el deudor tiene en no ser gravado con un deber que no está en condiciones de cumplir, habrá que acoger los postulados de la segunda posición. La alternativa planteada ha de ser, pues, resuelta única y exclusivamente sobre la base de una opción de política legislativa. Se equivocan, por eso, los defensores de la primera posición cuando intentan demostrar el valor intrínseco de la misma, afirmando para ello que la imposibilidad del deudor de ejecutar la prestación no debe determinar la inexistencia de la obligación, en tanto que si bien ésta no se ejecutará *in natura*, podrá en cambio ejecutarse por «equivalente». Con este razonamiento, los autores que adoptan la posición mencionada no se percatan que si la causa de la irrelevancia de la imposibilidad «subjetiva» es que el *id quod interest* todavía va a poder ser prestado, habría que tener por intrascendente, también, a la imposibilidad «objetiva», pues igualmente el *id quod interest* va a poder ser prestado en caso que la misma se presente. Ahora bien, una vez aclarado que ninguna de las posturas indicadas es intrínsecamente incorrecta, cabe advertir que si la ley no establece cómo ha de entenderse el requisito de la posibilidad física (de la prestación), la posición que se adopte debe ser aquella que guarde coherencia con el régimen de responsabilidad que haya sido consagrado positivamente. En efecto, no puede abogarse, por ejemplo, por una posición objetiva en torno al referido requisito cuando el régimen de responsabilidad descansa en un factor subjetivo apreciable *in concreto*. Así es, si un ordenamiento jurídico consagra a la ausencia de culpa *in concreto* como eximente de responsabilidad, el acreedor no podría pretender el pago de una indemnización por incumplimiento originado en imposibilidad subjetiva pues ésta, de por sí, excluye a la culpa *in concreto*. Entonces, si en un contexto como este un sujeto se obliga a efectuar determinada prestación en favor de otro y resulta que eso es subjetivamente imposible *ab origine*, tendremos que aquél necesariamente incurrirá en incumplimiento. Pero como tal incumplimiento no obedecerá a culpa del obligado, éste, por aplicación del factor de exoneración de responsabilidad ya mencionado, no tendrá que prestar el *id quod interest*. Y si esto es así, es decir, si el acreedor del individuo afectado por la imposibilidad no puede pretender

una correcta noción del instituto,[43] aquí también hallamos una entidad que, siendo diferente del deber mismo, viene a influir desde fuera en su propia naturaleza. Dicha entidad es, como se ha adelantado, la sanción.

Si se considera que el deber jurídico proviene de una orden o mandato, no es admisible que ante su transgresión no exista alguna consecuencia en el plano jurídico. Y no es admisible por esto: «obligatoriedad» de una conducta e inmunidad de reacciones en caso de conducta contraria –es decir esencialmente, libertad de tener una conducta disconforme- son, como se ha dicho,[44] términos contradictorios. En efecto, si se toma en consideración que en su acepción más elemental, el deber jurídico es la «necesidad» impuesta por el ordenamiento jurídico de efectuar cierto comportamiento, no puede sino concluirse que, ante la falta de actuación de lo «ordenado», necesariamente tiene que existir

---

la ejecución de la prestación ni puede reclamar el pago de una indemnización, ¿para qué debería nacer la obligación? La respuesta a la pregunta formulada es obvia: no hay razón alguna para que surja una relación inservible. En estos casos (o sea, cuando exista un factor subjetivo de exoneración de responsabilidad evaluado *in concreto*), por tanto, la imposibilidad «relativa» debería bastar para considerar no cumplido al requisito estudiado. Se puede concluir, por tanto, que cuando la ley calla, el carácter objetivo o subjetivo del régimen de responsabilidad será el que determine la naturaleza subjetiva u objetiva del requisito de la posibilidad física de la prestación. Ahora bien, sea como fuere -esto es, que el requisito de la posibilidad física (de la prestación) se considere cumplido (i) si el deudor está en aptitud de ejecutarla; o, (ii) si algún individuo está en condiciones de realizarla- es necesario advertir que aquello que llamamos prestación tiene que constituir un fenómeno que derive de manera directa del comportamiento del hombre. En otras palabras, tanto el «comportamiento adecuado» en el cual consiste la prestación subjetiva (objeto de la obligación de medios) como el «comportamiento con resultado esperado» en el cual consiste la prestación objetiva (objeto de la obligación de resultado), deben poder ser alcanzados por el hombre. Si ni el deudor ni algún tercero -dependiendo de la amplitud que en concreto asuma el requisito bajo análisis (posibilidad subjetiva u objetiva)- pueden lograr una «conducta adecuada», quiere decir entonces que físicamente no es factible cumplir la obligación de medios. Del mismo modo, si el «resultado esperado» no puede ser alcanzado por el deudor o por algún tercero -otra vez, dependiendo de la amplitud que en concreto asuma el requisito bajo examen-, significa entonces que físicamente no es factible cumplir la obligación de resultado.

43 Sobre el particular se puede consultar: Freddy Escobar, El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura, *Ius Et Veritas*. Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IX, número 16, p. 280 y ss.

44 Aurelio Candian, **Instituciones de Derecho Privado**, traducido por Blanca P. L. de Caballero, México D. F., Unión Tipográfica Hispano Americana, 1961, p. 7; Giorgio Oppo, citado por Giovanna Visinti, *Obbligazioni Naturali, **Rivista di Diritto Civile***, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962, anno VIII, parte seconda, p. 48.

algún tipo de reacción -negativa- por parte de tal ordenamiento frente al sujeto que omite actuar uno de sus preceptos. Una actitud de simple «indiferencia» por parte de este último eliminaría, en verdad, cualquier idea de deber jurídico; pues el sujeto gravado con la pretendida «necesidad» estaría en la misma situación jurídica en la que se encuentra aquel a quien no se dirige la norma jurídica que la impone (a la «necesidad»). En este sentido, resulta imprescindible, a los fines de tener por «deber jurídico» determinado comportamiento impuesto, que la inactuación del mismo provoque una reacción por parte del ordenamiento, de modo tal que el sujeto que omite actuar se vea afectado por una nueva situación jurídica que esté dirigida a eliminar las consecuencias negativas de su «inconducta». En otras palabras, es necesaria la presencia de una sanción.[45]

A esta conclusión no puede oponerse, ciertamente, el argumento según el cual, basta que se dé algún tipo de reconocimiento jurídico para que el deber que ha sido privado de sanción adquiera la impronta de la «juridicidad», pues el único ejemplo que demostraría esto no logra, en realidad, cumplir su cometido. Así, se afirma que la obligación natural[46] constituye un deber que, pese a estar desprovisto de sanción,

45 En tal sentido: Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 79 y 80; Lodovico Barasi, ***La Teoria Generale delle Obbligazioni***, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1963, vol. I, pp. 31 y 32; Luis Legaz Lacambra, **Deber**, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1954, tomo VI, p. 251; Luis Recasens Siches, *op. cit.*, p. 130; Rubén Compagnucci de Caso, Obligación y Responsabilidad, **Revista Notarial**. Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1980, número 853, p. 2108; José Roberto Vernego, **Curso de Teoría General del Derecho**, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 205 y 206.

46 La «obligación natural» ha sido concebida como aquella cuyo «pago» no es posible exigir, mas sí retener, siempre y cuando el mismo haya sido efectuado de manera voluntaria por el «deudor». Al igual que muchos otros institutos, la «obligación natural» surgió en el Derecho Romano en el momento en que los pretores, advirtiendo la necesidad de integrar a los extranjeros a la vida económica de Roma, comenzaron a conceder cierta relevancia a la deuda surgida en el *ius naturale* y en el *ius gentium* (concretamente, aquellos permitieron que el acreedor de la misma pudiera retener la prestación voluntariamente ejecutada; paulatinamente, y de acuerdo a los casos, también permitieron la imputación del pago de una «obligación natural», la compensación de una «obligación natural» con una civil, la novación de una «obligación natural», etc.). Con el transcurso del tiempo, y por obra de un sector de la doctrina francesa clásica contrario a las ideas romanistas de Domat (Pothier, Radouant, Planiol, Ripert y Savatier), la «obligación natural» dejó de ser considerada como una deuda surgida en ordenamientos distintos del *ius civile* para pasar a ser considerada como una deuda moral o de conciencia. Felizmente, la atadura al Derecho Canónico y al *iusnaturalismo* llegó a su fin cuando la doctrina italiana (Oppo, Mori-Checcucci, Giorgianni), independizada ya de los

resulta «jurídico», ya que el ordenamiento le reconoce el efecto de la *solutio retentio*. Con este razonamiento no se advierte, sin embargo, que semejante efecto en modo alguno resulta idóneo para demostrar que un deber carente de sanción es jurídico. De esta manera, si la retención de la prestación sólo se produce una vez que el deber ha sido cumplido y, por ende, una vez que ha quedado extinguido, no se entiende cómo el tinte de «juridicidad» que dicha retención implica pueda retrotraerse hasta antes de que se verifique en la realidad el hecho que le sirve de presupuesto de actuación. Para una mirada atenta, resulta evidente que la *solutio retentio* no puede hacerle adquirir *ex post* la «juridicidad» que le faltaba a este deber sin sanción. Y nótese que quien sostenga lo contrario, esto es, que la retención de la prestación hace adquirir «juridicidad» a ese deber, tendría que admitir necesariamente que el mismo, en tanto «jurídico», nace de su propio cumplimiento (hecho que determina su extinción), lo cual es evidentemente una *contradictio in adiecto*.[47]

Que la presencia de la sanción jurídica sea fundamental para determinar la existencia misma del deber jurídico tampoco puede contrade-

---

influjos franceses, comenzó a concebir a la «obligación natural» en términos de relación de hecho que adquiere relevancia para el Derecho solamente en el momento del cumplimiento. Actualmente, nadie se atreve a considerar a la «obligación natural» como verdadera obligación, desde que a la luz de los conceptos de derecho subjetivo y de deber jurídico, es absolutamente imposible reconducirla a la categoría de la relación jurídica. Que esto sea así no quiere decir, sin embargo, que esté permitido desconocer la trascendencia jurídica de esta figura, sustentada en la exclusión de la *condictio indebiti*; pues, como lo ha demostrado la doctrina más atenta, dicha exclusión no es más que una técnica utilizada por el legislador para reconocer en el «pago» de una «obligación natural« a una especial **causa de atribución patrimonial**, similar, en cierto sentido, a la que informa los supuestos de adquisición originaria. En consecuencia, aunque no pre-exista un deber jurídico destinado a producir el efecto atributivo, la *solutio retentio*, que más que legitimar al *accipiens* a no restituir la prestación lo legitima a apropiarse de la misma, viene a demostrar, de manera incuestionable, que el «pago» voluntario de una «obligación natural» es, para el ordenamiento jurídico, una **justa causa de adquisición**; justa causa que explica porqué el desplazamiento patrimonial provocado por el *tradens* permanece firme (para un análisis cuidadoso del tema: Franco Carresi, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura guiridica italiana, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, anno II, p. 573 y ss.).

47 Magistralmente: Roberto De Ruggiero y Fulvio Maroi, ***Istituzioni di Diritto Privato***, Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1947, vol. II, p. 8; Carmelo Scuto, ***Istituzioni di Diritto Privato,*** Napoli, Libreria Internazionale Teves di Leo Lupi, 1955, vol. I, p. 572; Francisco Bonet Ramón, Naturaleza Jurídica de la Obligación, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo LI, pp. 843 y 844.

cirse con el argumento de que si esto es así, la necesaria «juridicidad» de la sanción también debería estar asegurada por la presencia de una otra y así de manera sucesiva *ad infinitum*, lo cual sería lógicamente inaceptable;[48] pues, tal como lo ha notado Nicolò,[49] existen ciertas sanciones que, como último estadío de una cadena, no son susceptibles de «transgresión», de donde se sigue que éstas no necesitan de otras sanciones que garanticen su «juridicidad». En efecto, si es que se piensa en todos aquellos estados de sujeción[50] que afectan a los sujetos, fácilmente se comprenderá que ellos, al constituir situaciones de necesidad

48 La observación es de Vittorio Frosini, *Diritto Soggetivo e Dovere Giuridico, Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1961, anno VII, parte prima, pp. 127 y 128.

49 Rosario Nicolò, *op. cit.*, p. 131.

50 El estado de sujeción es aquella situación en la que se encuentra el sujeto llamado a sufrir, en su esfera jurídica, las consecuencias del ejercicio de una situación opuesta. El que se coloca en una posición como esta no necesita prestar colaboración -actuada- alguna a fin de que el sujeto titular de la posición correlativa realice su interés, ya que al afectar su esfera jurídica a la decisión de éste, no hay lugar para que actúe. Así, por ejemplo, quien asume la posición de concedente, en el marco de un contrato de opción, no tiene que dar, hacer o no hacer, a fin de que el interés del optante se realice. Aquí, dado que dicho concedente afecta su esfera jurídica en favor de este último, al otorgarle la posibilidad de celebrar con su declaración el contrato definitivo, el resultado esperado por el titular de la situación de ventaja puede ser conseguido por él mismo, a través del ejercicio de la mencionada posibilidad. De la particular configuración de esta situación jurídica se deriva que el sujeto gravado con ella no pueda incumplirla. Así si dicho sujeto no tiene que obrar, es evidente que no es posible que él no «actúe» el contenido de la situación que lo afecta, de modo que origine un supuesto de incumplimiento. No se requiere mayor esfuerzo lógico para comprender esto. Ahora bien, es preciso puntualizar algo. El estado de sujeción, como categoría autónoma dentro del conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, no se agota en una posición de «sufrimiento» en relación al ejercicio de alguna situación opuesta, desde que tal posición es compartida por todos los sujetos frente al titular de cualquier posición subjetiva tutelada por el ordenamiento. En realidad, aquello que permite identificar al estado de sujeción es esto: su titular, en virtud de la afectación de su esfera jurídica, queda sujeto a la voluntad de un tercero en lo concerniente a la posible modificación de la misma. Esta situación, en consecuencia, expone al sujeto que la padece a una decisión que, proviniendo de otro, es capaz de alterar la configuración de su propia esfera jurídica. En el ejemplo propuesto, esta característica se hace evidente al encontrarse el concedente en la posibilidad de asumir una serie de nuevas situaciones jurídicas subjetivas derivadas del contrato definitivo. Así configurado el estado de sujeción, es claro que nos encontramos ante un tipo de situación de desventaja distinto del deber jurídico. Esta distinción puede ser apreciada claramente cuando se observa que, a diferencia de lo que sucede en el deber, aquí la efectiva subordinación del interés presupuesto por la situación de desventaja se obtiene, no mediante la ejecución de determinada conducta por parte del sujeto «sacrificado», sino a través de la privación de la posibilidad de que el mismo determine la configuración de su propia esfera jurídica. Esto hace, por lo demás, que esta situación -esto es, la sujeción- sea considerada inactiva (el sujeto gravado con la misma no tiene que obrar).

absoluta (que en términos jurídicos implican la sustracción de la posibilidad de obrar en contra de lo que la norma pretende), vienen a ser entidades jurídicas que, impuestas como sanciones, «cortan» la ilimitada cadena de «reacciones» que, según algunos, tendría que existir para que la teoría de la sanción explique adecuadamente la configuración del deber jurídico.[51] Con esto, la observación planteada puede considerarse superada.

Ahora bien, visto que la presencia de la sanción constituye algo indispensable para la existencia misma del deber jurídico, conviene indicar que ella no es, como se ha pretendido, una reacción de reproche u odio que el ordenamiento experimenta ante la violación del mandato. En efecto, si, tal como ha sido anotado, el deber jurídico no existe *per se*; si aquél no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un simple medio para el logro de «algo», no se entiende entonces porqué, para ser tal, la sanción tiene que venir impuesta exclusivamente en odio o reproche a la desobediencia, y no simplemente en función a la consecución de aquello que el deber tenía que garantizar.

En realidad, si se mantiene firme la idea de que el deber jurídico protege o permite conseguir un estado de cosas «deseable», no resulta privado de sentido entender que «sanción» viene a ser toda consecuencia que, derivada del incumplimiento de un deber jurídico, y reflejada en la particular esfera jurídica del sujeto transgresor, tenga por objeto (i) recomponer ese estado «deseable» de cosas, en aquellos casos en que éste haya sido alterado; (ii) construir uno nuevo; (iii) frustrar la posibilidad de que se produzca otra alteración de dicho estado de cosas; o, (iv) desalentar nuevos intentos para alterarlo. Así concebida, constitui-

51 Un ejemplo puede ilustrar claramente cómo funciona esta cadena limitada de sanciones. Imagínese que cierto escritor se obliga, frente a determinado editor, a escribir un libro, y que finalmente no cumple con el deber que asume. Ante esta situación, el ordenamiento impone una primera sanción, manifestando de esta forma su reacción ante la violación de la *necesitas*. Esta sanción consiste en la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento. Ahora bien, imagínese que esta primera sanción -que al igual que la obligación original se traduce en la *necesitas* de observar determinado comportamiento- es incumplida por el escritor. Ante tal circunstancia, el ordenamiento impone una nueva sanción, que se traduce, no ya en la *necesitas* de efectuar una conducta, sino en el «padecimiento» de un estado de sujeción. Dicho estado de sujeción tiene como efecto colocar al escritor en una situación tal que la pérdida de sus bienes dependa de la decisión del editor. Esta segunda sanción, a diferencia de la primera, no es, para el escritor, una situación de la cual pueda sustraerse. La cadena de sanciones, en consecuencia, aquí queda interrumpida.

rían particulares manifestaciones de la sanción, la ejecución forzada, la indemnización de los daños ocasionados, las penas, las multas, etc.

En el entendido de que esta forma de entender a la sanción es la única que puede explicar, de manera uniforme y coherente, las distintas «reacciones» que el ordenamiento jurídico tiene ante un supuesto de violación de una conducta prescrita, se puede afirmar que la sanción es aquella situación jurídica que coloca al sujeto transgresor de un deber jurídico en un estado de «necesidad» -bien absoluto (estado de sujeción) o relativo (deber)- para lograr de esta manera, en orden a cierto estado de cosas, determinado fin que puede consistir, según los casos, (i) en la recomposición o construcción de una situación considerada «deseable» por el ordenamiento jurídico; o, (ii) en la frustración o desaliento de posibles alteraciones de tal situación.

V. CONCLUSIONES

El deber jurídico es una situación jurídica subjetiva de desventaja activa, en tanto que se traduce en la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto.

El deber jurídico no es un fin en sí mismo sino solamente un medio para proteger o realizar, tanto situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, como situaciones no jurídicas consideradas «deseables» por el ordenamiento.

El deber jurídico requiere, para ser tal, de la presencia externa de una sanción, en tanto que una actitud de indiferencia del ordenamiento ante su violación colocaría al sujeto gravado con el mismo en una situación de libertad.

Teorías democráticas hoy : ¿cuál de ellas garantiza la igualdad, la libertad y la virtud?

Eduardo Hernando Nieto

I. Introducción

Si hay una palabra en el alfabeto político que ha sido utilizada por todos los espectros ideológicos en los últimos años, esa es la palabra democracia y nos transporta inmediatamente a un reino perfecto en el cual podría existir, por ejemplo, el consumidor ideal que materializara de modo inmediato todos sus deseos como si fuese el poseedor de la lámpara de Aladino[1] o también el hombre solidario y altruista que quiera dar de su bolsillo y ayudar gratuitamente al indigente o apoyar a su mismo camarada o compañero de clase raza o género.[2]

Sin embargo, así como hay palabras que quedan marcadas por el idealismo, las hay también aquellas que evocan calamidades, como podrían ser el populismo o el fascismo y con las cuales ciertamente nadie quisiera ser comprometido. De hecho, es evidente que ningún partido o ningún Estado quisiera llevar la etiqueta de fascista o populista, mas todos desearían conocerse y proclamarse como demócratas.

Pero tantas veces se repite la palabra democracia que parecería ser como un pariente cercano que quizá hasta conviva en nuestra casa, y se

1 Referencia necesaria al gran escritor y ensayista alemán Ernst Jünger, quien atisbó que el gran problema del hombre moderno era precisamente el de convertirse gracias a la técnica, en dueño de un poder terrible que al final lo someterá y controlará. En esta misma perspectiva Oswald Spengler ya mencionaba la naturaleza Faústica del sujeto de poder. Cfr Ernst Jünger, **El problema de Aladino**, Madrid, Cátedra, 1987, Oswald Spengler, **La Decadencia de Occidente** Madrid, Espasa - Calpe, 1958.

2 Pensemos en el caso del marxismo por ejemplo y de las corrientes humanistas que de él derivaron.

piense entonces que por reunir estas condiciones se da por hecho de que todos conocemos su identidad y también sus cualidades y características. Empero, así como se dice que la saturación de medios de comunicación y de información al final nos llevan a la incomunicación y al desconcierto[3], este mismo efecto estaría afectando también a la comprensión del propio concepto de democracia y la manera de aproximarnos a su significado.

En este sentido, la idea de este artículo es buscar aclarar -en primer lugar- las características y peculiaridades de este huésped que todos se jactan de albergar y ver inmediatamente que no se trata de un personaje fácil de clasificar y definir. Por el contrario, nos encontraremos ante un término que se ha moldeado y que continua haciéndolo de acuerdo a las circunstancias y que esto ha dado como resultado al menos la vigencia de cuatro definiciones del mismo, las cuales no necesariamente buscarán semejantes objetivos y que tampoco serían necesariamente compatibles entre sí.

Un segundo propósito de este trabajo estará dirigido al análisis de la relación entre la libertad y la igualdad en todas las definiciones modernas conocidas de la democracia. Esto podrá derivar entonces, en definiciones sustantivas y generales (léase idealistas o prescriptivas) que privilegiarán por sobre todas las cosas la igualdad, mientras que versiones con concepciones del bien más ligeras y menos ambiciosas (léase más pragmáticas y descriptivas) procurarán asegurar por todos los medios la libertad de elección y la autonomía.

Finalmente, es nuestro interés el de derivar en una teoría democrática que algunos podrían denominar republicana, y que se originaría de fórmulas políticas clásicas más cercanas a la tradición originaria del modelo republicano que a las tesis renacentistas. Tal teoría colocaría su acento en la virtud de la ciudadanía (sustentada en las obligaciones y no en los derechos) y se opondrá a las visiones mecanicistas y/o contractualistas derivadas de las tesis democráticas modernas, poniendo en su lugar una perspectiva orgánica y teleológica capaz de sintetizar lo prescriptivo con lo descriptivo (esto es, lo ideal con lo real) merced a privilegiar la virtud por encima de la libertad y de la igualdad.

3 John Keane, «Lo público en la era de la abundancia» en **Ciudadanos en la Sociedad de la Información**, editado por Miguel Giusti y María Isabel Merino, Lima, Fondo Editorial de la PUC, 1999, pp.23-39.

II. Primera teoría: la democracia sustantiva

La teoría democrática que más se aproxima a las fórmulas políticas clásicas[4] es, sin duda, la llamada democracia sustantiva pues busca por todos los medios asegurar la igualdad entre todos los miembros de la colectividad. Una identidad de este tipo podía entonces agrupar a muchas personas que se unían en aras de vivir juntos y de autogobernarse, diferenciándose de otros grupos antagónicos. Se dice entonces, que lo que tipifica a este concepto es la identidad y que hace así del pueblo el detentador de una suerte de poder constituyente;[5] sin embargo, es menester indicar que este concepto de democracia (igualdad entre gobernante y gobernados) tiene que estar centrado en un pueblo específico pues como también mencionaba el teórico político y constitucionalista alemán Carl Schmitt «la igualdad de todo el que tenga figura humana no puede ofrecer fundamento ni a un Estado, ni a una forma política, ni a una forma de gobierno. De ella no pueden obtenerse distinciones y límites; con ella no pueden construirse instituciones especialmente estructuradas, y sólo puede comportar la disolución y abolición de distinciones e instituciones que ya no tengan fuerza en sí mismas».[6] En consecuencia, la democracia sustantiva podía ser considerada como un concepto político pues se basaba en la distinción y proponía así una igualdad entre los que son iguales.

En realidad, a quien se le considera el forjador de esta fórmula democrática es al filósofo francés del siglo XVIII Jean Jacques Rousseau, quien en su famoso **Contrato Social**, decía que el pacto social (que daba nacimiento a la comunidad política) podía resumirse en «la alienación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad. Pues primeramente, dándose por completo cada uno de

4 Entendemos por fórmulas políticas clásicas a aquellas que según las conocidas teorías del sociólogo alemán Ferdinand Tönnies, representan una «*Gemeinschaft*» o comunidad que tiene características naturales y holistas. También pensamos en términos schmittianos, vale decir, siguiendo los argumentos planteados por el teórico político alemán que identifica a lo político en función a la diferencia entre amigos y enemigos, por ende, un grupo político es en síntesis «una comunidad de amigos». Cf. Ferdinand Tönnies, ***Community and Association***, London, Routledge and Kegan Paul, 1958, Carl Schmitt, **El Concepto de lo Político**, Madrid, Alianza, 1991.

5 Carl Schmitt, **Teoría de la Constitución**, Madrid, Alianza, 1982, p.221

6 *Ibid.* p.224

los asociados, la condición es igual para todos; siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla gravosa para los demás [...]. Si se descarta, pues, del pacto social lo que no constituye su esencia, encontraremos que el mismo se reduce a los términos siguientes : cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo».[7]

Pero, este acuerdo evidentemente era fruto de un artificio, es decir se trataba de generar una sociedad bien ordenada que superase en realidad el primer artificio (en especial la agricultura, el comercio y la metalurgia) que fue inconsciente y que generó la corrupción del estado de naturaleza. Este segundo artificio era entonces -y a diferencia del anterior- en su totalidad racional y voluntario y por eso podía producir un orden político justo e igualitario;[8] el cuerpo soberano sería así toda la comunidad y esto significaría que toda ella sería una sola voluntad, y los sujetos no se obligarían a obedecer a una mayoría o a una minoría sino a toda la comunidad.[9]

Empero, el hecho de incorporar a la voluntad, sea individual o sea colectiva, implicaba ya una forma de gobierno moderno en todo el sentido de la palabra, pues aquí estábamos ante un fenómeno de poder que ciertamente no era lo común dentro de cualquier modelo político tradicional como, podía ser el caso, por ejemplo, de las *polis* griegas.[10] Asimismo, se rodeaba a esta decisión de la voluntad general de un hálito de certeza absoluta pues la voluntad general era infalible y siempre correcta[11], de este modo se aseguraba también la libertad y seguridad de los ciudadanos al identificarse la voluntad del soberano con lo bueno y el bien para cada uno de los participantes en el contrato.

Ahora bien, el contrato social siendo, como se dijo, un artefacto que debía servir para satisfacer las necesidades de los hombres, podría

7 Jean Jacques Rousseau, **El Contrato Social**, Libro I, Cap.VI, Madrid, Sarpe, 1985.

8 Maurizio Viroli, ***Jean Jacques Rousseau and the «well - ordered society»,*** Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 37 - 38.

9 Arthur Melzer, ***The Natural Goodness of Man, on the system of Rousseau's thought,*** Chicago, Chicago University Press, 1990, p.153.

10 Cfr. Josiah Ober, ***The Athenian Revolution, essays on ancient greek democracy and political theory***, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996; M.I Finley, **Politics in the Ancient World,** Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

11 Arthur Melzer, *Ibid.,* pp.155 - 156.

parecer en principio una teoría política real y no moral o metafísica, sin embargo, inmediatamente saltaba a la vista la imposibilidad de realizar la igualdad que ella pretendía[12] y de hecho es de aquí que se empezará a asociar a esta perspectiva con el idealismo que distorsionaría el talante político de la democracia sustantiva[13]. Así pues, cuando esta perspectiva se fusione con las teorías filosóficas de autores como Hegel o Marx se obtuvo un marco teórico algo distinto:

> «En la visión más radical de esta doctrina clásica (que nos conduce de Rousseau a Babeuf y de allí a Marx, el sovietismo de Lenin, los consejos de trabajadores de Rosa Luxemburgo, el "auto - gobierno de los productores" en Gramsci y culmina idealmente en la teoría marxista de la desintegración del Estado), la amalgama de las nociones de democracia, voluntad general y bien común está completa.»[14]

Ciertamente, el poder democrático se identificaba con una expresión directa y constante de la voluntad del pueblo, lo que hacía a esta

12 Arthur Melzer señala sobre este respecto que Rousseau entiende que la voluntad general no es metafísica y en el fondo sabe que su «voluntad general» debe de ser representada por unos pocos que se encuentran en un nivel superior que el resto. Esto demostraría a las claras que Rousseau más que igualitarista fue un creyente fiel en la desigualdad humana. «El desigualitarismo de Rousseau tiende a oscurecerse por diversos factores. Su fascinadora descripción del estado de naturaleza donde los hombres son iguales a causa de la falta de desarrollo de sus facultades ha distraído la atención de su alegato en el sentido de que devienen naturalmente desiguales cuando desarrollan sus facultades. También, la brillantez y fuerza de sus ataques sobre la injusta desigualdad ha cegado a los lectores de su reconocimiento de que existe una injusta y genuina desigualdad. Finalmente, su nuevo espíritu humanitario y su identificación con la causa de la gente, que ciertamente constituye un importante paso en aras de la igualdad, ha sido erróneamente visto como un repudio hacia cualquier forma de desigualdad». Arthur Melzer, *Ibid.*, p.156.

13 Esta diferencia entre las tesis sustantivas de Rousseau y las democracias sustantivas que se perfilarán en el pensamiento hegeliano y marxiano ha sido destacado por el teórico político y sociólogo británico David Held, quien inclusive los coloca dentro de distintas tipologías, pues para él Rousseau entraría dentro de una Democracia Evolucionista o Desarrollista mientras Hegel y Marx irían en el cuadro de las Democracias Directas. El primer modelo sería más bien reduccionista en el sentido de que no considera por ejemplo a las mujeres o a quienes carecen de propiedad y está ubicado dentro de un espacio político pequeño y el segundo modelo ya tendría un ámbito mucho más universal y mucho más igualitario. Cfr David Held, ***Models of Democracy***, Cambridge, Polity Press, 1987. Hay edición en español por Alianza Universidad.

14 Danilo Zolo, ***Democracy and Complexity***, Cambridge, Polity Press, 1992, p. 66.

fórmula democrática enemiga de cualquier procedimiento representativo, en el sentido de que la voluntad del pueblo no podía ser representada sino que debería estar siempre presente. Incluso, el ejercicio del poder tenía que ser expresado a través de un mandato imperativo y comisarial, el cual debería de gozar del consenso de todos pues a más consenso podía decirse que existía mayor democracia.[15]

Se trataba, en síntesis, de una tesis contraria a cualquier propuesta institucional - burocrática ya que Marx, por ejemplo, entendía por una auténtica democracia la supresión de cualquier estructura burocrática aboliendo así toda distinción entre poderes legislativos o ejecutivos, con lo cual toda acción de gobierno debía quedar bajo supervisión y control del pueblo.[16] Evidentemente, no tardarían en aparecer críticas severas a esta definición de democracia sustantiva pues podía llevar anexada una visión política totalitaria y, más aún, revolucionaria que «se basaba en la creencia de la existencia de una sola verdad en la política. Esta podía ser llamada como un mesianismo político en el sentido que postulaba un esquema de cosas preordenado, armonioso y perfecto, hacia el cual se dirigían irremediablemente los hombres, y al que estaban confinados a llegar».[17] Esta tendencia se vio reforzada desde el siglo XVIII con el pensamiento ilustrado y el racionalismo que consideraba que los hombres habían sido engañados por un esquema teológico que era completamente falso y que tales ideas debían superarse con una planificación adecuada fruto de la voluntad y la razón humana.[18]

En la práctica, lo que avizoraba la democracia sustantiva según el politólogo hebreo J. Talmon era la plasmación de una democracia totalitaria, esto es, de una dictadura que reposaba en el entusiasmo de los ciudadanos y mediante elementos cargados de ideología como la «voluntad general» se presentaba en realidad una nueva fe, un nuevo culto que terminaría por ahogar cualquier vestigio de libertad individual y de autonomía.[19]

15 *Ibid*

16 *Ibid.*, p. 67.

17 J. L. Talmon, ***The Origins of Totalitarian Democracy***, New York, Norton & Company, 1970, p.2

18 *Ibid.*, p. 3.

19 A pesar de que la democracia sustantiva buscase precisamente la salvaguarda de la verdadera libertad. Se trataría, sin embargo, de una forma de libertad positiva que entiende

Pero, aparte de este matiz totalizante y arbitrario que presentaba la democracia sustantiva, también había quienes veían su poca o escasa viabilidad por otras razones que tenían que ver básicamente con lo abstracto e irreal de conceptos como voluntad general o bien común. De hecho, Joseph Schumpeter -quien representaba esta teoría- mencionaba que «no hay tal bien común, unívocamente determinado, en el que todo el mundo pueda estar de acuerdo o pueda hacérsela estar de acuerdo en virtud de una argumentación racional. Esto no se debe primordialmente al hecho de que algunos puedan querer cosas distintas del bien común, sino al hecho mucho más fundamental de que, para los distintos individuos y grupos, el bien común ha de significar necesariamente cosas diferentes».[20] En este sentido, tampoco el concepto de voluntad general podía ser reivindicado como un concepto discernible por todos los individuos pues en principio no existía como ente real ya que lo que estaba detrás de él era simplemente una sumatoria de individuos particulares y distintos.

Finalmente, la vigencia de este tipo de democracia podía significar, en síntesis, la vigencia y dominio de las mayorías sobre las minorías quienes -las mayorías- usualmente respondían a emociones y a estímulos efímeros y particularmente volátiles. Este era entonces el comportamiento negativo de las multitudes como sentenciaba el clásico estudio del psicólogo francés Gustave Le Bon.[21] Las muchedumbres, no podían ser racionales porque actuaban sin ningún fin u objetivo definido o unificado, y más bien podría decirse que representaban una voluntad irracional y voluble. Tales argumentaciones, coincidirían en el fondo con lo sustentado por Talmon, pues desembocarían irremediablemente en una ideología totalitaria y en grandes movimientos y partidos de masa que procurarían homogeneizar a todos bajo las banderas del partido.[22]

---

que la libertad se realiza en la búsqueda de un fin colectivo. J. L. Talmon, *Ibid.*, p.2. Cf. también, Isaiah Berlin, «*Two Concepts of Liberty*» en ***Four Essays on Liberty***, Oxford, Oxford University Press, 1969; John Gray, ***Liberalisms***, London, Routledge & Kegan Paul, 1989.

20 Joseph Schumpeter, **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, Libro II, Cap. XXI, Barcelona: Orbis, 1983, p.322.

21 Citado por Joseph Schumpeter, *Ibid.*, p.329.

22 Cfr. Francois Furet, ***The passing of an Illusion, the idea of communism in the twentieth century***, Chicago, Chicago University Press, 1999. Existe edición en español por el Fondo de Cultura Económica.

Así pues, resumiendo, esta primera tesis por acercarse al plano republicano (igualdad entre los ciudadanos) podía ser, como lo decía Schmitt, más política que ideológica. Sin embargo, el hecho de que Rousseau anclara su teoría dentro del concepto moderno de autonomía, hacía peligrar la estabilidad y viabilidad de esta propuesta. Esto ocasionaría que se alejase irremediablemente del plano político (real) para aproximarse al plano ideal de la igualdad universal, como lo sostenía la propuesta marxista y sus derivados. Del mismo modo, el crecimiento de las poblaciones, las migraciones, la expansión del capitalismo y la especialización laboral dificultarían la vigencia de la democracia sustantiva y podrían hacer realidad los temores expresados por Talmon y Schumpeter.

III. Segunda teoría: la Democracia representativa

Junto con la democracia sustantiva, la democracia representativa ocupa un amplio espacio en las discusiones tradicionales sobre la democracia, las mismas que usualmente llevan adelante políticos y abogados pues, a primera vista, aparecen como conceptos simples y deseables y estas características son particularmente útiles en los discursos efectuados a través de los medios de comunicación masivos.

Asimismo, la democracia representativa tendrá una gran afinidad con el liberalismo institucional cuya versión más difundida y lograda fue la de John Stuart Mill en el siglo XIX (que dicho sea de paso sentó las bases del Institucionalismo) y, por supuesto, con el Estado de Derecho y el positivismo que constituyen la fuente del Estado de Derecho o Constitucional. Por todas estas razones es que se hace necesario analizar con precisión los alcances de este modelo y obviamente sus debilidades comparando también sus semejanzas y diferencias con el modelo sustantivo.

Como mencionamos, Stuart Mill en su texto Consideraciones sobre el gobierno representativo[23] representa lo que sería el nacimiento de una suerte de ingeniería constitucional, buscando las formas institucionales más óptimas para la configuración efectiva de un gobierno liberal

23 John Stuart Mill, *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, London, J. M Dent & Sons Ltd, 1947.

que garantice la libertad y la igualdad[24]. La idea del institucionalismo descansa entonces en el hecho de que se considera que las instituciones moldean la política, entendiendo por institución normas y procedimientos que dejan huella en los resultados políticos. En síntesis, «las instituciones influencian los resultados porque forman actores, identidades, poder y estrategias».[25]

Tal idea en realidad se había originado un poco antes, durante la Revolución Francesa, cuando en el recordado artículo dieciséis de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se mencionaba que una sociedad que carecía de derechos y que no establecía una división de poderes no tenía constitución. En otras palabras, los derechos individuales (libertad individual) y la división de poderes era la característica del sistema liberal democrático representativo.

Ahora bien, la división de poderes no sólo era inherente a la división del trabajo y los fines de eficacia que ella perseguía sino que se justificaba en función al viejo precepto liberal que se originó con John Locke y que nacía del peligro inminente de que seamos jueces de nuestra propia causa.[26] Por último, se trataba de asegurar la libertad individual, frenar la arbitrariedad y hacer predecible las reglas que antes quedaban en manos de un soberano decisionista (absolutismo).[27]

Desde un comienzo, esta corriente de pensamiento político se opondrá entonces a cualquier forma de democracia sustantiva, pues iban a privilegiar la libertad sobre la igualdad, y si bien en un Estado libre cada quien debe ser su propio gobernante (lo cual es un rasgo de democracia sustantiva) no se debía de confundir la libertad con el poder.[28] Hacer esto sería confundir el poder legislativo con el ejecutivo. Aún más, es obvio que la democracia sustantiva solo podría tener sentido dentro de pequeñas localidades que ya no existían y, asimismo, es también evidente que menos personas deciden más rápido y mejor que

24 R. Robert Putnam, ***Making Democracy Work, civic traditions in modern Italy,*** New Jersey, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 9.

25 *Ibid.*, p.8.

26 John Locke, ***Two Treatises of Government,*** Cambridge, Cambridge University Press, 1988, *Second Treatise of Government,* Par. 87, 91.

27 Richard Bellamy, «*The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*» en ***Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives,*** Blackwell, Oxford, 1996, p. 26.

28 *Ibid.*, p.33.

un cúmulo de individuos que estarían todo el tiempo discutiendo. La democracia representativa traía entonces un control dentro del proceso democrático y procuraba elegir a los más capaces para ser los representantes pues, como decía Montesquieu, era mejor que la gente aceptara o rechazara candidatos antes que hiciera leyes.[29]

Pero volviendo a la visión de la división de poderes, había que asumir que esta perspectiva no solamente tenía que asumirse desde un punto de vista formal, sino también desde una posición sustantiva, pues la postura formal nos conduciría a conclusiones en las cuales se demostraría que la división formal de poderes es una falacia.[30] Tal posición sustantiva hablaría ahora de un requisito imprescindible y político que requeriría la democracia representativa: la «constitución mixta» que debería asegurar además que el poder político reflejase el balance natural de las diferentes clases sociales dentro del cuerpo político y proveyese los mecanismos para que se de un control mutuo.[31] La Constitución, la representación y lo que es más importante la división de poderes debía entonces ser un reflejo de la sociedad y de su variedad y, pluralismo pues no podría permitirse que una misma clase social acaparase todos los poderes. Sin embargo, esta constitución mixta que la vio viva todavía Montesquieu en Inglaterra –descrita en su famoso capítulo VI de su libro XI del Espíritu de las Leyes- y que también se podía apreciar en los Discursos de Maquiavelo, respondía a una realidad política orgánica y aun comunitaria pero que para fines del siglo XVIII e inicios del XIX ya no era posible que perdurase y por eso en El Federalista[32] de Madison, Hamilton y Jay representa un primer intento por generar artificialmente una constitución mixta.

Sin embargo, dentro de esta democracia representativa se mantendrá siempre una tensión entre la parte sustantiva y la parte formal,

29 Citado por Richard Bellamy, *Ibid.*

30 Basta simplemente considerar que en el mundo político contingente la supuesta división de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial no se puede cumplir, pues un juez al momento de resolver un caso podría sentar un precedente jurisprudencial lo cual lo haría creador de una regla (legislador), o un funcionario público podría crear también legislación al momento de reglamentar una ley y, finalmente, el Parlamento al momento de interpretar una norma podría estar tomando el rol de la administración de justicia. Cfr Richard Bellamy, *Ibid.*, p. 27.

31 *Ibid.*, p. 29.

32 A. Hamilton, J. Madison, y J. Jay, ***The Federalist,*** London, Dent, 1992.

entre la constitución mixta y la división del poder y, por ende, el propio intento de El Federalista indica también que la línea asumida será precisamente la de la «ingeniería constitucional», que tendría que basarse en la elección de procedimientos, técnicas y su aplicación, a fín de poder garantizar el pluralismo y que ninguna mayoría fuese capaz de imponerse sobre una minoría. En otras palabras, todo señalaría que va a ser la parte ideal y mecánica la que primará sobre la parte real y natural, y con ello la democracia representativa devendrá en una fórmula de democracia formal que busca de modo artificial generar un contenido.[33]

Quizá, uno de los mejores ejemplos de esta afirmación la podemos hallar en la ciencia política y la teoría democrática de Robert Dahl. Si la democracia sustantiva fallaba en parte por perseguir una igualdad cerrada que podría acabar con el individualismo y la autonomía, la democracia representativa pretendería, a su vez, garantizar la autonomía sin que esto sea óbice para producir un sistema desigual y arbitrario. En este sentido, sus objetivos podrían ser sintetizados en tres puntos centrales que se constituyeron en la tesis de Dahl, denominada Poliarquía. Para Dahl, la democracia debía de ser capaz de responder a las preferencias de todos los ciudadanos sin tener en cuenta su procedencia política y para hacer esto una democracia debía de asegurar en primer lugar la formulación de las preferencias ciudadanas, la posibilidad de expresar públicamente tanto entre sus partidarios como frente al gobierno tales preferencias y, por último, recibir igualdad de trato por parte del gobierno que implicase que no existiese ningún tipo de discriminación por dichas preferencias.[34] Así pues, su propuesta busca-

33 De hecho hay una literatura abundante con respecto al modo como se concibe y desarrolla esta democracia formal o representativa. Ver por ejemplo Arend Lijphart, ***Democracy in Plural Societies,*** New Haven, Yale University Press, 1977, Arend Lijphart, **Las Democracias Contemporáneas**, Juan Linz y Arturo Valenzuela, **La Crisis del Presidencialismo**, Madrid, Alianza, 1997, Giovanni Sartori, **Ingeniería Constitucional**, México, FCE, 1994, Dieter Nohlen, **Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos**, México, FCE, 1994, Guillermo O'Donnell, **Contrapuntos**, Buenos Aires, Paidós, 1997, Samuel Huntington, **La Tercera Ola de la Democratización**, Buenos Aires, Paidós, 1994, o Larry Diamond y Marc Plattner, ***The Global Resurgence of Democracy,*** Baltimore, The John Hopkins University, 1996.

34 Robert Dahl, **La Poliarquía**, participación y oposición, Madrid, Tecnos, 1989, publicada originalmente por Yale University Press, 1971. También del mismo autor se puede revisar ***A Preface to democratic Theory***, Chicago, Chicago University Press, 1956; ***Who governs?***, New Haven, Yale University Press, 1961, ***Democracy and Its critics***, New Haven, Yale University Press, 1989 y más recientemente ***On Democracy,*** New Haven, Yale University Press, 1998.

ba un punto medio entre la participación política y la posibilidad de expresar públicamente tales preferencias. De hecho, a lo largo de la historia de las instituciones políticas de occidente se había pasado de un modelo cerrado en el que no existía ninguna posibilidad de elegir ni de ser elegido -como era el caso de los primeros Estados modernos absolutistas (Dahl los denominaría hegemonías cerradas)- para luego mutar hacia modelos en donde o bien existía posibilidad de discutir públicamente aunque se daba una restricción para poder elegir (el caso de las oligarquías representativas tipo Suiza anteriormente) o, bien, si había una inmensa posibilidad de votar y elegir representantes pero no había ningún espacio para la discusión pública (las llamadas hegemonías representativas como fue el caso de la Unión Soviética).[35] Más bien era en una democracia representativa -que él denominaría, como vimos, Poliarquía- donde se garantizaría la representación y la posibilidad de debatir públicamente, cumpliéndose así con las conocidas libertades civiles y políticas de todo sistema constitucional liberal[36].

Pero, lo que también hacía Dahl era mencionar que se debía generar un balance entre las fuerzas de mayoría y de oposición a fin de que a la mayoría le fuese mejor tolerar a la minoría, y esto se podía lograr a través de los incentivos económicos que serían finalmente quienes movilizarían la acción de los distintos grupos.[37] Por ejemplo, según Dahl sería conveniente que la mayoría no tuviera tanto recursos que podrían ser usados para oprimir a la población, y que por eso le resultase más económico a la mayoría tolerar a las minorías.

Lo que proponía Dahl entonces, era una regulación de las conductas en torno al estímulo e impulso de las conductas políticas que se basaban en considerar a los actores políticos como sujetos racionales, que buscaban siempre maximizar sus recursos políticos. De todo esto podíamos formular algunas interrogantes: ¿Podía asumirse como real un escenario político en el cual se presupone que todos los actores se mueven en función a la racionalidad instrumental?, ¿bastan las reglas económicas para modificar las conductas y aproximarnos al ideal de la constitución mixta?, .¿existen evidencias que demuestren que la cons-

35 Robert Dahl, **La Poliarquía**, *Ibid.*, pp.17-18.

36 Libertad de asociación, de expresión, de voto, para competir por el voto, pluralidad información, elecciones libres e imparciales, etc., *Ibid.* p.15.

37 *Ibid.*, p.24.

titución mixta se da cuando se estructuran las reglas y crece la economía?

Tales preguntas difícilmente serán respondidas por la democracia representativa y por eso habrá que buscar las respuestas y nuevas preguntas en otras teorías.

IV. Tercera teoría: la democracia elitista y la democracia electoral

En realidad existe una gama de teorías que coinciden en el hecho de que la democracia devendrá siempre en el gobierno de unos pocos sobre una gran mayoría, ora a través de la generación de una clase política o una élite de gobierno[38] que dependan de su fuerza, inteligencia o carisma para imponerse, ora por medio una elección en la cual los candidatos compiten libremente para ganar el voto de los electores.[39] La primera recibe usualmente el nombre de democracia elitista, mientras que la segunda es la llamada democracia electoral.[40] Sin embargo, ambas se distancian de sus antecesores (la democracia sustantiva y la representativa) en el sentido de que son más bien teorías descriptivas y realistas antes que prescriptivas, evaluativas o idealistas, lo cual las vincula más con la ciencia política, la sociología y la economía antes que con el derecho y la teoría política. Este realismo, entonces, proporciona una respuesta a la pregunta ¿qué es la democracia? Y puede derivar -como en el caso de Schumpeter- a un modelo formalista y minimalista en extremo, como veremos más adelante.

En cualquier caso, es importante resaltar el hecho de que esta perspectiva recupera la dinámica del poder y la diferencia -en algunos casos hasta diferencias políticas- que había sido subestimado por las teorías anterio-

38 Pensamos en Gaetano Mosca, **La Clase Política**, México, FCE, 1984; Max Weber, **Economía y Sociedad**, México, FCE, 1977; Robert Michels, **Los partidos políticos, un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna** 2 Vols., Buenos Aires, Amorrortu, 1969; Wilfredo Pareto, **Forma y Equilibrio Sociales**, Oxford, Blackwell, 1976. También se puede ver, T.B. Bottomore, **Minorías Selectas y Sociedad**, Madrid, Gredos, 1966, J.H Meisel, **El Mito de la Clase Gobernante: Gaetano Mosca y la élite**, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.

39 Joseph Schumpeter, **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, *Ibid.*

40 Aunque David Held en su reconocido ***Models of Democracy***, denomina como «elitismo competetitivo» a las tesis weberianas y a las fórmulas teóricas electorales de Joseph Schumpeter. *Ibid.* pp 143 - 185.

res, en especial por la democracia institucional o representativa, y puede convertir a la democracia en algo más cercano a un concepto político.

Como decía Mosca, no era difícil comprobar que en cualquier estructura política ha existido siempre una cabeza que se halla por encima de lo que el denominaba la clase política, pero que tal gobernante no podría serlo sin el sostén de esa clase dirigente. Es más, este gobernante nunca podría oponerse totalmente a la clase política a menos que se esté constituyendo una nueva clase. Pero, igualmente, si surgía un gran descontento dentro de la masa que llegara a destronar a esa clase política, inmediatamente irrumpiría otra en su reemplazo.[41] Así pues, Mosca sabía que tesis como la rousseauniana, en la que la mayoría de las personas podía participar en el gobierno, eran una ilusión, y tuvo muy claro que una sola persona no puede gobernar a una masa pero una minoría sí puede imponerse a una mayoría.[42]

Y de aquí Mosca argüirá en el sentido de que «la fuerza de cualquier minoría es irresistible frente a cada individuo de la mayoría, que se encuentra solo ante la totalidad de la minoría organizada. Y, al mismo tiempo, se puede decir que ésta se halla organizada precisamente porque es minoría. Un ciento que actúen siempre concertadamente y en inteligencia los unos con los otros, triunfarán sobre mil tomados uno a uno y que no tengan acuerdos entre sí; y, al mismo tiempo, les será mucho más fácil a los primeros actuar concertadamente y tener de esta manera un entendimiento, si son cien y no mil.»[43] Ahora bien, tal clase política se diferenciaba de la masa en la medida de que poseían ciertas cualidades que los destacaba y que posiblemente pudieron haber sido heredados. De hecho, en toda sociedad o cultura siempre existió una clase que se abocó a las tareas de gobierno, a la administración, la guerra, la religión y la moral y constituían un grupo minoritario.

Desde la sociología, por otro lado, ya se demostraba que cualquier organización social tenía que concluir estableciendo una oligarquía, al punto tal que se argumentaba en el sentido de que era inconcebible la democracia sin organización[44] y, a su vez, la organización tendrá que llevarnos a la oligarquía, como lo señalaba Michels: «En toda organi-

41 Gaetano Mosca, **La Clase Política** *Ibid.*, pp.107 - 108.
42 *Ibid.*, p.109.
43 *Ibid.*, p.110.
44 Robert Michels, **Los Partidos Políticos**, Vol 1. *Ibid.*, p. 67.

zación, ya sea de partido político, de gremio profesional, u otra asociación de ese tipo, se manifiesta la tendencia aristocrática con toda claridad. El mecanismo de la organización, al conferirle solidez de estructura, induce algunos cambios importantes en la masa organizada, e invierte completamente la posición respectiva de los conductores y los conducidos. Como consecuencia de la organización, todos los partidos o gremios profesionales llegan a dividirse en una minoría de directivos y una mayoría de dirigidos».[45]

Así pues, el mismo Robert Michels señalaría en 1911 que: «la organización es lo que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegadores. Quien dice organización dice oligarquía».[46] Esto, que se conocía entonces como la ley de hierro de la oligarquía -que había sido establecida por Michels, pero que también podía ser aceptada por el sociólogo italiano Wilfredo Pareto-, establecía que en toda sociedad debía de existir siempre una minoría dirigente, o también llamada una clase política o una oligarquía gobernante.

De aquí podía derivarse una regla general, que establecería «que el aumento de poder de los líderes es directamente proporcional a la magnitud de la organización».[47] Toda organización política sea un partido, un sindicato etc., será siempre el resultado de una estructura burocrática desarrollada jerárquicamente pues de otro modo desaparecería la organización. Las masas, por su parte, como ya lo decía el mismo Mosca, estaban en incapacidad de tomar decisiones y requieren siempre de un liderazgo fuerte y, por ende, sus iniciativas de la masa nunca podrán ser tomadas como originarias sino que serán siempre los intereses de los líderes.[48]

Empero, no se trataba de un sistema que buscaba generar un ambiente cerrado, en el cual las oligarquías o las minorías mantuviesen un monopolio del poder que eternizara al grupo dominante. De hecho, junto a la ley de la oligarquía existía también la ley de la circulación de las élites o también denominada por Pareto circulación de las minorías selectas. Ciertamente, el mismo Pareto ya había hecho célebre la frase

45 *Ibid.*, pp.77-78.
46 Saymour Martin Lipset, Introducción a **Los Partidos Políticos**, *Ibid.*, p.13.
47 Robert Michels, *Ibid.* p.78.
48 Seymour Martin Lipset, Introducción a **Los Partidos Políticos**, *Ibid.*, pp. 15 - 16.

de que «la historia es un cementerio de aristocracias»,[49] y esto daba pie para entender de que las llamadas oligarquías estaban en permanente movimiento y, por ende, se trataba no solo del reemplazo de una minoría por otra minoría sino también del cambio individual dentro del propio grupo dirigente, que podía recibir nuevos miembros y sacar a otros.[50] En este último caso, las minorías se robustecían con el aporte de las familias de las clases bajas.[51]

Por ejemplo, una de las discípulas de Pareto, Marie Kolabinska, llegó a precisar las diferentes alternativas de circulación que existían distinguiendo tres tipos de circulación: «está, en primer lugar, la circulación que tiene lugar, entre categorías diferentes de la misma minoría gobernante. En segundo lugar, se halla la circulación entre la minoría selecta y el resto de la población, que puede adoptar una de las dos formas: 1) individuos del estrato inferior pueden lograr la entrada en la minoría existente; o, 2) individuos de los estratos inferiores pueden formar nuevos grupos de minoría selecta, en cuyo caso éstos se empeñan en una lucha por el poder contra la minoría existente».[52]

Sin embargo, pese a que Pareto y Kolabinska se esforzaban en mostrar que habían comprobaciones empíricas e históricas que demostraban que sí se producía realmente esta circulación -como por ejemplo, cuando Pareto señalaba que los trabajadores ingleses en la era industrial habían alcanzado a constituir una minoría selecta de sindicatos o que en el caso francés a lo largo de su historia se había visto florecer distintos grupos de burgueses, profesionales como abogados, economistas etc.-, los críticos de la democracia elitista que provenían básicamente de las canteras sociológicas marxistas, no estaban satisfechos con las justificaciones de los elitistas.[53] Así, se podría decir que no existirían

49 T.B Bottomore, **Minorías Selectas y Sociedad**, *Ibid.* p. 60.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*, pp.61 - 62.

53 No debemos olvidar también que Pareto fue un seguidor del libre mercado y sus soluciones óptimas , vale decir el responder a las mayores preferencias de toda la comunidad aunque esto obviamente sufriría el problema de las conocidas externalidades. Cfr. Richard Bellamy, ***Liberalism and Modern Society***, Cambridge, Polity Press, 1992, p. 137.
Obviamente dentro del mercado no sería tampoco dable la circulación de las élites pues lo más probable es que quien inicia sus intercambios en el mercado con cierta cantidad al final se quede con lo mismo, lo cual significaría que las mismas élites que poseen más poder seguirían teniéndolo.

evidencias históricas que demostrasen este aserto y que en realidad es difícil hablar de una gran movilidad social. «Las desigualdades más importantes que existen en la sociedad son principalmente productos sociales, creados y sostenidos por las instituciones de la propiedad y la herencia, por el poder político y militar, y apoyados por creencias y doctrinas determinadas, aun cuando no siempre se resistan a las ambiciones de individuos destacados».[54]

Pero, así como eran conocidas -y criticadas- las teorías elitistas, también podía incluirse junto a ellas las teorías electorales del economista austríaco Joseph Schumpeter, quien se hizo conocido por criticar lo que él denominaba la «teoría clásica de la democracia»,[55] que supuestamente consistía en el gobierno de todos[56] (manifestado, por ejemplo, en el concepto rousseauniano de la voluntad general o de conceptos más antiguos como el del bien común y que también estaban siendo usadas por corrientes ideológicas como el marxismo y su propuesta de dictadura del proletariado). En este sentido, «la más radical versión de la doctrina clásica (que nos lleva de Rousseau a Babeuf y de allí a Marx, el sovietismo de Lenin, los consejos de trabajadores de Rosa Luxemburgo, el autogobierno de los productores en Gramsci y termina idealmente con la teoría marxista del fin del Estado), se completa con la amalgama entre las nociones de democracia, voluntad general y el bien común.»[57]

Casi en una línea kantiana se podría decir también que la democracia clásica se realiza cuando la voluntad de los individuos, que es autónoma, coincidiría con la voluntad de la autoridad heterónoma y de esta manera se produciría la anhelada síntesis presente por ejemplo en el **Reino de los Fines.**[58] Pero, el problema de fondo, era precisamente que tal cosa, esto es, el reino de los fines, la voluntad general, la dictadura del proletariado o el bien común no existían en realidad y que no

54 T.B Bottomore, *Ibid.*, p.165.

55 J.A Schumpeter, **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, *Ibid.*, Cap. XXI «La filosofía de la democracia del siglo XVIII puede ser compendiada en la siguiente definición: el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad». p.321.

56 Democracia sustantiva que se plasmaba en la identidad entre gobernante y gobernados.

57 Danilo Zolo, ***Complexity and Democratic Theory***, *Ibid.*, p.66.

58 *Ibid.*

eran sino abstracciones efectuadas por filósofos e ideólogos, quienes levantaban una bandera que no tenía su correlato fáctico en el reino de la política. Sin embargo, podía legítimamente pensarse que estas abstracciones eran utilizadas por minorías para hacerse del poder y permanecer en él, aduciendo que representaban a todo el pueblo y encarnaban su voluntad.[59]

Así pues, Schumpeter empezaba a deconstruir el ideal de voluntad general al mencionar que las personas no sólo tienen múltiples deseos, sino que también tienen valores muy diferentes, casi nunca coinciden las personas en sus fines sino que incluso cuando lo hacen pueden tener distintas y contrapuestas razones para hacerlo.[60] Esta característica, correspondía por cierto a la descripción de las sociedades industriales que constituían sociedades plurales y que poseían una infinidad de bienes que eran siempre materia de elección individual. Obviamente, esta perspectiva era compatible con una visión economicista y que partía del individualismo metodológico.

Pero, el problema no sólo tenía que ver con la abstracción de tales conceptos. Schumpeter podría esgrimir también que las decisiones de las autoridades no necesariamente democráticas serían usualmente mejor recibidas y aceptadas que las decisiones democráticas. Citaba para ello, el ejemplo del acuerdo religioso o concordato que logró Napoleón Bonaparte en Francia a inicios del siglo XIX, siendo un dictador pero teniendo el apoyo del pueblo.[61] Por último, apelando a la naturaleza maleable y emotiva de la gran mayoría de personas, Schumpeter cuestionaba la autenticidad de la voluntad general como bien objetivo e identificable pues podía ser objeto de un sin fin de manipulaciones y transformaciones, usando los medios de comunicación que generaban distintos mensajes, los mismos que estimulaban constantemente las conductas individuales,[62] la incertidumbre de la voluntad general y *a fortiori* la incertidumbre de las conductas individuales, todo lo cual hacía literalmente que la teoría clásica, en palabras de Schumpeter, se desmoronase inevitablemente y se convirtiera en polvo.[63]

59 Joseph Schumpeter, *Ibid.* pp. 325 - 326.
60 David Held, ***Models of Democracy***, *Ibid.*, p. 172.
61 Joseph Schumpeter, *Ibid.* p.327.
62 David Held, *Ibid.*, p. 173.
63 Joseph Schumpeter, *Ibid.*, p.324.

Ante la debilidad de la teoría clásica, Schumpeter oponía entonces una nueva democracia que algunos denominarían neo-clásica[64] y que podría definirse ya no en términos filosóficos abstractos sino, más bien, de modo político y concreto, esto es, que buscaría definir a la democracia tal y como es y no como debería ser. Siendo esto así, tendría que llegar a la conclusión de que la democracia es fundamentalmente un método político que se usa «para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo».[65]

Entonces, Schumpeter nos lleva, como se dice, a una suerte de mercado político en el que se competirá por los votos del pueblo,[66] y donde los políticos serán también una especie de empresarios dinámicos que buscarán el reconocimiento de su plan político a fin de que sean favorecidos con la aceptación del pueblo.[67] La función del votante será pues la de aceptar o rechazar a un jefe o gobernante, el jefe será quien provea de las complejas decisiones políticas en tanto que el electorado brindará la legitimidad para la acción del gobernante.[68] Se entendía así que era imprescindible para el funcionamiento de la democracia no solamente la libertad de expresión y la libertad de asociación, sino también el derecho de participar tanto como elector como también -y más importante aún- como candidato para poder alcanzar el poder.[69]

Pero, pese a las críticas que pudiesen hacerse a la tesis de Schumpeter y que iban dirigidas, por ejemplo, al formalismo de su visión que impedía la institucionalización, o al hecho de banalizar la política al hacer de ella un mero trámite para elegir gobernantes basándose en relaciones efímeras o que pudiesen ser proclives a la generación de regímenes dictatoriales -como cuando se quisiese desprender de un gobierno

64 Cfr. Danilo Zolo., *Ibid.* También Carole Pateman, ***Participation and Democratic Theory***, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

65 Joseph Schumpeter, *Ibid.*, p.343.

66 Esta fórmula schumpeteriana será muy influyente en lo que significa por ejemplo la teoría económica de la acción política o también llamada *public choice*. Ver por ejemplo el texto clásico de Anthony Downs, ***An Economic Theory of Democracy***, edición en español, Madrid, Aguilar, 1973.

67 David Held, *Ibid.*, p. 174.

68 *Ibid.*, p.175.

69 Nótese aquí la relación de la tesis schumpeteriana con algunos de los postulados de la democracia representativa planteada por Robert Dahl y su Poliarquía.

impopular y que, según las leyes del mercado, podría ser cambiado inmediatamente por un nuevo «producto»[70] legitimando así un golpe de Estado-, quedaba también claro que la idea schumpeteriana buscaba elegir políticos honestos, capaces y que pudiesen manejar adecuadamente la compleja burocracia de las sociedades industriales.[71] Asimismo, no podía tolerarse a aquellos grupos o personas que compitieran por el poder con el propósito de cerrar la competencia futura, a pesar de que este modelo era favorable tanto al reconocimiento de una realidad política ineludible como el pluralismo y también al hecho político más reconocido de la modernidad, como lo es el fenómeno del caudillaje.[72]

Finalmente, pesarán más los argumentos que señalaban que las democracias elitistas y electorales estaban reñidas con la idea sustancial de la democracia, que es la igualdad; y esto producirá un retorno de inquietud igualitarista vía la denominada democracia deliberativa que pasaremos a analizar a continuación.

V. Cuarta teoría: la democracia deliberativa

Si la democracia institucional o representativa pecaba por estrecha y neutral (apolítica), en cuanto buscaba ser básicamente un mecanismo o procedimiento formal para elegir representantes (aunque es cierto que consideraba también un elemento valorativo, como sería el de la protección de la libertad individual empero entendida como elección individual), la democracia deliberativa -último desarrollo en la teoría democrática- se dirigía más bien a ensanchar sobremanera la base axiológica y, en este caso, no sólo abarcaba la libertad real sino también la igualdad concreta pero en un plano de síntesis casi perfecta. De hecho, la democracia deliberativa podía presumir que poseía las ventajas de todos los modelos anteriormente presentados y más bien prescindía del pasivo de cada una de ellas. Así, si la democracia sustantiva acotaba la libertad en aras de la igualdad y la democracia representativa

70 A fin de cuentas, dentro de esta analogía entre el mercado y la *polis*, el gobierno no es sino un producto más que puede ser fácilmente intercambiable.

71 David Held, *Ibid.*, p.176.

72 Joseph Schumpeter, *Ibid.*, p.345.

recortaba la igualdad en favor de la libertad, la democracia deliberativa apuntaba a conciliar a ambas sin ninguna reducción.

De hecho, todas las teorías democráticas vistas parecían que no lograban respetar plenamente el principio liberal kantiano de la dignidad dentro del conocido imperativo categórico, esto es, de tratar a cada ser humano como fin en sí mismo y no como medio. Tanto las teorías elitistas y electorales de la democracia, por ejemplo, resaltaban el rol ineludible del poder dentro de la democracia y por ende la imposibilidad de cumplir con el principio de la dignidad. Asimismo, la democracia representativa se mimetizaba de maravilla con el mercado y éste generaba desigualdades manifiestas que tampoco le hacían mucho favor al precepto de la dignidad.

Si es entonces la idea de la justicia y la imparcialidad la que busca realizar la democracia, como habían sostenido, entre otros los padres fundadores de los Estados Unidos, la pregunta inevitable tenía que ser la de como era posible hallar tal imparcialidad. Y, fueron los mismos padres fundadores quienes afirmaron que la decisión imparcial debía ser fruto de una deliberación cuidadosa entre todos los representantes de la sociedad.[73] Ahondando un poco más en esta posición, podía decirse que frente a la «parcialidad»[74] de las decisiones políticas comunes, la deliberación permitiría conocer las preferencias de todas las partes. Del mismo modo, las personas podrían modificar sus argumentos para hacerlos aceptables a los demás pudiendo también corregir o mejorar sus posiciones y, por último, podría también educar a las personas para que actúen de manera imparcial.[75]

---

73 Roberto Gargarella, «*Full Representation, Deliberation, and Impartiality*», p.260, en ***Deliberative Democracy***, editado por Jon Elster, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. También, Carlos Santiago Nino, **La constitución de la democracia deliberativa**, Barcelona, Gedisa, 1997, Caps. 5 y 6.

74 Debido a la ignorancia de las preferencias o deseos de las personas. Por cierto, el término «parcial» es usado también por los teóricos de la democracia deliberativa. Cfr. Cass Sunstein, ***The Partial Constitution***, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1993.

75 Roberto Gargarella, *Ibid.* p.261. También en Carole Pateman, ***Democratic Theory and Participation***, *Ibid*; Benjamin Barber, ***Strong Democracy,*** Berkeley, University of California, 1984, J. Cohen «*Deliberation and Democratic Legitimacy*» en : A. Hamlin and P. Petit (eds.) ***The Good Polity: Normative Analysis of the State,*** Oxford, Oxford University Press, 1989 y Jon Elster , «*The Market and the Forum*» en: J. Bohman y W. Rehg, ***Deliberative Democracy,: Essays on Reason and Politics***, Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

Ciertamente, la idea de la comunicación y el diálogo no es nueva, ni en la política antigua, ni obviamente en la política contemporánea. Sin embargo, como veremos luego, el diálogo político contemporáneo distará mucho del antiguo. Quizá se pueda decir que el inicio de esta teoría deliberativa provenga de uno de los filósofos más populares de la modernidad, Immanuel Kant, quien en el célebre ensayo **Qué cosa es la ilustración** escribía: «la Ilustración es la salida del hombre de su culpable minoría de edad. Minoría de edad es la imposibilidad de servirse de su entendimiento sin la guía del otro. Esta imposibilidad es culpable cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino de decisión y valor para servirse del suyo sin la guía de otro. ¡*Sapere aude*! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración.[76]

Como se aprecia, lo esencial para Kant era la capacidad de juicio, la misma que reposaba en un acuerdo colectivo (universal). Se entablaba entonces una crítica a todas las instituciones políticas existentes hasta ese momento, que no habían tomado en serio a la razón humana y que ni siquiera pensaban que valía la pena escuchar públicamente las razones de «los otros». Ni la igualdad, ni la libertad podían manifestarse si es que no se generaba esta «República de los Fines» o espacio público que muy bien podría coincidir con una suerte de escenario ideal de comunicación y crítica,[77] en el que cada individuo racional y libre (autónomo) contribuía para producir un ambiente de paz en el que se respetase las opiniones de todos a fin de construir una moral aceptable.

Esta misma idea de la paz vinculada al diálogo ya había sido expuesta también por otra conocida filósofa moderna, como Hannah Arendt, quien mediante la diferenciación entre la esfera pública y la esfera privada asociaba a la primera con la libertad y la igualdad, mientras que a la segunda con la necesidad y con la jerarquía.[78] Lo más importante, sin embargo, era que el espacio público se caracterizaba por el diálogo como acontecía en las *polis* griegas y sus famosas asambleas. Ahora

76 Immanuel Kant, «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?» en **En defensa de la ilustración**, Madrid, Alba editorial, 1999, p. 63.

77 Como lo señalaría más contemporáneamente un filósofo alemán no muy lejos de la tradición kantiana, como lo es Jürgen Habermas, **Ensayos Políticos**, Barcelona: Península, 1988; y recientemente **Facticidad y Validez**, Madrid, Trotta, 1998.

78 Hannah Arendt, **La Condición Humana**, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 42 - 45.

bien, este diálogo se ligaba siempre con la paz, mientras que el plano jerárquico de la familia (mundo privado) se sostenía en el silencio y, por ende, podía generar violencia.[79] La famosa *isonomía* de los griegos no solo implicaba que todos eran iguales ante la ley o que la ley sea la misma para todos, sino que todos tenían derecho a la actividad política y esta actividad política solamente era posible a través del hablar de unos con otros.[80] En este sentido, Hannah Arendt creía que una condición importante para el funcionamiento de la deliberación en el mundo contemporáneo era la existencia de los prejuicios ya que a través de la discusión (política) se podían aclarar y disipar; de no existir entonces la deliberación, jamás podríamos salir de los prejuicios y con esto podíamos generar nuevamente violencia y arbitrariedad.[81]

De las tesis kantianas y arendtianas finalmente llegamos a Jürgen Habermas y su «racionalidad comunicativa»[82], que era también un aporte fundamental para la conceptualización de la democracia deliberativa. Siguiendo una crítica a las tipologías de racionalidad propuesta por Weber, Habermas consideraba[83] que la racionalidad típica de la Ilustración, esto es, la racionalidad instrumental, había servido para establecer una sociedad más bien desigual y violenta. En otras palabras, esta racionalidad reivindicaba el poder y por ende se oponía a los ideales centrales de la Ilustración, a saber, la igualdad y la libertad. En oposición a esto y empleando la racionalidad comunicativa, sugería una restricción del poder en aras de la comprensión y el respeto mutuo:

> Que un hablante pueda impeler a un oyente a aceptar tal oferta, no se explica en función de la validez de lo dicho, sino de la

79 «Ser político, vivir en una *polis,* significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia» *Ibid.*, p.40
Nosotros discutimos más profundamente este punto en **Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa,** Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

80 Hannah Arendt **¿Qué es la Política?**, Barcelona, Paidós, 1997, p.70.

81 *Ibid.*, p.50.

82 Jürgen Habermas, **La Teoría de la Acción Comunicativa**, 2 Vols., Buenos Aires, Taurus, 1989, también **Conciencia moral y acción comunicativa,** Barcelona, Planeta, 1994.

83 Y aquí siguiendo el pensamiento de la teoría crítica elaborado por ejemplo en pensadores como Adorno o Horkheimer que mostraban su desilusión ante el proyecto de la ilustración. Cfr. T.Adorno y M. Horkheimer, **Dialéctica de la Ilustración,** Madrid, Trotta, 1998.

> garantía surgida de la coordinación que formula el hablante de que, llegado el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de verdad y rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medios discursivos, esto es aduciendo razones; en el caso de pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente (el hecho de que alguien piense de verdad lo que dice, es algo que solo puede demostrarse mediante la congruencia de sus actos y no acumulando motivos). En cuanto al oyente acepta la garantía ofrecida por el hablante, entran en funcionamiento aquellos vínculos relevantes a las consecuencias de la interacción que están contenidos en el significado de lo que se ha dicho.[84]

Tal tesis tenía entonces que desembocar en una teoría de la democracia deliberativa, en la que se fundamentara la institucionalidad mediante la discusión pública y la justificación de decisiones aunque, como lo decía también Habermas, no podía esperarse que esta perspectiva fuese un modelo para todas las instituciones sociales.[85] Sin embargo, podíamos imaginar algunas características de la democracia deliberativa, como lo mencionaba Joshua Cohen, quien estaba también muy próximo a Habermas. Entre otras cosas, la democracia deliberativa sostenía que el proceso de deliberación debía ser de una manera argumentativa, vale decir, por medio de un intercambio regulado de información y de razones; las deliberaciones tenían que ser inclusivas y públicas, ya que todos los afectados deben de formar parte de la discusión; la deliberación es libre de cualquier coerción exterior; del mismo modo también había que quedar libre de cualquier coerción

84 Jürgen Habermas, **Conciencia moral y acción comunicativa**, *Ibid.*, p. 78.

85 Jürgen Habermas, **Facticidad y Validez** *Ibid.* Para este ensayo usamos la edición en inglés, ***Between Facts and Norms,*** Cambridge, Mass, The MIT Press, 1998, p. 305. Habermas, en el fondo, al plantear ciertos límites formales a la deliberación lo hace simplemente para evitar caer en situaciones en las que la deliberación pueda poner en riesgo la validez de las instituciones democráticas, vale decir, del Estado de Derecho. Esta acotación la hacía al diferenciar su comprensión de lo que debía ser la democracia deliberativa de la propuesta de otro teórico de la democracia deliberativa como Joshua Cohen Cfr. «*Deliberation and Democracy Legitimacy*». *Ibid.* También del mismo Cohen se puede revisar «*Democracy and Liberty*» en: ***Deliberative Democracy***, Jon Elster (edit.), *Ibid.*, y «*Procedure and Substance in Deliberative Democracy*» en: **Democracy and Difference: Changing Boundaries of the Political**, de Seyla Benhabib (edit.), Princeton, NJ, Princeton University Press, 1996.

interna que pudiese implicar, por ejemplo, un prejuicio hacia el otro interlocutor, todos tienen derecho de hablar pero también la obligación de escuchar, en este sentido, las conclusiones de Si o No deben motivarse solamente por la fuerza del mejor argumento; las deliberaciones en principio pueden ser indefinidas y reanudadas según sea decidido, empero, lo natural es que concluyan en una decisión, se entiende que en la práctica las mayorías pueden estar sosteniendo los argumentos más racionales a menos que la minoría convenza a la mayoría que ellas tienen la razón; las deliberaciones políticas se extienden a cualquier materia que pueda regularse para el interés de todos, podrían incluirse en todo caso asuntos que inicialmente fuesen definidos como privados y, por último, la deliberación política incluye la interpretación de necesidades y de deseos y el cambio de preferencias.[86]

En otra perspectiva también bastante difundida,[87] teníamos una aproximación algo menos filosófica y más práctica que se basaba, en primer lugar, en el sentido de reciprocidad con el que debía de contar la democracia deliberativa para operar y esto quedaba expreso en su definición de democracia deliberativa:

> La democracia deliberativa inquiere a los ciudadanos y funcionarios para que justifiquen públicamente sus políticas dando razones aceptables para los afectados por las medidas. Esta disposición implica tres principios -reciprocidad, publicidad y la responsabilidad-[88] [...] la reciprocidad es el principal principio porque le da significado a la publicidad y a la responsabilidad y también influye en la interpretación de la libertad oportunidad.[89]

Ciertamente, la reciprocidad era «la capacidad de buscar términos justos de cooperación por su propia causa».[90] En este sentido, la reciprocidad podía hallarse entre la imparcialidad y la prudencia (es decir en medio del altruismo y el interés personal) y se caracterizaba entre

86 Joshua Cohen, «*Deliberation and Democracy Legitimacy*» *Ibid.* Citado por Jürgen Habermas, ***Between Facts and Norms*** *Ibid*; pp. 305 - 306.

87 Nos referimos a la de Amy Gutmann y Dennis Thompson, en: ***Democracy and Disagreement,*** Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1996.

88 El término real es *accountability* que resulta difícil de traducir al español

89 Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Ibid.*, p.52.

90 *Ibid.*, p.53.

otras cosas, por la aceptación mutua el deseo de justificarnos ante los otros, y una práctica de deliberación constituida por el acuerdo y el desacuerdo.[91] El supuesto de la democracia deliberativa en el caso de Gutmann y Thompson era, entonces, el de contar con individuos razonables y racionales, los que por su lado racional intentasen satisfacer su interés personal, en tanto que por su lado razonable renunciasen a ciertas ventajas en aras de la convivencia y la paz social. En suma, la democracia deliberativa buscaba producir ciudadanos que fuesen al mismo tiempo ganadores y perdedores.

Hasta este punto, se podía tener una imagen bastante positiva en torno al sentido y los fines de la democracia deliberativa, y de ser cierto todo lo que describían sus defensores estaríamos sin hesitar ante un modelo muy superior[92] a todos los analizados. Pero, a pesar de la novedad de la teoría deliberativa, más temprano de lo esperado aparecerían diversos argumentos que refutarían no solo la propia teoría deliberativa sino dudarían concretamente de la posibilidad de su aplicación.

Así pues, bastaba remitirse a la presencia del diálogo en la antigüedad para descubrir que el diálogo político por excelencia en el mundo de la democracia clásica era la oratoria[93], y la oratoria tenía características muy concretas referente a su manejo y eficacia[94]. La oratoria requería de un auditorio extendido y plural, que debía ser persuadido para realizar determinada acción y esto implicaba que el contenido del discurso debía ser algo muy particular y concreto, que pudiese formar parte de la vida cotidiana de los ciudadanos. En este sentido, ellos recibían y refutaban el mensaje que en el fondo solamente buscaba producir la realización de un objetivo y, por ende, se podía sintetizar que el *telos* de la oratoria política era la decisión política.[95]

Pero, así como existía el diálogo político -oratoria- en la antigüedad también había espacio para otro tipo de diálogo (no político), y éste

91 *Ibid.*

92 Es superior en cuanto se adhiera uno a los fines que persigue la democracia liberal y que, como hemos sostenido, sería la síntesis entre la libertad y la igualdad.

93 Aristóteles, **Retórica**, Libro 1, Ciceron ***De Inventione, De Officis, De Oratore.***

94 Todos estos argumentos se pueden encontrar en el excelente artículo de Gary Remer, «*Political Oratory and Conversation, Cicero versus Deliberative Democracy*», en ***Political Theory***, Vol. 27, Nº 1, February 1999, pp. 39 - 64.

95 *Ibid.*, p. 42.

era la conversación. En el caso de la conversación, empero, existían diferencias sustantivas con respecto a la oratoria, pues, la conversación no buscaba persuadir, ni entretener sino reflexionar y buscar una verdad. Por lo tanto, la conversación tocaba más bien temas abstractos propios de la filosofía como la justicia, la felicidad, la libertad, etc. La conversación no funcionaba en auditorios sino más bien en cenáculos, que reunían a grupos de amigos y que ciertamente no sentían ni tenían la obligación de culminar la conversación, lo cual obviamente los facultaba a explayarse sin ninguna restricción.[96]

Ahora bien, si nos poníamos a comparar ambas formas de discurso con la teoría de la democracia deliberativa, encontrábamos que ella proponía un modelo de deliberación que no necesariamente tenía que ver con temas concretos (como la oratoria) sino que proponía también discusiones de tópicos relevantes para la comunidad que podían ser abstractos[97] y, claro está, esto ya representaba un grave problema pues al mismo tiempo la discusión política requería respuestas inmediatas, cosa que la deliberación sobre temas abstractos no podía satisfacer. Por otro lado, la discusión política clásica, la oratoria, siempre tenía elementos de jerarquía entre el orador y el auditorio; sin embargo, el discurso político de la democracia deliberativa proponía una comunicación entre iguales (como la conversación entre filósofos), algo que sólo podría ser real si es que las ciudades contemporáneas reunían a una colectividad de amigos.[98]

Así pues, la democracia deliberativa parecía estar condenada entonces a fracasar en tanto que confundía los contextos y los contenidos de los discursos, y esto se debía a la conexión que aun existía entre la democracia deliberativa y la filosofía liberal kantiana, que colocaba al sujeto moral en un plano trascendental y esto lo descontextualizaba. Se podía atestiguar tal afirmación cuando, por ejemplo, por más que existieran todos estos postulados teóricos de la democracia deliberativa, en

96 *Ibid.*, p.45.

97 Como constituye la enorme cantidad de discusiones morales contemporáneas, como los debates sobre el aborto, sobre la libertad o la igualdad, sobre las corrientes feministas etc., y que hacen que los grandes temas políticos sean paradójicamente temas morales, y por ende abstractos.

98 Cosa que está absolutamente alejada de lo real en la medida de que las sociedades contemporáneas son demasiado plurales y culturalmente diferenciados para pensar en términos de comunidades de amigos. Cf. Jacques Derrida, **Política de la Amistad**, Madrid, Trotta, 1998.

el fondo no todos los ciudadanos eran capaces de expresarse coherentemente o por más que lo hicieran siempre existirían minorías que no recibirían la misma atención al momento de exponer sus ideas en un auditorio.[99] Entonces, si ninguna de las teorías democráticas lograban ser convincentes del todo, ¿habría que buscar alternativas de otra naturaleza?

VI. Quinta teoría: el modelo republicano y la democracia del futuro

Cuando analizábamos las corrientes democráticas, desde las clásicas hasta las más novedosas, encontrábamos que en todos los casos -salvo la democracia sustantiva- se trataban de teorías que apostaban fundamentalmente por la libertad y el individualismo. En este sentido, podría decirse que *au fond*, estas teorías democráticas tenían que definirse como teorías liberales.

Ciertamente, las perspectivas individualistas siempre mantuvieron una relación difícil con la política que más bien tendía hacia lo colectivo antes que a lo individual.[100] De hecho, un autor tan importante para la historia de la teoría democrática como Alexis de Tocqueville, comprobaba con preocupación en el siglo XIX cómo el individualismo empezaba a socavar una vida comunitaria, en la que los consejos locales y los pequeños comités permitían cultivar las virtudes democráticas al tiempo de fragmentar el poder. El temor de Tocqueville no necesariamente tenía que ver con la anarquía que esto producía, sino más bien con las nuevas formas de poder y dominación que surgiría con esta sociedad egoísta o sociedad comercial.[101]

Tal prognosis de Tocqueville sobre el sombrío futuro de la mayor democracia del planeta, sería confirmada en años recientes por diversos

99 Nosotros hemos profundizado esto en el capítulo V de nuestro libro, **Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa.** *Ibid.*

100 Como siempre lo mencionaba, por ejemplo, Carl Schmitt, destacando las incompatibilidades entre el liberalismo (individualismo) que era una ideología que generaba fuerzas centrífugas mientras que la democracia (homogeneidad), que era un concepto político, postulaba fuerzas centrípetas. Ver nuestro ensayo, «Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional» en: **Pensamiento Constitucional**, No.3 , 1996.

101 Jean Bethke Elshtain, ***Democracy on Trial***, New York, Basic Books, 1995, pp. 10 - 11.

teóricos norteamericanos como Michael Walzer,[102] Christopher Lasch[103] y, especialmente, Michael Sandel.[104] Así, por ejemplo, Walzer, en referencia a la sociedad americana -nuevamente paradigma de la democracia occidental- señalaría:

> Nosotros somos quizá la sociedad más individualista que jamás existió en la historia humana. Comparada ciertamente con sociedades anteriores y con sociedades antiguas, todos estamos completamente liberados. Libres de seguir nuestro propio curso. Libres de planear nuestras vidas. Libres de elegir una carrera. De escoger un compañero o compañera y de cambiarlos. Libres de elegir una religión o no elegir ninguna. De elegir la política o la anti - política. Elegir un estilo de vida -sea cual fuere-. Libres de hacer lo que queramos, y esta libertad tan enérgica y excitante como es, es también profundamente desintegradora, haciendo muy difícil a los individuos el encontrar un soporte y una estabilidad comunal y también dificulta a cualquier comunidad el contar con la participación responsable de sus miembros individuales. Se lleva así al hombre solitario y a la mujer solitaria hacia el impacto de un común denominador bajísimo, la cultura comercial. Opera pues, contra todo compromiso hacia grandes uniones democráticas y también contra la solidaridad de todos los grupos culturales que constituyen nuestro multiculturalismo».[105]

Esta tesis que sintetiza las tendencias denominadas como comunitaristas y que se caracterizan entre otras cosas por anteponer la comunidad al individuo, el compromiso a la elección, la obligación al derecho, el altruismo al egoísmo, o el ciudadano al consumidor, han tratado de encontrar un significado distinto a las políticas democráticas contemporáneas que, como mencionamos, han estado bastante aleja-

102 Michael Walzer, ***Citizenship and Civil Society***, Rutgers, New Jersey, New Jersey Committee for the Humanities Series on the Culture of Community, 1992.

103 Chistopher Lasch, ***The True and Only Heaven***, New York: Norton, 1991.

104 Michael Sandel, ***Democracy's Discontent, America in search of a public philosophy***, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1996.

105 Michael Walzer, *Ibid.*, pp. 11 - 12. Citado por Bethke Elshtain, *Ibid.* pp. 11- 12.

das de la política, al enfatizar un individualismo abstracto, que sustentado en una moral de derechos de base kantiana o en una moral utilitarista,[106] han llegado a proponer como forma de vida un Estado neutral frente a los valores o lo que, en palabras de Sandel, sería una «República Procedimental».[107]

La República Procedimental refleja el ideal liberal - democrático de que nosotros somos «seres desencarnados», sujetos de derechos[108] que elegimos nuestros bienes libremente sin interferencias de ningún tipo (por ejemplo, de los contextos sociales) y de hecho, que cada quien sabe lo que necesita, prefiere y desea.[109] El Estado asume aquí un rol neutral frente a los valores pues, cada quien deberá decidir por sí mismo su plan de vida sin que el Estado o alguna persona decidiese por nosotros. La República Procedimental procura entonces crear un plano público en el que se coloquen en paréntesis la moral o la religión,[110] haciendo entonces una distinción concreta entre la política y la filosofía.[111]

Ahora bien, como añadía Sandel: «la insistencia en que separemos nuestra identidad como ciudadanos de nuestra identidad como personas da lugar a un desafío obvio. ¿Por qué nuestras identidades políticas no deben reflejar nuestras convicciones morales o religiosas que afirmamos en nuestras vidas personales?, ¿por qué, al deliberar sobre la justicia y los derechos, debemos dejar a un lado los juicios morales que informan nuestra vida?».[112] Por cierto, este desprecio a la moral y la

106 Cfr. Michael Sandel, introducción al libro editado por él mismo, ***Liberalism and its critics***, Oxford, Basil Blackwell, 1984.

107 Michael Sandel, ***Democracy's Discontent***, *Ibid.*p.4. Aunque como el mismo Sandel comenta el término le fue sugerido por la teórica política Judith Shklar.

108 En el sentido kantiano, vale decir, que lo justo antecede al bien, o el derecho a la obligación.

109 Michael Sandel, ***Democracy's Discontent*** *Ibid.*, p.17.
Por cierto, tal aserto puede ser fácilmente contradicho o por lo menos evaluado con menos optimismo. Cfr. Jon Elster, **Juicios Salomónicos**, segunda reimpresión. Barcelona, Gedisa, 1999.

110 Ver por ejemplo de John Rawls, ***Political Liberalism***, New York, Columbia University Press, 1993, Richard Rorty «*The Priority of Democracy to Philosophy*» en ***The Virginia Statute for Religious Freedom***, edit. Merril D. Peterson y Robert C. Vaughan, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, o Cass Sunstein, ***Legal Reasoning and Political Conflict,*** Oxford, Oxford University Press, 1996.

111 Michael Sandel, ***Democracy's Discontent, Ibid.***, p. 19.

112 *Ibid.*, p.18.

religión se cuajó en el rechazo del pensamiento moderno y liberal a una moral o religión única, que sería finalmente la imposición de una creencia particular al resto de personas, pues el proyecto liberal partía siempre del supuesto de la inconmensurabilidad y pluralidad de las visiones morales.

El intento por poner en paréntesis nuestras convicciones morales como lo pedía el liberalismo neutral, sin embargo, estaba muy lejos de configurar una política neutral pues la vigencia de este liberalismo y las teorías democráticas que lo han acompañado a la larga demostraron que han servido solamente para introducir nuevos patrones de conducta moral, como lo ha corroborado acertadamente Sandel. Así, por ejemplo, el hecho de no pronunciarse sobre la licitud o no del aborto (como en el famoso caso Roe vs. Wade, donde la Corte argumentó que al no poder decidirse cuándo empieza la vida, entonces los no nacidos no pueden ser reconocidos por la ley como personas en el sentido completo del término) resolvieron a la larga permitir el aborto. En el fondo, entonces, la neutralidad solo encubriría una preferencia moral que sería la de favorecer el aborto y privilegiar de este modo la elección individual.[113]

Las tesis comunitaristas y republicanas como las de Sandel, apuntaban en el blanco cuando señalaban que el individualismo de la República Procedimental no alentaba la vida en comunidad y, que al contrario, más bien socavaba la unidad política al ubicar al derecho individual antecediendo a la idea del bien. Esta tesis del derecho que antecedía al bien era, sin duda, la tesis que habían aceptado mal que bien las democracias representativas, elitistas, electorales y deliberativas y aquí radicaba, entonces, la dificultad que tenían todas estas teorías para superar esta contradicción entre el sujeto de elección y la *polís* o, lo que es lo mismo, entre la libertad y la igualdad. En este sentido, la teoría de la democracia sustantiva sí podía definirse como una teoría más política que las anteriores, en tanto que era la única de las teorías democráticas modernas que no aceptaba el privilegio del derecho sobre el bien, aunque tenía la dificultad de incorporar a la libertad y el pluralismo.

113 *Ibid.*, p. 101.

Así pues, la tesis de la unidad entre la libertad individual y el concepto político de la igualdad tenía que ser descartada, pues en todas las teorías democráticas presentadas o bien se privilegiaba exclusivamente a la igualdad como lo era en el caso de las teorías democráticas sustantivas descartándose a la libertad individual, o bien se destacaba la libertad en desmedro de la igualdad política como ocurría con las democracias representativas, electorales, elitistas o deliberativas.

Ante tal aporía lo razonable sería evitar la polémica a nivel abstracto y dirigirnos al plano concreto que, como decía Aristóteles, siempre fue competencia del mundo político. Aquí pensaríamos, entonces, que la mejor manera de definir a la democracia sería a través de la virtud ciudadana, esto es, aceptar la fórmula clásica en la que el bien antecede al derecho -como en la democracia sustantiva- empero, sin llegar al igualitarismo extremo de esta perspectiva, esto podría hacerse al devolver a la sociedad su naturaleza corporativa u orgánica que implique entonces la presencia de una pluralidad de funciones dentro de la ciudad y que, a semejanza de los modelos clásicos, se puedan educar a los ciudadanos en la virtud de cada una de las funciones existentes hasta alcanzar el verdadero conocimiento político, lo cual significaría en el fondo la constitución de una aristocracia universal.[114]

¿Cual sería la vía para encontrar entonces la virtud política? Ciertamente, el único camino sería el de la educación liberal,[115] que es la contraposición a la democracia de masas.[116] Dicha cultura, como acertadamente afirmaba Leo Strauss, es aquella que puede ser apropiada de la manera más fácil y sin ningún esfuerzo moral o intelectual. Por ende, la democracia no podrá forjarse apelando a la cultura de masas sino a la educación, que forma caballeros dispuestos a comprometerse políticamente y a actuar responsablemente bajo parámetros de cooperación, teniendo como misión fundamental la de educar a otros a fin de que puedan transformase también en ciudadanos educados y dispuestos a

114 Leo Strauss, «*What is Liberal education?*» en ***Liberalism ancient and modern***, Chicago, Chicago University Press, 1995, p. 4.

115 Debemos advertir que aquí el término educación liberal no tiene ninguna relación con el liberalismo individualista que estamos criticando, y que está presente en las teorías democráticas modernas, sino que apela a la noción de un hombre virtuoso.

116 Leo Strauss, *Ibid.*, p. 5.

realizar fines decentes.[117] Sin la búsqueda de la virtud y la excelencia humana cualquier intento por realizar la síntesis entre la libertad y la igualdad quedará, entonces, completamente descartado.

117 *Ibid.*, p. 13.

Las fuentes del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia constitucional

José Julio Fernández Rodríguez

I. Introducción

Con la expresión fuentes del Derecho se acude a una metáfora para indicar o bien los posibles orígenes de las normas jurídicas (que sería el sentido que más se corresponde al significado de la referencia de la metáfora –lugar donde nace agua-), o bien las normas mismas. Nosotros aludiremos a este segundo de los sentidos respecto al vigente Derecho español, que, a pesar del título que le hemos dado a este trabajo, engloba en realidad a más de un ordenamiento jurídico debido a que la distribución territorial del poder introducida por la Constitución de 1978 va a determinar la existencia de diversos entes territoriales con autonomía política, al margen del propio Estado central. Esta autonomía política que se concreta en la capacidad legislativa de las llamadas comunidades autónomas. De esta forma, surge en cada una de las comunidades autónomas un ordenamiento jurídico propio.

Así las cosas, y siguiendo los esquemas que se usan en algunos estados federales, existe una suerte de supraordenamiento constitucional, que se conectaría al Estado global (a todo el conjunto del Estado), un ordenamiento del Estado central y un ordenamiento por cada una de las diecisiete comunidades autónomas.[1] Proyectándose sobre todos ellos

1 La consideración de comunidades autónomas de Ceuta y Melilla, que supondría que el número se elevara a diecinueve, es objeto de discrepancias. Si bien tiene estatuto de autonomía carecen de capacidad legislativa. Por ello, y sin entrar en más detalles que no proceden en este lugar, nos inclinamos por no tenerlas por comunidades autónomas.

estaría el Derecho de la Unión Europea, que no parece que pueda todavía dársele el calificativo de ordenamiento.

La referencia normativa en la que hay que fijarse es la Constitución de 1978, que ha desplazado al Código Civil en esta función de fijación de las fuentes jurídicas, aunque sin eliminarlo, por lo que se deberá tener en cuenta su regulación sobre el particular, a modo de complemento de lo recogido en el texto constitucional. La Constitución introdujo una serie de novedades respecto a lo que existía con anterioridad. Así, en primer lugar, ella misma es fuente del Derecho, la primera de las fuentes, que hace que la ley le aparezca subordinada. Además, introduce fuentes desconocidas en España hasta el momento: la ley orgánica (antes existía esa denominación pero conceptualmente era una cosa muy diferente), el Estatuto de Autonomía, y la ley de la Comunidad Autónoma. De igual forma, incorpora nuevos tipos de leyes estatales en el Art. 150º, prevé la posibilidad de tratados internacionales que cedan competencias soberanas (Art. 93º), modifica en ciertos aspectos las tradicionales relaciones entre ley y reglamento, y hace del principio de competencia el primero a tener en cuenta a la hora de discernir qué norma se aplica en un caso concreto.[2] Asimismo, es necesario indicar que la enumeración que hace la Constitución de las fuentes no es algo cerrado, siendo posible que otras normas amplíen su número.

La relación entre las diversas fuentes se debe articular en torno al tradicional principio de jerarquía y, también, al de competencia. En virtud del primero, las normas de rango superior desplazan en la aplicación a las inferiores. Y la aplicación del segundo, conlleva que las normas dictadas por el órgano que tiene competencia en la materia se impongan a las que son producto de un órgano que carece de tales competencias.

El Tribunal Constitucional español, en el ejercicio de sus funciones, ha debido interpretar en un gran número de ocasiones, los preceptos que versan sobre las distintas fuentes. Para ello en España no existe,

2 Antes de 1978, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, la primera de las fuentes era la ley, sólo el poder central emanaba normas legales y en los principios de resolución de los conflictos de aplicación de normas no se recogía el principio de competencia, usándose el de jerarquía, especialidad y temporalidad, los cuales hoy se utilizan cuando el de competencia no sirve para resolver la duda aplicativa.

como ocurre en algún otro país, una específica atribución de interpretación obligatoria o auténtica por parte del órgano de justicia constitucional, sino que esta labor interpretativa la lleva a cabo el Tribunal Constitucional cuando resuelve los contenciosos que tiene atribuidos (que es lo que le sucede a cualquier órgano jurisdiccional, aunque la transcendencia y vinculación de las decisiones en uno y otro caso son bien diferentes). Las específicas características de los efectos de las sentencias constitucionales convierten a un buen número de las reflexiones realizadas por el Tribunal Constitucional en obligatorias para los poderes públicos. De ahí la importancia de reseñar cuál ha sido la doctrina sentada por este Tribunal en un tema de singular relevancia como el de las fuentes jurídicas. Ello no lo podemos hacer con ánimo exhaustivo porque excedería las pretensiones buscadas en el presente trabajo. Esperamos que las directrices generales que vamos a señalar den al lector una idea cabal de cuál es la situación en España de una cuestión muy compleja.

II La Constitución

La Constitución de 1978 es la norma jurídica fundamental del actual Derecho español. No es una simple suma de principios o postulados políticos sino que presenta verdadero carácter jurídico y, por lo tanto, vinculante para todos, sean ciudadanos, sean poderes públicos (Art. 9.1). Su valor normativo está fuera de toda duda, como lo atestigua su eficacia derogatoria. En ocasiones, los preceptos constitucionales van a poder ser aplicados directamente por los operadores jurídicos para resolver los casos que se les presenten dado el alto grado de complitud y eficacia que presentan. En otros supuestos, será necesario un desarrollo ulterior por parte de los poderes constituidos, que no mengua la vinculación y la juridicidad de todo el articulado constitucional, que presenta siempre un mínimo de eficacia.[3] En la jurisprudencia constitucional puede leerse que «la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no in-

3 Sobre clasificación de normas constitucionales con base en los criterios de la eficacia y de la aplicabilidad, permítasenos remitir a nuestro libro *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho Comparado, el caso español*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 162 y ss.

mediato cumplimiento hasta que no sea objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento» (STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; también STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1).[4]

La Constitución organiza el poder político, prevé la participación del pueblo en el mismo y concreta zonas exentas a tal poder. Este contenido, que puede resumirse en la suma de división de poderes, democracia y derechos fundamentales, es una de las razones de supremacía, pudiéndose añadir a la misma el propio origen de la Constitución en el pueblo actuando como poder constituyente. De este modo, la Constitución objetiva la soberanía. Además, la Constitución recoge las fuentes del Derecho, aparte de ser ella misma también fuente.

La Constitución aparece como una norma cualitativamente distinta, no sólo fundamental, sino también fundamentadora al ser la base de los diversos ordenamientos que proporciona unidad y coherencia a todo el conjunto. La supremacía exige un procedimiento agravado de reforma y un control de constitucionalidad que expulse a las normas que la contradigan, manifestaciones ambas de la superlegalidad formal y material que posee. La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, aunque esta sujeción se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, «mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnera la Constitución [...], los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

III. El ordenamiento del Estado central

El presente ordenamiento tiene en el primer escalón jerárquico a la Constitución (salvo que se entienda que ésta forma parte de un

4 La jurisprudencia constitucional la citamos de la forma habitual en España: el primer número indica el número que supone esa sentencia en el año en que se produce, el segundo es el año, y luego el día y el mes. La expresión «sentencia del Tribunal Constitucional» la abreviamos STC. El fundamento jurídico lo abreviamos con FJ. La indicación del día y del mes sólo lo haremos en la primera cita de cada sentencia.

supraordenamiento por encima del Derecho del Estado central y del de las comunidades autónomas, conectándose al Estado global). A continuación tenemos otro nivel integrado por las normas con rango de ley, subordinadas a la Constitución pero que no la ejecutan: ley orgánica, ley ordinaria, decreto-ley, decreto-legislativo, reglamentos parlamentarios y tratados internacionales. En tercer lugar, nos hallamos con los reglamentos administrativos, y en cuarto nivel, otras normas.

3.1 La ley orgánica

Esta norma, que en su momento generó polémica, se halla recogida en el Art. 81º de la Constitución. En su definición hay que tener en cuenta un aspecto material y otro formal. En virtud del primero, que es el más importante, son leyes orgánicas las que versan sobre determinadas materias (desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de estatutos de autonomía, régimen electoral general y demás materias previstas expresamente en otros artículos constitucionales[5]). El criterio formal del concepto es la necesidad de aprobación por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto, mayoría que también se exige para modificar o derogar una de estas normas. De esta forma, se podrán declarar inconstitucionales aquellas normas que no habiéndose aprobado como ley orgánica entren a regular materias reservadas a tal procedimiento.

La jurisprudencia constitucional ha subrayado la importancia del criterio material al indicar que el contenido de una ley orgánica sólo

5 Estos otros artículos que aluden a que cierta materia sea regulada por ley orgánica son el 8 (bases de la organización militar), 54 (Defensor del Pueblo), 55.2 (suspensión individual de derechos fundamentales), 57.5 (orden sucesorio de la Corona), 87.3 (iniciativa popular en las proposiciones de ley), 92.3 (modalidades de referéndum), 93 (autorización para celebrar cierto tipo de tratados internacionales), 104.2 (funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad), 107 (composición y competencia del Consejo de Estado), 116 (estado de alarma, excepción y sitio), 122 (ley orgánica del Poder Judicial), 136 (composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas), 141.1 (alteración de los límites provinciales), 144 (supuestos especiales de constitución de comunidades autónomas), 148.1.22ª (coordinación con policías locales), 149.1.29ª (policía de las comunidades autónomas), 150.2 (leyes de transferencia o delegación), 151.1 (referéndum ratificación de la iniciativa autonómica), 157.3 (ejercicio de competencias financieras de las comunidades autónomas) y 165 (Tribunal Constitucional).

será efectivamente orgánico si versa sobre las materias propias de la ley orgánica. Si ello no es así, el carácter de esos preceptos será el propio de ley ordinaria, pudiendo ser alterados por una de estas leyes ordinarias, sea del Estado central, sea de una comunidad autónoma. «La reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación, pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza». Y prosigue el Alto Tribunal: «Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado [...]. Por ello hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a ley orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21). En otro lugar se completa lo acabado de mostrar indicando que el hecho de que «una ley orgánica pueda contener preceptos no orgánicos no significa [...] que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda le ley dicho carácter» (STC 76/1983, 5 de agosto, FJ 51).

La reserva de ley orgánica no impide la «colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate» (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3). Pero para disciplinar esta colaboración no son aplicables sin más, los criterios ordenadores de las relaciones entre ley ordinaria y reglamento, pues la ley orgánica está sujeta por un principio de especialidad, de tal modo que no podrá extender su normación más allá del ámbito que tiene reservado (*ibidem*).

Las materias de ley orgánica no pueden ser objeto de delegación legislativa a favor del Gobierno, ni de delegación a favor de las comisiones legislativas permanentes de las cámaras. Asimismo, la iniciativa legislativa popular no puede versar sobre dichas materias.

La precisión de las materias reservadas a este tipo de norma ha sido labor de la jurisprudencia constitucional. Como derechos fundamentales y libertades públicas se entienden los contemplados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, artículos 15º a 29º. Precisamente, y como recuerda la acabada de citar STC 76/1983, en su FJ 2, la denominación de la rúbrica de dicha sección coincide con la expresión que utiliza el Art. 81º. Así las cosas, el principio de igualdad formal del Art. 14º y la objeción de conciencia del Art. 30º no son materia de ley orgánica (SSTC 76/1983 y 160/1987, de 27 de octubre). Vemos como el Tribunal Constitucional ha acudido a una interpretación literal en este lugar. Asimismo, se ha optado por una visión restrictiva del término «desarrollo» al concebirse éste como desarrollo directo de los derechos que comprende, por lo que no toda norma que incida o afecte a uno de los derechos de la aludida Sección Primera tiene que ser ley orgánica. Para apoyar esta postura se alega que la mayoría cualificada que exige el Art. 81º, al ser una excepción al principio democrático general de la mayoría simple, tiene que ser interpretada restrictivamente (SSTC 6/1982, de 22 de febrero, 65/1987, de 21 de mayo, y 160/1987). Lo contrario implica el riesgo de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de leyes orgánicas.

Como régimen electoral general se interpreta el conjunto de «normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza», o sea, provincias, municipios y comunidades autónomas (STC 38/1983, de 16 de mayo, FJ 3). Una ley será electoral cuando contenga un «núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir, y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial» (STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 4). Como se percibe, la postura que ha seguido aquí el Tribunal no es restrictiva, como en el caso anterior, pues no ha circunscrito esta materia a las elecciones generales legislativas (lo cual era una de las posibilidades interpretativas) sino que ha ido más allá según acabamos de mostrar.

La posición de la ley orgánica en el sistema de fuentes no se halla, todavía, totalmente clarificada. A nivel doctrinal la cuestión es bastante confusa, no estando claro si hay que acudir al principio de competen-

cia o al de jerarquía. Parece que el principio de competencia es el más útil, de forma tal que la ley orgánica tiene el mismo nivel jerárquico que las demás normas con rango de ley diferenciándose por las materias que regula. Esto está claro con relación a la actividad de las Cortes Generales y del Tribunal Constitucional, aunque para otras cuestiones y operadores jurídicos funcionará la jerarquía, que se sustenta en el procedimiento agravado de aprobación de esta norma. La jurisprudencia constitucional ha empleado también los dos principios, y no sin cierta confusión. De este modo, en el FJ 20 de la ya citada STC 5/1981 se dice que un conflicto entre ley orgánica y ley ordinaria del Estado central se planteará si ambas leyes inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por ésta. Se piensa, por lo tanto, en una prevalencia que recuerda a la jerarquía. En el mismo lugar, se señala que si el conflicto se produce entre ley orgánica y ley autonómica, la resolución debe venir de la mano del principio de competencia «para determinar qué materias han quedado constitucional y estatutariamente conferidas a los órganos legislativos de las comunidades autónomas y cuáles corresponden a las Cortes Generales del Estado». Pese a todo, por nuestra parte no dejamos de ver lo poco operativo de introducir la jerarquía en este lugar, pues con el mismo argumento de la mayoría cualificada de aprobación podría sostenerse que las leyes de armonización del Art. 150.3 son superiores a las orgánicas pues requieren mayoría absoluta en las dos cámaras. En la definición de ley orgánica el elemento material tiene un mayor protagonismo que el formal, lo que lleva indefectiblemente al principio de competencia.

3.2 La ley ordinaria

A pesar de que la Constitución no recoge una definición de ley ordinaria, sí se puede afirmar que en el ordenamiento español ésta posee un marcado carácter formal al considerarse como un acto de las Cortes Generales emanado de forma típica y solemne, o sea, a través del procedimiento legislativo. De esta forma, los clásicos caracteres de generalidad y abstracción que se solían predicar de la ley no resultan hoy en día de aplicación en España. No obstante, una ley singular, por exigencia del principio de igualdad, «debe responder a una situación excepcional» y también singular, siendo su canon de constitucionalidad la

«razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11).

Las leyes ordinarias pueden ser de dos tipos en función de los distintos pasos procedimentales que pueden seguir. Así, habrá leyes de pleno si son aprobadas por el pleno del Congreso y del Senado, y leyes de comisión si es una de las comisiones legislativas las que las aprueba. En efecto, las cámaras podrán hacer esta delegación a favor de las comisiones legislativas permanentes en virtud del Art. 75.2 de la Constitución, aunque el pleno de cada cámara puede recabar en cualquier momento el debate y la votación de cualquier proyecto o proposición de ley objeto de tal delegación. Al capítulo de los procedimientos legislativos especiales habría que añadir el procedimiento de lectura única y el procedimiento de urgencia.

A pesar de lo habitual que resulta hablar de reserva de ley, el sentido de la misma queda un tanto desvirtuado en tanto en cuanto no hay ninguna materia vedada a la ley. Lo que parecería más apropiado, sería hablar de reserva de procedimiento legislativo (de ley ordinaria, de ley orgánica). No hay, a diferencia, por ejemplo, del caso francés, unas materias reservadas al reglamento y otras a la ley. En cambio, sí existen ciertas cuestiones que tienen que regularse necesariamente por ley, sea ordinaria, sea orgánica, por lo que desde este punto de vista sí cobraría razón de ser hablar de reserva de ley para aludir a que ciertas materias deben regularse necesariamente por ley. Por ello, la reserva de ley, a pesar de no ser un criterio de atribución competencial al no haber materias vedadas a la ley, sí impone que la regulación de ciertas materias se haga por ese tipo de norma. De este modo, la libertad del legislador se reduce en la medida en que la ley debe contener suficientes referencias a la materia en cuestión para que la reserva legal no se vea vulnerada. No obstante, sí son posibles, y necesarias, remisiones a reglamentos para completar la regulación legal.

3.3 El decreto-legislativo

El Gobierno puede dictar dos tipos de normas con fuerza de ley, aunque no son leyes en sentido formal: el decreto legislativo y el decreto-ley. La iniciativa del primero, y a diferencia de lo que ocurre en el decreto-ley, le pertenece a las Cortes Generales, que aparecen así como el sujeto habilitante que aprueba una ley de delegación, en virtud de la

cual el sujeto habilitado, el Gobierno, podrá dictar ese acto con fuerza de ley denominado decreto legislativo. Este tipo de norma tiene como límite material las materias de ley orgánica.

La delegación debe realizarse de forma expresa para materia concreta, señalándose el plazo para su ejercicio y no permitiendo la subdelegación. Esta delegación, que se agota en un solo acto, puede tener lugar por una ley de bases, si se va a hacer un texto articulado, o por una ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. La ley de bases debe delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, además de no poder autorizar la modificación de la propia ley de bases ni permitir el dictado de normas retroactivas. Cuando la delegación se produzca por medio de una ley ordinaria habrá que determinar el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se va a formular un texto único o si se pretende regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos (Art. 82º de la Constitución, comentado el FJ 3 de la STC 205/1993, de 17 de junio).

El control de los decretos legislativos, que no sólo es de constitucionalidad material sino también de adecuación de la actuación del Gobierno a la habilitación recibida (STC 51/1982, de 19 de julio, FJ 1), le corresponde tanto al Tribunal Constitucional como a los tribunales ordinarios. Igualmente, las leyes de delegación pueden establecer fórmulas adicionales de control, que por lo normal es llevado a cabo por el Congreso de los Diputados. El Tribunal Constitucional actúa en tanto en cuanto nos hallamos ante normas con rango de ley. La intervención de los jueces ordinarios se produce en la medida en que son normas emanadas por el Gobierno, aunque no podrán entrar a controlar la constitucionalidad de esta norma ya que al tener rango de ley este control es competencia del Tribunal Constitucional. Lo que podrán hacer los jueces ordinarios es, por ejemplo, plantear una cuestión de constitucionalidad si se piensa que hubo extralimitación. Y también, como se dice en el FJ 3 del Auto del TC 69/1983, de 17 de febrero, pueden inaplicar «los decretos legislativos en lo que exceden de la delegación, o más propiamente, el no conferir al exceso el valor de ley». Por lo tanto, el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al TC sino también a la jurisdicción ordinaria (STC 47/1984, de 4 de abril, FJ 3).

Hay que subrayar que no estamos ante un Poder Legislativo ordinario (esto es, parlamentario) sino delegado, que está encuadrado en un marco más estrecho que aquel en el que se mueven las Cortes Generales. Por ello, el control del decreto legislativo también se extiende a verificar el cumplimiento de los concretos requisitos formales que le son de aplicación. La inconstitucionalidad puede tener lugar por el ejercicio irregular de la delegación. En la misma línea de diferenciación entre ambas manifestaciones del poder legislativo hay que decir que actuaciones totalmente válidas si son adoptadas por el Poder Legislativo ordinario, pueden no serlo si las aprueba el Poder Legislativo delegado. De nuevo hay que traer a colación la STC 51/1982 y su FJ 1: «Un precepto determinado que si emanara directamente de las Cortes Generales no sería inconstitucional a no ser por oposición material a la Constitución, puede serlo si procede del Gobierno a través de un decreto legislativo por haber ejercitado aquel de modo irregular la delegación legislativa».

3.4 El decreto-ley

El decreto-ley es una norma provisional con fuerza de ley que dicta el Gobierno en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (Art. 86º). Como vemos, a diferencia del caso anterior, la iniciativa le corresponde al Gobierno.

Así, el supuesto habilitante es la extraordinaria y urgente necesidad, cuya caracterización jurídica resultó discutida por la doctrina. De este modo, se dijo que era un concepto jurídico indeterminado, por lo que existía o no, siendo concretable *a posteriori* sin posibilidad de modulaciones. Por el contrario, otros sostuvieron que estábamos ante un supuesto de discrecionalidad, con lo cual el margen del Gobierno era mucho mayor y sólo encontraba su límite en un uso abusivo o arbitrario. La justificación del decreto-ley aunque no se volvía absoluta, sí aparecía con gran amplitud. El Tribunal Constitucional optó por la segunda postura, que, por cierto, no es nada restrictiva, indicando que «en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de decreto-ley» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, a la que hay que sumar otras como las 6/1983, 51/

1983, de 14 de julio, y 111/1983, de 2 de diciembre). Lo que sí podrá hacer el Alto Tribunal es «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia» (de nuevo, FJ 3 de la STC 29/1982). Pero este control es un control jurídico que, como se indica también en esta última sentencia, verifica si el decreto-ley guarda relación con la situación que se trata de afrontar. Si no modifica de manera instantánea la situación jurídica existente «difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad» (*ibidem*). Realmente, el Tribunal Constitucional no ha visto el decreto-ley como una fuente realmente excepcional, sólo viable ante una necesidad absoluta, sino como un instrumento normativo «para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (STC 6/1983, FJ 5). A lo que se añade en el mismo lugar que la justificación procede de una «necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes».

Los límites materiales del decreto-ley, o sea, las materias que no pueden ser afectadas por este tipo de norma, so pena de ser declarada inválida, son las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades del Título I de la Constitución, el régimen de las comunidades autónomas y el Derecho Electoral general. La primera de estas materias ha sido entendida como los elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las mismas, no afectando, en cambio, «a cualesquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas» (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4); los derechos del Título I como los que integran los capítulos I y II de dicho Título pero no los del Capítulo III (principios rectores de la política social y económica);[6] y el régimen de las comunidades autónomas como

6 En la STC 111/1983 puede leerse que hay que tener en cuenta la colocación del derecho afectado «en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su Título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del Art. 53 de la Constitución» (fundamento jurídico 8).

el sistema de distribución de competencias, o sea, «el ámbito que la Constitución reserva a determinadas leyes para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regulara o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas» (SSTC 29/1986, de 20 de febrero, y 23/1993, de 21 de enero, FJ 2)[7].

Una dificultad añadida a la interpretación de este artículo ha sido la concreción del término «afectar», que no se ha entendido de manera literal, porque de lo contrario el decreto-ley quedaría reducido a la nada pues de una u otra forma casi todas las materias acaban «afectando» a uno de los derechos del Título I, con lo que esta interpretación quedaría reducida *ad absurdum* (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8). Así las cosas, se ha interpretado en este caso que «afectar» aludía a la regulación del régimen jurídico general de uno de estos derechos o de su contenido esencial, cuestiones ambas que escapaban de las posibilidades del decreto-ley (SSTC 111/1983, 6/1983 y la aún no citada 3/1988, de 21 de enero). Lo mismo se ha dicho en cuanto al régimen de las comunidades autónomas, que se vería afectado por una delimitación directa y positiva de las competencias mediante instrumento normativo, y no por cualquier regulación que indirectamente «incida» en las competencias autonómicas (STC 23/1993, FJ 2).

El decreto-ley debe ser sometido en un plazo de treinta días desde su promulgación al Congreso de los Diputados para que éste se pronuncie acerca de su convalidación o derogación. Igualmente, en este plazo el decreto-ley puede ser tramitado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Aunque en teoría podría pensarse que ambas vías son alternativas (en el FJ 2 de la STC 29/1982 se dice que nada se opone a una interpretación de este tipo), en realidad son compatibles, siendo la práctica habitual que primero se convalide y después se tramite como proyecto de ley. En realidad una u otra opción tienen consecuencias muy diferentes porque mientras con la convalidación no cambia su naturaleza jurídica y sigue siendo decreto-ley, aunque haya perdido la provisionalidad,[8] el éxito en la tramitación como proyectos

7 A la expresión «Derecho electoral general» se le puede hacer extensiva la interpretación del «régimen electoral general» de la ley orgánica, con lo que el decreto-ley no podría entrar a regular las consultas de alcance territorial general, independientemente de la naturaleza política de la elección (STC 38/1983).

8 Por ello el Tribunal Constitucional en su sentencia 6/1983 (FJ 5) ha llegado a decir que lo que la Constitución llama «convalidación» es «más genuinamente una homologación

de ley lo convierte en ley formal del Parlamento (STC 29/1982, también FJ 2), que ya no estará sujeta a los específicos límites materiales del decreto-ley. Estos límites siguen rigiendo para el decreto-ley convalidado y pueden dar lugar a la declaración de nulidad del mismo por una extralimitación que la convalidación no soluciona.

3.5 Los reglamentos parlamentarios

La capacidad de autoorganización de las Cámaras posibilita que se dicten las normas que han de regirlas completando la regulación constitucional (Art. 72º). Surge así un tipo de normas que tradicionalmente se han venido llamando reglamentos, a pesar de atribuírseles rango similar al de la ley (STC 118/1988, de 20 de junio, FJ 3). Esta denominación de reglamento no debe confundirnos ya que su naturaleza jurídica es muy diferente a la del reglamento dictado en uso de la potestad reglamentaria que ostenta el Gobierno, que sí es una norma inferior a la ley.

Tanto el Congreso de los Diputados como el Senado tienen sus respectivos reglamentos, que fueron aprobados de manera individual por cada Cámara. Igualmente, la Constitución prevé un reglamento para las Cortes Generales destinado a regir en las sesiones conjuntas que puedan existir, reglamento este, por cierto, que todavía no ha sido dictado. Los reglamentos parlamentarios regulan, con sujeción a la Constitución y directamente incardinados en la misma, la organización y funcionamiento de las cámaras, «en el que ha de incluirse lógicamente la constitución del órgano como tal» (STC 101/1983, FJ 3).

En el FJ 2 de la STC 139/1988, de 8 de julio, se nos dice que no estamos ante «una disposición de categoría inferior a la ley sino, antes bien, de una norma que de acuerdo con la reserva constitucional establecida, goza de fuerza de ley y que, asimismo, por proceder del Poder Legislativo, posee valor de ley». Aún así, no parece correcto técnicamente atribuirle la misma fuerza activa y pasiva que tiene una ley en sentido formal, aunque sí presenta valor de ley. La jurisprudencia constitucional (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1) también afirma que estas normas deben formar parte del parámetro de constitucionalidad

respecto a la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa legislativa encauzada por ese camino».

por la invulnerabilidad de las reglas de procedimiento que contienen frente a la acción del legislador y, sobre todo, «por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político». De ahí se colige que «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley, cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras».

3.6 El tratado internacional

En la Constitución se diferencian tres tipos de tratados internacionales. Los primeros son los del Art. 93º, que sirven para atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias soberanas. Esta fue la vía utilizada para la incorporación a la Unión Europea, que ahora no nos interesa. Los otros dos tipos de tratados se encuentran en el Art. 94º, que ya no presenta una función de habilitación como el anterior sino de recepción o incorporación. En este Art. 94º tenemos, por un lado, unos tratados que requieren autorización previa de las Cortes Generales para que el Estado preste su consentimiento a los mismos,[9] y, por otro, los restantes tratados que no precisan de tal autorización, de los cuales sólo se informará a las Cortes una vez concluidos. La diferencia entre unos y otros es la materia sobre la que versen.

Los tratados sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos siguiendo la forma estipulada en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (Art. 96). Por lo tanto, tienen fuerza pasiva frente a la ley, o sea, resisten frente a ella. Por otro lado, la fuerza activa frente a la ley, es decir, la posibilidad de que modifiquen una ley, sólo parece que puede predicarse de los que requieren autorización de las Cortes Generales. Para explicar la relación entre tratados y demás normas con rango de ley se suele acudir al principio de competencia, que permite postular la prioridad en la aplicación de los tratados.

9 Se trata de los tratados de carácter político, de carácter militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan mediadas legislativas para su ejecución.

El Art. 95º de la Constitución prevé un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, con el que se pretende impedir la creación de derecho inconstitucional e indicar el camino correcto para la creación de derecho a través del tratado en cuestión. La decisión del Tribunal, que adopta la forma de declaración y no de sentencia, es vinculante, por lo que se impone a todos los poderes públicos sin excepción, de tal manera que, una vez emitido su parecer, hay que seguir la vía que en él se indica para que la prestación del consentimiento del Estado sea constitucionalmente correcta (Declaración del TC de 1 de julio de 1992, FJ 1). Si se concluye que el tratado contradice a la Constitución, dicho tratado sólo podrá ratificarse si hay una previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento de reforma previsto por ella misma, su primacía (*ibidem*).

3.7 El reglamento

En un nivel jerárquicamente inferior a las normas con rango de ley nos encontramos con el reglamento, una norma escrita de carácter general dictada por el Gobierno. La ley aparece como la fuente primaria y el reglamento como la secundaria, en tanto en cuanto es obra de un órgano, el Gobierno, que no representa al pueblo español como sí lo hacen las Cortes Generales. Las relaciones entre ambas son verticales y unívocas. El reglamento también presenta, por lo tanto, un carácter formal, como el producto normativo típico del Gobierno. El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (Art. 97º).

Como se indicó más arriba, la reserva de ley exige que la regulación de determinadas materias se haga por norma con rango de ley. Sin embargo, ello no impide las remisiones a reglamentos para completar y ejecutar semejante regulación (STC 83/1984, de 24 de julio). La lógica de una buena técnica normativa así lo reclama para que a medida que se desciende en la escala jerárquica se vaya entrando en la regulación de aspectos más concretos. Las remisiones a normas reglamentarias no deben hacer «posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva (de ley) formulada por la Constitución a favor del legislador» (otra vez, STC 83/1984). Y en el mismo lugar se añade: «Esto se tra-

duce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que resulte indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley».

Igualmente, cuando el legislador remite una materia al reglamento puede en cualquier momento regularla él mismo, pues el Derecho español no reconoce el principio de reserva reglamentaria (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3). En efecto, «lo que en la Constitución no existe es lo que podríamos denominar reserva reglamentaria, esto es, la imposición de que determinadas cuestiones hayan de ser reguladas por norma reglamentaria y no por otras con rango de ley» (STC 5/1981, FJ 21).

El Tribunal Constitucional casi no ha entrado en el análisis del reglamento, cosa por otra parte normal si se tiene en cuenta que el control de este tipo de norma pertenece a los jueces ordinarios, quedando al juez constitucional el control de las normas con rango de ley, para cuya declaración de nulidad ostenta monopolio.

La Constitución sólo atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno, aunque también se viene admitiendo el dictado de este tipo de normas a órganos inferiores, si bien con un alcance interno. Así, podría pensarse que existe una potestad reglamentaria *ad extra* y otra *ad intra*.[10] No obstante, se encuentra generalmente aceptado que no existen reglamentos independientes, desconectados de la ejecución de una determinada ley, salvo en los aspectos meramente organizativos. De este modo, en principio los reglamentos tendrán un carácter general y ejecutivo, estando «directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento» (STC 18/1982, FJ 4). Junto a estos, dicha sentencia menciona los reglamentos de organización que no aparecen necesariamente como complementarios de la ley y «que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesa-

10 El Tribunal Supremo ha distinguido con claridad estos dos tipos de potestad reglamentaria (Sentencia de la Sala Tercera de 11 de abril de 1981).

rio por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos o con carácter general». La Ley Nº 50/1997, de 17 de noviembre, reguladora del Gobierno, distingue en su Art. 23.3 los reglamentos aprobados por real decreto (sea del Presidente del Gobierno, sea del Consejo de Ministros) y los aprobados por orden ministerial, con lo que parece ganar fuerza esa diferenciación entre dos tipos de reglamentos, que han venido llamándose reglamentos ejecutivos o jurídicos (*sic!*) y reglamentos administrativos u organizativos.

IV. Los ordenamientos de las Comunidades Autónomas

El Estado complejo creado por la Constitución de 1978 supuso la aparición de unos entes territoriales dotados de autonomía política que iban a tener un Derecho propio en aquellas materias sobre las que asumieran competencias. Puede así afirmarse que cada Comunidad Autónoma tiene un ordenamiento o subordenamiento jurídico que, evidentemente, entra en contacto con el ordenamiento jurídico estatal y con los demás ordenamientos autonómicos. La cabeza de todos ellos es la Constitución. Con el Estado Autonómico aparecen nuevas fuentes (el Estatuto de Autonomía y las leyes de las comunidades autónomas), nuevos tipos de leyes estatales (la ley marco de delegación de competencias legislativas, la ley orgánica de transferencias y la ley de armonización -Art. 150º-), y se modifican las tradicionales relaciones entre ley y reglamento. Asimismo, en los ordenamientos autonómicos se reproducen esquemas ya vistos para el ordenamiento del Estado central, como en lo que concierne al reglamento parlamentario, a los decretos legislativos o a la potestad reglamentaria de los gobiernos o de los consejos ejecutivos autonómicos. En ello ya no vamos a entrar. Lo que hay que subrayar es que, a diferencia de lo que ocurre con el decreto legislativo, no está previsto para ninguna comunidad la figura del decreto-ley.

4.1 El Estatuto de Autonomía

El Estatuto de Autonomía es la norma institucional básica de cada comunidad autónoma (Art. 147º). En ella se recogen las reglas funda-

mentales de sus órganos y se asumen las competencias autonómicas de acuerdo con el principio dispositivo, o sea, voluntariamente dentro del techo establecido por la Constitución. Como se lee en la STC 18/1982, «para determinar si una materia es de la competencia del Estado o de la comunidad autónoma, resulta en principio decisorio el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, a través del cual se produce la asunción de competencias». Este tipo de norma no es expresión de soberanía sino de autonomía por lo que está claramente subordinada a la Constitución.

Desde un punto de vista formal es una ley orgánica puesto que es por ley orgánica como se aprueban. No obstante, en realidad es, sin duda, mucho más, dadas las profundas diferencias que presenta frente a la ley orgánica en cuanto a la iniciativa para su elaboración, su contenido predeterminado por la Constitución (arts. 147º y 152º), su tramitación en algunos casos, y su especial rigidez. Es evidente que aunque sean aprobados por ley orgánica, no se sitúan en el mismo lugar que dicho tipo de ley. Sin embargo, esa aprobación por ley orgánica hace que el Estatuto de Autonomía no sólo forme parte del ordenamiento de su respectiva comunidad sino también del ordenamiento del Estado central (la ley orgánica es una fuente que sólo se encuentra en este último ordenamiento).

El carácter materialmente constitucional que presentan los estatutos hace que éstos formen parte del llamado bloque de constitucionalidad, que es el parámetro de validez de las leyes. Puede, así, afirmarse que estamos ante una norma complementaria de la propia Constitución. Las relaciones entre los estatutos de autonomía y las leyes estatales están presididas por el principio de competencia. Las que se producen entre los estatutos y las leyes de sus respectivas comunidades, por el principio de jerarquía.

4.2 La ley autonómica

La Constitución no ha establecido distintos tipos de leyes autonómicas, por lo que hay que entender que sólo existen leyes ordinarias aprobadas por mayoría simple, aunque algún Estatuto y alguna aportación doctrinal maticen mucho esta afirmación. El concepto de ley autonómica no es, como le ocurre a la ley estatal, simplemente formal pues también presenta una dimensión material. En efecto, es una norma

aprobada por la Asamblea Legislativa de una comunidad autónoma a través del correspondiente procedimiento legislativo que, además, debe versar sobre materias cuya competencia legislativa ha sido asumida por la comunidad autónoma. Hay una serie de principios que actúan como límites para estas normas, a saber: la unidad de la nación española (Art. 2º); el principio de solidaridad entre las nacionalidades y regiones que integran España (arts. 2º y 138º); igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio estatal (Art. 139.1); libertad de circulación y establecimiento de las personas y libre circulación de bienes en todo el territorio español (Art. 139.2). La relación que se produce entre las leyes autonómicas y las estatales se rige por el principio de competencia, no jerarquía.

Estas leyes pueden ver suspendida su aplicación ante la impugnación del Gobierno central en el Tribunal Constitucional, el cual deberá en un plazo máximo de cinco meses ratificar o levantar tal suspensión (Art. 161.2).

4.3 Las relaciones entre ley y reglamento en el Estado Autonómico

El Estado Autonómico ha modificado las tradicionales relaciones que se venían produciendo entre la ley y el reglamento. Estas relaciones estaban presididas por el principio de jerarquía, que colocaba a la ley por encima del reglamento, que, de contradecirla, sería declarado inválido. Ello sigue siendo así en el interior de cada ordenamiento. No obstante, cuando la relación es entre ordenamientos, el principio a tener en cuenta es el de competencia. De esta forma, un reglamento autonómico tiene prioridad aplicativa respecto a una ley estatal cuando verse sobre una materia de competencia exclusiva de esa comunidad autónoma. Asimismo, una ley autonómica puede estar condicionada por un reglamento del Estado central cuando a éste le corresponda dictar la normativa básica sobre la materia en cuestión y a la comunidad la normativa de desarrollo (la definición de lo básico la realizan las Cortes Generales –órgano central- mediante ley, que puede ser complementada por el propio Gobierno central a través de su potestad reglamentaria[11]).

11 La definición de legislación básica no impide la entrada del reglamento que ejecuta la ley. La búsqueda de uniformidad en la regulación de una materia requiere que el término «legislación» incluya a veces reglamentos.

V. El Derecho comunitario

El Art. 93º de la Constitución, como se indicó más arriba, posibilita la celebración de tratados internacionales que atribuyan a una organización internacional el ejercicio de competencias soberanas. Esta previsión fue utilizada para la incorporación en 1985 de España a lo que hoy es la Unión Europea. La Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, fue la que autorizó el tratado de adhesión de España a la Comunidad Europea, determinando la vigencia en España del Derecho Comunitario, sea primario, sea derivado. La Unión Europea es una organización internacional *sui generis*, lo cual ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que «cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales» (STC 165/1994, de 26 de mayo).

El alcance del aludido Art. 93º fue precisado por la STC 28/1991, de 14 de febrero, en su FJ 4. En ella se afirma que dicho artículo, a pesar de su carácter orgánico-procedimental («se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de tratados internacionales»), es el fundamento constitucional último de la vinculación de España al Derecho Comunitario ya que es a través de la ley orgánica, expresión de la soberanía estatal, como se produce la aceptación de dicha vinculación. Así las cosas, el Derecho Comunitario no posee rango y fuerza constitucionales, ni su infracción por una disposición española entraña «a la vez conculcación del citado Art. 93º». Ésta es la línea que sigue la decisión de 1 de julio de 1992, dictada por el Tribunal a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht, en donde se subraya, en el FJ 4, que el Art. 93º no permite disponer de la Constitución «contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una "competencia" cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea [...] a través de los procedimientos» en ella establecidos «y mediante la modificación expresa de su propio texto». La integración en la Unión Europea sólo puede llevarse a cabo dentro de los límites fijados por el constituyente.

El Derecho Comunitario es un Derecho que no es ni estatal ni internacional, sino que puede catalogarse como de supraestatal. Se inserta en el ordenamiento estatal perturbándolo, o sea, desplazando de

su aplicación al Derecho interno, sea del Estado central, sea de una comunidad autónoma. En opinión de la jurisprudencia constitucional, «constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales» (STC 28/1991). Este orden jurídico, para el conjunto de los Estados que integran la Unión Europea, puede considerarse a ciertos efectos como «interno» (STC 165/1994).

El Derecho Comunitario tiene un efecto directo y una primacía, que no hay que entender en el sentido de superioridad jerárquica sino como una preferencia en la aplicación. Respecto a la Constitución, este Derecho es, claro está, infraconstitucional (SSTC 28/1991 y 45/1996, de 25 de marzo) o «no constitucional» (STC 180/1993, de 31 de mayo), no integrando «el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español» (STC 28/1991, FJ 5). Por ello, el recurso de amparo sólo procede por lesiones de los derechos fundamentales enunciados en los artículos 14º a 30º de la Constitución española, no pudiendo plantearse ante eventuales vulneraciones del Derecho Comunitario, cuyas normas «únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los tratados internacionales» les asigna la Constitución en el Art. 10.2 (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4). Las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o acto recurrido en amparo, son un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción. Lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad (SSTC, entre otras, 145/1991, de 1 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre, y 137/1995). Y también en el campo del recurso de amparo el Alto Tribunal ha señalado su competencia para controlar de modo indirecto el Derecho Comunitario cuando al aplicarlo una autoridad española vulnera un derecho fundamental protegible en amparo: «En la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo» (STC 64/1991, FJ 4). La justificación del presente razonamiento está en que «la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades

nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español».

Los problemas que más importancia pudo haber generado la entrada del Derecho Comunitario se refieren a los derechos fundamentales y a la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. El diferente grado de desarrollo del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en los diversos estados y en el Derecho Comunitario motivó en su momento, y en otras latitudes, los conflictos en el primer caso, como queda reflejado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1975. La evolución del proceso de integración europea ha ido superando este problema de manera tal que hoy por hoy no parece probable que en esta cuestión pueda darse un choque entre el Derecho español y el Comunitario. En cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional ha sentado el principio de la irrelevancia del Derecho Comunitario en esta cuestión, que «no se ha visto alterada en ningún caso por la integración de España en la Unión Europea, ni puede serlo como consecuencia de su derecho derivado» (STC 147/1996, de 19 de septiembre, FJ 3, en donde se remite a las SSTC 252/1988, de 20 de diciembre, 76/1991, de 11 de abril, 79/1992, de 28 de mayo, y 80/1993, de 8 de marzo). De esta forma, «la ejecución del Derecho Comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas del Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario» (SSTC 79/1992, FJ 1, 326/1991, FJ 9). Evidentemente, hay que añadir a lo dicho que los actos y normas de la Unión Europea pueden afectar, por supuesto, al ejercicio de las competencias (STC 165/1994), que es una cosa diferente a incidir en el sistema de distribución de las mismas.

Como se ve, el Derecho Constitucional no se ve afectado por la penetración del Derecho Comunitario. Sí, en cambio, el Derecho infraconstitucional, frente al cual prevalece el Derecho Comunitario, que presenta, como se dijo, eficacia directa (STC 130/1995, de 11 de septiembre). No obstante, el Tribunal Constitucional no garantiza la supremacía del Derecho Comunitario ya que éste «tiene sus propios órganos de garantía entre los cuales no se cuenta este Tribunal Consti-

tucional» (STC 28/1991, FJ 7). Por ello, dicho Tribunal entiende que el no planteamiento de una cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional español ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución (SSTC, entre otras, 111/1993, de 25 de marzo, 143/1994, de 9 de mayo, 45/1996, 70/1997, de 10 de abril). En suma, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho Comunitario «por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida [...] de los procesos constitucionales» (STC 65/1991, de 22 de marzo, FJ 4).

VI. Selección bibliográfica

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (coord.)
1996-99 **Comentarios a la Constitución española de 1978**, doce tomos, Madrid, EDERSA.

Derecho Político español según la Constitución de 1978.
1997 **Sistema de fuentes**, Madrid, Centro Ramón Areces.

CARRILLO, Marc
1987 «El decreto-ley: ¿excepcionalidad o habitualidad?», **Revista de las Cortes Generales**, Nº 11, pp. 47 y ss.

CHOFRE Sirvent, J. F.
1994 **Significado y función de las leyes orgánicas**, Madrid.

COLOM Pastor, Bartolomeu
1984 «Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional», **Revista Española de Derecho Administrativo**, Nº 40-41, pp. 239 y ss.

ESPÍN Templado, E.
1985 «Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española», **Revista de las Cortes Generales**, Nº 6, pp. 167 y ss.

García de Enterría, Eduardo
1991 **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Civitas, 3ª ed.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, Civitas.

Muñoz Machado, Santiago
1982-84 **Derecho Público de las comunidades autónomas**, dos volúmenes, Madrid, Civitas, .

Otto y Pardo, Ignacio de
1987 **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**, Barcelona, Ariel.

Pérez Royo, Javier
1988 **Las fuentes del Derecho**, Madrid, Tecnos, 4ª ed.

Pérez Tremps, Pablo
1994 **Constitución española y Comunidad Europea**, Madrid, Civitas.

Portero Molina, José Antonio
1997 **Constitución y jurisprudencia constitucional**, Valencia, Tirant lo blanch, 3ª ed.

Rubio Llorente, Francisco
1983 «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», **Revista de Administración Pública**, nº 100-102, pp. 417 y ss.

Santaolalla, Fernando
1994 «En torno a las leyes orgánicas: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero», **Revista de Administración Pública**, Nº 104, pp. 333 y ss.

Bases para la Historia Constitucional del Perú

Domingo García Belaunde

Los pueblos que no conocen su historia,
están condenados a repetirla.
G. Santayana

La incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero quizá es igualmente vano esforzarse por comprender el pasado, si no se sabe nada sobre el presente.
M. Bloch

I. La Historia

La vinculación entre la historia y el derecho es muy antigua, si bien sus relaciones formales son más bien recientes. Esto es, la historia ha existido desde siempre, pero en cuanto tal, en cuanto quehacer científico, arranca tan sólo del siglo XIX y de sus grandes cultores, tanto en Francia, como en Inglaterra y en Alemania, que sentaron las bases de la disciplina, y que con múltiples desarrollos y matizaciones, llega hasta nuestros días. Igual podríamos decir del derecho.

Pero quizá valga la pena hacer una distinción de la cual parten todos, cuál es, separar el **objeto** materia de una ciencia, de la **ciencia** misma. Dicho en otras palabras, entre el objeto de conocimiento y el conocimiento en sí mismo. Y esto que se hace de la historia, también se hace en el derecho, y quizá en esto se parecen, pues aquí empiezan las dificultades. Las modernas tendencias filosóficas han desarrollado bien este punto, haciendo la distinción entre objeto y meta-objeto, o entre lenguaje y meta-lenguaje. Pero veamos más de cerca el problema.

Es opinión dominante, que la historia se refiere, siempre, a lo pasado. Pasado inmediato o lejano, pero pasado al fin y al cabo. La historia, pues, como quería Croce, apunta a lo «sucedido» (*accadutto*). A lo que pasó, a lo que no existe más.

Pero este enfoque del pasado, no se refiere sólo a una parcela del pasado, sino a todo el pasado en cuanto tal. Viene a cuento traer aquí al recuerdo ciertos enfoques que en otras épocas, privilegiaban de ese pasado sólo ciertos hechos, ciertos sucesos, ciertos acontecimientos, aparentemente relevantes, descuidando lo que algunos, en ciertos casos desdeñosamente, llamaban la pequeña historia. Así, fue clásico en el siglo XIX y en gran parte del actual, el predominio, a veces exclusivo, de la llamada **historia de acontecimientos**, centrada, generalmente, en los hechos militares, políticos o diplomáticos. Todo este enfoque, fue por momentos, a raíz de la aparición de la llamada Escuela de los Anales, soslayado para más bien tocar otros aspectos, menos espectaculares, pero quizá tanto o más importantes, y en todo caso, esclarecedores. Así, surgió la idea de analizar otros tópicos, vinculados con la vida comercial o religiosa, relacionados con las clases descuidadas por los historiadores, hasta llegar, en nuestros días, a la historia de las mentalidades, la historia del sexo, la historia de la vida privada, etc. Esto es, la historia vista y analizada como totalidad, en el contexto social. Este enfoque, como era de esperarse, trajo excesos y como reacción, ha hecho reverdecer en los últimos años, la llamada historia de los acontecimientos, tan denigrada otrora, que así ha vuelto a cobrar importancia, si bien con algunas concesiones y observando sus justos límites.

Más es indudable que la historia es una totalidad, y así tiende a ser interpretada en el mundo moderno (no hay historia económica y social, hay historia sin más, en su unidad, dice L. Febvre en **Combates por la historia**, Planeta, Barcelona 1993, p. 39). Lo que sucede es que, por razones de especialización, las áreas se dividen y ocupan así la atención de especialistas sectoriales, gracias a lo cual las investigaciones van más lejos y profundizan más, pero sin olvidar cuál es el gran marco de referencia, que al fin y al cabo, es la totalidad en el espacio y en el pasado.

Por tanto, la historia es una **masa** social de hechos, que se dieron en el pasado. Y que son objeto de estudio de una disciplina, que también, curiosamente, llamamos historia. Esto ha hecho que se hayan planteado diversos enfoques, para no confundir los hechos con la ciencia que

los estudia. Así, para algunos, se podría distinguir entre historia y metahistoria; para otros, entre historia y ciencia de la historia, o si se quiere, entre historia y teoría de la historia. En fin, lo concreto del caso es que por un lado existen los **hechos** y por otro, la **ciencia** que los estudia. Si bien los nombres son en cierto sentido convencionales, creo que no estaría mal llamar historia a lo primero, y ciencia histórica o ciencia de la historia a lo segundo (Croce, como se sabe, llama historiografía al estudio de la historia, con lo cual en él se encuentra claramente la diferencia; por un lado, la historia, que son los hechos y por otro, la historiografía, que es el estudio científico de tales hechos; distinción interesante, pero que no ha tenido mucho predicamento).

Si seguimos en esta ruta podemos ir más lejos, y hacer alguna breve referencia a la llamada filosofía de la historia, que es, como su nombre lo denota en una primera aproximación, una reflexión filosófica sobre la historia. Esto, si bien en principio es válido, ha tenido fuertes resistencias, y hay muchos que no la aceptan o simplemente le niegan toda validez. Pero cabe una pequeña aclaración. En principio, tenemos que admitir que la filosofía de la historia, de hecho, existe. Aparecida por primera vez -con ese nombre- en Voltaire en su famoso **Ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones** de 1756, se ha desarrollado intensamente desde entonces, sobre todo gracias al genio del Hegel, cuyas póstumas **Lecciones sobre Filosofía de la Historia**, tuvieron tanto predicamento en el siglo XIX y bien entrado el siglo XX. Por tanto, es claro que la filosofía de la historia es de por si una disciplina filosófica, o sea, una parte de la filosofía en cuanto se extiende a reflexionar sobre la materia histórica. Lo que sucede es que tal reflexión debería tener en cuenta los hechos históricos y partir de ellos, y esto a veces no sucede; ya que destacados filósofos como el mismo Hegel, emprenden grandes elucubraciones que al final no se compadecen con la realidad, lo que ha hecho que muchos historiadores le tengan natural desconfianza, y por ende, la rechacen. Así, no sólo Hegel ha sido duramente atacado, sino ya en nuestro siglo, algunos autores como Spengler y también Toynbee (a quienes se considera más filósofos que historiadores).

Adicionalmente, la filosofía de la historia ha puesto en debate una serie de problemas históricos como son los hechos mismos (su no repetición), los problemas epistemológicos, el problema de si la historia se repite o no, y si existen leyes históricas. Y por si no fuera poco, los historiadores polemizan o cuestionan enfoques como el de Raymond

Aron, e incluso del mismo Popper, cuya **Miseria del historicismo** – un éxito de librería- nada tiene que ver, según dicen, con el trabajo de los historiadores ni menos aún con lo que ha sido y es el historicismo.

En fin, lo cierto es que la filosofía de la historia existe, y es probable que seguirá existiendo. Lo que sucede es que hay que ver con qué enfoque se hace, y que perspectivas adopta, ya que si bien un filósofo de la historia puede ser muy fiel a los hechos- que son, repetimos, la materia prima del historiador- su punto de partida determina el desarrollo de su posterior reflexión (si es hegeliano, tomista, analítico, marxista, etc., adoptará sus respectivas caracterizaciones). Cabe, pues, cultivarla, sobre la base de saber que estamos ante enfoques filosóficos, que no pueden negar ni desautorizar a los hechos. Y que por cierto, es distinta de la historia, que es ciencia empírica.

Volviendo a la historia o ciencia histórica, recordemos que ella es una reflexión o análisis del pasado, pero de todo el pasado sin compartimentos, si bien es cierto que su análisis permite una sectorialización para fines metodológicos. O sea, es una ciencia que analiza el pasado. Pero esta definición, siendo verdadera en sustancia, no es completa ni menos aún abarca todo. Y sobre esto hay, como era de esperarse, gran cantidad de definiciones, enfoques, planteos, etc. Por ejemplo, Huizinga afirma que la historia es la forma espiritual en que una cultura se rinde cuentas de su pasado. Carr señala que la historia es un proceso continuo de interacción entre el historiador y los hechos, un diálogo sin fin entre el presente y el pasado. Marrou, por su parte, explica que la historia es el conocimiento del pasado humano. Finalmente, la clásica definición de W. Bauer anota que la historia es la ciencia que trata de describir, explicar y de comprender los fenómenos de la vida, en cuanto se trata de los cambios que lleva consigo la situación de los hombres en los distintos conjuntos sociales, seleccionando aquellos fenómenos desde el punto de vista de sus efectos sobre las épocas sucesivas o de la consideración de propiedades típicas; y dirigiendo su atención principal sobre los cambios que no se repiten en el espacio y en el tiempo.

II. El Derecho

Problema parecido ocurre con el Derecho, como ya lo adelantamos. Por un lado, la palabra derecho designa al conjunto de reglas de carác-

ter fundamentalmente imperativo, que están destinadas a encauzar las conductas humanas en una sociedad determinada. Pero, por otro, el derecho es definido como aquella ciencia o disciplina que precisamente estudia el derecho. Precisemos más esto.

Se acepta, por lo general, que el derecho ha existido siempre. De ahí el viejo aforismo *ubi homo, ibi jus* [...] . Esto es, que donde existe el hombre, hay sociedad, y en donde existe sociedad, hay derecho. En tal sentido, el derecho es, en sustancia, un conjunto de reglas que ordenan la vida en común. Y éstas se han dado siempre, en todas las sociedades, como lo demuestran los hallazgos arqueológicos (así el Código de Hammurabi del siglo XVIII a.C. y las leyes medo-asirias, del siglo XII a.C.). Esto no significa que tuviesen un grado muy elaborado de lo que era la parte normativa, pero es indudable que la tuvieron, primitiva o rudimentaria, o si se quiere insuficiente, pero la tuvieron. Correspondió a Roma la creación del derecho en forma, esto es, como cuerpo técnico, y eso es precisamente lo que ha dado origen a los numerosos pueblos que acogieron su legado y que conforman lo que los comparatistas denominan derecho romanista (o romano-civilista, o romano-canónico, o romano-germano, o romano-canónico-germano, pero *brevitatis causa*, lo podemos llamar familia romanista, para distinguirla de la familia sajona o del *common law*, que es la otra gran formación histórico-jurídica de Occidente).

Pues bien, desde siempre, como queda dicho, existió el derecho, término por cierto más moderno, con lo cual queremos significar que existieron reglas de juego en todas las sociedades, reglas que tenían fundamentos diversos, alcances distintos, con características variadas y sanciones peculiares, pero que tenían un núcleo imperativo, que, en esencia, se mantiene hasta ahora (es decir, hay numerosas normas que son simplemente permisivas o indicativas, como lo ha puesto de relieve Hart, pero el núcleo jurídico siempre es imperativo).

Y si esto es así, advertimos de inmediato lo que muchos han calificado como la **historicidad** del derecho, lo cual implica tres aseveraciones: por un lado, que el derecho siempre ha existido; por otro, que el derecho se configura de acuerdo a cada coyuntura histórica y se transforma con él; y finalmente, que el derecho, a la larga, perece, no siempre permanece, lo cual es más notorio en las civilizaciones desaparecidas.

En consecuencia, si el derecho es histórico, esto significa que existe un antecedente, un hecho en el pasado que es jurídico, que hay que detectarlo.

A los operadores del derecho, fundamentalmente el abogado, el juez, el profesor, el jurista, les interesa el **derecho vigente**, el que es válido aquí y ahora. Esto por cuanto el derecho es parte del entramado social y con él tenemos que contar, si queremos saber que hay de nuestras vidas y cómo nos proyectamos en el futuro. Así, por ejemplo, cualquier ciudadano que tiene ciertas pretensiones o problemas de herencia, le interesará saber que dice sobre esta materia el Código Civil de 1984, actualmente vigente, y no lo que decía el Código Civil de 1936, vigente durante muchos años, pero ahora no vigente, esto es, no válido hoy en día, pues fue derogado hace años.

Esto es lo que interesa al hombre de derecho y al hombre común y corriente, que se relaciona con el derecho.

Pero al historiador busca el derecho del pasado, que es, por lo general, el derecho no vigente. El derecho que no existe hoy con fuerza, es el no derecho, es el derecho derogado, y en cuanto tal, no interesa. Por cierto, sabemos perfectamente que en ciertos ámbitos de manera muy marcada interesa, a veces, el derecho derogado, o sea, el derecho no vigente. Así, en materia penal, no me pueden juzgar por la norma vigente hoy en día, sino por la norma que estaba vigente cuando se cometió el delito, en el supuesto que me sea más favorable, y no con la actual, si es más severa. A veces el derecho derogado, tiene vigencia, pero por cierto tiempo; es lo que se conoce como ultraactividad. Esto también sucede, en otros ámbitos, como en el derecho civil (así, cuando analizamos situaciones que están regidas por los cambios de un código a otro código, y situaciones que se dan con la existencia del llamado «derecho transitorio» o en materia tributaria, en donde es tan debatido el problema de los tributos derogados, pero que son más tarde detectados por la administración tributaria, y que pueden ser objeto de acotación, siempre y cuando no haya operado la prescripción. Pero, por cierto, estas son las excepciones).

Lo frecuente es que el derecho derogado, deje de interesar, y sea remplazado para todos sus efectos, por el derecho vigente.

Por cierto, el derecho vigente también puede tener su pasado; así, si el Código Civil de 1984 se aplicó a una situación determinada de 1990, se trata de una realidad pasada, que interesa como referencia o antecedente, y que sólo puede ser invocada en la medida que en esa época el Código era el mismo. Pero las situaciones pueden haber cambiado, y por eso, tal aplicación judicial del Código Civil en 1990, puede ser objeto de un análisis histórico, pues se trata de historia reciente.

Ahora bien, ¿cómo enfocamos el pasado en materia jurídica? ¿Es posible decir que el pasado es tan sólo una sucesión de códigos y leyes, y que el análisis del pasado se limita a este exámen exegético de la norma? Creo que la respuesta es negativa. El pasado del derecho se expresa, querrámoslo o no, en hechos, o sea, en personas y en determinadas situaciones a las cuales se les aplica o a las que se invoca un derecho vigente en aquel entonces. Pero el derecho no vigente, o sea, el derecho en cuanto pasado, no es sólo la norma, **sino el conjunto de hechos que se mueve alrededor de la norma** y con la cual forma una unidad. Esto por cuanto si bien la ciencia jurídica o ciencia del derecho estudia las normas y en consecuencia se centra en ellas, el derecho como experiencia- dentro del cual se da el complejo normativo-, es mucho más amplio, incluye un flujo social en donde precisamente la norma se desenvuelve, desarrolla y aplica. Así, considerando el derecho en cuanto pasado, su historia no es la historia de la norma y su aplicación, sino la historia del **flujo normativo** que condensa derecho y entorno social en el cual ha vivido. Se trata en consecuencia de una experiencia, que precisamente permite un conocimiento global, y que, en cuanto histórica, es una masa social que atraviesa una porción de tiempo, en unidad de *processus.*

Por tanto, cuando queremos analizar el derecho no vigente, en tanto existió, el primer paso es indudablemente conocer y estudiar la norma que estuvo vigente en aquel momento, pero no aislada, sino dentro del tejido social en el cual nació, se desenvolvió y aplicó. Existe en el pasado un torrente jurídico que es continuidad, que surge de un tiempo a otro, y sigue un proceso hacia adelante.

Pero este pasado jurídico en cuanto pasado, en cuanto no existente, no es derecho, sino derecho en versión histórica.

III. Relaciones entre Historia y Derecho

Aclarado, aún cuando sea en forma preliminar, cuáles son los conceptos de historia y de derecho, veamos sucintamente cuáles son las relaciones entre ambos, en cuanto disciplinas académicas.

Quizá para ello no esté demás ver la estructura científica de cada cual, tal como lo acepta, en general, la moderna epistemología, cuyos resultados aquí vamos a resumir, para los fines que nos interesan.

En primer lugar, es bueno recordar que la historia, como se ha señalado, se ocupa de los hechos pasados. O sea, de sucesos que se dieron en el pasado, que no pueden repetirse, y que tienen ciertos rasgos de singularidad. Es decir, la materia histórica son hechos, sucesos, datos empíricos, que por cierto requieren una metodología acorde con tales hechos. Clásicamente, la historia ha sido ubicada dentro de las ciencias del espíritu o ciencias de la cultura, membretes de raíz neokantiana, que aún cuando todavía tienen cierta circulación, tienden a ser superados por la más amplia y moderna de ciencias sociales, ya que son ciencias que tienen que ver, primariamente, con hechos ocurridos en la sociedad.

Por otro lado, el derecho consiste en reglas genéricas, abstractas, de carácter general, que pretenden encauzar conductas. Algunos juristas (Ross, entre ellos) lo han calificado en cierto sentido como similar al juego de ajedrez. Al igual que el derecho, el ajedrez no tiene que ver con los hechos y no es ni verdadero ni falso. Adicionalmente, sus reglas deben ser observadas por quienes actúan, a fin de obtener consecuencias válidas. En esto se diferencia de las ciencias sociales que son empíricas, que pretenden obtener la verdad de los hechos y cuyos enunciados pueden ser testados, en el sentido que puedan ser verdaderos o falsos. En el derecho, por el contrario, lo que existe es la validez o la invalidez, que son valores distintos. En el primer caso se ven los hechos y los enunciados que se hacen a partir de ellos. En el segundo, se enuncian reglas que pretenden ordenar conductas en un marco social. Por cierto, estas reglas, en su núcleo básico, están teñidas de valoraciones que son su fundamento, pero esto es algo que metodológicamente puede ser separado del aparato normativo. Y es así, puesto que el derecho tiene fines distintos a los de la historia, y tiene un fin inmediato, que es ajeno a la historia. Se trata, como se ve, de dos disciplinas distintas que tienen **objetos** distintos.

Así, *grosso modo* podemos dividir las ciencias en ideales, factuales y normativas. Las primeras son aquellas que no existen en la realidad y que son producto de un ejercicio teórico, como son la lógica y las matemáticas (muchos son los autores que las denominan ciencias formales). Las factuales pueden ser de diverso signo, como son las naturales (física, biología, química, etc) o las sociales (sociología, economía, ciencia política, historia); y que algunos autores conocen como ciencias empíricas. Finalmente, las normativas pretenden analizar normas (de manera especial, el derecho y la moral).

Si aceptamos este esquema tripartito de manera referencial, salta a la vista que es difícil decir como ambas, historia y derecho, pueden tener relación, moviéndose en distintos niveles epistemológicos y ontológicos.

La relación existe, o puede existir, en cuanto hay un pasado en la vida de ese derecho. Es decir, el derecho, en cuanto medio regulador de conductas, ha tenido que transcurrir en el tiempo, y por tanto, tiene tras de si toda una cadena de acontecimientos que constituyen un continuo vital. El derecho, al igual que cualquier institución humana, tiene historia. He aquí el punto de unión.

IV. Historia del Derecho e Historia del Derecho Constitucional

El punto de enlace entre la historia y el derecho es, como hemos señalado, la historia del derecho. Esta disciplina, como su nombre lo indica, es una historia (o sea, un registro) de lo que ha sido el derecho. Se trata de una disciplina que busca estudiar una parte de este pasado, vinculado estrictamente con el desarrollo del derecho.

Y aquí surgen de inmediato los problemas. Pues por un lado, estamos ante un enfoque histórico del pasado, que requiere necesariamente el conocimiento y la técnica del historiador. Pero por otro, la materia con la cual se trabaja no es un hecho cualquiera (como una batalla o unas elecciones) sino el desarrollo de un aparato jurídico en una determinada parcela del tiempo. Y esto complica el panorama, puesto que para conocer el derecho, que tiene sus propias categorías, su propia estructura y su propio lenguaje, hay que tener formación jurídica, y muchas veces, ser jurista de oficio.

Ante esta situación, se han dividido los pareceres. Un primer grupo señala que la historia del derecho es historia a secas; o sea, una disciplina histórica. Un segundo grupo indica que la historia del derecho es una disciplina jurídica. Y finalmente, hay quienes sostienen que estamos ante una disciplina mixta o bifronte, que participa de ambas y constituye en cierto sentido un tertium quid.

Sin pretender entrar en esta vieja polémica-que es materia para los especialistas- me permito señalar que la primera opción es la que más me convence. Esto es, que la historia del derecho es una disciplina histórica. Lo es por cuanto su enfoque, su *aproach* es histórico; su perspectiva también lo es, y su método, aún más (son los métodos genera-

les de las ciencias sociales, con sus propias características que les exige la realidad histórica: documentos, testimonios, restos arqueológicos, etc.). Es decir, se aborda el derecho, pero con una perspectiva y metodología históricas. Lo que sucede es que como se va a estudiar un derecho que ya no lo es, que no existe, entonces tiene que conocer ese derecho y el investigador necesita categorías jurídicas para entender ese derecho muerto. Lo que significa que el historiador del derecho necesita, aparte de su propia formación histórica, un previo entrenamiento técnico que le permita entender el material jurídico que maneja. Por cierto que esto no es fácil, pero así debe hacerse. De manera parecida, el historiador de la medicina tendrá que saber lo que es la ciencia médica, el historiador de la física, tendrá que conocer esta disciplina, y así sucesivamente.

El problema es que siendo la **forma** la historia y el **contenido** el derecho y su entorno, el historiador del derecho se encuentra al final lidiando con dos disciplinas y no solamente con una, lo que vuelve difícil el tránsito por ella. Así, estamos ante dos realidades, que pueden dar lugar a una solución fácil (como es, por ejemplo, la solución mixta, que no resuelve nada) pero que reclama una toma de conciencia sobre lo que es la realidad y la materia por estudiar. No se trata, por tanto, de dos materias yuxtapuestas, sino de dos realidades, una (el derecho) inmersa dentro de otra (el decurso histórico) formando una unidad. La disciplina debe, por tanto, considerarse como histórica. No es jurídica, por la sencilla razón de que el enfoque y la metodología son históricas y de las ciencias sociales, y además no tienen carácter normativo ni son prescriptivas, que es precisamente lo que corresponde y distingue al derecho de los demás saberes.

Pero aún aceptando esta situación, tenemos el problema de ver cómo esto funciona. En efecto, siendo histórica- así lo aceptamos- se desprende fácilmente que no es fácil manejar con destreza ambas disciplinas, y ello hace más complicado un trabajo histórico-jurídico. Por eso es que los historiadores del derecho se ven obligados a hacer este esfuerzo, si bien con óptimos resultados. Pero sí los historiadores son los que más han trabajado en aspectos jurídicos del pasado, no es menos cierto que son numerosos los juristas que han hecho contribuciones al mismo campo, ya que existen juristas que hurgando en las canteras de la historia, hacen contribuciones en el mundo histórico-jurídico. Cuando esto sucede, el jurista, conocedor de su oficio, se compenetra con el

mundo histórico, estudia la disciplina, y la vincula con el derecho. Por eso, no es inusual ver como juristas y estudiosos del derecho, inmersos en la problemática histórica, dedican sus esfuerzos a la historia del derecho y hacen notables contribuciones. Algo parecido podemos ver en otras disciplinas, como por ejemplo, la historia de la filosofía, que ha sido cultivada especialmente por los filósofos, y la historia de la medicina, que ha sido preferente atención de los médicos (cf. Francisco Romero, **Sobre la historia de la filosofía**, Universidad Nacional de Tucumán, 1943, quien afirma, respaldado por los hechos, que la historia de la filosofía es obra de filósofos y no de historiadores).

Si seguimos adelante, y nos referimos a la Historia del Derecho Constitucional, podemos hacer algunas precisiones adicionales.

El derecho, como se sabe, es uno solo. Lo que sucede es que dentro de él se encuentran diversas ramas o especialidades, en función de las peculiaridades del ordenamiento jurídico de una sociedad. Así, y dejando de lado la tradicional distinción entre derecho público y derecho privado que viene desde Roma, es obvio que existe el derecho civil, el derecho penal, el derecho procesal (civil, penal, administrativo), el derecho constitucional, etc. Y todas estas ramas del derecho, en cuanto tales, han tenido su historia. Por tanto, existe también una historia del derecho constitucional, que no es más que un enfoque sobre la evolución en el pasado del derecho constitucional. Y por tanto, en cuanto tal, no es más que un capítulo de la historia del derecho en general. Esto es, la historia del derecho constitucional no es más que una parte, pequeña sin duda, de la historia del derecho. Por cierto que como disciplina puede ser tratada en forma aislada, pero sin olvidar que ella es una parte del todo, y así debe ser considerada (existe una historia general y multitud de historias particulares). Y esto se confirma cuando vemos historias del derecho por países, en donde se analiza, en su desarrollo, todo el derecho, incluyendo, por cierto, el desarrollo constitucional (cf. por ejemplo, José Antonio Escudero, **Curso de historia del derecho**, Madrid 1995; Lawrence Friedman, ***A history of american law***, Simon and Shuster. N.Y. 1985; Antonio Marongiu, ***Storia del diritto italiano***, I. E. Cisalpino- La Goliardica, Milano 1977; José Luis Soberanes Fernández, **Historia del derecho mexicano**, ed. Porrúa, México 1996).

Pero no siempre se utiliza el membrete completo: Historia del derecho constitucional. Por razones de brevedad, se puede denominar

también Historia constitucional. Pero esto nos remite a los términos o rótulos empleados, que veremos a continuación.

V. Los membretes y sus significados

Con lo que hemos señalado en las líneas precedentes, queda claro qué es lo que significamos. Estamos ante una disciplina histórica, que tiene un aproach y un método histórico, pero que trata sobre un fenómeno jurídico que pasó en el tiempo. Este fenómeno del pasado no es un hecho aislado, es un flujo social, complejo, dinámico, que atraviesa el tiempo, y en el cual vemos actuar a los hombres y a las instituciones en contínua inter-relación. Y lo mismo sucede en relación con la constitución.

Pero este hecho social que es el objetivo de una disciplina académica, no ha tenido un sólo nombre sino varios, y tampoco existe total unanimidad sobre ellos. Más bien, las etiquetas, los nombres, han proliferado de manera asombrosa. Si echamos una rápida ojeada a cualquier catálogo bibliográfico o a las principales producciones sobre la materia, vemos que sin ánimo exhaustivo, tenemos los títulos siguientes (hacemos abstracción del referente a un país o área determinada):

1) historia constitucional, 2) historia del derecho constitucional, 3) historia del constitucionalismo, 4) historia de las constituciones, 5) evolución del constitucionalismo, 6) evolución constitucional, 7) historia institucional, 8) historia de las instituciones, 9) desarrollo histórico del constitucionalismo, 10) evolución histórica del constitucionalismo o del derecho constitucional, 11) evolución constitucional, 12) orígenes del constitucionalismo, 13) orígenes de la democracia constitucional, 14) orígenes del derecho constitucional, 15) constituciones históricas y 16) constitucionalismo histórico.

En esta larga lista, que decididamente no es exhaustiva, tenemos una variedad impresionante de nombres. Muchos son, quizá, incorrectos, reliterativos o pueden ser sinónimos. En otros, puede dar a entender que estamos ante dos realidades (como por ejemplo, distinguir entre historia constitucional e historia de las constituciones, que puede dar origen, en este último caso, a limitarse a un análisis de cada constitución por separado y en forma casi literal y exegética, que hoy no se hace, pues es un enfoque sin seguidores). O en otros, encontramos que

hay redundancia. Por cierto, también aquí hay un problema de gustos o tradiciones que se dan en cada país.

Es decir, ante esta larga lista, lo que tenemos que ver es que término es el que mejor se acomoda a los usos de la comunidad científica que cultiva la disciplina, y además, cuál es su contenido. Por cierto, que pueden haber diferencias entre ellos, pero aclaremos que para mi propósito, la materia constitucional histórica es la ya señalada; o sea, el discurrir temporal de la constitución, entendida ésta no sólo como un texto, sino como una totalidad político-social que le sirve de soporte, a la cual se aplica y que además le sirve de ruta. O sea, como flujo histórico-constitucional, sin saltos ni vacios, y como una totalidad en el tiempo que pasó. Y si esto es así, no tengo inconveniente en señalar que la disciplina que lo estudia, bien puede llamarse, sin problemas, como historia constitucional que es un concepto breve, sugestivo y suasorio. Y así lo han hecho los clásicos estudios fundacionales, que se han dado en el siglo pasado, sobre todo en Alemania (Georg Waitz), Inglaterra (W.Stubbs, F.W., Maitland, F. Pollock) y Francia (Fustel de Coulanges, Paul Viollet). Ese ha sido el nombre preferido por los grandes maestros, y no vemos porqué no deba seguir siendo usado hoy día. Por tanto, aceptado el contenido de la disciplina, y ante la pluralidad de nombres utilizados por los estudiosos, que sobre todo encierran gustos, preferencias o tradiciones locales, nos quedamos con el más unívoco y más clásico de todos ellos.

Mención aparte merece el rótulo de «Historia de las instituciones» o «Historia institucional», que ha tenido cierto predicamento, y que con independencia a su propio manejo meramente histórico, se ha cruzado, por así decirlo, con la historia constitucional. Y frente a esta nomenclatura, tenemos tres posturas. La primera señala que la historia de las instituciones y la historia constitucional, son, en rigor, la misma cosa. Así lo reconoce un manual clásico (Cf. Luis G. De Valdeavellano, **Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media**, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid 1968), en donde identifica a ambas, si bien en su desarrollo, va más lejos de lo que se propone. La segunda postura señala que la historia de las instituciones es, en puridad, una introducción a la historia del derecho, y en cierto sentido la remplaza o la incluye, como es, más o menos, el enfoque que realizan ciertos sectores de la doctrina argentina (cf. Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré, **Manual de historia de**

las instituciones argentinas, ediciones Macchi, Bs. Aires 1996; Víctor Tau Anzoátegui, «El concepto histórico de las instituciones» en Revista de Historia Americana y Argentina, 1963-64, núms 7-8 y Eduardo Martiré, **Consideraciones metodológicas sobre la historia del derecho**, edit. Perrot, Buenos Aires 1977). Estos autores, dentro de su amplísima bibliografía, han tenido puntos vacilantes al respecto; si bien parece predominar en ellos la tendencia de que la historia institucional engloba a la historia constitucional, es decir, el fenómeno histórico-constitucional se encuentra dentro de él; por tanto, la historia constitucional es parte de ella o simplemente no existe, y su mejor entendimiento sólo puede hacerse dentro de un enfoque institucional.

Finalmente, un tercer enfoque señala que se trata de dos disciplinas distintas, la institucional analiza las instituciones (todas ellas, no una ni dos y no sólo las jurídicas), mientras que la historia constitucional analiza el fenómeno constitucional y por cierto sus instituciones, pero sin extenderse a las demás instituciones, que a la larga disuelven la historia constitucional en otras realidades. Así puede verse, por ejemplo, en el citado manual de Tau y Martiré, en donde no obstante su título y sus propósitos, la parte estrictamente jurídica se encuentra sumergida dentro del cúmulo de datos de carácter social, económico, político, administrativo, etc., y lo constitucional a la larga ha desaparecido, arrollado por la masa de datos presentados.

Por eso, y para evitar problemas, es mejor poner claramente el acento jurídico sobre el enfoque histórico que se realiza. La llamada historia institucional es legítima y ha sido y es cultivada por historiadores, y por cierto, puede servir de apoyo a la historia constitucional, siempre y cuando ni se confunda con ella ni tampoco pretenda desplazarla (aún cuando en forma marginal, Fernand Braudel distingue la historia del derecho de la historia de las instituciones; cf. **Escritos sobre historia**, FCE, México 1991, p. 216).

que, por un lado tenemos el nacimiento de la ciencia histórica, y en forma casi simultánea, el nacimiento de la historia del derecho y de la historia constitucional. Pero el nacimiento de la disciplina, nada tiene que ver con el hecho constitucional, que es más antiguo, como lo veremos a continuación.

Al igual que la historia, el derecho es muy antiguo, y también lo es el constitucionalismo. Se ha hablado, por ejemplo, de un constitucionalismo antiguo (representado por los ordenamientos de las ciudades griegas) y de un constitucionalismo medieval (como por ejemplo, el que se señala en la constitución estamental). Pero en rigor, como técnica, como sistema de gobierno, como interdicción de la arbitrariedad, el constitucionalismo actual nace propiamente a fines del XVIII, como una creación atlántica, es decir, a los dos lados del Atlántico, representado por la Revolución francesa y por la Revolución norteamericana, aún cuando precedidos, en cierto sentido, por la Revolución inglesa de 1688. La primera como expresión de la lucha y la victoria contra el absolutismo reinante, y contra el *ancien régimen*. Y la segunda, contra el absolutismo del monarca inglés, distante pero efectivo, liderado por los ingleses de las colonias, es decir, por americanos.

Por cierto, el constitucionalismo moderno que nace a fines del siglo XVIII, no nace de la nada. Por el contrario, tiene antecedentes que pueden rastrearse en la reforma, y más antes aún, en la Edad Media y en ciertas experiencias del mundo antiguo, como es el caso de las ciudades griegas. En ese sentido, no hay nada nuevo bajo el sol. Pero sí es menester fijar una partida de nacimiento, y ésta es, sin lugar a dudas, a fines del siglo XVIII. Y es bueno también recalcar que este nacimiento del constitucionalismo es fruto, en realidad, del desarrollo de la idea liberal, que también tiene antecedentes más lejanos, pues es el liberalismo el que crea, precisamente, la idea del poder controlado y de la protección de los derechos del ciudadano frente a los excesos del Estado (cf. G. Burdeau, **El liberalismo político**, EUDEBA, Bs. Aires 1983). Por tanto, en sentido estricto, naciendo el constitucionalismo a finales del siglo XVIII, la respectiva historia debe datarse también en esta época, o sea, partir de aquí. Pero esto no siempre se hace. Hay muchos historiadores que al redactar las respectivas historias constitucionales de sus pueblos se remontan a períodos muy lejanos, (así Stubbs con relación a Inglaterra, se retrotrae hasta la Carta Magna, por explicables razones). Nada impide, por cierto, este retroceso de la línea demarcatoria, pero

sobre la base de tener presente que lo que nos interesa, en realidad, es el constitucionalismo moderno, que es, en puro rigor, el constitucionalismo en sentido estricto, aún cuando no podamos desconocer sus orígenes y la trayectoria de sus antecedentes.

Si analizamos este dato, caemos en la cuenta que el nacimiento del constitucionalismo coincide, sin querer, con la clásica periodificación- muy difundida y también muy cuestionada- de la historia en antigua, media, moderna y contemporánea. Esta periodificación cuatripartita, fabricada con evidente óptica eurocentrista, es sin lugar a dudas falsa, ya que explica lo que sucedía en Europa, pero no lo que sucedía en otras partes del mundo. Sin embargo, cabe acotar que dicha periodificación, sobre todo a partir del último período, o sea, el que señala que ingresamos al período contemporáneo a fines del siglo XVIII, es parcialmente aplicable a las naciones latinoamericanas, que precisamente por ésa época empiezan a sacudirse de la tutela colonial e inician el largo proceso de emancipación frente a la corona española. De tal suerte, habría, sin lugar a dudas, un total desfase con las tres primeras etapas, pero una cierta coincidencia o rasgos de verdad que se advierten en la última etapa. Por tanto, admitiendo que las fechas no son rígidas (toda fecha es necesariamente aproximada, pues aquí es válida para los hechos la tesis del tiempo largo elaborada por Braudel), hay cierta coincidencia entre el desarrollo histórico- e histórico constitucional europeo-, con el desarrollo histórico-constitucional latinoamericano.

Por tanto, el constitucionalismo prácticamente coincide con el inicio de la llamada convencionalmente «edad contemporánea,» y sus etapas sucesivas- en un mundo cada vez más cercano y cada vez más unido-, que desemboca en la globalización de los últimos años.

Con posterioridad a esa etapa inicial, que puede llamarse el «primer momento constitucional», existe un largo período de afianzamiento del Estado constitucional- liberal, que dura hasta el fin de la Gran Guerra, es decir, hasta 1918, si bien dentro de él pueden albergarse, quizá, ciertas sub-épocas por sus peculiaridades. Luego viene un período agitado y enriquecedor(1918-1945) que es en realidad de transición. Y con posterioridad, empieza un «tercer momento constitucional» luego de la segunda postguerra, que dura hasta nuestros días. Naturalmente, ésta es una clasificación global, que tiene un valor referencial, y que ayuda a explicar lo que sucede en el mundo occidental, y que si bien explica los momentos, las tendencias y las caracterís-

ticas más generales, no significa que se aplique mecánicamente a la realidad de todos los movimientos constitucionales de cada uno de los países latinoamericanos (y esto por cuanto cada uno de ellos tiene sus propias circunstancias y peculiaridades en su desarrollo).

Por cierto, para hablar propiamente de una historia constitucional, hay que tener constitución o documento legislativo o costumbres jurídicas que hagan las veces de tales. Esto es, la presencia de una norma de alto rango que tenga determinadas características. Las constituciones en sentido moderno (estructura de los poderes y derechos de los ciudadanos), sólo se fortalecen y difunden a fines del siglo XVIII. El siglo XIX fue el siglo de la lucha por las constituciones. Y el siglo XX es el de la universal propagación de ella, y por tanto de su excesiva difusión, el de su transformación y también el de su crisis.

VII. Constitucionalismo peruano

El Perú inicia materialmente su proceso emancipatorio de España en 1820, cuando las tropas del general San Martín desembarcan en territorio peruano en la bahía de Paracas, a 300 kilómetros al sur de Lima. Al año siguiente, proclama su independencia, definiéndose por la república en 1822. Desde entonces, empezó una larga historia constitucional que llega a nuestros días.

Pero la historia no comienza estrictamente en 1820, sino mucho antes. Los esfuerzos independentistas se inician en 1780, en forma lenta, pero segura, y culminarán años después, sellándose en 1824 la independencia sudamericana en los campos de Ayacucho y gracias al genio militar de Bolívar. Antes de la historia, existe, pues, una pre-historia constitucional, si así queremos llamarla por comodidad. Ella empieza en 1780 y termina en 1820, en que empieza propiamente nuestra historia. En este período suceden, sin embargo, dos aspectos interesantes, vinculados con la invasión napoleónica a España, que en cierto sentido fue cataclísmica. La primera es la Constitución de Bayona de 1808, constitución otorgada, hecha por una asamblea especialmente convocada, con la representación de un peruano, y que contemplaba al Virreynato del Perú entre las posiciones de ultramar (cf. Carlos Sanz Cid, **La Constitución de Bayona**, Edit. Reus, Madrid 1922, p.110). Pero esta Constitución, si bien recibida con agrado por ciertos sectores

españoles que creían ver en ella una cierta modernización que estaba ajena al régimen absolutista de Carlos IV, no fue aplicada nunca y jamás fue reconocida. En realidad, se quedó en el papel y jamás se supo de ella en los dominios americanos, sino muy tardíamente, y como curiosidad histórica. El segundo hecho importante es la Constitución de 1812, discutida y aprobada en Cádiz, que tuvo un amplio componente democrático, en la cual participaron un buen número de representantes americanos(entre ellos quince del Perú), y que aquí fue conocida y jurada en todas las plazas. Aún más, puesta en vigor. Tales empeños, sin embargo, naufragaron tan pronto retornó al poder Fernando VII en 1814, lo cual, sin lugar a dudas, precipitó los movimientos populares que aspiraban a la independencia de la metrópoli. Este documento fue ampliamente conocido en la época, y tuvo una notable influencia en lo que vino después.

Pero si dejamos de lado estos antecedentes, que en realidad no son constituciones peruanas, pues el Perú como república no existía, sino que era una colonia, provincia, dominio o dependencia de la Corona española, tenemos que partir de la primera constitución peruana de 1823, que sin embargo, prácticamente no llegó a regir por la continuación de la lucha entre patriotas y realistas y luego por los poderes otorgados a Bolívar. A ella siguió la Carta de 1826, preparada por Bolívar y aprobada por los colegios electorales, que tampoco rigió. Y luego se sancionó la de 1828, que tuvo corta duración, pero una larga influencia intelectual, que duró más de un siglo.

Luego de la Constitución de 1828, han seguido las siguientes: 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993. Es decir, un total de doce constituciones, a las cuales hay que añadir otras leyes, estatutos y normas que hicieron las veces de constitución, en períodos algo agitados de la historia peruana.

Creo que todo este período, puede ser dividido en cuatro grandes etapas:

a) primer período; de 1820 a 1860,
b) segundo período; de 1860 a 1920,
c) tercer período; de 1920 a 1979 y
d) cuarto período; de 1979 en adelante.

Esta periodificación la hemos efectuado teniendo en cuenta, a) la situación de independencia política del Perú, en relación con España,

b) la dación de importantes constituciones, que marcaron o coincidieron con períodos importantes y de largo aliento de nuestra historia política, c) la coincidencia con épocas de tranquilidad política, desarrollo económico o punto de partida de épocas con características distintas; d) el inicio o el restablecimiento de la democracia en sentido plena y e) la intensidad del debate doctrinario y su influencia.

Por cierto, toda clasificación en convencional y en cierto sentido operativa. Aún más, las fechas no son exactas. Así, por ejemplo, cuando los historiadores clásicos decían que el mundo antiguo había fenecido en el año 476 con la invasión de Roma por los bárbaros, se daba a entender que esa caída se produjo de inmediato, casi de golpe y en un sólo año, en el cual los pueblos del norte arrasaron a la civilización romana de Occidente. Este dato no es exacto, pues el desmoronamiento del mundo antiguo y la pérdida de las fronteras en el mundo romano por las incursiones de los bárbaros, no fue cosa de un sólo día, sino de varios años, si bien es cierto que hay un momento en que se da un precipitado de situaciones o una inflexión que puede significar el final de un período o su punto de no retorno. Esto es, las fechas son solamente referenciales, motivo por el cual usar un año u otro, más aún cuando están cercanos, es algo quizá irrelevante.

Por cierto, que esta clasificación la podríamos aligerar, es decir, hacerla más flexible, y así tendríamos:

a) primer período, de declaración de la independencia y de lucha por la afirmación de la democracia liberal, que podría ir de 1820 a 1919;
b) un segundo período que podría partir de 1920, en que finaliza en términos generales la bella época o la república aristocrática (en terminología de Basadre) y que llega hasta 1979.
c) Un tercer período que parte de 1980, con un país que ha crecido, en población, en economía y en exigencias y que además se ha incorporado al mundo moderno y se prepara a la globalización. Todo esto, por cierto, con alzas y bajas.

Pero el problema es que cuando más extensas o más amplias sean nuestras periodificaciones, abarcan mucho más, pero pierden en intensidad y alcance explicativo, se quedan en generalidades, y al final para ganar rigor tenemos que recurrir a los sub-períodos al interior de cada uno de ellos. Esto se puede hacer, pero dejamos anotado aquí nuestro

intento; lo que pensamos sobre la periodificación constitucional peruana, y cuáles son sus limitaciones.

VIII. Quiénes han hecho Historia Constitucional peruana

Un recuento de quienes en el Perú republicano han hecho historia constitucional peruana, sería muy largo. En efecto, todos los historiadores, de forma más o menos explícita, detallada o sumariamente, han tocado el tema constitucional, con singular y variada fortuna. Pero lo que nos interesa es ver los de que manera específica se han dedicado a ello. Y así existe consenso en que el primer trabajo sobre nuestra historia constitucional lo hizo Toribio Pacheco, en un breve folleto titulado **Cuestiones constitucionales**, publicado, como primera parte, en Arequipa y en 1854 (una programada segunda parte, de la cual llegó a adelantar artículos sueltos, no llegó a ser publicada como libro, por la inestabilidad política de la época y la muerte prematura de Pacheco).

Este folleto, casi desconocido, y que acaba de ser reeditado (Editorial Grijley, Lima 1996) es breve, y es una crítica de nuestras constituciones que llega hasta la de 1839, vigente en la época en que la obra fue dada a la imprenta. No es simplemente una exégesis de los textos, sino un análisis político global, desarrollado sobre un trasfondo histórico y utilizando un andamiaje jurídico. Sin embargo, no es en realidad un trabajo hecho con metodología histórica. Pacheco era hombre con una amplía formación humanista y romanista, con lecturas de autores clásicos, que le sirvieron para hacer una buen panorama y un estupendo análisis. Pero no se atuvo al rigor del método histórico, que él no conocía y que además estaba muy en sus comienzos en la época que él escribió. Además, Pacheco era un hombre de acción; dedicado a la política, en donde destacó de manera singular, y dedicado, además, al estudio del Derecho Civil, como se demuestra en su **Tratado de Derecho Civil** que nunca llegó a terminar, pero que fue, sin lugar a dudas, el mejor texto civilista de todo el siglo XIX y bien entrado el siglo XX (a tal punto, que hubo muchos que se dedicaron a completarlo como es el caso de Ricardo Ortíz de Zevallos y Vidaurre en 1906).

Poco tiempo más tarde, Manuel Atanasio Fuentes, publicista de amplia trayectoria, político, periodista, autor de textos costumbristas y otros de temática variada, escribió un **Derecho Constitucional Univer-**

sal e Historia del Derecho Público Peruano (2 tomos, Lima 1874) que es de interés. La importancia de Fuentes para el derecho, en general, y para el derecho constitucional en particular, es relevante, sobre todo por lo mucho que escribió y por lo que tradujo (en especial los textos de Pradier Foderé, de tan larga influencia en nuestro medio). Pero Fuentes, en la parte histórica que es la que propiamente nos interesa, se dedicó a hacer algunos comentarios sueltos y episódicos, de carácter exegético y más bien centró sus esfuerzos en publicar y traducir textos constitucionales extranjeros, así como los textos constitucionales peruanos, pero en forma temática, que si bien útil, impedía ver la unidad del documento legal en su conjunto. El trabajo de Fuentes fue, en realidad, de divulgación y ordenamiento sistemático de textos, utilizando un criterio cronológico y exegético de los textos históricos, y además, sin ninguna óptica histórica (así, divide el derecho público peruano en tres épocas: incaica, dominación española e independencia, cit. Tomo 2, p. 5).

En el monumental **Diccionario de la Legislación Peruana** (edición definitiva en 2 tomos, París 1879), Francisco García Calderón Landa, dedicó numerosas voces de la legislación relacionadas con la Constitución peruana vigente de 1860 y su desarrollo, explicando en muchos casos los antecedentes históricos y legislativos, concordancias y aplicaciones, si bien no trató en concreto la temática constitucional. Fue, no obstante, una obra de gran aliento, cuyas voces por materias bien podrían reproducirse hoy en día.

En el presente siglo hay que destacar el esfuerzo de Lizardo Alzamora Silva (**Evolución política y constitucional del Perú independiente**, de 1942 y **Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú**, primera parte, Historia Constitucional del Perú, Lima 1944) que son dos grandes enfoques, el primero más breve, el segundo más bien extenso, pero exegético, comprimido y sin pretensiones explicativas como el primero.

Con posterioridad, debemos mencionar a José Pareja Paz Soldán, quien publica en 1944, una voluminosa **Historia de las constituciones nacionales**, en donde desarrolla en sucesivos capítulos, cada una de las constituciones y estatutos del Perú republicano, hasta la fecha de la edición de su libro. La obra tiene un referente político de fondo, y si bien los acontecimientos tienen cierta unidad, se acepta una clasificación partiendo de cada una de las constituciones, lo cual no es lo más recomendable.

Luego, Pareja publicó un texto sobre **Derecho Constitucional Peruano** en 1951, que era un tratamiento exclusivo de la carta vigente en aquel entonces (la Constitución de 1933) y al que incorporó como primera parte y debidamente revisado, su texto de historia constitucional, formando una unidad que desde entonces ha tenido el éxito de varias ediciones, y ha gozado de una circulación privilegiada. La última edición de esta obra, notablemente aumentada, actualizada y mejorada con más amplias perspectivas, se titula **Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979** (Lima, 1984, con reimpresiones en dos tomos).

El esfuerzo de Pareja es, sin lugar a dudas, el de mayor aliento hasta la fecha, ya que partiendo de una realidad histórica, en sus vertientes políticas y sociales, ha tratado de explicar nuestros movimientos políticos y sucesivos textos constitucionales. Falta en la obra de Pareja algunas precisiones técnicas, y sobre todo utilización de mayores fuentes, pero, en general, se trata de un panorama muy sugestivo.

Con posterioridad, Vicente Ugarte del Pino, historiador del derecho y profesor universitario de la materia-al igual que Pareja-, publició en 1978, una Historia de las constituciones del Perú, cuyo título en realidad es engañoso. Lo que intentó hacer Ugarte, fue una compilación de todas nuestras constituciones, que es en realidad el contenido de la obra, y a ello añadió, a manera de presentación de cada una de ellas, unas cuántas páginas relacionadas con la historia de esa constitución, pero sin hacer referencia a la problemática histórico-constitucional. No es, pues, una historia constitucional peruana, pues no guarda coherencia ni un plan de conjunto, sino que son textos yuxtapuestos de cada constitución, presentados de manera fragmentaria, y como independientes entre sí. En realidad, es una compilación documental de nuestras constituciones, precedidas cada una por una nota de presentación y ubicación histórica.

Aparte de estos panoramas generales, hay estudios parciales y monográficos hechos más bien por historiadores, y sólo en fecha reciente se han hecho estudios puntuales sobre aspectos de nuestra historia constitucional (así los de Pedro Planas, sobre la república autocrática y la descentralización; Valentín Paniagua, sobre aspectos políticos y electorales, Edgar Carpio Marcos, sobre la enseñanza del Derecho Constitucional; Daniel Soria, sobre el Consejo de Estado en el siglo XIX, y Carlos Mesía, sobre el pensamiento constitucional en el siglo

XIX). Y sin olvidar los ensayos de Javier Vargas sobre las constituciones de 1839 y 1860.

Las historias generales tratan, por lo general, aspectos constitucionales, tanto las hechas con fines académicos, como las realizadas con ánimo de manual o de divulgación, aún cuando no siempre presentan rigor y claridad. Escapa a esta relación, la monumental **Historia de la República del Perú** (11 tomos, ed. póstuma, Lima 1983) de Jorge Basadre, en donde se encuentran numerosos apartados, sólidos y bien fundamentados, sobre aspectos constitucionales de nuestra historia, si bien sólo llega hasta 1933. Esta obra se mantiene como de uso obligado para el estudioso.

IX. Lo que se espera de una Historia Constitucional peruana

No obstante existir en nuestro país una tradición historiográfica respetable (que en realidad parte de José de la Riva Agüero, con su famosa tesis de 1910 sobre **La Historia en el Perú**) la historia constitucional casi no se ha trabajado, pues lo que existe es realmente muy poco. O muy promisorio y muy incipiente (como en Toribio Pacheco) o excesivamente documental (Fuentes y Ugarte del Pino), o demasiado general (como es el caso de Pareja Paz-Soldán, quien sin embargo, es autor, hasta ahora, del mejor texto sobre historia constitucional peruana). Y ello es difícil pues, como decíamos anteriormente, se necesita un conocimiento histórico, pero también una cobertura constitucional, que no son muy complejos, pero que tampoco son fáciles de encontrar, pues ello toma tiempo y en cierto sentido una vocación alimentada de dos vertientes. Pero anotemos que el mejor esfuerzo global existente, ha sido obra de un jurista (Pareja) y no de un historiador.

Vistas así las cosas, y antes de pensar en tratados inmanejables y que nunca se terminan, es conveniente pensar que lo mejor que se puede hacer en los actuales momentos, es presentar un manual general, pero hecho, en la medida de lo posible, con fuentes directas o apoyándose en monografías e investigaciones confiables. Dicho en otras palabras, presentar en un volumen nuestra historia constitucional, pero teniendo presente los siguientes puntos:

a) Debe ser una historia constitucional, que haga referencia y que parta de la historia,
b) Debe partir de los hechos, esto es, de determinados hechos político-sociales ocurridos en el país desde 1820, y eventualmente retrocederlo antes, en especial, contando entre sus antecedentes con las Cortes de Cádiz.
c) Debe analizar los debates públicos que se dan al nivel de lo que convencionalmente podemos llamar la clase política: presidentes, parlamentarios, dirigentes, grupos de presión.
d) Debe prestar atención, de manera preferente, a los diarios de debates, para ver la manera como surgieron los textos y que los motivaron (en la medida en que esto es posible).
e) Debe tener presente algunos textos doctrinarios que han tenido influencia (como es el caso de Pinheiro o Ahrens).
f) Debe tener en cuenta la efectividad de las normas y la vigencia de las instituciones (a nivel político, legislativo y jurisprudencial).
g) Finalmente, aún cuando esto es más complicado, y bien puede dejarse para más adelante, es importante revisar algunos diarios y revistas de la época, en la medida que recojen debates u opiniones que en determinado momento tuvieron eco.

Naturalmente, una historia constitucional peruana así pensada, es un proyecto de largo alcance. Pero hay que comenzar en algún momento, y con el tiempo, vendrán otros a completar la obra, de manera tal que poco a poco se alcance un buen nivel académico. Por cierto, esto no impide que en forma previa o paralela, se hagan investigaciones puntuales que sirvan luego para apuntalar una historia general (que pueden ser de carácter horizontal o vertical).

Cabe resaltar también que en la parte relacionada estrictamente con los hechos, el historiador constitucional debe apoyarse básicamente en los trabajos hechos por historiadores de oficio, que en nuestro país tienen una labor muy destacada (así, por ejemplo, existen multitud de monografías sobre procesos políticos, sobre guerras, revoluciones, aspectos internacionales, debates políticos, relaciones con la Iglesia, descentralización, comportamientos judiciales, etc.), que pueden servir como un buen punto de partida.

No queda, pues, más que echarse a andar.

Lima, julio de 1998.

Apéndice

Comentarios y notas bibliográficas: En el primer semestre de 1997, a pedido de César Landa, quien partía al extranjero por un año, me hice cargo, conjuntamente con Carlos Ramos Núñez y Carlos Mesía Ramírez, del curso de Historia Constitucional del Perú, que regularmente se dicta en la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Graduados de la Universidad Católica. El curso fue dividido, para efectos de dictado, y yo me hice cargo de la parte introductoria, que cubría tres horas. Fue así que me puse a revisar mis viejos apuntes sobre la materia, que en realidad se retrotraen al período 1977-1978, cuando dentro del seminario que tenía a mi cargo en el entonces Programa Académico de Derecho, dediqué largas horas a la historia constitucional peruana. Recuerdo que en aquella época, consulté lo que pude, pero sobre todo recurrí a la amistad y al consejo de Jorge Basadre, en la cumbre de sus años, pero muy solícito y muy lúcido. Basadre me orientó en algunas lecturas básicas, en aspectos metodológicos y sobre todo en puntos concretos de nuestra historia, orientándome en lo relativo a las fuentes. Fruto de esos afanes fue una compilación fidedigna de las constituciones del Perú, que concluida en 1979, solo logré editar, debidamente revisada y ampliada, en 1993. Pues bien, en esta oportunidad iba a retomar el camino, aún cuando no de la totalidad del curso -pues el tiempo que disponía no me lo permitía,- y adicionalmente por cuanto contaba con muy competentes colaboradores para ello. Por tanto, consideré oportuno en esta parte preliminar, hacer una especie de prolegómenos a la disciplina y a los problemas que ella afrontaba. Grande, sin embargo, fue mi sorpresa, al constatar que los historiadores del derecho constitucional que pude revisar, hacían un ingreso directo a su temática, sin plantearse los supuestos de su ciencia. Por otro lado, los historiadores del derecho, generalmente hacían lo mismo, y tan sólo los historiadores (los prácticos y los teóricos) hacían hincapié en esos supuestos que a mi tanto me interesaban. No tuve, pues, más remedio que buscar esas fuentes, ya que mis clases, y el presente ensayo que es un reflejo de ellas, estaban dirigidas a juristas, y sobre todo a constitucionalistas, y no a historiadores. Esto explica que aquí se hagan

referencias que para el historiador profesional pueden parecer superfluas, pero para el historiador constitucional o historiador del Derecho, no lo sean tanto, y más aún para el estudioso que se interese en el área. Esto es, se trata de presentar, a nivel de historia constitucional, los problemas de esta disciplina, que siendo conocidos por los profesionales del oficio, no son generalmente tocados por los que hacen historia constitucional, como puede constatarlo quien revise la bibliografía existente.

De ahí mi interés en señalar, en esta parte, alguna bibliografía seleccionada sobre los principales problemas que trata este ensayo, con algunos comentarios y reflexiones adicionales, cuando éstos son pertinentes. Demás está decir, que son varias las personas que, de una u otra manera, me han ayudado, o mejor, orientado en esta búsqueda. De ellas debo mencionar especialmente a Dardo Pérez Guilhou, amigo de muchos años, y dedicado, sobre todo, a la parte histórico-institucional desde Mendoza, en donde lleva a cabo una labor admirable, como lo he puesto de relieve en otra oportunidad. Pérez Guilhou no sólo personalmente, sino a través de un epistolario muy fluido, tuvo la inmensa gentileza de hacerme acertadas observaciones sobre los alcances de la historia del derecho, de la historia constitucional y de la historia institucional; aún más, me puso al corriente de los usos y tendencias existentes en la comunidad histórico-jurídica argentina, y me proporcionó numerosas fotocopias de trabajos que de otra manera no hubiera podido conseguir. Fue también de gran apoyo el que me brindó mi antiguo alumno y hoy mi colega, Francisco J. del Solar, quien a fuer de abogado, es master en historia, y me proporcionó frondosa bibliografía y en especial los libros que más se usaban en las aulas de la Universidad Católica, y que hoy, por esas cosas del destino, o no existen o no llegan a librerías. Oportuno apoyo bibliográfico me proporcionaron José F. Palomino Manchego, Edgar Carpio Marcos y Alexksandar Petrovich; éste último sobre literatura inglesa y norteamericana. Mi antigua compañera de estudios universitarios Cristina Florez, me orientó en la bibliografía francesa, que tan bien conoce. César Landa me dió información sobre la literatura alemana. Igualmente cordiales fueron los apoyos que me brindó mi dilecto amigo Francisco Fernández Segado. Jorge Basadre Ayulo, como siempre, comentó conmigo varios puntos aquí tratados, e igual lo hizo Pedro Planas. José de la Puente Brunke leyó los originales y me hizo valiosos comentarios y sugerencias. Estas referencias, por cierto, no enervan la responsabilidad de mis errores.

* * *

Los problemas epistemológicos en materia de ciencias, son objeto de una muy frondosa literatura; sin ánimo exhaustivo, señalaré la siguiente: Jean Piaget, **Logique et connaissance scientifique**, Gallimard, Paris 1967 (existe traducción castellana en varios volúmenes); Bertrand Russell, **La perspectiva científica**, Ariel, Barcelona 1969; R. Blanché, **La epistemología**, Oikos-Tau, Barcelona 1973. Descomunal por sus dimensiones, pero siempre sugerente y certera, es la obra de Mario Bunge, **La investigación científica**, Ariel, Barcelona 1980.

Sobre los aspectos teóricos del derecho, cf. José Manuel Delgado Ocando, **Curso de filosofía del derecho actual**, Vadell hnos editores, Caracas 1994(libro muy útil, y con perspectiva moderna, que lo diferencia grandemente de la gran cantidad de manuales que se inspiran en cánones vigentes en la década del treinta y aún antes). Igualmente importantes, Manuel Atienza, **Introducción al Derecho**, Barcanova, Barcelona 1985 (el título no corresponde al contenido; se trata, en realidad de una introducción, muy bien montada, a la teoría del derecho, o si se quiere, a la filosofía del derecho, con importantes referencias a los saberes conexos, como son la lógica jurídica y la sociología del derecho); Carlos Santiago Nino, **Introducción al análisis del derecho**, Edit. Astrea, Buenos Aires 1980; hay ediciones posteriores (este libro, tras la prematura muerte de su autor, puede considerarse como definitivamente concluído; es sin lugar a dudas, uno de los grandes manuales de los últimos años); útil también, Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica,* Ariel, Barcelona 1986.

Sobre la historia y su concepto, existe una literatura inmensa. Pero vale la pena recurrir a los textos teóricos que sobre su oficio han hecho grandes historiadores; entre otros, pueden verse; L. Febvre, **Combates por la historia**, edit. Planeta, Barcelona 1993; Edward H. Carr, **¿Qué es la historia?** Ariel, Barcelona 1991; Marc Bloch, **Apología para la historia o el oficio del historiador**, FCE, México 1996 (a página 155 corre la cita que antecede a este ensayo); Johan Huizinga, **El concepto de la historia y otros ensayos**, FCE, México 1994; Pierre Vilar, **Iniciación al vocabulario del análisis histórico**, ed. Cátedra, Barcelona, 1982; G. Duby, **Diálogo sobre la historia**, Alianza, Madrid 1988; Gordon Childe, **Teoría de la historia**, Pléyade, Buenos Aires 1976; F. Braudel, **La historia y las ciencias sociales**, Alianza, Madrid 1990 (contiene el

famoso ensayo sobre la larga duración); Arnold J. Toynbee, **La civilización puesta a prueba**, Emecé, Buenos Aires 1954(son ensayos sueltos, que sin embargo contienen algunos enfoques sobre el trabajo del historiador); Henri I. Marrou, **El conocimiento histórico**, edit. Labor, Barcelona 1968; Peter Burke **Formas de hacer historia**, Alianza, Madrid 1994; (es un interesante libro colectivo, con ensayos dedicados a la historia desde abajo, la historia oral, la historia de las lecturas, la historia del cuerpo, la historia de las imágenes, historia de las mujeres, etc). Jacques Le Goff, **Pensar la historia**, Paidós, Barcelona 1997; Josep Fontana, **Historia, análisis del pasado y proyecto social**, Crítica, Barcelona 1992; Armando Saitta, **Guía crítica de la historia y de la historiografía**, FCE, México 1996; Carlos Rama **Teoría de la historia**, Edit. Tecnos, Madrid 1968; Lawrence Stone, **El pasado y el presente**, FCE, México 1978; Pierre Vilar **Pensar la historia**, Instituto Mora, México 1995; Eric Hobsbawm **Sobre la historia**, Crítica, Barcelona 1998, etc.

Sobre algunos aspectos históricos y problemas a él vinculados, cf. R.G. Collingwood, **Idea de la historia**, FCE, México 1978 (cubre desde la antigüedad a nuestros días); F. Meinecke, **El historicismo y su génesis**, FCE, México 1982 (es un libro clásico en su género); A. Waismann, **El historicismo contemporáneo**, edit. Nova, Buenos Aires 1960 (un buen recuento panorámico) y Adam Schaff, **Historia y verdad**, ed. Crítica, Barcelona 1988(discute el problema de si es posible la objetividad en la historia).

Sobre metodología, aparte de los textos generales, cf. Ciro F.S. Cardoso y H. Pèrez Brignoli, Los métodos de la historia, edit. Crítica, Barcelona 1986 (centrado sobre todo, en la parte demográfica, económica y social); Ciro F.S. Cardoso, **Introducción al trabajo de la investigación histórica**, edit. Crítica, Barcelona 1989 (ideal para iniciarse); Charles Samaran ***L'histoire et ses méthodes,*** ed. Gallimard, Paris 1980 (muy completo); Jerzy Topolsky, **Metodología de la historia**, edit. Cátedra, Madrid 1985 (muy denso, muy filosófico, pero iluminador). Util como herramienta inicial; cf. Guy Thuillier y Jean Tulard **Cómo preparar un trabajo de historia**, Oikos-Tau, Barcelona 1988.

Selecciones de textos de historiadores hay muchas; señalemos tan sólo la de Fernando Sánchez Marcos, **Invitación a la historia**, edit. Labor, Barcelona 1993(cubre de Herodoto a Voltaire); y Patrick Gardiner, ***Theories of history,*** The free press, 1960 (parte de Vico y llega hasta nuestros días).

Sobre la filosofía de la historia tenemos los siguientes panoramas generales; León Dujovne, **La filosofía de la historia**, edit., Galatea, 2 tomos, Buenos Aires 1958-1959; Karl Löwith, ***Meaning in history***, Anchor, N.Y. 1965 (hay traducción castellana); José Ferrater Mora, **Cuatro visiones sobre la historia universal**, edit. Sudamericana, Buenos Aires 1967. De la obra de Hegel sobre filosofía de la historia, existen varias versiones; la más conocida es la de José Gaos, continuamente reimpresa. Véase también Herbert Schnädelbach, **La filosofía de la historia después de Hegel**, ed. Alfa, Buenos Aires 1980 (si bien Hegel tuvo una influencia arrolladora, no faltaron voces disidentes desde un principio; la más notable es quizá Jacob Burckhardt, **Reflexiones sobre la historia universal**, FCE, México 1943, pp 4-5). Sobre Hegel mismo, puede verse Jean Hyppolite, **Introducción a la filosofía de la historia de Hegel**, ed. Calden, Montevideo 1981.

Ya en el siglo XX, y no obstante las críticas que se han formulado, ha habido historiadores teóricos o filósofos de la historia, que han planteado problemas o concepciones de largo alcance o han intentado interpretaciones sugestivas, que han tenido gran predicamento, total o parcialmente, en diversas partes de Occidente. Las principales, a mi criterio, podrían ser las siguientes: Oswald Spengler, **La decadencia de Occidente**, edit. Espasa-Calpe, 2 tomos, varias ediciones (tuvo un influjo devastador, y si bien hoy está muy superada, no ha perdido el interés para los estudiosos); Arnold J. Toynbee, **Estudio de la historia**, edit. Emecé, 15 volúmenes, Buenos Aires, 1953-1960 (en inglés en 10 volúmenes, a los que luego se añadieron dos más, no traducidos; existe un resumen de la obra en dos volúmenes hecho por D.C. Somervell, que ayudó a popularizarla, y de la cual hay traducción a varios idiomas; al final de su vida, el mismo Toynbee sintetizó y revisó toda su obra: **La historia**, edit. Noguer, Barcelona 1975; Toynbee es seguramente entre los historiadores del siglo XX, el más popular y el más leído); Benedetto Croce, **Teoría e historia de la historiografía**, ed. Imán, Buenos Aires, 1953 y **La historia como hazaña de la libertad**, FCE, México, 1942 (la obra en italiano tiene otro nombre: la historia como pensamiento y como acción); José Ortega y Gasset, **Historia como sistema** (1941) en «Obras completas», tomo VI, edic. Revista de Occidente, varias ediciones (Ortega tiene muchos ensayos dedicados al tema, y además un inconcluso trabajo sobre Toynbee que ha sido publicado póstumamente); Karl Jaspers, **Origen y meta de la historia**, edit. Revista de Occidente,

Madrid 1951, hay ediciones posteriores (el autor es uno de los grandes filósofos alemanes de este siglo, si bien acabó sus días en Suiza; de formación médica, se dedicó luego a la filosofía y es considerado uno de los autores más representativos de la corriente existencialista, de cuño cristiano; su marginal dedicación a los temas históricos ha tenido, sin embargo, un gran predicamento); Raymond R. Aron, Introducción a la filosofía de la historia, edit. Losada, Buenos Aires 1946 y **Lecciones sobre la historia**, FCE, México 1996 (editadas póstumamente). Aron, una de las mentalidades conservadoras más notables de Europa, fue muy criticado por las corrientes contestatarias, pero el vigor de su obra ha sobrevivido a tales críticos. Una visión panorámica, cf. J. Vogt, **El concepto de la historia de Ranke a Toynbee**, Guadarrama, Madrid 1967; sobre los problemas últimos, aún cuando con resabios marxistas, cf. Josep Fontana, **La historia después del fin de la historia**, Crítica, Barcelona 1992.

* * *

La historia constitucional en el mundo occidental es muy cotizada y cuenta, desde el siglo pasado, con textos básicos; aquí daremos una visión panorámica de esa bibliografía por países, que nos puede servir como referencia, para ver enfoques, períodos y métodos de trabajo.

1) Inglaterra; William Stubbs, ***Histoire constitutionnelle de l'Angleterre***, V. Girard et Briere, 3 tomos, París 1907-1927; se trata de una obra cumbre del gran historiador británico muerto en 1901; el original en inglés no he podido consultarlo; F.W. Maitland, ***The constitutional history of England***, Cambridge 1963.

2) Francia; M.Jallut, ***Histoire constitutionelle de la France***, 2 vols. Ed. Du Scorpion, París 1956; J.J. Chevalier ***Histoire des institutions et des regimes politiques de la France de 1789 a nos jours***, LGLJ, Paris 1972; veáse también el interesante número 50 de la revista «*Pouvoirs*», dedicado a la ***histoire constitutionnelle***, con motivo del bicentenario de la Revolución francesa: 1789-1989;

3) Estados Unidos de América; A.C. McLaughlin, ***A constitutional history of the United States***, N.Y., 1953 (es considerada un clásico); Carl B. Swisher ***American constitutional development***, H. Mifflin Co, Boston 1943 (hay traducción castellana); Edward S. Corwin, ***American constitutional history***, Harper and Row, N.Y. 1964 (ensayos sueltos, de

gran agudeza, escritos por quien es considerado el mejor constitucionalista norteamericano del siglo). Sin embargo, en los Estados Unidos, parte importante de su vida constitucional, está moldeada por la Corte Suprema y sus decisiones; en tal sentido, un análisis de esta célebre institución es obligado para el estudioso; cf. Bernard Schwartz, ***A history of the Supreme Court***, Oxford University Press, N.Y. 1995;

4) España; Luis Sánchez Agesta, **Historia del constitucionalismo español**; CEC, Madrid 1984 (sigue siendo el texto clásico); Francisco Fernández Segado, **Las constituciones históricas españolas**, Ed. Civitas, Madrid 1986; Bartolomé Clavero, **Manual de historia constitucional de España**, Alianza, Madrid 1989.

5) Italia; Carlo Ghisalberti, ***Storia costituzionale d'Italia*** (1848-1948), 2 tomos, editori Laterza, Bari 1977.

6) Argentina; Germán J.Bidart Campos, **Historia política y constitucional argentina**, EDIAR, 3 tomos, Buenos Aires 1976-1977; Alfredo Galleti, **Historia constitucional argentina**, edit. Platense, 2 tomos, La Plata 1972 (parte de la época hispánica, y es uno de los poquísimos libros sobre la materia que está precedido por un análisis teórico de la disciplina; la obra quedó inconclusa); Dardo Pérez Guilhou, **Ensayo sobre la historia político-institucional de Mendoza**, Senado de la Nación, Buenos Aires 1977, e **Historia de la originalidad constitucional argentina**, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza 1994.

7) México; Emilio O. Rabasa, **Historia de las constituciones mexicanas**; UNAM, México 1994; Ernesto de la Torre Villar y Jorge Mario García Laguardia, **Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano**, UNAM, México 1976(es una primera parte no continuada, que abarca tan sólo México, Centro-américa y el Caribe); Toribio Esquivel Obregón, **Prolegómemos a la historia constitucional de México**, UNAM, México 1980 (fragmento póstumo escrito por el gran historiador mexicano para continuar su clásica y monumental Historia del derecho en México, y del que sólo alcanzó a preparar un fragmento que, partiendo de la época hispánica, llega hasta los inicios del siglo XIX);

8) Venezuela; la obra maestra es la de José Gil Fortoul, **Historia constitucional de Venezuela**, Ministerio de Educación, 3 tomos, Caracas 1954, hay ediciones posteriores; una completa historia venezolana,

en cuanto sintesis panorámica, puede verse en Allan R. Brewer-Carías, **Instituciones políticas y constitucionales**, Edit. Jurídica Venezolana y Univ. Católica del Tachira, Caracas 1996, tomo I.

9) Chile; Fernando Campos Harriet, **Historia constitucional de Chile**, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1983;

10) Colombia; Antonio José Rivadeneira V., **Historia constitucional de Colombia**, (1510-1978) edit. Horizontes, Bogotá 1978. Aparte deben verse los numerosos trabajos históricos de Carlos Restrepo Piedrahita, centrados, sobre todo, en el siglo XX (aspectos puntuales y una edición crítica de las constituciones de Colombia en el siglo pasado, cuando existía una estructura federal de gobierno).

11) Costa Rica; Mario Alberto Jiménez Quesada, **Desarrollo constitucional de Costa Rica**, edit. Juricentro, San José 1992;

12) Brasil; Paulo Bonavides y Paes de Andrade, ***História constitucional do Brasil***, Brasilia 1990; y

13) Guatemala: Jorge Mario García Laguardia, **Orígenes de la democracia constitucional en Centro América**, EDUCA , San José 1971, hay ediciones posteriores (este autor tiene numerosos ensayos sobre la historia constitucional de Guatemala y sus países vecinos).

* * *

Hemos afirmado que por constitucionalismo debe entenderse el que se inicia a fines del siglo XVIII y a ambos lados del Atlántico, y en consecuencia, que de ahí debe partir nuestra periodificación histórica y también nuestros análisis. Pero esta división, no siempre es observada por los estudiosos, y esto por varias razones; a) porque sin lugar a dudas, y por lo menos en los pueblos europeos, la conquista del régimen constitucional se alcanza luego de largos esfuerzos que tienen un desarrollo histórico del que no hay que prescindir, si bien luego se condensan en un determinado período, b) porque en realidad, con el advenimiento del constitucionalismo aparecen muchas cosas nuevas, pero muchas que son muy antiguas permanecen tal cual o se adaptan, con lo cual hay que buscar sus orígenes, y c) finalmente, por cuanto la palabra constitución no es unívoca, sino multívoca, y ello permite, por lo menos en aras del uso del nombre y del contenido que a él se quiera dar, que se puedan rastrear antecedentes. En tal sentido y sobre todo en relación con los pueblos europeos, esto se hace con frecuencia, y en cierto sen-

tido, es legítimo. Así, proceden algunos historiadores, como es el caso de un autor clásico, Charles H. Mcllwain, **Constitucionalismo antiguo y moderno**, edit. Nova, Buenos Aires 1958 (hay una reciente traducción española); este autor parte de Aristóteles, atraviesa la Edad media y cruza los tiempos modernos, hasta poco antes de los sucesos aluvionales del siglo XVIII. Por ejemplo, R.C. van Caenegem ***An historical introduction to the western constitutional law,*** Cambridge University Press, 1995, plantea como punto de partida la caída del Imperio romano de Occidente, o sea, en el siglo V, y desde ahí empieza a seguir los elementos que luego conformarían el concepto y modelo constitucional europeo. Por cierto, esto es plenamente válido en el caso de Inglaterra, como puede verse en la obra de Stubbs, que se remonta hasta la Carta Magna y aun antes; sin embargo, los hombres libres de los que habla el célebre documento inglés son los nobles, esto es, los barones, y no el hombre común y corriente y el texto, en puridad, es una reafirmación de viejas prerrogativas nobiliarias y no una concesión popular y democrática. Pero en otros pueblos, que no han tenido un pasado constitucional, como es el caso de Alemania, es dudoso que se pueda retrotraer la historia tan lejos. O peor aún, en el caso de pueblos sometidos a tutela colonial, como es la América española. Así, Galletti; por ejemplo, parte del Virreynato del Río de la Plata, y aún antes, para explicar la historia constitucional argentina, lo que puede ser valioso como antecedente histórico de lo que sucedería después, pero no como parte constitucional, lo cual parece a primera vista muy forzado. En el caso del Perú, sería válido retrotraerse a la Carta de Cadiz, que aquí fue jurada y aplicada, pero no antes, o en todo caso, muy eventualmente a los movimientos precursores que se dan desde 1780, pero sólo en la medida que adelantan la idea emancipadora y no el simple movimiento de las instituciones. Creemos, pues, que, a) debe tenerse presente que el constitucionalismo en sentido estricto nace en realidad a partir del siglo XVIII con la colaboración, evidente, de Inglaterra, que crea, en su larga historia, el régimen constitucional, pero que curiosamente sólo lo consolida bien entrado el siglo XIX; b) que si bien lo anterior es cierto, nada impide que, en determinados pueblos, como es el caso de Francia y Estados Unidos, se vaya más allá para buscar esos mismos elementos formativos, que sin solución de continuidad, pasaron a formar, precisamente, el legado constitucional de esos pueblos, c) que desde el punto de vista de una historia global, comprensiva, es factible

ir más allá, remontarse en la investigación en busca de antecedentes, y así hasta los más antiguos tiempos, pero con la salvedad de que estamos ante antecedentes, unos más forjados que otros, y en todo caso, de constitucionalismos imperfectos, que sólo adquieren valor desde la perspectiva que otorga el siglo XVIII, y no antes; aún más, su estudio como antecedente es útil, pero, insisto, en aquellos pueblos en los cuales tales antecedentes contribuyeron a crear algo que a la larga fué significativo para el constitucionalismo.

Por cierto, este enfoque, que entendemos estricto, no impide, recurrir siempre al pasado, que es una tendencia que se da en todos los tiempos. Hemos visto, incluso, como algunos tratadistas han intentado encontrar antecedentes del *leasing* en la Edad media o como otros han creído encontrar las raíces del Estado de bienestar entre aztecas e incas. Por tanto, hay que tomar estos antecedentes, con las precauciones del caso, ver como los manejamos y detectar en ellos nuestros propios intereses.

Otros, por el contrario, como Giovanni Sartori (cf. **Elementos de teoría política**, Alianza, Madrid 1992) señalan que a su criterio el único constitucionalismo que interesa es el moderno, o sea, el que nace a fines del siglo XVIII; los demás son antecedentes, muchos de ellos remotos, y otros totalmente inatingentes. Sartori señala como la palabra latina constitutio como edicto del Emperador, tenía en el Imperio un sentido totalmente distinto del actual; y que además, la traducción del griego politeia (que usan Platón y Aristóteles) por nuestra moderna palabra **constitución**, es otra de las arbitrariedades de los traductores (traduttore, traditore). En igual sentido, añade, cuando se traduce *polis* por estado o ciudad-estado, lo único que se hace es embrollar más el concepto, antes que aclararlo (las palabras griegas *polis, politeia, politiká, zoon politikón*, se prestan a múltiples traducciones, por la dificultad del trasvase de una lengua a otra, según señala Carlos García Gual, en el prólogo a **Política** de Aristóteles, edit. Alianza, Madrid 1995, traducida por él y Aurelio Pérez Jiménez).

* * *

Si bien existe un consenso de que la historia se ocupa del pasado, la dificultad empieza cuando se quiere definir ese pasado y a partir de cuando debe tenerse en cuenta. Por cierto, cuando nos referimos al pasado, hacemos sin querer, una referencia al tiempo; tiempo pasado,

tiempo presente y tiempo futuro. Aquí vienen a cuento las insuperables reflexiones de San Agustín sobre el tiempo (**Confesiones**, libro XI), que son clásicas. El obispo de Hipona dice que es casi imposible definir el tiempo: si no me preguntas que es, lo sé; pero si me pides que diga lo que es, no lo sé. Según el santo, no existiría el pasado, sino solo el presente del tiempo pasado. Por tanto, decir qué es pasado, es complicado. Como –siempre según San Agustín- vivimos el presente- a la larga todo lo que dejó de ser es pasado, y por lo tanto, pasado sería, en rigor, lo que sucedió hace un minuto; por tanto, el pasado sería, en sentido amplio, lo que sucedió ayer.

Pero el problema no se detiene aquí. Es curioso señalar como Herodoto, considerado como el padre de la Historia, contaba cosas que veía o de las que había tenido noticia cierta; tanto él como Tucídides hablan prácticamente de lo presente, o si se quiere, de lo existente y muy cercano (**Historias**, II, 9, **Historia de la guerra del Peloponeso**, I, 73). Por otro lado, la voz historia viene del griego *istor*; que significa ver. Por tanto, al parecer la historia sería historia del presente. Pero en el siglo XIX, la historiografía clásica consagró el pasado como objeto de la historia y el documento como la fuente del historiador. Lo cual en sustancia es correcto, pero nos queda por resolver cuando ese pasado es pasado. Algunos, así, distinguieron entre historia (pasado estudiado rigurosamente) de la crónica (que trata de lo contemporáneo). En igual sentido, muchos historiadores que trataban el presente, lo hacían con alguna distancia; se detenían a 20 ó 30 años de donde estaban, para que la cercanía no alterase la visión de conjunto. Entre nosotros, la monumental **Historia** de Basadre, completada prácticamente en la década de 1970, se detiene en 1933; el célebre historiador no fue o no quiso acercarse más a los hechos.

Sin embargo, aún aceptando que el pasado es el núcleo central de la historia, no todos lo aceptan estrictamente, o en todo caso, tienen un concepto muy flexible de lo que es el pasado. Por ejemplo, Armando Saitta, en su **Guía crítica de la historia y de la historiografía**, cit, dice que lo que ha detenido o mediatizado hacer una historia contemporánea son tres tipos de argumentos: i) la dificultad de acceder a las fuentes; ii) la falta de distanciamiento necesario entre el historiador y su objeto de análisis, y iii) la ausencia de una perspectiva, ya que el proceso histórico no ha concluido aún y está en movimiento (p. 19). Según Saitta, estos argumentos son inaceptables, y en todo caso fáciles de

sortear, pues el fin esencial de la historia es comprobar los hechos y reconstruirlos, pero sobre todo, explicarlos. Aún más, en el actual estado de la cuestión, vemos que, con frecuencia, los historiadores incursionan en los tiempos presentes, y con bastante éxito (lo cual no quiere decir que sus enfoques no puedan variarse el día de mañana). Así, tenemos, la reciente **Historia del siglo XX** que Eric Hobsbawn acaba de editar, y que cubre lo que él llama el corto siglo XX, que abarca de 1914 a 1991. El libro, en su edición original en inglés fue publicado en 1994, y traducido casi de inmediato al castellano.

Si todo esto lo aplicamos al siglo XX peruano, y en lo que a historia constitucional se refiere, pensamos que nada nos impide avanzar hasta el presente, si bien este presente puede coincidir con algún hecho o suceso importante; como pudiera ser el año 1993, que representa la sanción de una nueva Constitución, luego del golpe de Estado de 1992 y que marca el inicio del período autocrático.

* * *

Un concepto importante, que aquí no hemos tratado, es el de **constitución histórica** distinto a todos los membretes que hemos usado como equivalentes a historia constitucional (cf. sobre este punto, cf. Dardo Pérez Guilhou, «Poder constituyente y constitución histórica argentina», en AA.VV. **El régimen constitucional argentino**, Idearium, Mendoza 1984 y Domingo García Belaunde, **La constitución histórica y la reelección presidencial** en **Scribas,** núm. 3, 1997). En efecto, por un lado tenemos la historia constitucional y todos sus equivalentes, y que es el nombre de una **disciplina histórica** que estudia el pasado en relación con el desarrollo constitucional de un pueblo. Por otro, está la **constitución histórica**, que es un concepto en cierto sentido categorial, y que da a entender la existencia de líneas de tendencia que configuran una manera de ser de una determinada comunidad política y que se ha formado en el transcurso del tiempo. Lo que no siempre queda claro es cuál es la relación entre la constitución histórica y la constitución positiva o dogmática; que puede ser de sintonía o de desfase, total o parcial. En Inglaterra, el problema no existe, pues su constitución histórica es su constitución actual y vigente, por lo menos, en sentido sustantivo (así lo señala claramente Jennings); en otros países esto no siempre sucede; a veces la constitución histórica orienta a un pueblo, pero a veces no lo hace. En el caso del Perú, hay ciertos temas que son

parte de su constitución histórica, como por ejemplo, su existencia republicana, la división de poderes, por lo menos en su clásica versión tripartita; la no reelección presidencial, aún cuando ahora esté amenazada y no sabemos si quedará o no; el respeto de las libertades fundamentales, en el sentido de las clásicas, etc. Por un lado tendríamos la historia constitucional, o historia de las constituciones, etc., que sería el **continente**, y por otro, la constitución histórica, como torrente jurídico temporal, que sería el **contenido**. Creemos que con esto es suficiente para detectar la existencia de ambas y sus claras diferencias: la primera, una disciplina formal, histórica, la segunda una realidad permanente en el tiempo, que debe ser estudiada, y que, conjuntamente con otros hechos circunstanciales y de coyuntura, forman nuestra historia constitucional.

* * *

En cuanto a cómo hacer historia constitucional, puede ser de varias maneras; así, cabe una historia lineal, que puede ser larga o corta. Por ejemplo, podemos escribir una historia constitucional del siglo XIX; aquí estamos ante un complejo de hechos que ocupan casi un siglo. Pero podemos hacer una historia lineal corta, como por ejemplo, si estudiamos sólo la Constitución de 1839, conocida como Constitución de Huancayo. En este último caso, lo que tendríamos pendiente sería, a) estudiar los antecedentes de porqué ella se dio, como es el caso de la derrota de los confederados; b) ver cómo fueron los debates y que se discutió, c) ver los alcances del articulado, como fue la legislación de desarrollo y eventualmente, su aplicación por los tribunales, d) ver los debates doctrinarios que se suscitaron, e) detectar su vigencia política y sus problemas de aplicación, f) finalmente, su crisis y derogación.

Por otro lado, cabe hacer historias verticales, como podría ser un análisis sectorial en el tiempo de algunas instituciones; en este sentido, es clásico el estudio de Villarán sobre los ministros en el Perú; recientemente ha hecho lo mismo Pedro Planas, en relación a la descentralización en el Perú republicano.

Sin embargo, hay que descartar lo que podría desprenderse de Emilio Ravignani en la década del 30 (sigo a Galletti en su **Historia** ya citada). Según creía ver Ravignani, habría que distinguir entre historia constitucional e historia de las constituciones. Esta última sería, casi un análisis literal y exégetico, mientras que aquélla sería un estudio global y

comprensivo. La diferencia que podría desprenderse de Ravignani, me parece artificiosa y en cierto sentido contraproducente. En realidad, no calza con el estado de la investigación histórica. Veamos como: a) los estudiosos de la historia constitucional, por lo menos, en Occidente, han utilizado diversos nombres para sus investigaciones, pero prefiriendo, como hemos señalado, el de historia constitucional, b) por esta razón de mayor uso, es que he optado por ella, siendo conciente que el nombre no es definitivo, pero reconociendo su utilidad, pues es el que utiliza la comunidad científica; c) lo que apuntaría Ravignani es un problema más serio, cual es el **enfoque** teórico de la disciplina; esto es, apartarse del análisis exegético y legalista, e ir al fondo del asunto, en lo cual tiene razón. O sea, lo que interesa no es el nombre, sino la metodología de estudio, que dicho sea de paso, no es propio ni privativo de la historia constitucional, sino de los historiadores del derecho. Dicho en otras palabras, son los historiadores lo que sientan las bases teóricas y la metodología, y de ahí lo toman los historiadores del derecho y, por cierto, los historiadores constitucionales. Aquel enfoque que consiste en el estudio del articulado, y centrado en la legislación, se usó en una época, pero ya no se estila más. Por tanto, me parece innecesario armar toda una discusión teórica sobre la base de un método totalmente superado.

En el Perú, la historia del derecho se enseñó desde muy temprano. Román Alzamora fundó la primera cátedra en la Universidad de San Marcos en 1875, que curiosamente fue la primera en funcionar en América Latina; Alzamora, hijo de su época, en su curso publicado al año siguiente (**Curso de Historia del Derecho Peruano**, Imp. del Estado, Lima 1876), se limitó a hacer rescates exegéticos y legalistas que hoy, por cierto, nadie hace. Si bien existen algunos ensayos aislados, quien pone las bases de la historia del derecho en el Perú, en sus dos fases, es Jorge Basadre, en dos grandes obras, **Historia del derecho peruano**, Lima 1937, presentada como primer tomo, pero nunca continuada, y que cierra todo un período; y luego **Los fundamentos de la historia del derecho**, Lima 1956, que presenta las corrientes más de moda, demostrando así que vivió en permanente revisión de sus postulados. Si bien ya no escribió nada orgánico sobre los aspectos teóricos de la disciplina, volvió sobre ellos en las sucesivas ediciones de su **Historia de la República del Perú** y en su **Introducción a las bases documentales** [...] de 1971 (en los prólogos a dichas obras) y en ensa-

yos sueltos; así, por ejemplo, en su libro **El azar en la historia y sus límites**, Lima 1973. Después de Basadre, han incursionado en la historia del derecho, entre otros, Javier Vargas, Vicente Ugarte del Pino, Franklin Pease G.Y., Luis H. Pásara, Fernando de Trazegnies Granda (quien ha tenido el mérito de haber impulsado sus estudios y ha formado mucha gente, que está dando sus frutos, como es el caso de Carlos Ramos Núñez, Jorge A. Guevara Gil y René Ortiz), Jorge Basadre Ayulo y Francisco José del Solar.

Sobre historia constitucional existe muy poco, como puede verse de la bibliografía señalada en el texto (desde Toribio Pacheco en el siglo pasado, hasta las contribuciones de José Pareja Paz-Soldán). Recientemente tenemos; Pedro Planas, **La república autocrática**, Fundación Ebert, Lima 1994; ib, **La descentralización en el Perú republicano (1821-1998)**, Municipalidad Metropolitana de Lima, Lima 1998; José F. Palomino Manchego, estudio preliminar a Toribio Pacheco, **Cuestiones constitucionales** con prólogo de Domingo García Belaunde, editorial Grijley, Lima 1996; Edgar Carpio Marcos, «La primera cátedra peruana de derecho constitucional», en **ICPDC** (Huancayo) núm. 5, 1996; ib, «**La enseñanza del derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de San Marcos (1873-1922)**» en **Apuntes de Derecho**, año III, núm. 1, mayo de 1998; Carlos F. Mesía Ramírez, **El pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX**, Tesis de Magister en Derecho Constitucional, PUC, Lima 1997; Daniel Soria Luján, **Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú; el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)**; Tesis para optar el título profesional de Abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Lima 1997; Oscar Díaz Muñoz, **La moción de censura en el Perú**, con prólogo de Francisco Fernández Segado, Ara editores, Lima 1997; Valentín Paniagua C., «Las relaciones legislativo-ejecutivo», en **Ius et Praxis**, núm. 19-20; diciembre de 1992; ib. **Constitucionalismo, autocracia y autoritarismo**, en **Scribas**, núm. 4 1998. Sobre periodificación de nuestra historia constitucional, cf. Domingo García Belaunde, **Los inicios del constitucionalismo peruano**, en «Pensamiento Constitucional», núm. 4, 1997; y **La constitución en el péndulo**, UNSA, Arequipa 1996; esp. pp. 1-33.

El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales

Francisco Fernández Segado

I. Consideraciones generales introductorias

Como significaran Cabrera y Fix-Zamudio,[1] siguiendo muy de cerca la idea vertida por Grant[2] en su ya clásica obra, si quisiéramos condensar en una frase la contribución de América a la defensa constitucional, podríamos decir que en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución.[3]

Ello no obstante, no puede desconocerse que América Latina no iba a escapar al influjo europeo, y de modo muy específico, al impacto revolucionario francés. Bien al contrario, los países latinoamericanos se iban a afiliar desde muy temprano al denominado modelo político, que se copió de algunas constituciones francesas del período revolucionario. Es sabido que el modelo consistía en habilitar al congreso para llevar a cabo la custodia o salvaguarda de la Constitución, situación que se mantendría bastante tiempo, en algunos países, como es el caso de Chile,

1 Lucio Cabrera y Héctor Fix-Zamudio, en el «Prólogo» a la obra de James Allan Clifford Grant, «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes» (Una contribución de las Américas a la Ciencia Política), México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p.10.

2 James Allan Clifford Grant, en su clásica obra citada en la nota inmediata anterior, cuyo subtítulo es harto significativo.

3 Cfr. al respecto, Roberto L. Blanco Valdés: «El valor de la Constitución» (Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal), Madrid, Alianza Editorial, 1994, en especial, pp. 249-307.

Uruguay y el Perú, incluso hasta bien entrado el siglo actual.

En la cuarta década del pasado siglo la influencia norteamericana en este ámbito material se iba a hacer presente, implantándose paulatinamente en las constituciones iberoamericanas la *judicial review*, en acomodo con la tradición hispánica, la atracción ejercida por las cartas revolucionarias francesas y con el hecho condicionante de que el modelo norteamericano había de regir en un sistema jurídico bien alejado del de *common law*, como es el sistema romano-canonista.[4]

El principio común del control judicial de los actos de cualquier autoridad y de las propias disposiciones legales, en orden a la protección de los derechos constitucionales y demás normas de la Ley suprema no va a suponer una homogeneización de los procedimientos encaminados a la salvaguarda de la Constitución; bien al contrario, nos encontramos con diferencias fundamentales no ya sólo entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos, sino, más ampliamente, entre estos últimos, que las más de las veces han seguido un camino propio, iniciándose solo en época reciente un intercambio e influencia recíprocos.

El transplante legal de la *judicial review* norteamericana, forjada, como antes dijimos, en la tradición jurídica del *common law*, a un trasfondo o marco hispánico y portugués de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano-canónico, produjo, como significara Fix-Zamudio,[5] instituciones peculiares que se apartan del modelo estadounidense, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial se aplica a través de diversos procedimientos según los países, circunstancia que contrasta con el modelo norteamericano, en el que, como advierte Grant,[6] la *judicial review* debe considerarse como un principio y no como una vía particular.[7]

Mientras un buen número de países latinoamericanos, México entre ellos, en sintonía con Estados Unidos, conceden a la Corte Suprema o a

4 Sobre esta mixtura y en relación con el juicio de amparo mexicano, cfr. Héctor Fix-Zamudio: «*The confluence of common law and continental european law in the mexican Writ of Amparo*», en: ***The Mexican Forum,*** USA, Institute of Latin American Studies, The University of Texas at Austin, 1983, en especial, pp. 4-8.

5 Héctor Fix-Zamudio: «La Justicia Constitucional en América Latina», en: **Lecturas Constitucionales Andinas,** Núm. 1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 19.

6 James Allan Clifford Grant: «El control jurisdiccional...», *Op. Cit.*, pp. 34 y 39.

7 La regla básica del sistema norteamericano de control de constitucionalidad es que

sus salas un aspecto limitado de jurisdicción original; otros países, como es el caso significativo de Colombia, Panamá y Cuba, ubicándose en el extremo opuesto, permiten, o lo han hecho en el pasado, que se pueda elevar directamente a la Corte Suprema cualquier problema constitucional que envuelva la validez de una ley. Se ha producido así, en algunos momentos históricos y en ciertos países, un auténtico monopolio por parte de la Corte Suprema de Justicia en el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad. Y precisamente, a modo de dimanación de ese monopolio de la Corte Suprema, ha surgido en América Latina el primer Tribunal Constitucional, en Cuba, en la Constitución de 1940, aunque orgánicamente se nos presente como una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, bien que, a nuestro juicio, y como intentaremos mostrar más adelante, se trate de un auténtico Tribunal Constitucional.

Pese al precedente que acabamos de aludir, la influencia del llamado modelo austríaco-kelseniano de control de la constitucionalidad se hará sentir en mayor medida transcurridas dos décadas del final de la Segunda Gran Guerra, influencia que se intensificará de modo muy notable en los tres últimos lustros.

Sin embargo, la preponderante influencia del control jurisdiccional de tipo norteamericano ha propiciado que, en una suerte de variante del referido modelo austríaco, los ordenamientos iberoamericanos hayan conservado, simultánea o paralelamente, la facultad de los jueces ordinarios, o de algunos de ellos al menos, de decidir con efectos ordinarios, esto es, *inter partes*, sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los casos concretos de que han de conocer, algo que está excluido en los ordenamientos europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional.

Por todo ello, se ha podido hablar por Piza Escalante[8] de una concepción iberoamericana «difuso-concentrada». Y García Belaunde,[9] de

no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Estas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven. Dicho de otro modo, es un error buscar el sistema norteamericano en cualquier juicio, acción, auto, recurso u otro procedimiento. Ello no significa que el sistema carezca de unidad. Por el contrario, la unidad del sistema se encuentra en la teoría de que cualquier juez tiene el poder y el deber de aplicar las normas constitucionales por encima de cualquier otra regla y, por tanto, ha de considerarse nula y de ningún valor cualquier norma jurídica contraria a la Constitución.

modo análogo, ha significado cómo el continente americano ha sido un campo fecundo para los diversos modelos de jurisdicción constitucional no sólo porque creó uno de ellos (el americano) y lo desarrolló ampliamente, sino porque a partir de este modelo ha avanzado muy lejos, anticipando el tardío modelo europeo y creando además dos categorías derivadas, pero no menos importantes: la mixta y la dual o paralela.

Hoy asistimos a una verdadera eclosión de los tribunales constitucionales en Latinoamérica, circunstancia que ha acentuado la pluralidad y heterogeneidad de modelos de control de constitucionalidad, generando fórmulas e instrumentos procesales en verdad sugestivos y originales, que en algunos casos, no en todos desafortunadamente, funcionan de modo muy satisfactorio. Bien es verdad que algunas concepciones constitucionales propias del más radical jacobinismo revolucionario francés, todavía presentes de una u otra forma, en el constitucionalismo latinoamericano, contribuyen a generar una serie de disfunciones altamente nocivas para la consolidación de un eficaz modelo de control de la constitucionalidad de las leyes y restantes normas de carácter general.

A los aspectos hasta aquí someramente esbozados nos referiremos en detalle a continuación.

II. El control político de la constitucionalidad en Iberoamérica

En pleno proceso revolucionario francés, Sieyés defendía la necesidad de crear un *jurie constitutionnaire* o *Jury de Constitution*, que de estas y otras formas se denominó. Para el diputado nacido en Fréjus en 1748,[10] la Constitución que la Convención Thermidoriana pretendía redactar requería de un Tribunal Constitucional, «esto es, un verdadero cuerpo de

8 Rodolfo Piza Escalante: «Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional en Costa Rica», en: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 1995, pp. 113 y ss.; en concreto, p. 155.

9 Domingo García Belaunde: «La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado», en: **Lecturas Constitucionales Andinas**, Lima, Comisión Andina de Juristas, Núm. 1, 1991, pp. 183 y si.; en concreto, p. 196.

10 Discurso pronunciado en la Convención del 2 de Thermidor del año III de la República (la intervención tiene lugar el 20 de julio de 1795). Puede verse en Enmanuel Sieyès. **Escritos y Discursos de la Revolución** (estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Máiz), Madrid, CEC, 1990, pp. 251 y ss.; en concreto, p. 262.

representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución».[11]

En esta misma línea de pensamiento ha de situarse la creación por la Constitución del año VIII (de 13 de diciembre de 1799) del llamado *Sénat conservateur*, al que se le asigna el control de todos los actos denunciados como inconstitucionales,[12] figura que influiría claramente en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos del primer tercio del pasado siglo.

El propio Simón Bolívar, en su famoso Mensaje al Congreso Constituyente de Bolivia, fechado en Lima el 25 de mayo de 1826,[13] hizo alguna observación en torno a la necesidad de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público. Y a tal efecto, pensó en un órgano encaminado a la salvaguarda de la Constitución, órgano que, bajo el rótulo de Cámara de Censores, se vertebraría como la tercera cámara del legislativo (en unión de la Cámara de Tribunos y de la Cámara de los Senadores). Serán éstos (los censores) -dirá Bolívar-[1] «los fiscales contra el gobierno para celar si la Constitución y los tratados públicos se observan con religión».

La Constitución Política de Bolivia de 1826,[2] haciendo plenamente suya la idea bolivariana, acogía un Poder Legislativo tricameral una de cuyas cámaras, la llamada Cámara de Censores, asumía la facultad de «velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos», debiendo acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo hiciera de la Constitución, las leyes y los tratados públicos.

Aunque Urcullo[16] considera que la Constitución boliviana de 1831 abre una nueva etapa en la que el control de constitucionalidad se

11 Al final de su intervención, Sieyès incluiría un pequeño texto articulado de cuatro preceptos, uno de los cuales, el cuarto, se refería al Tribunal Constitucional, propugnando la constitución bajo tal rótulo de un cuerpo de representantes en número equivalente a las 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución dirigidas contar los decretos de la legislatura.

12 El Art. 21º de la Constitución del año VIII (de 1799) disponía, en referencia al Senado conservador: «*Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement; les listes d'éligibles sont comprises parmi ces acts*».

13 Simón Bolívar. **Doctrina del Libertador**, Venezuela, Biblioteca Ayacucho, Sucre, 1976, pp. 230-241.

14 *Ibídem*, p. 233.

15 Puede verse en Ciro Félix Trigo. **Las Constituciones de Bolivia**, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 177 y ss.

encomienda a un órgano especial, el Consejo de Estado, lo cierto es que, a nuestro juicio, esa nueva Constitución no quiebra la tendencia del control político iniciada en 1826, por cuanto que el Consejo de Estado era un órgano compuesto por siete consejeros nombrados por el Congreso de la República (uno por cada departamento de la nación), que venía obligado a informar documentalmente al Cuerpo Legislativo acerca de las infracciones a la Constitución. Es decir, se trataba de un órgano de naturaleza política que limitaba en este ámbito su función a informar al Legislativo de las violaciones constitucionales.

En definitiva, en esta primera etapa del constitucionalismo boliviano, que se prolonga hasta la Constitución de 21 de setiembre de 1851, que sentará las bases para un cambio de orientación, el control político de constitucionalidad, con una u otra característica, aparece profundamente arraigado, situación que bien puede considerarse como paradigmática, pues, ciertamente con notables alteraciones cronológicas en ocasiones, se repite en otros muchos países.

Es el caso, por ejemplo, de Costa Rica, cuya primera fase de su evolución constitucional, que se extiende a lo largo de medio siglo, desde la independencia (15 de setiembre de 1821) hasta la Constitución de 7 de diciembre de 1871 (período en el que Costa Rica conoció hasta once cartas constitucionales propias), viene caracterizada, en lo que ahora interesa, por un incipiente reconocimiento de la supremacía de la Constitución, una ficción de control de constitucionalidad retenido en el Poder legislativo, con ligeras y fracasadas incursiones en un control político delegado y en un control jurisdiccional consultivo.[17]

Brasil se acomoda asimismo a este arquetipo. Su primera norma suprema, la Constitución del Imperio de 1824, influida por el modelo francés, otorgó al Poder Legislativo la atribución no sólo de hacer las leyes, sino también las de interpretarlas, suspenderlas y revocarlas, así como la de velar por la salvaguardia de la Constitución. A juicio de Nogueira da Silva,[18] el Código de 1824 se inspiró directamente en la

16 Jaime Urcullo Reyes. «El control constitucional en Bolivia antes de 1994. Legislación y jurisprudencia», en el colectivo: **Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas**, Núm. 4), Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 39 y ss.; en concreto, pp. 44-46.

17 Rodolfo Piza Escalante. «Legitimación democrática en la nueva...», *Op. Cit.*, pp. 151-152.

doctrina de Benjamín Constant, a cuyo través se introdujo en Brasil la creencia de que a los jueces no debía serles permitido el adentrarse en la apreciación de la constitucionalidad de las leyes.

La Ley Nº 16, de 12 de agosto de 1834, que incorpora determinadas modificaciones y adiciones a la Constitución Política del Imperio,[19] establecería un control preventivo de naturaleza política al facultar a los presidentes de las provincias a negarse a sancionar una ley cuando entendieren que violaba los derechos de otras provincias o los tratados internacionales; si la Asamblea provincial entendiese lo contrario por el voto de los dos tercios de sus miembros, el proyecto había de ser llevado a conocimiento del Gobierno y de la Asamblea General, que habrían de decidir con carácter definitivo. Este antecedente es bien significativo del modelo al que venimos refiriéndonos.

El régimen republicano inauguraría una nueva concepción en lo que atañe al control de la constitucionalidad. Según Ferreira,[20] la influencia del Derecho norteamericano sobre algunas de las más notables personalidades de la época, como es el caso de Rui Barbosa, parece haber sido decisiva en orden a la consolidación del modelo de control difuso, que se introduciría en la llamada Constitución Provisional de 1890 y que la Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil, de 24 de febrero de 1891, consagraría definitivamente.

Ecuador se acomoda a una diacronía histórica análoga a la de los anteriores países. El modelo político será una realidad desde la primera Constitución de 1830 que ya otorgaba al Poder Legislativo la facultad de interpretar la Constitución en última instancia.

La Constitución ecuatoriana de 1851 creaba un Consejo de Estado al que encomendaba como primigenia atribución la de «velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez, y dando cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión». El control se verificaba, pues, frente al Ejecutivo, reduciéndose en cualquier caso a reclamar ante el mismo y, caso de no

18 Paulo Napoleão Nogueira da Silva: «*A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*», São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 18.

19 Puede verse en Themístocles B. Cavalcanti: «Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil», Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 307 y ss.

20 Gilmar Ferreira Mendes: «*Controle de constitucionalidade*» (Aspectos jurídicos e políticos), São Paulo, Editora Saraiva, 1990, pp. 170-171.

ser atendida la reclamación, a dar cuenta de ello al Legislativo. Habría que esperar a la Constitución de 1869 para ver consagrado un control jurisdiccional de la constitucionalidad de carácter preventivo encomendado a la Corte Suprema.

Otros países han recepcionado mucho más tardíamente el control jurisdiccional de tipo norteamericano. Destacan al respecto los casos de Chile, Uruguay y el Perú. A ellos nos referimos finalmente.

En Chile, durante la dilatada vigencia de la Constitución de 1833 (1833-1924), como recuerda la doctrina,[21] tanto los tribunales como la propia doctrina científica, estuvieron mayoritariamente de acuerdo en que la Corte Suprema carecía de atribuciones para llevar a cabo un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Ello se sustentó, de un lado, en que los tribunales no poseían atribuciones expresas que autorizaran una actuación semejante, y de otro, en que el Art. 164° de la citada Carta constitucional atribuía al Congreso la facultad de resolver las dudas que se produjeran sobre la inteligencia de alguno de los artículos de la propia Constitución.

La misma Corte Suprema, en un dictamen emitido el 6 de julio de 1848, hacía suya la posición dominante, rechazando la posibilidad de que pudiese corresponderle llevar a cabo un control de constitucionalidad.[22]

En definitiva, en Chile, durante el pasado siglo y en el primer cuarto del actual, concretamente hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1925, si bien existieron fallos discordantes,[23] la realidad revela de modo inequívoco que la Corte Suprema rechazó seguir los pasos de la Suprema Corte norteamericana, lo que propició la consolidación de un control

21 Teodoro Ribera Neumann: «Función y composición del Tribunal Constitucional de Chile» (Constitución Política de 1980), en **La Revista de Derecho**, Chile, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año II, enero-junio 1988, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 38.

22 Vale la pena recordar algunos argumentos de la Corte Suprema: «El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza será superior al legislador mismo, puesto que alcanzaba a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones».

23 Raúl Bertelsen Repetto (en su obra **Control de constitucionalidad de la Ley**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 136) se refiere a las Sentencias de 2 de enero de 1867 y de 1 de marzo de 1876).

político de la constitucionalidad que se realiza por el propio Congreso Nacional y, durante su receso, por la llamada Comisión Conservadora.

En el Uruguay, como advierte Gros Espiell,[24] la historia de la jurisdicción constitucional puede dividirse en dos grandes períodos: antes y después del año 1934.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1934 no existía en el constitucionalismo uruguayo (Constitución de 1830, Ley de Reforma Constitucional de 1912, Constitución de 1918 y Leyes de Reforma Constitucionales de 1930 y 1932)[25] un sistema que regulara un procedimiento relativo a la declaración de inconstitucionalidad.

Las constituciones de 1830 y 1918 guardaron silencio al respecto, pese a que algún aislado precedente jurisprudencial y un excelente estudio monográfico de Jiménez de Aréchaga, habían sostenido la posibilidad de que los jueces pudieran declarar inaplicables, en una *litis* concreta, las normas eventualmente viciadas de inconstitucionalidad, lo que quizá hubiera podido propiciar un mayor debate al respecto en las Constituyentes de 1918. Sin embargo, como rotundamente señala Gros Espiell[26] nunca la fórmula de la *judicial review* norteamericana se aceptó corrientemente en el Uruguay.

En las escasas ocasiones en que el tema se discutió bajo la vigencia de las dos constituciones antes citadas, se invocó como fundamento del rechazo, entre otros varios argumentos, tanto el necesario respeto al principio de división de poderes como, asimismo, la cláusula constitucional acogida en los dos códigos constitucionales de referencia (Art. 152º de la Constitución de 1830 y Art. 176º de la Constitución de 1918) que atribuía en exclusiva al Poder Legislativo la interpretación de la Constitución.

No obstante la tendencia generalizada a que acabamos de aludir, en 1874, como recuerda Korseniak,[27] se dictaba una sentencia declarando la

24 Héctor Gros Espiell. «La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay», en el colectivo, **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 71 y ss.; en concreto, p. 73.

25 Estos textos pueden verse en Héctor Gros Espiell: «Las Constituciones de Uruguay», 2ª de., Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1978, pp. 205 y Sigs.

26 Héctor Gros Espiell. «La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay», *Op. Cit.*, p. 73.

inconstitucionalidad y subsiguiente inaplicación de una ley de 1862, que lógicamente se entendía contraria a la Constitución de 1830.[28] Ello, ciertamente, no es sino la excepción confirmatoria de la ya apuntada regla general.

La situación cambiaría de forma radical con la Constitución de 1934, que dedicaría un capítulo específico a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, otorgando la competencia de la declaratoria de inconstitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia.

En el Perú, la primera Constitución Política, sancionada en 1823,[29] hizo una clara enunciación de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, bien que, curiosamente, como dice García Belaunde,[30] aunque no tanto si advertimos el común denominador de los ordenamientos constitucionales de la época, encargó al órgano legislativo el control de las infracciones de la Constitución, sin crear al unísono un procedimiento especial al efecto.

Las constituciones que con posterioridad se sancionaron en el Perú, diez en total hasta la de 1979, exclusión hecha de ésta (constituciones de 1826, 1828, 1834, 1836, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933), repitieron idéntico precepto, ubicándose, consecuentemente, en la dirección del control legislativo, esto es político, de la constitucionalidad.

Sólo la Carta de 1856, de vida fugaz, pues sólo estuvo vigente cuatro años, acogió un enunciado categórico que luego no se repitió en ninguna otra constitución y que pudo haber posibilitado la recepción judicial del control difuso. A tenor de su Art. 10º: «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución».

El transcrito precepto no fue acompañado de otro u otros que normaran el oportuno procedimiento, ni tampoco modificó el procedimiento de

27 José Korseniak. «La Justicia Constitucional en Uruguay», en: **La Revista de Derecho**, Facultad de Derecho, Universidad Central de Chile, año III, enero-junio 1989, pp. 105 y ss.; en concreto, p. 108.

28 La Ley de 1862 establecía que el Estado no tenía que indemnizar a los particulares por los daños que se les hubieran podido producir por perjuicios de guerra. La Sentencia entendió tal cláusula contraria a la Constitución, en uno de cuyos artículos se prevía que las requisas en caso de guerra originan el derecho de los particulares dañados a ser indemnizados.

29 Puede verse en Domingo García Belaunde. «Las Constituciones del Perú», Lima, Ministerio de Justicia (ed. Oficial), W. G. Editor; 1993, pp. 95 y ss.

30 Domingo García Belaunde. «El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú», en: ***Ius et Praxis*** (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima), Núm. 13. Lima, 1989, pp. 145 y ss.; en concreto, p. 146.

control legislativo existente. Sin embargo, unos órganos jurisdiccionales menos apegados al texto escrito de la ley y más sensibles hacia el verdadero significado de la Constitución, hubieran podido dar vida al control judicial de la constitucionalidad a partir del referido precepto.

Es innecesario decir que el control de constitucionalidad por parte del órgano legislativo sería realmente ilusorio, pues es harto difícil que un órgano se controle a sí mismo. Sólo en 1945, como recuerda García Belaunde,[31] el Congreso peruano, en forma ostensible, efectuó ese control de constitucionalidad al sancionar la Ley N° 10334, derogando a la par de modo explícito la Ley N° 8929 que había sancionado diversas reformas constitucionales con violación del procedimiento de reforma que la propia Constitución establecía.

El Perú será el país en el que más tardíamente se recepcionará normativamente el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, pues habrá que esperar al Código Civil de 1936 para verlo introducido, por lo menos formalmente. En efecto, el Art. XXII del Título Preliminar del Código prescribirá: «Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera».

Ello no obstante, cinco años antes, en 1931, la llamada «Comisión Villarán», por presidirla el notabilísimo constitucionalista peruano Manuel Vicente Villarán, a la que se había encargado por Resolución Suprema de 7 de agosto de 1931 la elaboración de un Anteproyecto de Constitución que había de ser sometido al Congreso Constituyente convocado para fines de ese mismo año, reivindicaba la conveniencia de constitucionalizar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, a cuyo efecto postularía la habilitación de los jueces y tribunales para, con ocasión de su conocimiento de cualesquiera clase de juicios, inaplicar las leyes que considerasen contrarias a la Constitución, en el bien entendido de que las sentencias de primera instancia que declararan que una ley se opone a la Constitución, habían de elevarse en consulta a la Corte Superior, si no existiere apelación en la forma ordinaria, correspondiendo definitivamente a la Corte Suprema, por el voto de los dos tercios de los miembros de la misma reunidos en Sala Plena, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, declaratoria que había de regir tan sólo en el caso particular en que hubiere sido dictada. La Asamblea Constitu-

31 *Ibídem*, p. 147.

yente, con gran estrechez de miras, desechó la propuesta formulada por la Comisión Villarán, optando una vez más por la añeja tradición peruana de encomendar al Congreso de la República el control político de la constitucionalidad.

Como antes señalábamos, el Código Civil de 1936 dió cauce normativo al control jurisdiccional de la constitucionalidad, pero la ausencia de disposiciones procesales que marcaran el camino a seguir en orden a la objetivación de ese control se tradujo en su nimia operatividad, por no decir, lisa y llanamente, en la nula vigencia del antes citado Art. XXII del Título Preliminar del Código.

Muchas objeciones fueron esgrimidas para volver inoperativo el control difuso. Y así, se adujo que la cláusula normativa de referencia se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado. También se esgrimió que se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no al del derecho público. Se opuso, finalmente, que el principio del control había sido contemplado por una ley que podía ser modificada por otra ulterior. Con todo ello, el principio fue desvalorizado e inutilizado, y no hubo otro remedio que esperar casi seis lustros, al Decreto Ley Nº 14605, de 25 de julio de 1963, Ley Orgánica del Poder Judicial, para ver procesalmente desarrollado el control difuso de constitucionalidad.

De esta forma, el hiperpositivismo de los jueces y tribunales del Perú, muy común por lo demás en casi toda Latinoamérica, la no contemplación de la Constitución como una norma jurídica, sino como un mero catálogo principal, de principios no estrictamente vinculantes en tanto no mediara su oportuno desarrollo, la endémica desconfianza hacia la Constitución y sus potenciales virtualidades transformadoras, patente progresivamente una vez que el constitucionalismo social del presente siglo se asienta, y una trasnochada e hiper-rígida visión del principio de división de poderes, entre los que el Congreso, con una inequívoca visión jacobina, sigue conservando, germinalmente al menos, todo el poder, imposibilitarán la constitucionalización del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en el Perú hasta la Carta Política de 1979.

La influencia de este modelo político de control de la constitucionalidad, soterradamente si se quiere, ha llegado hasta nuestros días con diversas manifestaciones, como es el caso de la atribución al Congreso de la República de la facultad de dictar leyes interpretativas de la Constitución (Art. 234º de la Constitución de Bolivia de 1967), o de la atribución al

propio Congreso de la facultad de velar por el respeto de la Constitución (Art. 102.2 de la Constitución del Perú de 1993), facultades congresuales que no dejan de sorprender si se advierte que tanto en Bolivia, como en el Perú, se contempla constitucionalmente la figura de un Tribunal Constitucional que, en rigor, debe ser el único órgano constitucional encargado de velar por la salvaguarda de la Constitución y de interpretar la norma suprema del Estado. Consecuentemente, la atribución al Legislativo de facultades que pudieron tener su propia lógica en un modelo hoy ya periclitado no sólo no es de rigor en pura técnica constitucional, sino, lo que aún es peor, puede convertirse en un elemento notablemente disfuncional en cuanto germinador de graves conflictos entre órganos constitucionales del Estado.

III. El control judicial de la constitucionalidad. Su recepción y difusión

El modelo norteamericano de la revisión judicial, como ya indicamos en un momento anterior, iba a introducirse en los países latinoamericanos en fecha temprana, bien que la recepción de tal modelo no fuera ni una simple copia, ni una glosa servil del mismo, sino que, por el contrario, dio lugar a desarrollos de gran interés y con una indudable impronta propia.

El modelo de la *judicial review* fue conocido tanto por la difusión de los famosos textos reunidos bajo el rótulo *The federalist papers*, como, muy especialmente, por la rápida divulgación de la clásica obra de Alexis de Tocqueville, La democracia en América,[32] cuya primera edición castellana, traducida por Sánchez de Bustamante, se publicó en París en 1836, un año después de la primera edición francesa y dos más tarde de la publicada en Inglaterra.[33]

Es opinión comúnmente admitida, como en su día se encargó de divulgar el gran tratadista norteamericano Eder,[34] gran conocedor de

32 Cfr. al efecto, Alexis de Tocqueville. **La Democracia en América**, capítulo sexto de la parte primera, referido al Poder Judicial en los Estados Unidos y a su acción sobre la sociedad política, Vol. 1°, 1ª reimpr. de la 1ª ed., Madrid, Alianza, 1989, en especial, pp. 92-97.

33 Cfr. al respecto, Héctor Fix-Zamudio. «*A brief introduction to the Mexican Writ of Amparo*», en: *California Western International Law Journal*, San Diego, primavera de 1979, p. 309.

los temas latinoamericanos, que el primer documento constitucional que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes fue la Carta del Estado mexicano del Yucatán, de 16 de mayo de 1841, con apoyo en el Proyecto elaborado en diciembre de 1840 por una Comisión presidida por el ilustre jurista Manuel Crescencio Rejón, autor principal, si no único, del Proyecto y de la propia institución del amparo.[35] Rejón diseñó los rasgos fundamentales del juicio de amparo, que se recogieron a nivel nacional en el Acta Constitutiva y de Reformas (de la Carta Federal de 1824) de 1847, de donde pasaron a la Constitución Federal de 1857, para llegar finalmente a la Constitución de Querétaro de 1917, hoy vigente como bien es sabido.

La revisión judicial se instrumentalizó a través del proceso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia (Art. 62.I de la Constitución del Yucatán de 1841), funcionando, pues, como un régimen de control concentrado, si bien también se adoptó el modelo difuso en virtud de lo dispuesto en el Art. 75º de la referida Constitución, que obligaba a los jueces a preferir la Constitución local sobre cualquier otra disposición legislativa en contrario, siendo en ello decisiva la voluntad expresada por Rejón de implantar la revisión judicial norteamericana, tal y como había sido divulgada por Tocqueville, que era expresamente citado en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1840.

De esta forma, mientras el Art. 62º de la constitución yucateca atribuía a la Corte Suprema de Justicia, como la primera de sus competencias, «amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución», el Art. 8º facultaba a los jueces de primera instancia para amparar en el goce de los derechos a quienes les soliciten su protección contra cualquier funcionario que no pertenezca al orden judicial. Complementando ambas normas, el Art. 75º de la carta yucateca ordenaba a los jueces que, en la administración de justicia, ajustasen sus

34 Phanor J. Eder. «*Judicial Review in Latin America*», en ***Ohio Law Journal***, otoño de 1960, pp. 572-573.

35 Ignacio Burgoa (en: **El juicio de amparo**, 20ª ed., México, Editorial Porrúa, 1983, p. 115) destaca que Rejón juzgó conveniente la inserción en su Carta Política de varios preceptos que instituyeran diversas garantías individuales, si bien su mayor aportación fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o «amparo», como él mismo lo llamó, ejercido por el Poder Judicial, con la ventaja de que tal control se extendía a todo acto (*pato sensu*) anticonstitucional.

fallos a lo prevenido en la Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra su tenor literal en las leyes o decretos del Congreso del Estado.

El modelo del amparo mexicano se asentaría en la llamada «fórmula Otero», que implicaba que en las cuestiones constitucionales y de amparo, los tribunales de la Federación se habían de limitar «a impartir su protección en el caso particular sobre el cual versa el proceso, sin hacer ninguna declaración general de la ley o del acto que lo motivare».[36]

Es posible que en el pensamiento de Mariano Otero influyera la desafortunada experiencia del Supremo Poder Conservador, órgano creado, a imagen del Senado Conservador francés, en la segunda ley constitucional de 1836, órgano de naturaleza política, integrado por cinco miembros, al que se facultaba para revisar, y en su caso anular, con efectos generales, los actos y normas de los distintos poderes del Estado dictados contra lo establecido en el ordenamiento constitucional.[37]

La ineficacia práctica y los conflictos que entre los tres poderes estatales generó la actuación de la citada institución, probablemente, condujeron a Mariano Otero a la enunciación de su «fórmula», cuyo objeto era imposibilitar al órgano encargado de llevar a cabo el control de constitucionalidad el hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad.

La «fórmula Otero» se recogió en su literalidad en el Art. 25º del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, siendo más tarde recepcionada por los constituyentes mexicanos de 1856-1857, quienes se inclinaron por el sistema de revisión judicial de las leyes que se incorporó dentro del juicio de amparo, dando así origen al «amparo mexicano contra leyes», única vía, hasta la reforma constitucional de diciembre de 1994, de atacar una norma legal por vicios de inconstitucionalidad.

De la lectura del voto particular de Otero y de la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución Federal de 1857 se desprende que al circunscribir las declaraciones de inconstitucionalidad

36 A tenor del Art. 19º del Proyecto de Acta de reformas de Otero de 1847: «Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las Leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos Tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare».

37 La segunda Ley constitucional de 1836 puede verse en José Barragán Barragán. **Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo. 1812-1861.** México, UNAM, 1987, pp. 162-168.

al caso concreto,[38] se trataba, entre otras cosas, de evitar los conflictos que podían surgir entre los poderes del Estado, y de modo más específico, de impedir la irrupción del juez en la escena política censurando al Legislativo.

Este modelo vendría a separarse, *de facto*, del modelo norteamericano. En efecto, conforme a la doctrina angloamericana del *stare decisis*, la decisión del más alto tribunal en cualquier jurisdicción es obligatoria para todos los tribunales inferiores de la misma jurisdicción, por lo que tan pronto el Tribunal Supremo declara una ley inconstitucional, ningún otro tribunal puede aplicarla.

En el mismo sentido, Grant ha podido afirmar[39] que en los Estados Unidos una decisión definitiva del Tribunal Supremo por la que declara que una ley es inconstitucional tiene virtualmente el mismo efecto que la abrogación de la misma.

El principio del *stare decisis* no es, sin embargo, un principio recepcionado en los sistemas jurídicos romanistas, como es el caso de los latinoamericanos, donde los tribunales, generalmente, no están obligados por las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores. Así, en México, el precedente debía ser reiterado cinco veces en el mismo sentido para constituir jurisprudencia obligatoria.

Este principio de la desaplicación concreta de la ley, muy generalizado en Latinoamérica, especialmente con anterioridad a la aparición de los tribunales constitucionales, ha sido combatido por amplios sectores doctrinales. Entre la mejor doctrina, Carpizo y Fix-Zamudio, en defensa de la declaración general de inconstitucionalidad, han esgrimido, entre otros convincentes argumentos, los que siguen:[40]

a. Refuerza el principio de la igualdad de todos ante la ley y no permite que a quienes no solicitaron la protección jurisdiccional se les aplique la ley anticonstitucional, especialmente cuando estos últimos son

38 El Art. 101.I de la Constitución de 1857 atribuía a los tribunales de la federación la resolución de toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales. Y el Art. 102º, en su inciso segundo, prescribía que: «La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare».

39 James Allan Clifford Grant. «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes», *Op. Cit.*, p. 62.

40 Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio. «La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente», en: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Núm. 52, enero-abril 1985, pp. 31 y ss.; en concreto, p. 54.

miembros de los sectores más débiles, social, cultural y económicamente, de la sociedad.

b. La fórmula de la desaplicación de la norma inconstitucional, con los subsiguientes efectos *inter partes*, al operar en un marco en el que, de un lado, no existe la fuerza del precedente, y de otro, por lo general, los órganos jurisdiccionales se hallan muy recargados de asuntos, puede propiciar la inoperancia del sistema al existir el peligro de colapsarlo.
c. La declaración general de inconstitucionalidad refuerza la cohesión jurídica y social que la Constitución persigue, al impedir la aplicación de leyes y normas reglamentarias consideradas inconstitucionales por el máximo tribunal de un país.

Como ya advertimos, en el constitucionalismo de nuestro tiempo tiende a expandirse la fórmula de la declaratoria general de inconstitucionalidad, con efectos, en consecuencia, *erga omnes*, si bien, según los países, nos encontramos con modelos muy diversos, en algunos de los cuales conviven la declaratoria general con la desaplicación en el caso concreto.

En México, como hemos expuesto, antes del término de la primera mitad de la pasada centuria, quedaba institucionalizado a nivel federal el control judicial de constitucionalidad, y es opinión casi unánime que México es el primer país donde es recepcionado el modelo norteamericano. Siendo en puridad ello así, no podemos, sin embargo, ignorar la existencia de algunos antecedentes que no tuvieron continuidad, ni tan siquiera en algún caso, vigencia real y efectiva, pero que son bien expresivos del interés que desde los mismos albores de la Independencia despertó en América Latina el control difuso de la constitucionalidad surgido en los Estados Unidos.

El primero de estos antecedentes es el de la Constitución de Venezuela de 1811, cuyo Art. 227º estableció una cláusula de supremacía análoga a la acogida en la Constitución norteamericana de 1787. A su tenor:

> «La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella no tendrán ningún valor,

sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción».

La cláusula en cuestión no sólo establecía la garantía de la supremacía constitucional, sino su consecuencia inmediata, esto es, la nulidad de toda ley que contradijera las determinaciones constitucionales.

A la vista del precepto transcrito, bien puede decirse con Ayala[41] que desde 1811 los jueces venezolanos se hallaban facultados para declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, bien que no puede olvidarse que la Carta de 1811 apenas si tuvo vigencia efectiva. En apoyo de la posición doctrinal precedentemente citada, quizá quepa aducir que el Poder Judicial de la Confederación era habilitado por el Art. 115º de la Constitución para conocer «de todos los asuntos contenciosos civiles o criminales que se deriven del contenido de esta Constitución», asumiendo la Corte Suprema (en el Art. 116º) competencias por apelación. En una dirección similar, La Roche[42] ha considerado que con la Carta de 1811 se inicia un período de «control implícito» de la constitucionalidad por parte de los jueces, que va desde 1811 hasta 1858, cuando la Constitución de este último año eleve al máximo rango normativo la acción popular de inconstitucionalidad.

Bien es cierto que la Carta Política de 1811, paralelamente, y en perfecta sintonía con lo que, como hemos visto, sería pauta general de la primera fase del constitucionalismo latinoamericano, estableció un sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes provinciales, por cuya virtud el Congreso era habilitado para verificar un control previo de las mismas, circunstancia que se ha justificado[43] por los propios antecedentes históricos que mostraban una activa vida provincial.

Tras la batalla de Carabobo, el Congreso General de Colombia, reunido en Cúcuta, ratificaba la que sería la Constitución de 1821 de los Pueblos de la Gran Colombia, que agrupaba a Venezuela, Cundinamarca

41 Carlos M. Ayala Corao. «Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela», en el colectivo, **Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes (Lecturas constitucionales Andinas**, Núm. 4), Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 242.

42 Humberto La Roche. **Instituciones constitucionales del Estado venezolano**, Maracaibo, 1984. Cit. por Carlos M. Ayala Corao: «Algunas consideraciones...», *Op. Cit.*, p. 242.

43 Tomás Polanco. «El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución Venezolana de 1811», en el colectivo, **Las formas jurídicas en la Independencia**, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 1962, pp. 82-83.

y Quito, esto es, los pueblos del antiguo Virreinato de la Nueva Granada y de la Capitanía General de Venezuela.[44] Aunque la Constitución (en su Art. 188º) proclamó su primacía, sin embargo, abandonó todo atisbo de control jurisdiccional de constitucionalidad, facultando al Congreso (en su Art. 189º) para resolver cualquier duda «sobre la inteligencia de algunos artículos de esta constitución». Consecuentemente, el control judicial posibilitado, de modo implícito al menos, por la Constitución de 1811 no tuvo continuidad,[45] ni tan siquiera existencia real, pues la propia Constitución no la tuvo.

Guatemala es el otro país que nos ofrece un antecedente del control judicial, un tanto irregular desde luego, y con una vigencia muy delimitada temporalmente, pero no por ello menos singular.

Aunque, como señala García Laguardia,[46] la fuente norteamericana aparece muy clara en el primer constituyente federal centroamericano, lo cierto es que la Constitución Federal de la República de Centro-América de 22 de noviembre de 1824[47] no contempló el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Las Reformas a esa Constitución -de 1835- sí acogerían una cláusula muy similar a la cláusula de supremacía norteamericana,[48] norma que pronto iba a incidir, a nivel legislativo ordinario en alguno de los Estados integrantes de la Federación.

En efecto, la Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala, la más importante de la Federación, promulgaba el 13 de setiembre de 1837 la «Declaración de los derechos y garantías que pertenecen a todos los ciu-

44 Puede verse el texto de la Constitución de 1821 en: Allan R. Brewer-Carías. **Las Constituciones de Venezuela**, Venezuela-Madrid, Universidad Católica del Táchira-IEAL-CEC, San Cristóbal, 1985, pp. 273 y ss.

45 Como advierte Andueza, la Constitución venezolana de 1830, primera del Estado autónomo de Venezuela tras la separación de Colombia, acogió un criterio político de control de la constitucionalidad, al atribuir al Congreso la función de interpretar la Constitución, y a la Cámara de Representantes la de «velar por el exacto cumplimiento» de la Constitución y las leyes. José Guillermo Andueza Acuña. **La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano**, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974, p. 32.

46 Jorge Mario García Laguardia. **La defensa de la Constitución**, Guatemala-México, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1986, p. 52.

47 Su texto puede verse en Ricardo Gallardo. **Las Constituciones de la República Federal de Centro-América**, Vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 703 y ss.

48 A tenor del Art. 189º, tras la redacción que se le diera en 1835: «Esta Constitución y las leyes federales que se hagan en virtud de ella; y todos los tratados, hechos o que se

dadanos habitantes del Estado de Guatemala», a tenor de cuyo Art. 5º:

> «Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o algunos de los derechos naturales del hombre, o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental, es *ipso iure* nula, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla».

Un año más tarde, en 1838, la misma Asamblea Legislativa promulgaba un Decreto de cuatro artículos que venía a desarrollar ese principio de la supremacía constitucional. Su norma de apertura proclamaba que ninguna ley contraria a la Constitución puede ni debe subsistir. Y en coherencia con ello, el Art. 2º disponía que cuando se presente alguna notoriamente contraria a la Constitución, «los tribunales deberán arreglarse en sus juicios al sentido claro de lo fundamental, informando en seguida al cuerpo legislativo». Cuando se presentaren casos dudosos, «los tribunales y cualquier ciudadano pueden pedir a la Asamblea la declaratoria correspondiente, sin perjuicio de que dichos tribunales resuelvan desde luego, según entiendan en justicia, y por su propio convencimiento».

Como puede apreciarse, Guatemala instauraba a través de estas normas un control jurisdiccional de la constitucionalidad, matizado por la intervención del cuerpo legislativo, control que se vinculaba íntimamente a la salvaguarda de los derechos fundamentales.

La experiencia fue fugaz, pues a la caída del régimen liberal, coincidente con la quiebra de la Federación, la idea fue abandonada. Como señala García Laguardia,[49] los gobiernos de la restauración conservadora desconfiaban de la revisión judicial, lo que explica que se expidiera de inmediato el Decreto de 27 de setiembre de 1845, cuyo Art. 1º, tajantemente, determina que: «Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecu-

---

hicieren bajo la autoridad federal, serán la suprema ley de la república, y los jueces en cada uno de los Estados, están obligados a determinar por ellas, no obstante cualesquiera leyes, decretos u órdenes que haya en contrario en cualquiera de los Estados».

49 Jorge Mario García Laguardia: «La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias», en: **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**, Núm. 8, México, Instituto de la República de Guatemala, 1994, pp. 29 y ss.; en concreto, p. 32.

tivo está sujeto a revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquéllos contengan».

La recepción del modelo de la revisión judicial norteamericana en México y alguno de los antecedentes de la misma a que acabamos en aludir (el caso de Guatemala) ya muestran, aunque larvadamente, un rasgo diferencial del que queremos hacernos eco ahora.

La *judicial review* norteamericana no puede desvincularse del modelo federal de Estado acogido por los constituyentes de 1787, mientras que el control judicial de la constitucionalidad en Latinoamérica se vincula de modo estrecho con la protección de los derechos y libertades constitucionales. Reflexionaremos algo más torno a esta idea.

Quizá no sea inoportuno recordar que durante la campaña de ratificación de la Constitución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del Poder Judicial el argumento de que el mismo estaba concebido como un instrumento de centralización frente a los Estados miembros de la Unión; no era ajena a ello la idea de que, en su inicio, la *judicial review* parecía pensada tan sólo frente a las leyes de las legislaturas de los Estados de la Unión. En tal situación, y a fin de rebatir ese argumento, Hamilton objetivaba en su artículo LXXVIII de El Federalista[50] la función del Poder Judicial, extendiendo la *judicial review* a las leyes no sólo de las legislaturas estatales, sino también a las emanadas del Congreso de la Unión. Con tal postura, Hamilton matizaba la posición que cuatro meses antes había sostenido en el artículo XXXIII de la propia obra.

Ciertamente, en América Latina, también ciertos institutos procesales orientados a la salvaguarda de la primacía constitucional iban a encontrar su razón de ser, por lo menos en un primer momento, en la estructura federal del Estado, cual es, por ejemplo, el caso de la acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela; sin embargo, la recepción del control judicial de la constitucionalidad encuentra su última y más convincente *ratio* en la tutela de los derechos constitucionales. La preocupación por esta cuestión estuvo bien presente ya en algunos diputados americanos de las Cortes de Cádiz, y no es casual el que sea en Guatemala donde hallamos el antecedente más consistente de la ulterior recepción definitiva de la *judicial review* en el Yucatán, como tampoco lo es que la recepción del

50 A. Hamilton, J. Madison y J. Jay. **El Federalista**, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpr. de la 2ª de., 1974. El artículo LXXVIII puede verse en pp. 330-336.

instituto en Guatemala se enmarque en la búsqueda de instrumentos eficaces de protección de los derechos frente a las actuaciones inconstitucionales de cualesquiera poderes del Estado.

El rasgo diferencial que advertimos no hace sino corroborar el dato incontrastable de que, por lo general, ningún modelo jurídico se apega al modelo original, sino que, a partir del mismo, se lleva a cabo un diseño que no es sino una adaptación a las propias realidades políticas, sociales y culturales, surgiendo de esta forma, y de modo progresivo, modelos derivados.

Esta reflexión es plenamente aplicable a la recepción de la *judicial review* en América Latina. Incluso en la Argentina, el país que más de cerca ha seguido el modelo norteamericano, nos encontramos con unos rasgos peculiares que dan al modelo una cierta originalidad frente al tipo original.

En efecto, en la Argentina, si bien todos los jueces están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que han de aplicar en un caso litigioso del que conocen, nos encontramos con una vía para derivar dicho control a la Corte Suprema de Justicia, mediante el ejercicio del «recurso extraordinario de inconstitucionalidad», vía excepcional que, como advierte Bidart,[51] difiere de la jurisdicción apelada ordinaria de la propia Corte, pues mediante tal recurso no se provoca una tercera instancia común de revisión, sino una revisión constitucional.

Asimismo, a nivel federal, existe lo que se conoce como la «acción declarativa de certeza», que aun no pudiendo considerarse como una acción de inconstitucionalidad pura, pues ésta es improcedente en el orden federal argentino, posibilita un control constitucional y la eventual declaración de inconstitucionalidad.

Todo ello marca una diferencia con el modelo norteamericano, a la que hay que añadir la producida como consecuencia de la ausencia en el ordenamiento argentino de un remedio legal semejante a la *injunction* inglesa, ausencia que, como señalara Grant,[52] mermaba notablemente la protección de los derechos individuales, y que fue suplida por la creación jurisprudencial del amparo, a raíz de la Sentencia de 27 de diciembre de

51 Germán Bidart Campos. «La jurisdicción constitucional en Argentina», en el colectivo, **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica** (II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 271 y ss.; en concreto. p. 283.

1957, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso Angel Siri, a la que seguiría el año siguiente la no menos conocida Sentencia dictada en el Caso Samuel Kot.

Uno de los procesos constitucionales más peculiares y sugestivos de América Latina es el de la acción popular de inconstitucionalidad, instituto que se ha de ubicar dentro del control judicial de la constitucionalidad.

Sus precedentes se remontan a la Constitución de Cundinamarca, de 4 de abril de 1811, considerada por un amplio sector doctrinal como la primera constitución colombiana,[53] que estableció un control de constitucionalidad por vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos, contra todo acto jurídico atentatorio contra la Constitución.

La conformación de este instituto procesal constitucional quizá refleja la propia mixtura de principios del constitucionalismo norteamericano y principios informantes de la Constitución francesa del Directorio que, a juicio de Uribe,[54] caracteriza la temprana Constitución de 1811, anterior a la de Cádiz.

En efecto, la citada Carta de 1811 creaba un llamado «Senado de censura y protección», compuesto de un presidente (que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional) y cuatro miembros, órgano al que se le atribuye la función de «sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que, de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquier infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución» (Art. 9° del Título I). Este «Senado de censura y protección» podía parecer un órgano político, pero, a juicio de Restrepo,[55] no lo era por cuanto ocupaba el primer lugar en la jerarquía del Poder Judicial. El Art. 3° del Título VII, relativo al Poder Judicial, prescribía que: «el primer Tribunal de la provincia preferente a todos los demás es el Senado», cuyo objetivo primigenio, a tenor del Art. 4° del propio Título,

52 James Allan Clifford Grant: «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes», *Op. Cit.*, pp. 51-52.

53 No faltan quienes consideran como primer código constitucional colombiano la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, suscrita el 15 de agosto de 1810. Cfr. al efecto, Horacio Rodríguez Plata. **La antigua Provincia del Socorro y la Independencia.** Bogotá, Biblioteca de Historia Nacional, vol. XCVIII, 1963, p. 50.

54 Diego Uribe Vargas. **Las Constituciones de Colombia**, vol. I, 2ª ed., Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1985, p. 64.

55 Carlos Restrepo Piedrahita. **Tres ideas constitucionales**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 15.

era «velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano».[56]

En definitiva, la Carta de 1811 venía a caracterizar el control de constitucionalidad por estos rasgos básicos:

1° Concentración en un solo órgano, el «Senado de censura y protección», órgano situado en la cúspide del Poder Judicial de la Provincia, aunque con visos indudablemente políticos, de la función de salvaguardar la Constitución frente a cualquier acto violatorio procedente de un poder público.
2° Habilitación a cada ciudadano, con independencia de que ostentara o no un interés subjetivo, para denunciar ante el Senado de censura las infracciones de la Constitución en que incurrieran funcionarios de cualquiera de los tres poderes del Estado, lo que suponía la conformación de una auténtica acción popular.
3° Atribución al Poder Ejecutivo de la competencia de objetar ante el órgano en cuestión los proyectos de leyes aprobados por el Legislativo, tanto por vicios materiales como por defectos formales en el procedimiento de su tramitación.

La acción popular seguiría siendo contemplada por la segunda Constitución de Cundinamarca, de 1812, que, sin embargo, se incardinaría de lleno en el modelo de control político de la constitucionalidad, al habilitar a la primera Cámara de la Legislatura, el Senado, como «conservadora de la Constitución», habiendo, pues, de conocer tal Cámara de todas las quejas presentadas por los ciudadanos por supuestas violaciones constitucionales. La vertiente jurisdiccional de la acción popular se había ya perdido y tardaría bastantes lustros en reverdecer.

La reaparición de la acción popular se produce casi medio siglo después, bien que en el plano legislativo no constitucional.

La Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850, encargaba a la Suprema Corte de Justicia de Colombia el conocimiento de las causas directas, abiertas y ciudadanas contra las

56 La Constitución de Cundinamarca de 1811 puede verse en Diego Uribe Vargas. **Las Constituciones de Colombia**, *Op. Cit.*, vol. II, pp. 349 y ss.

normas de las cámaras provinciales y de los cabildos parroquiales, por razones de inconstitucionalidad. Los efectos del fallo declaratorio de la inconstitucionalidad se proyectaban *erga omnes*, pues lo que se solicitaba era la anulación de la norma inconstitucional, no su mera inaplicación. Ortiz[57] destaca la similitud material y proximidad temporal entre el modelo acuñado en Colombia en 1850 y el institucionalizado en Suiza en 1848, al amparo de la Constitución de ese año, que posibilitó que los ciudadanos pudieran presentar recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de los cantones, mecanismo procesal constitucional que se mantenía en la Constitución de 1874.

Esta acción popular no sería constitucionalizada sino hasta 1910. La carta política para la confederación granadina del año 1858 dio un primer paso en el sentido de limitar la acción conjunta de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el ámbito estatal, no nacional. En tal sentido, su Art. 50° otorgó a la Corte Suprema de Justicia una facultad suspensiva de la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, «en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación», tras lo que la Corte Suprema había de dar cuenta al Senado a fin de que éste decidiera definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.

La Constitución de la República de Colombia, de 4 de agosto de 1886, que ha permanecido vigente algo más de un siglo, optó por un modelo de control de constitucionalidad que Miguel Antonio Caro, su redactor denominó el «plan de veto».

Previamente, el propio Caro había redactado un artículo en la más pura tradición norteamericana, de acuerdo con el cual los estatutos o leyes contrarias a la Constitución serían nulos y, consecuentemente, no tendrían validez en los tribunales. Sin embargo, en un segundo momento, el propio Caro optó por el citado «plan de veto», un segundo y bien diferenciado método de control en el que éste se vincula al enfrentamiento entre el Legislativo y el ejecutivo con ocasión de la tramitación de un proyecto de ley. De acuerdo con este modelo de control, si un acto del Congreso es vetado por inconstitucional, en todo o en parte, por el Presidente y tal veto es sobrepasado, entonces el acto legislativo en cuestión ha de ser remitido a la Corte Suprema de Justicia para que, en el

57 Julio César Ortiz: «El sistema de control constitucional en Colombia», en: **Boletín mexicano de Derecho Comparado**, año XXIV, Núm. 71, mayo-agosto 1991, pp. 481 y ss.; en concreto, pp. 492-493.

plazo de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obligaba al Presidente a la sanción de la ley. Si fuere negativo, esto es, si la Corte se mostraba contraria a la exequibilidad, el proyecto de ley debía ser archivado.

El «plan de veto» de Caro no era en realidad una fórmula original, pues ya la Constitución ecuatoriana de 1869 lo había establecido en términos muy similares, pasando de ahí a la Constitución ecuatoriana de 1878 que lo contempló con mayor claridad aún.[58]

Por lo demás, el control de constitucionalidad desencadenado por un veto presidencial a un proyecto de ley en trámite en el Congreso o aprobado ya por el mismo, por razones de supuesta inconstitucionalidad, ha sido desde lejos muy común en los países iberoamericanos, en donde este control preventivo ha sido ampliamente recepcionado. Pensemos, por poner un ejemplo tan sólo, que el Tribunal Constitucional chileno fue creado precisamente como órgano de resolución de los conflictos que enfrentaban al Congreso y al presidente con ocasión de la tramitación de los proyectos de leyes.

A principios de siglo iba a gestarse un proceso que habría de culminar en la constitucionalización en Colombia de la acción popular. Con fundamento en el Acto Legislativo N° 9, de 1905, era convocada una Asamblea Nacional que llevaba a cabo en 1910 la revisión de la Constitución. La Asamblea Nacional de Colombia, a través del Acto Legislativo N° 3, de 31 de octubre de 1910,[59] procedía a una profunda reforma constitucional que, en lo que ahora interesa y según Restrepo,[60] venía a culminar todo el proceso de noventa y nueve años abierto con la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811, y orientado a la afirmación constitucional explícita del principio de supremacía constitucional, íntimamente unido al establecimiento del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad.

El Art. 40° del Título XV, tras la reforma, prescribía de modo rotundo: «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales». Y el precepto

58 Cfr. al efecto, Hernán Salgado Pesantes: «El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador», en el colectivo, **Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes**, *Op. Cit*, pp. 167 y ss.;en concreto, pp. 168-169.

59 Puede verse en Diego Uribe Vargas. **Las Constituciones de Colombia**, *Op. Cit*, vol. III, pp. 1193 y ss.

60 Carlos Restrepo Piedrahita. **Tres ideas constitucionales**, *Op. Cit*, p. 55.

inmediatamente ulterior disponía: «A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación».

El modelo colombiano, siempre bajo la vigencia de la Carta de 1886, fue modificado en distintos momentos, como en 1945, 1960 y 1968, pero, en su esencia, continuó caracterizado por ser un control jurisdiccional que, según los casos, se encomendaba a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y a todos los jueces de la República, y por abarcar de forma integral todos los actos del Estado.

Con todo, su rasgo más peculiar, e incluso su instituto procesal constitucional más relevante, es la acción popular (que, según los supuestos, se conoce como pública o ciudadana), que habilita a todo ciudadano para acusar ante la Corte Suprema de Justicia, por la vía principal de acción pública, directa o abierta, y sin necesidad de demostrar interés alguno o de estar vinculado a un proceso, cualquier ley o decreto con fuerza de ley que estime contraria a la Constitución.

En definitiva, tras la reforma constitucional de 1910, la Corte Suprema de Justicia canalizó su función de «guarda de la integridad de la Constitución» por intermedio de su facultad de decidir de modo definitivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley (pues la Corte seguía conservando la facultad que le atribuyera la Carta de 1886 en su redacción inicial), así como a través de su facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de todas las leyes del Congreso, pronunciamiento en el que la acción ciudadana desempeñaba un rol esencial. Las decisiones de la Corte Suprema tenían efectos definitivos, esto es, fuerza de «cosa juzgada», efectos que se proyectaban *erga omnes* cuando el pronunciamiento se verificaba por vía principal.

Junto a la Corte, el Consejo de Estado desempeñaría un importante papel en el control de la constitucionalidad de los decretos gubernamentales, que podía ser instado asimismo por acción popular.

La acción popular no es un procedimiento exclusivo de Colombia, sino que es un instituto que, coetáneamente, fue recepcionado en Venezuela. La Constitución venezolana de 24 de diciembre de 1858 es, en

puridad, la primera norma constitucional que consagra la acción popular, que ocho años antes había tenido acogida legislativa en Colombia.

La constitucionalización de la acción popular en Venezuela tiene mucho que ver con la conformación constitucional en 1858 de una especie de «federalismo moderado», en expresión de Ayala[61] que hizo renacer y ampliar la autonomía de las provincias, lo que lógicamente se tradujo en el incremento de las facultades de las asambleas provinciales, circunstancia que, a juicio de Ruggeri,[62] propició que los constituyentes temieran, no sin cierto fundamento, que tales asambleas invadieran competencias propias del poder nacional; es en este contexto en el que debe entreverse la última *ratio* de la atribución a la Corte Suprema de la facultad de conservar incólume el pacto constituyente.

A tal efecto, la Constitución de 1858 estableció por vez primera, en forma expresa, el control judicial objetivo de la constitucionalidad, a través del instrumento procesal de la acción popular, atribuyendo a la Corte Suprema competencia para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando fueren contrarios a la Constitución. Se instauraba de esta forma una acción judicial por vía principal, abierta a su presentación por cualquier ciudadano y de la que había de conocer en exclusiva la Corte Suprema, teniendo por objeto único los actos legislativos provinciales.

De lo establecido por la Constitución venezolana de 1858 bien cabe concluir que la misma es pionera en la consagración del control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes, control que aunque no va a corresponder a un órgano *ad hoc*, a un órgano especializado, sí se va a concentrar en un sólo órgano, la Corte Suprema, que lo va a monopolizar.[63]

Aunque con muy diferentes vicisitudes, la acción popular ha sido una constante de buena parte de la historia constitucional venezolana, evolucionando progresivamente en el sentido de ampliar el objeto de con-

61 Carlos M. Ayala Corao. «Algunas consideraciones...», *Op. Cit*, p. 246.

62 Pablo Ruggeri Parra. **La supremacía de la Constitución y su defensa** (Jurisprudencia del Alto Tribunal Venezolano. 1840-1940), Caracas, 1941, p. 30.

63 Cfr. al efecto, Allan R. Brewer-Carías: «El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes» (Estudio de Derecho Comparado), **Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público**, Núm. 2 (Universidad Católica del Táchira), Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, p. 16.

trol, llegando a abarcar todos los actos del Estado. Ello no obstante, esas diversas vicisitudes por las que ha atravesado este instrumento procesal constitucional, han dado pie a algún sector de la doctrina[64] a entender que el sistema institucionalizado por la Constitución de 1858, no obstante su utilidad, tuvo vida efímera.

Lo cierto será que la Constitución sancionada el 28 de marzo de 1864, que consolidó la estructura federal del Estado, vino a invertir los términos de la Carta de 1858, estableciendo un sistema de protección de la autonomía y los derechos de los Estados integrantes de la Federación, frente a los actos del Congreso Nacional y del propio Ejecutivo nacional. A ello se unió la eliminación de la acción popular, situación que se mantendría inalterable hasta 1893.

La Constitución venezolana de 1893 tendrá una notable trascendencia de futuro. En ella ha situado Brewer-Carías[65] el punto de partida del sistema actualmente vigente en Venezuela, si bien es fácil intuir que por poco tiempo a la vista de las primeras decisiones de la Asamblea Constituyente elegida en 1999, de control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales. La Constitución de 1893, en efecto, atribuyó a la Alta Corte Federal competencia para: «Declarar cuál sea la ley, decreto o resolución vigente cuando estén en colisión las nacionales entre sí, o éstas con las de los Estados, o las de los mismos Estados, o cualquiera con esta Constitución».

El sistema de 1893, con la sola excepción de un breve período de tres años, entre 1901 y 1904, se ha mantenido en los textos constitucionales ulteriores, siendo seguido por el establecimiento, cuatro años más tarde, por intermedio del Código de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1897, del control difuso de la constitucionalidad, al establecer una suerte de poder-deber de los jueces de acordar la desaplicación de las leyes inconstitucionales al caso concreto sujeto a su decisión.

El control difuso sería ratificado constitucionalmente por la Carta Política de 1901, que vino además a complementarlo con la posibilidad que a los jueces concedía de someter a consulta de la Corte Suprema la cuestión de constitucionalidad, facultad que sería eliminada por la

64 José Guillermo Andueza Acuña. **La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano**, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 46.

65 Allan R. Brewer-Carías. **El control de la constitucionalidad de los actos estatales**, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, p. 27.

Constitución de 1904. En cualquier caso, y a juicio de la mejor doctrina,[66] Venezuela siempre ha tenido, conforme al modelo norteamericano, un sistema difuso de justicia constitucional.

En definitiva, en 1893 reaparecerá en Venezuela el instituto de la acción popular de inconstitucionalidad, que coexistirá desde 1897 con el control difuso, propiciando el primer modelo mixto, concentrado y difuso, de control de la constitucionalidad.

IV. El monopolio por la Corte Suprema del control judicial de constitucionalidad y el nacimiento del primer Tribunal Constitucional

El modelo de acción popular colombo-venezolana de mediados del pasado siglo fortalecería extraordinariamente el rol de la Corte Suprema de Justicia como «guardián de la Constitución», quizá uno de los rasgos peculiares de América Latina durante una larga etapa de su accidentada historia constitucional, como ha significado Grant.[67] Y así, si en los Estados Unidos, y en forma similar en México, se concedía a la Corte Suprema o a sus salas un aspecto limitado de jurisdicción original, buen número de países latinoamericanos se iban a situar en el extremo radicalmente contrapuesto.

Sin pretender en modo alguno ser exhaustivo, cabría recordar que en Bolivia un Decreto Ley de 31 de diciembre de 1857, relativo a la organización judicial, incorporaba una atribución de la Corte Suprema que perfilaba a ésta, según Urcullo,[68] como el órgano de control de la constitucionalidad, al habilitarla para conocer de las causas civiles de puro derecho, cualquiera que fuere su cuantía, cuando su decisión dependiera únicamente de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución Política de 1861 incorporaría en su Art. 65.2ª la anterior atribución al asignar a la Corte de Casación el conocimiento

66 Allan R. Brewer-Carías: «La Justicia Constitucional en Venezuela», en el colectivo, **Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 527 y ss.; en concreto, p. 537.

67 James Allan Clifford Grant. **El control jurisdiccional de la constitucionaldiad de las leyes**, *Op. Cit.*, p. 78.

68 Jaime Urcullo Reyes. **El control constitucional en Bolivia antes de 1994** [...] », *Op. Cit.*, p. 47.

de «los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, atribución que Trigo[69] consideraría de enorme trascendencia al introducir en el sistema constitucional boliviano «el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes y decretos a cargo de la Corte Suprema, máxima expresión del Poder Judicial».

Esta atribución de la Corte Suprema de Bolivia se mantendría en idénticos términos en las constituciones de 1868 y 1871. Y otro tanto cabe decir de la Compilación de las Leyes del Procedimiento Civil, de 20 de febrero de 1878, que atribuía a la Corte Suprema el «conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad de las leyes». La Constitución de 1878 adicionaría, junto a las leyes, la referencia a los decretos y a cualquier género de resoluciones, previsión que sería reiterada por la Constitución de 1880, en vigor hasta 1938.

La Corte Suprema boliviana interpretaría la facultad comentada en el sentido de que le concedía jurisdicción «solamente cuando los interesados recusan de inconstitucionalidad la ley por la que debe decidirse su litigio». Resultaba, pues, indispensable la existencia de un caso particular concreto en el que debiera aplicarse o no la ley tachada de inconstitucionalidad.[70]

Ya hemos tenido oportunidad de referirnos al caso del Ecuador. La Constitución de 1869 configuró un control jurisdiccional de carácter preventivo, control que se activaba cuando el Presidente de la República se negaba a sancionar un proyecto de ley por considerarlo inconstitucional, supuesto en el que la Corte Suprema había de declarar si el proyecto era o no contradictorio con la norma suprema.

La Constitución de 1878 reiteraría esa modalidad de control que, sin embargo, se eliminará en las constituciones ulteriores (con las dos únicas salvedades de las cartas de 1929 y 1945), deduciéndose de ello, a juicio de Salgado Pesantes[71], que los constituyentes ecuatorianos no dieron a ese control previo la debida importancia o, con criterios políticos, prefirieron dejar en manos del Ejecutivo dicho control.

---

69 Ciro Félix Trigo. **Las Constituciones de Bolivia**, *Op. Cit.*, p. 97.

70 Observaciones de la Corte Suprema al Senado, del 24 de agosto de 1884, al Proyecto de Ley sobre queja e inconstitucionalidad, publicado en: **Corte Suprema de Justicia de Bolivia. Jurisprudencia y doctrina expuestas en correspondencia y circulares de sus presidentes. Homenaje en el primer centenario**, Sucre, 1927, p. 48. Cit. Por J.A.C. Grant: «El control jurisdiccional...», *Op. Cit.*, p. 79.

El protagonismo monopolista de la Corte Suprema sería especialmente intenso en Panamá, cuya segunda Constitución, fechada en 1941, inspirándose en la reforma constitucional colombiana de 1910, confió a la Corte Suprema la guarda de la integridad de la Constitución, atribuyendo a la misma «decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano, con audiencia del Procurador General de la Nación». Lógicamente, los efectos de las sentencias de la Corte Suprema declaratorias de la inconstitucionalidad se proyectaban con carácter general, esto es, eran efectos *erga omnes*.

La Constitución hoy vigente en Panamá, de 1983, en la misma dirección, establece, a juicio de la doctrina[72], las bases de uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios de control de la constitucionalidad que existen en el Derecho comparado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de todos los actos estatales.

También en la República Oriental del Uruguay la Corte Suprema asumió un rol semejante, entrado ya el segundo tercio del presente siglo. La Constitución de 1934 asignó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento y resolución originario y exclusivo en cuanto a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Durante toda la vigencia de la Carta de 1934 la Suprema Corte de Justicia afirmó en su jurisprudencia que se requería un proceso judicial contradictorio, criterio que, según Gros Espiell,[73] se atenía estrictamente al texto y que, pese a su carácter restrictivo, resultaba correcto, bien que el mismo autor considerara deseable una futura modificación de la norma constitucional que hiciera posible la aplicación de una fórmula más amplia y liberal en cuanto a la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad.

71 Hernán Salgado Pesantes: «El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador», *Op. Cit.*, p. 169.

72 Allan R. Brewer-Carías: «El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado», en el colectivo, **El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano**, Vol. II, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional - Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 889 y ss.; en concreto, pp. 893.

73 Héctor Gros Espiell: «La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay», *Op. Cit.*, pp. 75-76.

En lo que ahora importa, la Constitución uruguaya de 1942 las normas anteriores. Pero durante su vigencia, en 1949, la Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia respecto a su requerimiento de un proceso judicial contradictorio para que se pudiera plantear por las partes, por vía de excepción, la inconstitucionalidad de la ley. A partir de entonces, la Corte Suprema entendió que bastaba que hubiera un procedimiento judicial, que podía no ser contradictorio, para que fuera factible pedir en él la inconstitucionalidad de la norma.

La Constitución que entró en vigor el 1º de marzo de 1952 sería decisiva en la materia que nos interesa, por cuanto, como advierte Esteva,[74] esta norma vino a estructurar el sistema hoy vigente en el Uruguay. La finalidad de la reforma constitucional de 1952 era la de liberalizar, facilitar y extender todo lo relativo al recurso de inconstitucionalidad.[75] Como consecuencia de la reforma se posibilitó que el recurso fuera interpuesto no sólo por vía de excepción, sino también por vía de acción; y así, lo que antes era una facultad de las partes en un proceso contradictorio, pasó a ser un derecho de todo aquel que se considerara lesionado en un interés directo, personal o legítimo. Y en cuanto al planteamiento de la excepción, se constitucionalizó lo que, como antes dijimos, ya era jurisprudencia de la Corte Suprema, esto es, que la excepción pudiera formularse en cualquier procedimiento judicial y no sólo en un juicio contradictorio.

La vigente Constitución de la República Oriental del Uruguay, de 1967, ha mantenido en la Corte Suprema el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad. De acuerdo con la misma, reformada plebiscitariamente en 1989, 1994 y 1996, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por vicio de inconstitucionalidad, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia. 2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judi-

74 Eduardo G. Esteva Gallicchio: «La Jurisdicción Constitucional en Uruguay», en D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.), **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**, Madrid, Dykinson - Ediciones Jurídicas - Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Jurídica E. Esteva, 1997, pp. 897 y s.; en concreto, p. 904.

75 Héctor Gros Espiell: «La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay», *Op. Cit.*, p. 78.

cial. Asimismo, el Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.

El fallo de la Suprema Corte que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad –y, en este supuesto, la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas- se refiere exclusivamente al caso concreto y sólo tiene efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado.[76]

Apegado al modelo uruguayo se sitúa el existente en Honduras desde la Constitución de 1982, que opta por un control de constitucionalidad que se concentra en la Corte Suprema de Justicia, a la que corresponde (Art. 184º) la resolución originaria y exclusiva en la materia, pudiendo ser instada su intervención por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, por vía de acción o por vía incidental.

Especialísima relevancia iba a tener este monopolio del control de constitucionalidad por la Corte Suprema en el último país del que vamos a ocuparnos, Cuba.

La primera Constitución de la República de Cuba, de 1901, en el punto cuarto de su Art. 83º, atribuía al Tribunal Supremo la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversias entre partes. Merino Brito[77] destaca al efecto que los constituyentes cubanos, tanto en la elaboración de sus proyectos particulares como en el definitivo de Constitución, tuvieron como modelo la de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyas instituciones fundamentales incorporaron al orden constitucional cubano. Sin embargo, en el punto que analizamos, la realidad revela que cada constituyente tuvo un concepto muy distinto de lo que habían de ser las controversias de inconstitucionalidad, como el propio autor anterior

76 Bien es verdad que, como recuerda Esteva, la reforma constitucional de 1994 agregó a las Disposiciones Transitoria y Especiales de la Carta un nuevo precepto en el que se disponía que se había de declarar la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales y previsión social contenidas en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a partir del 1º de octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición de cualquier habitante de la República, había de pronunciarse sin más trámite, indicando las normas a las que había de aplicarse esta declaración, que dejarían de producir efecto con carácter general. Eduardo Esteva Gallicchio: «La Jurisdicción Constitucional...», *Op. Cit.*, p. 916.

77 Eloy G. Merino Brito. **El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia**, La Habana, Cultural S.A., 1938, p. 10.

reconoce y resulta claro si se atiende a las distintas fórmulas jurídicas esgrimidas al respecto en los diferentes proyectos particulares de Constitución presentados por algunos constituyentes, fórmulas que en algunos casos (así, por ejemplo, la vertebrada en el proyecto de don Leopoldo Berriel) eran inequívocamente tributarias de las existentes en otros países latinoamericanos, como Colombia y Venezuela.[78]

Esta mixtura de influjos quizá explique que la propia Comisión redactora, como reconoce la doctrina,[79] tuviera dos criterios en cuanto a la significación y alcance del precepto del numeral cuarto del Art. 83º: uno al redactarlo y otro después cuando, puesto a votación, se pidió por algún asambleísta aclaración del mismo. Cuando se redactó el inciso cuarto no se mencionó la palabra «recurso», pero cuando se pide la referida aclaración el ya citado don Leopoldo Berriel, hablando en nombre de la Comisión redactora, se referirá expresamente al «recurso que podrá utilizarse ante el Tribunal Supremo, que tendrá un carácter especial y en su día desenvolverá la ley procesal». Esta última interpretación, como es obvio, desbordaba el modelo norteamericano de la *judicial review* para ubicarse más bien en la dirección seguida por otros países latinoamericanos.

A partir de aquí no debe extrañar que la Ley de 31 de marzo de 1903, que desarrolló procesalmente el Art. 83.4 de la Constitución, estableciendo el procedimiento a seguir en las controversias entre partes sobre la constitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, contemplara dos formas distintas para el planteamiento de la controversia de inconstitucionalidad: 1ª por vía de casación, cuando se tratara de actuaciones judiciales, y; 2ª por vía directa, en los demás casos.

Alegada la inconstitucionalidad de una norma en el curso de un procedimiento judicial, el juez o tribunal llamado a fallar en el juicio civil, criminal o contencioso-administrativo, debería abstenerse de dictar resolución sobre ese extremo, consignándolo así en la sentencia, y pudiendo las partes interponer un recurso de casación o apelación ante el Tribunal Supremo, fundándolo en la citada inconstitucionalidad. En realidad, este recurso de inconstitucionalidad era un recurso de casación por infracción de ley constitucional.

78 Crf. al efecto, Eloy G. Merino Brito. «El recurso de inconstitucionalidad [...] », *Op. Cit.*, pp. 11-13.

79 Eloy G. Merino Brito. «El recurso de inconstitucionalidad [...] », *Op. Cit.* pp. 14-15.

Sin embargo, como ya hemos dicho, junto a la vía de casación la Ley de 1903 contempla la vía directa, esto es, al margen de cualquier controversia judicial. El Art. 8° de la citada norma legal facultaba a toda persona a la que se aplicara, fuera de actuaciones judiciales, una ley, decreto o reglamento que estimara inconstitucional, para ejercer el derecho de manifestarlo por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, a la autoridad o funcionario que hubiera aplicado la norma en cuestión, anunciándole su intención de acudir al Tribunal Supremo de Justicia ara que decidiera la controversia.

La declaratoria de inconstitucionalidad, por el Tribunal Supremo, de la disposición legal o reglamentaria aplicada en la resolución impugnada implicaba la nulidad de esta última.

La Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934 iba a dejar subsistente el recurso de parte afectada creado en 1903, modificando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el sentido de impedir la ulterior aplicación de la ley objeto de esa declaratoria.

Asimismo, junto a esta acción o recurso iba a crear dos acciones públicas: una, ejercitable en cualquier momento por número de, al menos, veinticinco ciudadanos; otra, ejercitable también en todo tiempo, por la que un solo ciudadano estaba facultado para pedir la invalidación de cualquier ley que disminuyera, restringiera o adulterara los derechos garantizados constitucionalmente. De esta forma, bien puede afirmarse que la acción pública de inconstitucionalidad se convertía en realidad en Cuba en 1934.

Una nueva Ley Constitucional de 11 de junio de 1935 mantuvo casi sin alteración los preceptos que en este ámbito material había establecido la Ley de 1934.

Merino,[80] haciendo balance estadístico, revela que entre 1934 y 1937, el Tribunal Supremo cubano dictó nada menos que 271 sentencias de inconstitucionalidad en Sala Plena, lo que es bien revelador del impacto público que tuvieron estos instrumentos procesales constitucionales.

En este marco, la Constitución promulgada en La Habana el 5 de julio de 1940[81] iba a dar un paso adelante en esta materia de especialísima trascendencia de futuro.

80 *Ibídem*, p. 18.

La novedad consistía en la creación dentro del Tribunal Supremo de Justicia, como una Sala integrante del mismo, de un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, Sala que cuando conociera de asuntos constitucionales estaría presidida por el Presidente del Tribunal Supremo e integrada, al menos, por quince magistrados.

Aunque orgánicamente integrado en el Tribunal Supremo, no nos cabe la menor duda acerca de la caracterización que mejor define a este Tribunal, que no es otra que la de un Tribunal Constitucional. Varios argumentos pueden aducirse en apoyo de esta tesis.

Formalmente, la Constitución, dentro del título décimocuarto, referente al Poder Judicial, dedica una sección al Tribunal Supremo de Justicia y otra al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Por otro lado, éste fue objeto de regulación separada por intermedio de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, de 31 de mayo de 1949, quedando al margen, por consiguiente, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo lo cual es bien revelador de que no se quiso conformar este órgano como una Sala más del Tribunal Supremo. Hasta su propio nombre, inspirado en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución Española de 1931, un auténtico Tribunal Constitucional, es bien revelador de la pretensión de los constituyentes cubanos al configurar este órgano.

Materialmente, aunque el Art. 174º, d/ de la Constitución de 1940 atribuye al Tribunal Supremo «decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario», lo cierto es que esta competencia es asumida en su integridad por el Tribunal de Garantías Constitucionales, como muestra el Art. 182º de la misma Constitución y corrobora su Ley reguladora.

En efecto, el Art. 2º de la Ley de 1949, del Tribunal de Garantías, atribuye a éste el conocimiento de todos los asuntos constitucionales (y sociales), y el Art. 13º (que adiciona un nuevo precepto, con el número 127-bis, a la Ley Orgánica del Poder Judicial), entre las atribuciones concretas del Tribunal, contempla la de conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las resoluciones, acuerdos, disposiciones, autos o sentencias que dicten el Pleno del Tribunal Supremo, su Sala de Go-

81 Puede verse el texto de la Constitución en **Colección legislativa Cubana**, Vol. II, 6ª ed., La Habana, Jesús Montero editor, 1955.

bierno ordinaria, su Sala de Gobierno especial –creada por el Art. 181º de la Constitución (encargada de cuanto se refiere a los nombramientos, ascensos, traslados [...])- o cualesquiera de sus salas (Civil, Criminal y de lo Contencioso-administrativo). Es decir, la última palabra en cuanto se refiere a la conformidad de las actuaciones de los distintos poderes del Estado con la Constitución la tenía no el Tribunal Supremo, sino el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Orgánicamente, el Tribunal de Garantías quedaba integrado, de acuerdo con el Art. 3º de su propia Ley, por un Presidente, con categoría de Presidente de Sala del Tribunal Supremo, y ocho magistrados, con categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, y nombrados de acuerdo con el procedimiento previsto para la designación de magistrados del Supremo por el Art. 180º de la Constitución: nombramiento por el Presidente de la República de entre una terna propuesta por un colegio electoral *ad hoc* de nueve miembros. El nombramiento debía ser sometido a la aprobación del Senado. Quiere ello decir que los miembros del Tribunal de Garantías eran elegidos con tal carácter específico. Bien es verdad que, como ya adelantamos, cuando el Tribunal conociera de asuntos constitucionales, había de quedar integrado por quince magistrados presididos por quien lo fuera del Tribunal Supremo, lo que entrañaba que se incorporaran al Tribunal, además del Presidente del Supremo, otros seis magistrados del mismo. Con todo, hay un cierto deslinde orgánico entre los magistrados del Tribunal de Garantías y los del Supremo, algo que se manifiesta incluso en la propia dicción de algunos preceptos de la Ley de 1949.[82]

El Tribunal de Garantías era competente para conocer, entre otros asuntos:

a) Los recursos de inconstitucionalidad contra leyes, decretos leyes, decretos, resoluciones o actos que negaran, disminuyeran, restringieran o adulteraran los derechos y garantías consignados en la Constitución o que impidieran el libre funcionamiento de los órganos del Estado.

82 Valga como ejemplo la redacción que el Art. 9º de la Ley de 1949 da al Art. 60º, párrafo último, de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y los que integren el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, deberán ser sometidos a la aprobación del Senado».

La Ley del Tribunal de Garantías, en la misma línea que la Ley Constitucional de 1934, habilitaba a veinticinco ciudadanos cubanos para la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra una norma objeto del mismo dentro del término de un año a contar desde la fecha de su promulgación. Si la inconstitucionalidad viniere motivada porque la norma en cuestión negara, disminuyera, restringiera, o adulterara los derechos o garantías constitucionales, la habilitación se hacía extensiva a cualquier persona mayor de edad y con plena capacidad civil, asimismo dentro del término de un año a contar desde la promulgación de la norma.

Si la norma impidiere el libre funcionamiento de los órganos del Estado, la habilitación se expandía a los miembros de cada uno de los órganos del Estado, en función de cual fuere el órgano impedido.

Las sentencias dictadas por el Tribunal de Garantías que estimaran un recurso de inconstitucionalidad dejaban sin efecto la aplicación de la disposición o regulación general o singular, obligando al órgano, autoridad o funcionario que hubiere dictado la disposición anulada por inconstitucional, a derogarla inmediatamente. En todo caso, y un tanto contradictoriamente con la anterior previsión, la Ley determinaba que la disposición legislativa o reglamentaria o medida declarada inconstitucional se había de considerar nula y sin valor, ni efecto, desde el día de la publicación de la Sentencia en los estrados del Tribunal (en los diez días siguientes a la fecha en que fuere dictada, la Sentencia había de publicarse en la Gaceta Oficial).

Si la declaración de inconstitucionalidad fuere por razones formales, la Sentencia había de anular con efectos *pro futuro* la totalidad de la ley, decreto ley, decreto, reglamento, acto o medida impugnada.

b) Las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hubieren de aplicar en juicio y respecto de las cuales estimaran que violan algunos de los preceptos de la Constitución que estatuyen garantías o reconocen derechos genéricamente. La consulta, que no podía versar sobre los preceptos constitucionales de aplicación inmediata, debía formalizarse a través de un auto, que no podía ser objeto de impugnación alguna.

El Tribunal de Garantías evacuaría las consultas por medio de un dictamen, en el que había de pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto consultado.

c) Las cuestiones constitucionales promovidas por acción privada al margen de una actuación judicial.

La persona a quien se aplicare, al margen de una actuación judicial, una ley o norma de carácter general que estimare inconstitucional, tendrá el derecho de solicitar por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, que la autoridad o funcionario que hubiere aplicado la norma, expida un testimonio literal de la resolución en cuya virtud se ha procedido, manifestando en el mismo escrito que tiene el propósito de interponer el correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

La autoridad o funcionario ante quien se hubiere hecho la solicitud referida, habrá de entregar al solicitante, dentro de los tres días siguientes, el testimonio literal solicitado, emplazándolo para que, en el término de diez o quince días (según la provincia de que se tratara) a contar desde la entrega del testimonio, el solicitante comparezca ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Presentado el recurso, el Tribunal había de resolver sobre su admisión. Admitido el recurso y tras la celebración de la vista, se dictaría sentencia en la que se había de resolver sobre el fondo de la reclamación.

d) La validez del procedimiento y de la reforma constitucionales. El Art. 66 de la Ley de 1949, en desarrollo de la Constitución, preveía la presentación de recurso de inconstitucionalidad contra las infracciones de las reglas constitucionalmente contempladas para la validez del procedimiento de reforma constitucional. Estimada la inconstitucionalidad, el Tribunal había de precisar, en cada caso, los efectos retroactivos de la nulidad declarada, así como si había o no de continuarse la tramitación del procedimiento de reforma.

En definitiva, muchos son los argumentos, como se ha podido ver, que permiten concluir que estamos ante un órgano que más bien responde a los rasgos propios de los tribunales constitucionales o, si acaso, a los de las actuales salas constitucionales autónomas existentes en algunos países como es el caso de Costa Rica, que a los de una sala especializada más del Tribunal Supremo.

Es más, en su jurisprudencia[83] el Tribunal de Garantías tuvo oportu-

83 Crf. Al efecto, Mario Nin y Abarca: «El recurso de inconstitucionalidad en la Cons-

nidad de subrayar su rol prácticamente equivalente, en su propio ámbito de competencia, al del Pleno del Tribunal Supremo.[84]

El protagonismo asumido en algunos países por la Corte Suprema de Justicia iba a terminar propiciando, en Cuba, el desgajamiento del seno del Tribunal Supremo de un órgano que, a nuestro juicio, ha de ser considerado como el primer Tribunal Constitucional latinoamericano.

La vigencia de la Constitución de 1940 no sería muy dilatada, pues ya antes incluso de la Revolución castrista, iba a ser sustituída por otra norma fundamental: la Ley Constitucional sancionada por Fulgencio Batista el 4 de abril de 1952. Esta Ley Constitucional no afectaría, sin embargo, al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que quedaría perfilado en términos idénticos a como ya lo había sido en 1940.

V. Los primeros tribunales constitucionales latinoamericanos (1945-1979)

I. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el nuevo constitucionalismo que se expande por Europa y en el que ocupan un destacadísimo lugar los tribunales constitucionales, iba a impactar en América Latina. Primero, como señala Fix-Zamudio, de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor, sin que además ello supusiese afectar esencialmente la tradición «americana», es decir, sin que se hubiese producido su incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios, o en su caso, por la Corte Suprema, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo.[85]

---

titución de 1940», en: **Revista Cubana de Derecho**, año XV Núm. 4, La Habana, octubre-diciembre 1941, pp. 485 y ss.

84 En su Sentencia Nº 60, de 12 de mayo de 1941, dictada por el Tribunal Supremo en materia de inconstitucionalidad, al no existir aún el Tribunal de Garantías Constitucionales, se afirma: «Que la Sala de Garantías Constitucionales, por crear, no ha de ofrecer lógicamente menores garantías que el actual Pleno, pues, prácticamente, a un verdadero Pleno equivale si se tiene en cuenta que la preside de modo necesario, cuando conozca de asuntos constitucionales, el Presidente del Tribunal, sin que pueda estar integrada por menos de quince Magistrados, *quorum* mínimo legal exigido para el actual Pleno».

85 Héctor Fix-Zamudio: «Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo», en Ricardo Combellas (coord.), **El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano**, COPRE-CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 1996, Vol. I, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 47.

El desarrollo de los tribunales constitucionales se inició en el Ecuador,[86] siguiendo sucesivas experiencias en Guatemala (1965), Chile (1970) y el Perú (1979), país este último en donde el influjo español en la conformación del Tribunal de Garantías Constitucionales, será patente.

Las dos últimas décadas han supuesto una verdadera eclosión de tribunales constitucionales en América Latina, generándose modelos de jurisdicción constitucional novedosos. Parece fuera de toda duda que la funcionalidad mostrada por los tribunales constitucionales en Europa en general, y en España en particular, en orden a la consolidación de Estados de Derecho asentados en valores materiales, entre los que los derechos y libertades ocupan un primigenio papel, ha tenido mucho que ver con la eclosión a que antes aludíamos.

Nos ocuparemos ahora, muy brevemente, de los que bien podríamos considerar primeros modelos de tribunales constitucionales latinoamericanos o modelos históricos, pues ya no está ninguno de ellos en vigor.

II. La Constitución de Ecuador de 1945 es la primera (omisión hecha de Cuba) que crea un Tribunal de Garantías Constitucionales bajo el influjo directo, aunque muy sesgado, de la Constitución Española de 1931, como reconoce la mejor doctrina.[87]

Este Tribunal no sólo disponía de escasas competencias, sino que su intervención no era decisoria, correspondiendo esa decisión al Congreso y habiendo de limitarse el Tribunal a acordar la suspensión provisional de una norma legal cuando, a petición de un juez o tribunal de última instancia, el Tribunal de Garantías considerase que, efectivamente, la norma legal era contraria a la Constitución, supuesto en el que había de suspender la vigencia de la norma hasta que el Congreso se pronunciase acerca de la inconstitucionalidad reclamada. Ello significaba que el control estaba en manos del Legislativo y, por lo mismo, se trataba más bien de un control político.

Ello no obstante, hay que admitir que en 1945 se intenta en Ecuador buscar un nuevo modelo de justicia constitucional, pues no de otro modo ha de entenderse la creación del Tribunal de Garantías Consti-

86 Fix-Zamudio (*Ibídem*, p. 48) es de la opinión de que este desarrollo se inicia en Guatemala, quizá por la desnaturalizaciópn del modelo creado en Ecuador en 1945.

87 Hernán Salgado Pesantes: «El control de constitucionalidad...», *Op. Cit.* p. 171.

tucionales, que aunque con atribuciones disímiles, sentará el germen de una institución que reverdecerá periódicamente en ese país.

La escasísima vigencia de la Constitución de 1945, sustituída por otra de 31 de diciembre de 1946, supuso que el experimento ecuatoriano tuviera una efímera vida, pues la Carta de 1946 prescindió del Tribunal y, en sintonía con otras constituciones precedentes, encomendó al Consejo de Estado el control de la constitucionalidad.

La Constitución de 1967 iba, sin embargo, a reincorporar al Tribunal, bien que con atribuciones aún más reducidas, frente a las ya escasas de 1945. Y así, el Tribunal perdió su facultad de suspender provisionalmente las leyes inconstitucionales, que pasó a ser una atribución de la Corte Suprema de Justicia.

En 1945 se había atribuido al Tribunal la facultad de ejercer una suerte de control preventivo sobre los proyectos de leyes, cuando fueren objetados por el Presidente de la República y el Congreso no encontrare fundadas las objeciones presidenciales. En este supuesto, el Tribunal de Garantías tenía la última palabra en el Código de 1945. En la Constitución de 1967 el Tribunal se vería también privado de esta facultad.

De esta forma, como advierte Salgado,[88] el control de la constitucionalidad quedo transformado en el Ecuador en un control disperso que era ejercido, en unos casos, por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en otros, por la Corte Suprema de Justicia; y, en no pocas veces, por el propio Presidente de la República.

La Constitución ecuatoriana aprobada en referéndum de 15 de enero de 1978 vino nuevamente a establecer la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, las sucesivas reformas de 1983, 1992 y 1996, sufridas por la citada Constitución, y que han afectado de modo notable al órgano que nos ocupa, creemos que sitúan el estudio del mismo, con más propiedad, en el último período (el que abarca los dos últimos decenios del siglo) y no en el que ahora abordamos.

III. Guatemala ha sido el tercer país, en un puro orden cronológico, en crear un órgano de estas características.

En Guatemala, la Constitución liberal de 1879, de larga vigencia en el país, tras su reforma de 1921, adoptaría por primera vez a nivel

88 Hernán Salgado Pesantes: «El control de constitucionalidad en la Carta Política del Ecuador», *Op. cit.*, p. 172.

constitucional el sistema de control judicial de la constitucionalidad (bien que no puedan olvidarse los sugestivos antecedentes de 1837), al habilitar al Poder Judicial para declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los demás poderes cuando fuere contraria a la Constitución. Las reformas de marzo de 1921 daban paso a la Constitución Federal de setiembre del mismo año, que posibilitaba la presentación ante la Corte Suprema de Justicia de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley que se refiera a asuntos no ventilados ante los tribunales, recurso para cuya presentación se hallaba legitimada toda persona a quien dicha norma legal perjudicara en sus legítimos derechos, por su aplicación en un caso concreto. La Constitución de 1945 mantuvo la dirección fijada en esta materia un cuarto de siglo antes, habilitando a los tribunales de la jurisdicción ordinaria y al de lo contencioso-administrativo para declarar en casos concretos y por sentencia de primera, segunda instancia y casación, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los órganos que ejerzan funciones del poder público, cuando fueren contrarias a la Constitución.

Sería, no obstante, la Constitución de 15 de setiembre de 1965, la que introduciría un sesgo radicalmente novedoso en cuanto se refiere al control de constitucionalidad, al establecer un sistema mixto, por calificarlo con más propiedad de dual, que conjugaba la tradición del control judicial difuso norteamericano con la instauración de una Corte de Constitucionalidad que asumía un control de la constitucionalidad en vía principal y con una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* o generales.[89]

La propia Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, que había aprobado la Constitución de 1965, decretaba la llamada Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966.

La Carta de 1965 consagra de modo inequívoco la supremacía constitucional al disponer que los tribunales de justicia debían observar siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional, norma que se complementará con la declaración de nulidad *ipso iure* de las leyes o disposiciones de cualquier orden que, de un lado, violaran o tergiversaran los mandatos constitucionales, y de otro

89 Cfr. al efecto, Jorge Mario García Laguardia: «La defensa de la Constitución», *Op. cit.*, pp. 55-79.

lado, regularan el ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados, disminuyéndolos, restringiéndolos o tergiversándolos.

La Constitución (Art. 246º) acogía, entre las atribuciones generales de los órganos del Poder Judicial, el control difuso o incidental, al prever que en casos concretos, en cualquier instancia y en casación, antes de dictar sentencia, las partes podían plantear la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, debiendo el tribunal pronunciarse al respecto,[90] en el bien entendido de que si se declarase la inconstitucionalidad, la sentencia había de limitarse a establecer que el precepto legal era inaplicable al caso planteado, siendo transcrita dicha sentencia al Congreso y quedando obligado el Ministerio Público a interponer recurso de apelación o, en su caso, de casación, contra la sentencia que declare la inconstitucionalidad.

La sentencia que admitiera la inconstitucionalidad era declarativa, esto es, establecía una nulidad preexistente con efectos retroactivos (*ex tunc*), generando efectos tan sólo respecto del caso concreto en que fuere dictada (*inter partes*).

Junto a esta modalidad de control en el caso concreto, la Carta de 1965 acogía un control concentrado, principal (no incidental) y de efectos *erga omnes*, control que, como ya adelantamos, se encomienda a un órgano no permanente, pues se había de integrar cuando se presentara una acción: la Corte de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad, verdadero Tribunal Constitucional quizá, en rigor, el primer órgano autónomo de esta naturaleza en América Latina, por cuanto que el Tribunal de Garantías cubano, orgánicamente, se vertebraba como una Sala del Tribunal Supremo, y el Tribunal ecuatoriano no se acomodaba, funcionalmente, al rol de un órgano de esta naturaleza, quedaba integrada por doce miembros, cuatro de ellos designados por la Corte Suprema de Justicia, y los restantes por sorteo realizado por la propia Corte Suprema, entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y los del Tribunal de lo Contencioso-administrativo. La presidencia de la Corte de Constitucionalidad recaía en el presidente

90 El Decreto Nº 8 de la Asamblea Constituyente, por el que se decretaba la Ley Constitucional de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, establecía dos vías procedimentales para controlar la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos: la vía de acción y la de excepción. Por lo demás, su Art. 102º disponía que la inconstitucionalidad como acción o excepción será siempre resuelta como punto de derecho, y sobre ella no podrá rendirse prueba.

de la Corte Suprema de Justicia, tal y como disponía el Art. 105º de la Ley ya varias veces citada.

La Corte de Constitucionalidad era competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general viciadas total o parcialmente de inconstitucionalidad.

Se hallaban legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad: el Consejo de Estado, órgano que presidía el Vicepresidente de la República; el Colegio de Abogados, por decisión de su asamblea general; el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de Ministros, y cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

El Ministerio Público era siempre parte, correspondiéndole la legitimación pasiva, estando obligado a realizar la defensa de la constitucionalidad de la norma impugnada, bien que también le era factible mostrarse de acuerdo con la impugnación.

La Corte de Constitucionalidad podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, si la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causas gravámenes irreparables. Para decretar la suspensión se requería del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Corte.

La sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad requería del voto favorable de ocho de los doce miembros de la Corte, esto es, de dos tercios de los mismos, pudiendo declarar la inconstitucionalidad total o parcial de la ley o norma de carácter general impugnada. Fix-Zamudio, con evidente razón, se manifestaría críticamente frente al elevado *quorum* de votos necesarios para la declaratoria de inconstitucionalidad.[91]

La sentencia estimatoria de la Corte, a juicio de García Laguardia,[92] tenía efectos semiconstitutivos, calificación que respondía al hecho de que en el caso de que decretara la suspensión provisional, sus efectos eran *ex tunc*, pues venía a establecer una suerte de nulidad preexistente en forma retroactiva, mientras que en los demás casos la sentencia era constitutiva, siendo sus efectos *ex nunc*. De conformidad con el Art. 108º de

91 Héctor Fix-Zamudio. **Los tribunales constitucionales y los derechos humanos**, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1980, pp. 141-142.

92 Jorge Mario García Laguardia. **La defensa de la Constitución**, *Op. Cit.*, p. 60.

la varias veces citada Ley de 1966, de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta quedará sin vigor, y si la inconstitucionalidad fuere parcial quedará sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejará de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial». Obviamente, contra las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad no cabía recurso alguno.

La experiencia de la Corte guatemalteca fue corta, como la de la propia Carta Política de 1965: de 1966 a 1981, esto es, quince años escasamente, pero, según una vez más García Laguardia,[93] fue fructífera. En ese lapso conoció de muy pocos casos. El Consejo de Estado y el Colegio de Abogados, sorprendentemente, no hicieron uso de su capacidad para recurrir ante la Corte; el Presidente de la República sólo lo hizo una sola vez (por cierto, el único recurso estimado por la Corte de Constitucionalidad mediante su Sentencia de 8 de enero de 1971) y los demás recursos de que tuvo oportunidad de conocer la Corte fueron obra de particulares. La experiencia vino a demostrar en Guatemala que el tantas veces esgrimido peligro del «gobierno de los jueces», o lo que es igual, de la politización del Tribunal, de la actuación de la Corte como un órgano político, no se evidenció.[94]

El golpe de Estado de 23 de marzo de 1982 declaró en suspenso la Constitución de 1965. Ello supuso lógicamente el final de la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, ésta dejó una semilla que iba a fructificar muy poco tiempo después, al iniciarse, bajo tutela castrense, un nuevo proceso de transición hacia la democracia que culminaba en las elecciones constituyentes celebradas el 1° de julio de 1984, fruto de las cuales sería la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución hoy vigente, sancionada el 31 de mayo de 1985, en la que reaparecería la institución que nos ocupa.

93 *Ibídem*, pp. 74-75.

94 Jorge Mario García Laguardia (en «La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y Competencias», en: **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**, Núm. 8, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, 1994, pp. 38-39) considera que las causas esenciales por las que la Corte satisfizo las expectativas creadas en torno a su rol, fueron: su integración específicamente judicial, su carácter de tribunal circunstancial y la restringida legitimación para accionar.

IV. Chile es el país que, cronológicamente, sigue en lo que se refiere a la institucionalización de un Tribunal Constitucional.

Quizá convenga recordar, con carácter previo, que en 1925 una Comisión plural designada por el entonces Presidente de la República, Arturo Alessandri, preparaba una Constitución que iba a ser aprobada plebiscitariamente en agosto de 1925, sustituyendo a la casi ya centenaria de 1933. La Constitución de 1925 rigió en Chile hasta el 11 de setiembre de 1973, fecha del sanguinario golpe de Estado pinochetista.

Grant[95] ha subrayado cómo en 1925, en Chile, se hicieron notables esfuerzos para conformar un monopolio por parte de la Corte Suprema de Justicia en orden al control de la constitucionalidad.

Como ya tuvimos oportunidad de indicar, la Constitución de 1925 estableció por vez primera en Chile el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que se canalizó por intermedio del llamado recurso de inaplicabilidad, configurado como una atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, que podía interponerse en cualquier estado del juicio ordinario, sin suspender su tramitación, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Auto Acordado de la propia Corte Suprema de 22 de marzo de 1925. El recurso de inaplicabilidad venía a delimitar un control concentrado de constitucionalidad y con efectos *inter partes*.

Como recuerda Nogueira,[96] la Corte Suprema, durante la vigencia de la Constitución de 1925, se negó sistemáticamente en los recursos de inaplicabilidad que le fueron sometidos a su consideración y fallo, a conocer y fallar acerca de los vicios formales de las leyes producidos en su proceso de formación, esto es, acerca de los vicios formales de inconstitucionalidad generados en el procedimiento legislativo, reduciendo su competencia tan sólo a conocer y fallar los recursos de inaplicabilidad de las leyes por vicios materiales o de fondo, afirmándose en la doctrina de la separación de poderes, a modo de justificación de su discutible posición.

La interconexión de los poderes Legislativo y Ejecutivo se iba a acentuar en Chile, como en tantos otros países en la misma época,

95 James Allan Clifford Grant. **El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes**, *Op. cit.*, p. 85.

96 Humberto Nogueira Alcalá: «El Tribunal Constitucional chileno», en el colectivo, **Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes**, *Op. cit.*, pp. 111 y ss.; en concreto, p. 112.

como una suerte de variante más de la lucha entre un Ejecutivo que trata paulatinamente de adquirir mayor poder en el ámbito de la actividad legislativa, y un Congreso que no sólo defiende sus posiciones, sino que pretende avasallar las del Ejecutivo, invadiéndolas ostensiblemente en ocasiones al autoasignarse diversos cometidos propios de la Administración. En esta situación, no ha de extrañar que, como dice Silva Cimma,[97] se produjera una crisis de juridicidad en el sistema del derecho chileno. Había conciencia de la crisis y, en muchos casos, la convicción de que el Congreso era el que mayoritariamente excedía de sus atribuciones.

Es por ello por lo que comenzó a abrirse paso en círculos políticos la necesidad de crear un órgano que asumiera el rol de dilucidar los conflictos jurídicos que se suscitaran como consecuencia de la aprobación de leyes supuestamente inconstitucionales. Los numerosos conflictos constitucionales entre quienes, con roles distintos era de hecho colegisladores, exigían no postergar la creación de un órgano jurisdiccional *ad hoc* que pudiera darles solución.

Con el tiempo, como recuerda Nogueira,[98] se desarrolló una conciencia política acerca de la necesidad de establecer un órgano jurisdiccional especializado que pudiera hacer realmente efectivo el principio de supremacía constitucional en el proceso de formación de los preceptos legales, además de entregarle algunas competencias de control de constitucionalidad de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso y de resolver acerca de los vicios en que pudiera incurrir el Presidente de la República en materia de promulgación de las leyes.

La reforma constitucional de 1970 vino así a marcar un hito en el camino de paulatina evolución y perfeccionamiento de las instituciones políticas chilenas.[99]

Ya el Presidente Frei había presentado en julio de 1965 una indicación al Congreso para crear un Tribunal Constitucional integrado por nueve miembros. El 17 de enero de 1969 el propio Presidente Frei entregó un nuevo proyecto en cuyo mensaje de fundamentos podía

97 Enrique Silva Cimma. **El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)**, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 14-15.

98 Humberto Nogueira Alcalá. **El Tribunal Constitucional chileno**, *Op. Cit.*, p. 112.

99 Enrique Silva Cimma. **El Tribunal Constitucional de Chile**, *Op. Cit.*, p. 24.

100 Teodoro Ribera Neumann. **Función y composición del Tribunal Constitucional de Chile**, *Op. Cit.*, p. 37.

leerse lo que sigue: «[...] El proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consiste en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental [...]. El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia quedan así robustecidos».

Tras largas discusiones en el seno de ambas cámaras y diversas modificaciones introducidas frente a la iniciativa presidencial, era aprobada la Ley de Reforma de la Constitución, Nº 17284, de 23 de enero de 1970, por la que se creaba un Tribunal Constitucional.

El Tribunal, que, según se ha dicho,[100] fue un producto de la tenacidad de la doctrina iuspublicista, nació con la animadversión de la Corte Suprema, algo, por lo demás, muy común en otros países, Corte que rechazaba la participación de sus miembros en el nuevo órgano.

El Tribunal Constitucional chileno se constituyó el 10 de setiembre de 1971 y a través de sus Autos Acordados publicados en el Diario Oficial los días 23 de noviembre y 11 de diciembre de 1971, el propio Tribunal aprobó los estatutos jurídicos sobre su organización, funcionamiento, régimen de su personal y procedimiento aplicable.

El Tribunal se hallaba compuesto por cinco ministros que habían de permanecer en ejercicio de sus funciones por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos. Tres de ellos eran designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y los dos restantes por la Corte Suprema de Justicia de entre sus miembros. Como señalara quien fuera Presidente del Tribunal, Enrique Silva Cimma,[101] la generación del Tribunal era y debía ser fundamentalmente apolítica, lo que no quería decir que sus miembros carecieran de una posición ideológica.

Los años de funcionamiento del Tribunal coincidieron con la división del país en dos bandos irreconciliables. Al Tribunal le fue difícil permanecer ajeno a tales avatares, tanto más cuanto su gestión se vinculaba a problemas de enorme trascendencia política. Todo ello, como admite Silva Cimma,[102] contribuyó a crear una imagen irreal de politización en torno al Tribunal, imputación que quien fuera su Presidente rebate como por entero falsa.

101 Enrique Silva Cimma. **El Tribunal Constitucional de Chile**, *Op. Cit.*, p. 45.
102 *Ibídem*, p. 55.

Entre las atribuciones de mayor interés del Tribunal chileno, cabe recordar ahora: a) la resolución de las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaran durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso; b) la resolución de las reclamaciones en el caso de que el Presidente de la República no promulgara una ley cuando debiera hacerlo; c) la resolución de las cuestiones que se suscitaran sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; y, d) la resolución de las contiendas de competencia que determinaran las leyes.

Aún existiendo otras atribuciones del Tribunal de índole menor, las expuestas ya son lo suficientemente reveladoras de algo que ya se ha señalado con reiteración: los conflictos entre el Legislativo y el Ejecutivo, entre el Congreso y el Presidente, producidos con ocasión de la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley, son la última *ratio* explicativa de la aparición del Tribunal.[103]

Señalemos con algo más de detalle que se hallaban legitimados para plantear una cuestión sobre constitucionalidad suscitada con ocasión de la tramitación de un proyecto de ley, el Presidente de la República, cualquiera de las dos cámaras o más de un tercio de sus miembros, debiendo de formularse la cuestión antes de la promulgación de la ley. El Tribunal disponía de diez días para resolver, contados desde que recibiera el requerimiento, que en ningún caso suspendía la tramitación del proyecto.

A su vez, estaban legitimados para impugnar por inconstitucionalidad un decreto con fuerza de ley, el Presidente de la República, dentro del plazo de los treinta días siguientes al rechazo por la Contraloría, por causa de inconstitucionalidad, de un decreto con fuerza de ley. Cualquiera de las cámaras o más de un tercio de sus miembros se hallaban también legitimados.

Las sentencias del Tribunal Constitucional tenían fuerza de «cosa juzgada» y eran, por lo mismo, inimpugnables. Las disposiciones que el Tribunal declarara inconstitucionales no podían convertirse en ley en el proyecto impugnado o en el decreto con fuerza de ley. Por el contrario, la confirmación de la constitucionalidad de un precepto impugnado entrañaba, como consecuencia de futuro, que no pudiera ser declara-

103 Cfr. al efecto, Alejandro Silva Bascuñán: «El Tribunal Constitucional», en Eduardo Frei y otros, **Reforma constitucional, 1970**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 199-200.

do inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la Sentencia constitucional, por la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal ejerció sus funciones hasta el golpe de Estado pinochetista, acaecido el 11 de setiembre de 1973. La Junta de Gobierno militar puso fin a la efímera vida de este órgano por medio del Decreto Ley Nº 119, de 10 de octubre de 1973. Pese a lo fugaz de su existencia, Nogueira[104] subraya que existe consenso entre la doctrina chilena acerca de los buenos servicios rendidos por el Tribunal a la República. En todo caso, su corta vida no impidió la toma de conciencia en torno a la necesidad de ampliar sus competencias, en un futuro democrático, para hacer efectivo en plenitud el Estado de Derecho.

Contrasta con el rol cumplido por el Tribunal Constitucional, la función asumida por la Corte Suprema al hilo de su ejercicio del control constitucional «represivo» o *a posteriori* que le encomendaba, como ya dijimos, el inciso segundo del Art. 86º de la Constitución de 1925.[105] A la Corte Suprema cabía ejercer una importante función de salvaguarda de la primacía constitucional y, sin embargo, como afirma Tapia Valdés,[106] el examen de la forma en que la Corte cumplió su misión protectora de la supremacía constitucional deja una pobre impresión. Al revés de sus congéneres argentina y brasileña, a la Corte Suprema chilena le faltó vuelo intelectual, capacidad creadora y confianza institucional para enfrentarse a los titulares de los otros poderes del Estado. La Corte Suprema no ha sustentado doctrina alguna de significación para la vida jurídico-política del país, y ha respaldado de hecho expresa o tácitamente, los regímenes *de facto* que ha tenido Chile.

La Corte Suprema, en definitiva, ha soslayado o ignorado el hecho de que el Art. 86º de la Constitución le otorgó una facultad general y amplia para declarar la inaplicabilidad de la ley en casos particulares, pues el recurso de inaplicabilidad que estableció el Art. 86º de la Carta de 1925

104 Humberto Nogueira Alcalá. **El Tribunal Constitucional chileno**, *Op. Cit.*, p. 113.

105 A tenor del inciso segundo del Art. 86º de la Carta de 1925: «La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación».

106 Jorge Tapia Valdés: «Jurisdicción constitucional y gobiernos de facto. El caso de la Corte Suprema de Chile», en el colectivo, **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica** (Universidad Externado de Colombia), *Op. Cit.*, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 257.

tenía carácter meramente subsidiario de la facultad permanente y general de que disponía la Corte para declarar por propia iniciativa, de oficio, la inaplicabilidad de una ley. El único objeto del recurso era permitir a la parte cuyo juicio pudiere no llegar al alto nivel jurisdiccional de la Corte Suprema por razón de competencia, plantear la cuestión de inaplicabilidad.

En resumen, la Constitución de 1925 otorgó a la Corte Suprema un papel activo y dinámico, como institución tutelar de la supremacía de la Constitución, profundamente diferenciado del rol pasivo que la Corte jugó dentro del sistema jurídico chileno. Y como afirma Tapia,[107] sólo el peso de una tradición civilista y decimonónica puede explicar que la Corte jamás haya ejercido la facultad de declarar de oficio o por propia iniciativa, inaplicable una ley por entenderla contraria a la Constitución. Más aún, durante la vigencia de la Constitución de 1925, ni siquiera hizo uso de su facultad cuando se planteó la reclamación por la vía del recurso de casación, al entender, con una visión hiperformalista, que la tacha de inconstitucionalidad de la ley «sólo puede hacerse por medio del recurso de inaplicabilidad».

En este marco, se entiende que la aparición del Tribunal Constitucional en Chile significara algo así como una entrada de aire fresco purificador de un engranaje tan importante en un Estado de Derecho como es el de los mecanismos orientados a la salvaguarda de la primacía de la Constitución.

V. Perú es el último de los países que en el marco temporal acotado constitucionaliza un Tribunal de esta naturaleza, bajo el rótulo de Tribunal de Garantías Constitucionales, lo que acontece en la Constitución de 12 de julio de 1979, que en este punto sería objeto de desarrollo por intermedio de la Ley Nº 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, norma, por cierto, bastante influida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

La Constitución del Perú, en la línea de la guatemalteca de 1965, crea una suerte de modelo dual de jurisdicción constitucional, en el que, a la par que el Tribunal de Garantías ejerce un control concentrado, los jueces y tribunales ordinarios llevan a cabo un control difuso. El Art. 236º de la Constitución determinaba al efecto que «en caso de in-

107 *Ibídem*, p. 259.

compatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera».

Admitida la coexistencia de un control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal de Garantías y de un control difuso, se planteaba una importante cuestión: ¿estaban vinculados los jueces y tribunales ordinarios por la jurisprudencia, por la doctrina constitucional, establecida por el Tribunal de Garantías Constitucionales? Parece incuestionable que allí donde existe un Tribunal de esta naturaleza, está llamado el mismo a ser el «intérprete supremo de la Constitución», como prevé la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional español, y consiguientemente, su interpretación de la Constitución y del conjunto del ordenamiento se ha de imponer a los demás operadores jurídicos, jueces y tribunales ordinarios incluidos. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías del Perú obviaba esa calificación de intérprete supremo, que era sustituida por la de «órgano de control de la Constitución», genérica e inadecuada función que estaba llamado a cumplir el Tribunal peruano.

El Art. 39º de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, en su primer párrafo, determinaba que: «Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal». Ello parecía implicar una clara vinculación de los jueces y tribunales ordinarios a los fallos dictados por el Tribunal, pero no resolvía la cuestión fundamental: la vinculatoriedad de la interpretación jurisprudencial de la Constitución sentada por el Tribunal. De hecho, no siempre los órganos jurisdiccionales ordinarios atendieron la jurisprudencia constitucional del Tribunal de Garantías.

El Tribunal quedaba integrado por nueve miembros, tres de ellos designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo, y tres por la Corte Suprema de Justicia; se optaba así por una fórmula de equilibrio entre los tres poderes que nos parece, en principio, acertada. Los magistrados eran nombrados por un período de seis años, renovándose por tercios cada dos años.

La Constitución (Art. 297º) exigía para acceder a la condición de miembro del Tribunal los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos. El aspecto más controvertido era la edad mínima de 50 años exigida para el acceso como miembro del Tribunal, edad a todas luces excesiva.

Una crítica generalizada entre algunos autores[108] viene referida al estrecho margen de competencias previsto para el Tribunal, circunstancia a la que se uniría la limitada legitimación para accionar ante el Tribunal. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la primera de las críticas es injustificada. De las tres *Grundformen* o formas fundamentales de la justicia constitucional: el control de normas, los recursos de amparo y los conflictos constitucionales, el Tribunal peruano asumía la competencia para conocer de las dos primeras. Y aunque no se contemplaba la acción popular de inconstitucionalidad, tampoco podía sostenerse, a nuestro entender, que la legitimación para interponer una acción de inconstitucionalidad era excesivamente estricta, pues estaban habilitados al respecto: el Presidente de la República; veinte senadores, es decir, un tercio del total; sesenta diputados, esto es, un tercio igualmente de los miembros de la Cámara; la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación y, finalmente, 50,000 ciudadanos.

La acción de inconstitucionalidad podía interponerse frente a leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. La Ley preveía un plazo muy amplio, seis años contados a partir de la publicación de la norma, para poder interponer una acción de inconstitucionalidad.

Quizá las mayores disfunciones del Tribunal provinieran, de un lado, de las determinaciones legales relativas al procedimiento, y de otro, de la propia actitud de quienes integraron este órgano.

Por una parte, el Art. 8º de la Ley Nº 23385 exigía para resolver y adoptar acuerdos un mínimo de cinco votos conformes, salvo para la resolución de los casos de inconstitucionalidad o para la inadmisión de la acción. Supuestos en los que el mismo precepto exigía seis votos conformes sobre un total de nueve miembros del Tribunal. Con ello, la Ley no sólo dificultaba exageradamente la estimación de la inconstitucionalidad, sino que al exigir, con desafortunadísima redacción, seis votos conformes, en uno u otro sentido, para la resolución de los casos de inconstitucionalidad, vino de hecho a impedir el pronunciamiento del Tribunal. La realidad permite constatar que en el período que media entre 1983 y 1992, años de funcionamiento de este órgano,

108 Este es el caso, entre otros, de Carlos Cárdenas Quirós: «El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución Política del Perú de 1979», en **Revista del Foro**, Lima, Colegio de Abogados de Lima, julio-diciembre de 1981.

de las quince acciones de inconstitucionalidad que conoció, en cinco oportunidades no se alcanzó el número de votos necesario para dictar sentencia, algo que resulta inconcebible.

A tan pobre balance contribuyeron, por otra parte, los propios integrantes del Tribunal. Escudados en las exigencias formales del Art. 8º de su propia Ley Orgánica[109], regidos en su interpretación por un hiperformalismo absolutamente alejado de lo que debe ser una interpretación valorativa, esto es, regida por los valores materiales de la Constitución, y carentes de la más elemental conciencia de que todo Tribunal viene obligado a dictar sentencia cada vez que a través de una acción es instado a ello por quien está dotado de legitimidad para recurrir, los magistrados del Tribunal de Garantías tuvieron buena parte de responsabilidad en el desprestigio en que se vio pronto inmerso este órgano.[110]

A todo lo inmediatamente antes expuesto se unió, como recuerda Abad[111], un indebido apego de algunos de los magistrados a los órganos que los habían designado, el impacto de las influencias políticas, como también la debilidad frente a las presiones económicas y, finalmente, determinadas interpretaciones jurisprudenciales erróneas o de escaso contenido.

La resultante final de todo lo expuesto fue la más que decepcionante labor del Tribunal, muy particularmente en el ámbito del control normativo.[112] Y es curioso constatar que el primer fallo del Tribunal desató

109 Buen ejemplo de ello lo constituyen las tesis de uno de los magistrados, Manuel Aguirre Roca, en «Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica», en: **Thémis. Revista de Derecho**, segunda época, año I, Núm. 3, pp. 20 y ss.

110 Aníbal Quiroga León, con buen criterio a nuestro juicio, llegó a señalar que la falta de los pronunciamientos requeridos por parte del Tribunal determinaba que sus miembros incurrieran en la responsabilidad funcional a que de alguna manera aludía el Art. 17.5 de su propia Ley Orgánica. Aníbal Quiroga León: «El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser», en: **Thémis. Revista de Derecho**, segunda época, 1986, Núm. 4, pp. 40 y ss.

111 Samuel B. Abad Yupanqui: «La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas», en el colectivo **Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes**, *Op. Cit.*, pp. 191 y ss.; en concreto, p. 196.

112 De los quince pronunciamientos del Tribunal, en cinco procesos no se alcanzó el número de votos necesario para dictar sentencia; dos se resolvieron mediante autos de inadmisibildiad; en un tercer proceso, un extremo de la demanda fue resuelto, declarándose infundado, mientras que el otro no pudo serlo por no reunir los votos necesarios; hubo dos sentencias que declararon infundada la demanda, y otras cinco, por último, en que se declaró fundada la pretensión de inconstitucionalidad.

los más elogiosos comentarios,[113] abriendo notables expectativas que más tarde se iban a frustrar. El Tribunal pareció reactivarse durante el mandato presidencial de Fujimori, circunstancia que explica su clausura con ocasión del autogolpe de Estado de abril de 1992, a través del Decreto Ley Nº 25422.

El fracaso final del órgano en cuestión no impide destacar la extraordinaria relevancia de las innovaciones que en el ámbito del control normativo de constitucionalidad introdujo la Constitución de 1979. A partir de ella, el control concentrado coexistiría con el difuso. Bien es verdad que, declarada la inconstitucionalidad por el Tribunal, es decir, al hilo del control concentrado, tal declaratoria no conllevaba la nulidad inmediata de la norma, cuando se tratare de una ley, como es connatural en tal tipo de control. Había de ser el Congreso el que, dentro del plazo de 45 días había de aprobar una ley derogatoria de la norma legal inconstitucional. De no hacerlo así, el Art. 301º de la Constitución determinaba de modo taxativo que había de entenderse derogada la norma inconstitucional. Esta fórmula traducía la preocupación por salvaguardar la primacía del Congreso en lo tocante a la dación de normas legislativas, que en la mente del constituyente peruano posiblemente se vería truncada de posibilitarse la derogación automática de la norma legal cuando mediara una sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. Sin embargo, la derogación *ex constitutione*, como consecuencia de una sentencia constitucional, no debe entenderse en modo alguno como un indicio de la subordinación del Congreso al Tribunal de Garantías, sino como una prueba de la primacía de la Constitución sobre todos los poderes públicos y, por lo mismo, sobre cualesquiera normas emanadas de ellos. Esta disfunción sería superada en la Carta de 1993.

113 Este es el caso de Domingo García Belaunde: «El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales», en *Ius et Praxis*, Núm. 4, 1984, pp. 115 y ss.; en concreto, p.

La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales

Johnny Zas Friz Burga

Una primera cuestión a determinar antes de abordar un análisis de caso sobre gobiernos subnacionales, es si los ordenamientos de organización territorial en los cuales se inscriben presentan una estructura descentralizada o centralizada. Para Gionnini: «[...] se puede decir que la fórmula organizativa general de la centralización es aquella en la cual las funciones de dirección general y de alta administración se encuentran todas concentradas en una figura subjetiva central; mientras en la fórmula de la descentralización estas dos funciones son repartidas en una pluralidad de figuras subjetivas, ninguna de las cuales se pone respecto de las otras en posición de preeminencia».[1] Asimismo, Giannini señala la necesidad de analizar las funciones de las figuras subjetivas no centrales y de no considerar que sólo su presencia califica una estructura de organización como descentralizada: «[...] una organización de poderes públicos en la cual haya un ente central, constituído por el Estado-persona, y por una serie de entes no centrales, de carácter territorial, como las provincias o los municipios, conformada de manera que a los entes territoriales le sean sustraídos reales poderes de dirección general y de alta administración, debe decirse regulada por la fórmula del centralismo, y no por aquella de la descentralización; que las figuras subjetivas no centrales sean entes en vez de órganos no tiene relevancia, frente al hecho de que aquellos no tienen ni funciones de gestión ni de ejecución».[2]

1 Massimo Severo Giannini, «*Il Decentramento nel Sistema Amministrativo*», en Massimo Severo Giannini y otros, ***Problemi della Pubblica Amministrazione***, Bologna: Zanichelli Editore, 1958, p. 167.

2 *Ibid.*, p. 168.

La ausencia de descentralización, en muchos casos, se acompaña con la presencia de una estructura organizativa desconcentrada lo que puede inducir a error al momento de analizar y calificar una estructura organizativa como descentralizada. Siguiendo a Giannini, el hecho de que las funciones de dirección política y de alta administración correspondan a una figura subjetiva central y las funciones de gestión y de ejecución correspondan, incluso en forma exclusiva estas últimas, a figuras subjetivas no centrales, no significa que tal estructura organizativa sea descentralizada sino desconcentrada.[3]

De otro lado, la descentralización implica necesariamente una estructura organizativa policéntrica basada en figuras subjetivas no centrales[4] y no en la multiplicación de órganos periféricos al interior de la organización estatal. Al respecto, Roversi-Monaco señala que «[...] la descentralización implica la existencia de una pluralidad de niveles de decisión ejercitables autónomamente por oficinas independientes del centro: esto resultaría ineficaz donde existiese la posibilidad jurídica, de parte de otra oficina superior, de sustituirse a la oficina periférica en virtud de sus poderes jerárquicos. De esta manera se constituye no solo la independencia del órgano periférico, sino también su especialización y su responsabilización, mientras la unidad de acción administrativa puede ser adecuadamente mantenida mediante las directivas emanadas por los órganos centrales y la realización de parte de los mismos de un control dirigido a verificar la adhesión a la ley de la acción de los órganos periféricos. Los tentativos dirigidos simplemente a descongestionar la administración pública central, multiplicando al interior de la organización del Estado los órganos periféricos, sin incidir en modo sustancial sobre el poder de decisión y sin operar una neta superación del ordenamiento jerárquico, dan lugar simplemente a medidas de desconcentración o, si se prefiere, de descentralización jerárquica».[5]

Para determinar si un ordenamiento estatal es descentralizado o no, y en caso afirmativo, cuál es su grado y su carácter, uno de los objetivos más importantes de una investigación es verificar que a los entes locales y al nivel intermedio les corresponda o no una autonomía, princi-

3 *Ibid.*, p. 167.

4 *Ibid.*, p. 173.

5 Fabio Roversi-Monaco, «*Decentramento*», en Norberto Bobbio, Nicila Mateucci y Gianfranco Pasquino, ***Dizionario di Politica***, 3ª ed., Torino: Tea, 1992, p. 282.

palmente política y financiera. Al respecto, es la autonomía política la más importante. La autonomía financiera es considerada en tanto es el soporte principal de aquella política; y, con relación a la autonomía administrativa, ésta es instrumental a y es consecuencia de la autonomía política. Concordamos con Alarcón, quien al referirse a la autonomía local en el caso español, señala que: «la autonomía administrativa es una consecuencia lógica de la autonomía política, siendo esta última la que mayor importancia reviste, en caso de ser otorgada. Pues creemos que no es posible concebir la autonomía política de un ente sin que con ella se apareje la autonomía administrativa. A nuestro entender, la autonomía administrativa es la capacidad de las Corporaciones municipales para gestionar sus propios intereses, es decir, para ejecutar las decisiones tomadas a partir de su autonomía política. »

«De ahí, que para conocer la amplitud de la autonomía local garantizada constitucionalmente, debamos estudiar el alcance y el diseño que el legislador constitucional y estatal han realizado de la autonomía política municipal, dado el carácter instrumental de la administrativa con respecto a la anterior, y sentada la base de que la autonomía administrativa viene determinada por lo que hemos denominado "elemento instrumental de la autonomía municipal", esto es, por las competencias y las potestades atribuidas a los municipios (...)».[6]

A continuación serán presentados, con sus respectivos elementos constitutivos, los conceptos de autonomía política y financiera. No olvidemos que el concepto de autonomía ha sido considerado uno de los más atormentados de la dogmática jurídica.[7] Para Mortati, el concepto de autonomía, en abstracto y sin agregarle aún ningún adjetivo, es «la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse una ley reguladora de la propia acción, o más comprensivamente, la potestad de proveer a la protección de intereses propios y por tanto de gozar y de disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses».[8]

6 Gloria Alarcón García, **Autonomía Municipal**, Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 77.

7 Constantino Mortati, ***Istituzioni di Diritto Pubblico***, 9a ed., Tomo II, Padova: Cedam, 1976, p. 823.

8 Citado en Martinez, Temistocle y A. Ruggeri, ***Lineamenti di Diritto Regionale***, 2a ed., Milano: Giuffré, 1987, p. 19.

Ya el Tribunal Constitucional español, en su sentencia del 2 de febrero de 1981, también señalaba que «la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio».[9] En consideración del contenido indeterminado de este concepto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha indicado para el caso de la autonomía municipal que ésta es «un derecho a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, dependiendo la intensidad de esta participación de la relación entre intereses locales y supralocales. Para el ejercicio de esta participación en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañe, los órganos representativos de la Entidad Local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible».[10] Si bien, el Tribunal Constitucional español reconoce el contenido indeterminado del concepto de autonomía, paralelamente acoge la teoría alemana de la garantía institucional (acogida inmediatamente después de la recepción hecha por la doctrina española) para proteger el contenido esencial de determinadas instituciones consideradas básicas en la estructura estatal.

Para la doctrina española, la Constitución de 1978 reconocía la teoría de la garantía institucional. Al respecto, Alarcón resume los argumentos de la doctrina respecto del municipio -Embid Irujo y, principalmente, Parejo Alfonso- de la siguiente manera: «[...] la Constitución de 1978, en sus artículos 137° y 140°, plasma la doctrina de la garantía institucional en distintos planos. En primer lugar, asegura la existencia del Municipio como ente territorial básico, ya que organiza al Estado, en municipios, provincias y Comunidades Autónomas -Art. 137°-, produciéndose en este supuesto un reconocimiento constitutivo.

En un segundo plano, al que denominamos «material», salvaguarda para estos entes la autonomía para la gestión de sus intereses -arts. 137° y 140°-, dejando la determinación del contenido de estos intereses al legislador ordinario, así como la fijación de las competencias que han de atribuirse para la consecución de los mismos. De este modo quedan garantizados constitucionalmente los intereses municipales en abstrac-

9 Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 4/81, del 2 de febrero de 1981.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 32/81, del 28 de julio de 1981.

to aunque no las competencias. Finalmente, en un plano organizativo, se protege la composición democrática del gobierno municipal, lo que implica el reconocimiento y la garantía de la gestión de sus intereses bajo su propia responsabilidad.

Podemos observar que la legislación constitucional española ha seguido a la alemana, ya que la protección establecida en nuestro Ordenamiento es la misma que la otorgada en la Ley Fundamental de Bonn, al proteger a la autonomía municipal con la Garantía institucional».[11]

La Sentencia del Tribunal Constitucional español número 32/81 del 28 de julio de 1981, definía la garantía institucional en los siguientes términos: «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible para el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

11 Gloria Alarcón, *op. cit.*, pp. 41-42.

El elemento esencial de la autonomía política radica en la potestad de una propia dirección política que tienen, en este caso, las entidades territoriales y se fundamenta en que éstas son entes exponenciales de un ordenamiento jurídico general.[12] Es decir, se trata de comunidades que constituídas en cuerpos electorales dan un contenido político al nivel local o intermedio de organización territorial estatal. Para De Vergottini: «[...] cuando la descentralización comporta formas de condicionamiento, jurídicamente disciplinadas, por parte de cuerpos electorales sobre las estructuras descentralizadas, se puede individuar la politicidad de tales estructuras y hablar de descentralización «política», sea que esto se refiera al nivel comunal, que a aquel provincial y regional. Cualesquiera sea el número de los niveles previstos, la descentralización comporta siempre que el aparato administrativo central -en caso contrario controlado sólo por los mismos vértices- venga políticamente limitado».[13]

Paladin se expresa en el mismo sentido: «[...] la autonomía está [...] a indicar una condición de relativa independencia en la cual ciertos entes o aparatos se encuentran en relación del Estado-persona (o de los organismos estatales de gobierno); independencia a la cual corresponde una esfera de autodeterminación que no puede ser libremente materia de intervención de parte del Estado, es decir una exclusiva competencia a la evaluación de un determinado conjunto de intereses, mediante el ejercicio de determinados poderes públicos. En el caso de las autonomías territoriales, tanto regionales cuanto provinciales o comunales, la relativa independencia de las instituciones autónomas se vincula necesariamente [...] a su carácter representativo. Los órganos fundamentales de las regiones, de las provincias y de las comunas son todos constituídos -directamente o indirectamente- de sus respectivos cuerpos electorales; y representan todas sus complejas exigencias, no individualizándose en razón de un específico fin sino más bien persiguiendo, en el ámbito de sus competencias, cualquier finalidad que interese a las poblaciones locales».[14]

12 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia Pubblica*», en ***Enciclopedia del Diritto***, Tomo IV, Milano: Giuffré, 1959, p. 365.

13 Giuseppe De Vergottini, *op. cit.*, p. 291.

14 Livio Paladin, ***Diritto Regionale***, 4a ed., Padova: Cedam, 1985, pp. 38-39.

Para Parejo Alfonso, en la misma línea de reflexión, refiriéndose al núcleo esencial de la autonomía municipal, señala que éste «se expresa en la fórmula de autogobierno o autoadministración democrático (directo o representativo) bajo la propia responsabilidad» y que «dentro de los límites que definen su ámbito propio, la acción de los entes locales es libre».[15] Otro autor español, Faulo Loras, también presenta los efectos del reconocimiento de la garantía constitucional de la autonomía local, en los siguientes cuatro aspectos:[16] a) el contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de entidades locales territoriales; b) el contenido objetivo o sustantivo de la autonomía: la autonomía como garantía de la gestión de los respectivos intereses o (desde la perspectiva funcional) la autonomía como título de reserva de competencias determinadas; c) el contenido institucional de la autonomía o posición de los entes locales en el desempeño de sus tareas: la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador; y, d) el principio de suficiencia de las haciendas locales. En el caso español: «La suficiencia ha de entenderse [...] de acuerdo con el artículo 142º (de la Constitución Española) en relación a las funciones, actividades, competencias y servicios que la ley atribuye a las Corporaciones locales, de modo que los medios o recursos financieros de que dispongan han de ser bastantes para desempeñar el conjunto de tareas que tienen legalmente atribuídas».[17]

El contenido esencial de la dirección política se verifica, como señala la Spagna Musso para el caso de las regiones italianas, cuando «la decisión sobre los fines últimos de la acción estatal [...] compete, limitadamente a un determinado objeto, a sujetos del ordenamiento que no se identifican con los órganos del Estado persona».[18] Sin embargo, este autor considera que los entes locales tradicionales no tienen la posibilidad de participar en la determinación de los fines últimos de

15 Luciano Parejo Alfonso, **Derecho Básico de la Administración Local**, Barcelona: Editorial Ariel, 1988, p. 136.

16 Antonio Faulo Loras, **Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 256-257.

17 Juan Ramallo Massanet y Juan Zornaza Pérez, «Autonomía y Suficiencia de la Financiación de las Haciendas Locales» en **Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica**, número 259, Madrid: 1993, pp. 503-504.

18 Enrico Spagna Musso, ***Diritto Regionale***, 3a ed., Padova: Cedam, 1992, p. 10.

la acción estatal y que sólo ejercen una dirección administrativa o político-administrativa, si bien reconoce que autores como Giannini o Martines extienden el concepto de dirección política a los entes locales porque lo emplean en un sentido amplio.[19] De otro lado, y en la misma línea de reflexión, Paladin sostiene que la potestad estatutaria corresponde -siempre en el caso italiano- sólo a las regiones, porque la autonomía comunal y provincial se descompone sólo en autonomía reglamentaria y en autonomía administrativa.[20] Sin embargo, el fundamento jurídico de esta distinción es objeto de discusión en la doctrina. Así, en la doctrina española, con relación al contenido de la autonomía de las comunidades autónomas y de las corporaciones municipales, algunos autores (Entrena Cuesta, García macho, Leguina Villa) consideran que la autonomía reconocida a las comunidades autónomas es política y administrativa y que la reconocida a las corporaciones municipales es sólo administrativa; para otros autores (Sosa Wagner, Ortega Alvarez, Embid Irujo, Martín Mateo, Morell Ocaña, Sánchez Morón, Carrera Raya), en cambio, «ambos entes territoriales son titulares de una autonomía cualitativamente igual, es decir, con un contenido político y administrativo, aunque con respecto al aspecto político, ésta será de una intensidad superior en el caso de las Comunidades Autónomas».[21]

La politicidad de estas entidades territoriales autónomas y su propia dirección política se manifiesta, como señala Giannini, en que ellas «no se subordinan a la dirección política que establecen los órganos constitucionales del Estado, como ocurre con los entes auxiliares, (...) [y] pueden darse una dirección divergente de aquella que se da el Estado»,[22] pero siempre limitados por la ley y por los respectivos controles estatales, ya que el poder de estas entidades territoriales autónomas es limitado porque no es soberano.

Para Giannini, «La autonomía política no es libertad de dirección política: los entes locales están limitados por la ley, a través de la delimitación de las atribuciones: por lo tanto fuera de sus atribuciones

19 *Ibid.*, p. 11.

20 Livio Paladin, *op. cit.*, p. 39.

21 Gloria Alarcón, *op.cit.*, p. 83.

22 Massimo Severo Giannini, ***Diritto Amministrativo***, 3a ed., Volume I, Milano: Giuffré, 1993, p. 308.

específicas pueden expresar su propio punto de vista (si y en cuanto sean entes generales), pero no pueden proveer. En segundo lugar, están limitados por el control, y vale el principio general -hoy expresamente enunciado por las regiones- que no pueden adoptar actos en contraste con el interés general o que puedan dañar de manera grave intereses de otros entes territoriales. El control es por lo tanto parte del "sistema de la autonomía política"[...]».[23]

Según el mismo Giannini: «Aquello que varía es el contenido del poder mismo: éste tiene elementos de composiciones diversas en razón de la naturaleza y de las funciones de la comunidad y de su ente exponencial. Ya que entre los varios entes y las varias comunidades, sólo la comunidad estatal es soberana y el ente Estado ejercita el poder soberano, el poder de dirección político del Estado tiene los atributos de ejercicio de un poder soberano, que en cambio faltan en los otros entes y en las otras comunidades. De donde más exactamente se dice que ellos ejercitan o tienen un poder de dirección político-administrativo, más que político puramente y simplemente».[24]

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha establecido repetidamente la diferencia entre soberanía y autonomía. Para este Tribunal: «Es cierto, como señalan los recurrentes, que la Constitución no define qué es autonomía, pero ello no impide que el contenido y los límites de tal derecho puedan ser inferidos de los preceptos constitucionales por vía interpretativa. Este Tribunal, en cuanto intérprete supremo de la Constitución (Art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) ha precisado diversos aspectos concernientes principalmente al derecho a la autonomía, al proceso autonómico y a la delimitación competencial a través de numerosas sentencias, algunas de las cuales conviene traer a colación a propósito del caso presente. Muy al comienzo de su andadura este Tribunal hizo ver que «ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verda-

23 *Ibid.*, p. 308.

24 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia Pubblica*», en ***Enciclopedia del Diritto***, Tomo IV, Milano: Giuffré, 1959, p. 365.

dero sentido, como expresa el artículo 2º de la Constitución» (STC 4/1981, FJ). La raíz misma del Estado autonómico postula la necesaria articulación entre unidad y diversidad, pues el componente diferenciador, sin el cual «no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas ambas que caracterizan al Estado de las autonomías», tiene límites establecidos por el constituyente unas veces en garantía de la unidad, otras en aras de una mínima homogeneidad sin la cual no habría unidad ni integración de las partes en el conjunto estatal (STC 76/1983, FJ 2, a) y otras en función de un interés nacional, que aún siendo compatible en cuanto interés del todo con el de las partes, puede entrar en colisión con el de una determinada Comunidad».[25]

Por último, el fundamento de esta politicidad (su elemento esencial) está dado por la elección directa de representantes que una comunidad local o intermedia realiza a través de su cuerpo electoral. La importancia de la elección directa de las autoridades de una corporación territorial fue tomada ya en consideración por teoría de la descentralización administrativa, cuyo exponente histórico principal fue Hauriou, quien consideró que el carácter electivo de las autoridades locales era el elemento más destacado y el que definía la descentralización.[26]

Constituyen otros elementos de la autonomía política o está ligados estrechamente a ella: la autonomía normativa, la autonomía organizativa, el régimen de competencias, el régimen de controles (ejercido conforme a la autonomía administrativa), la autonomía estatutaria y la autonomía financiera.

El autor sigue a Giannini, quien hace referencia (aplicados críticamente a la realidad italiana) a estos elementos en diversos textos, de entre los cuales destacamos los siguientes:

> «En realidad la autonomía comunal -así como aquella provincial, regional, y de los entes públicos territoriales en general- es autonomía normativa, en formas que son entre las más vastas que puedan haberse, y autonomía organizativa juntas. Esta última se

25 Sentencia del Tribunal Constitucional español número 100/84, del 18 de noviembre de 1984.

26 Antonio Faulo Loras, *op.cit.*, p. 112.

determina propiamente y ante todo como una autonomía política, en toda la amplitud del significado que se puede tener en un ordenamiento a estructura democrática, es decir como autoadministración y como posibilidad de dirección de parte de fuerzas políticas de oposición o por lo menos diversas de las fuerzas políticas que sostienen el aparato del Estado. En ello representando el límite máximo al cual puede llegar el punto derogatorio de la autonomía organizativa, en cuanto sea así posible, a los entes territoriales, darse una dirección política diversa de aquella que se dan el Estado y competentes órganos constitucionales. Se entiende que tal diversidad encuentra un límite absoluto en la ley, la cual, emanando del Estado, cual ente soberano, contienen la autonomía de los entes territoriales de manera tal que la dirección política del ente local puede ser diferente de aquella del Estado pero no contrastante con ella si no en la esfera de lo meramente lícito, que es de bien escaso relieve jurídico para un ente público territorial».[27]

Luego agrega:
«La noción teórica de la autonomía ha recibido aplicaciones positivas diferentes, y sobretodo contrastadas. Buena parte de los contrastes tienen causal política. Para los aspectos jurídicos, el sistema de la autonomía política presenta dos puntos nodales: la distribución de las atribuciones y la intensidad del control; el transcurso de los acontecimientos ha agregado un tercero: aquel de la provisión de los medios. Veamos estos varios aspectos. »
«Un sistema racional de autonomía política comportaría que las atribuciones de los entes autónomos y las atribuciones del Estado, en la especie de órganos locales del Estado, sean netamente distintas, sea que aquello que hacen los unos no sea hecho por los otros. No sólo estos no ha ocurrido más bien es en todos lados lo opuesto [...[: para las mismas materias, algunas prácticas corresponden al ente local autónomo, [...] (otras) al órgano local del Estado [...].»

27 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia*», en ***Revista Trimestrale di Diritto Pubblico***, Anno I, Milano: Giuffré Editore, 1951, pp. 879-880.

> «En cuanto a los controles, la regla adoptada es aquella del control general: todos los actos de los entes locales son sometidos a control, de parte de órganos del Estado (...).»
> «Finalmente en cuanto a la provisión de los medios, los entes con autonomía política no tienen autosuficiencia financiera: ello porque las normas han aumentado el ámbito de sus tareas, sin cubrir sus requerimientos (...).»[28]

Autonomía normativa

Concordamos con las precisas y sintéticas definiciones de autonomía normativa dadas por Giannini: «[...] la autonomía normativa es aquella potestad atribuida en ordenamientos jurídicos estatales a entes diversos del Estado de emanar normas constitutivas del mismo ordenamiento jurídico estatal»[29] como también «el poder atribuído a entes no soberanos de emanar normas jurídicas equiparables a las normas del ente soberano».[30] En este caso, al igual que para la dirección política, el ejercicio de esta autonomía normativa no equivale a un ejercicio de libertad sino sólo de independencia en materia de regulación normativa, ya que las entidades territoriales autónomas no son soberanas y su poder es limitado y derivado.[31]

Es importante señalar que el reconocimiento de autonomía normativa a determinadas entidades territoriales significa que éstas se dan a sí mismas (también) normas jurídicas de rango de ley, si bien subordinadas al sistema jurídico en el cual se inscriben, según los grados de mayor o de menor intensidad conforme al lugar que ocupen en la jerarquía de las fuentes, y sometidas a las medidas de control establecidas por el mismo sistema jurídico para evitar que estas entidades territoriales excedan su ámbito de competencia.[32]

---

28 Massimo Severo Giannini, ***Diritto Amministrativo***, 3a ed., Volume I, Milano: Giuffré, 1993, p. 308-309.

29 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia*», en ***Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico***, Anno I, Milano: Giuffré Editore, 1951, p. 856.

30 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia* Pubblica», en ***Enciclopedia del Diritto***, Tomo IV, Milano: Giuffré, 1959, p. 357.

31 Massimo Severo Giannini, «*Autonomía*», en ***Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico***, Anno I, Milano: Giuffré Editore, 1951, p. 859.

32 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia Pubblica*», en ***Enciclopedia del Diritto***, Tomo IV, Milano: Giuffré, 1959, p. 357

Para Giannini, las leyes regionales y los reglamentos comunales son normas subprimarias. En relación a las leyes regionales, señalaba más específicamente que: «Las leyes regionales son ciertamente actos normativos de autonomía; según algunos son equiparables integralmente a las normas primarias del Estado, en el sentido de que pueden modificar o abrogar normas de ley o actos con fuerza de ley del Estado [...]; más correcto parece todavía considerarlas normas subprimarias, o sea normas equiparables a las normas primarias, pero sujetas al orden de los principios puestos por las normas primarias del Estado, o cuanto menos a algunas de ellas: en tal sentido, por el resto, son de considerar a las llamadas leyes marco, que rigen la legislación regional».[33]

Sin embargo, para el caso italiano, no todas las normas emanadas por las regiones son subprimarias. Este es el caso de las leyes dictadas por las regiones de estatuto especial (en materias de su competencia exclusiva) y que, por consiguiente, amplían la autonomía política de estas regiones de estatuto especial. Al respecto, Spagna Musso señala que: «[...] la existencia en cada una de dichas regiones, junto a la competencia legislativa concurrente, de una competencia legislativa primaria y exclusiva que constituye la nota diferencial de fondo respecto a las regiones de derecho común. Es bien notorio cómo la competencia legislativa regional de carácter exclusivo sea definida en tal sentido en cuanto confiere a la región, en materia de la que es objeto, una reserva plena de competencia en modo de excluir, en los límites en los cuales es reconocida, toda legítima intervención normativa del Estado».

Posteriormente dirá: «La norma legislativa puesta en vigor mediante ley regional que es ejercicio de competencia exclusiva no sólo tiene igual grado con la norma legislativa ordinaria estatal sino consiente de calificar esta última como constitucionalmente ilegítima cuando invada la materia a ella reservada. Se tiene así, que la región a estatuto especial en las materias objeto de una competencia legislativa exclusiva está legitimada a poner en vigor normas que aparezcan cual manifestación de una auténtica dirección política regional, es decir, de una actividad que escoge los fines últimos de la acción estatal, si bien en vía limitada a determinadas materias y por una determinada zona del territorio estatal, y no es sólo la elección de fines subordinadas a aquellos

33 *Ibid.*, p. 357.

escogidos en sede estatal como es típico de una dirección meramente política-administrativa».[34]

Para el caso de las regiones italianas y de las comunidades autónomas españolas es claro que la autonomía normativa de éstas incluye la potestad legislativa, a diferencia de otras entidades locales territoriales a las cuales la doctrina atribuye sólo potestad reglamentaria. Sin embargo, si bien las administraciones municipales no pueden emitir leyes en sentido técnico estricto, tampoco puede reducirse su autonomía normativa a la sola potestad reglamentaria, especialmente si se considera la naturaleza de las ordenanzas municipales, las cuales tienen un rango de ley a nivel local.

Respecto del caso español, Alarcón señala lo siguiente: «En lo concerniente a la potestad legislativa, es claro que la administración municipal sólo posee potestad reglamentaria, pues carece de Asamblea legislativa en los términos previstos para el Estado y para las Comunidades Autónomas en la Constitución, y por tanto no podrán emitir leyes en sentido técnico estricto. Pero aún así, las disposiciones que emanan de su Asamblea no pueden ser concebidas como disposiciones de carácter administrativo ya que el órgano que las promulga es de naturaleza política, gubernativa, en la medida en que es un órgano de representación popular democráticamente elegido, y es titular de unos intereses generales. De ahí que la potestad reglamentaria haya evolucionado de ser una simple potestad reglamentaria a ser un poder político atribuído a un órgano de esta naturaleza».

«Por tanto, nos encontramos que las Ordenanzas municipales son disposiciones de naturaleza reglamentaria en sentido técnico, pero derivan de un poder normativo autónomo de carácter político fundamentado directamente en la Constitución y para el que la Ley sólo representa un límite o su marco de actuación».[35]

De otro lado, la autonomía legislativa (especie de la autonomía normativa) reconocida a las regiones italianas es tan importante que ella define para determinados autores un tipo de Estado, el Estado regional; determina una autonomía política-legislativa para las regiones, que las distingue del resto de entes locales; y, a través de ella, las regiones ejercen su actividad de dirección política.

34 Enrico Spagna Musso, *op. cit.*, pp. 13-14.

35 Gloria Alarcón, *op. cit.*, pp. 80-81.

Para Spagna Musso: «[...] el Estado unitario, entendido en sentido estricto, es aquel en el cual los ordenamientos locales están en posición de subordinación y no gozan de autonomía política: ellos expresan poderes de autonomía y de autarquía que se manifiestan a nivel administrativo, o sea con la naturaleza y la toma de actos administrativos, y consintiendo sólo la manifestación de una dirección política-administrativa, es decir, no de una efectiva dirección política.

El Estado regional es, en cambio, aquel que el ordenamiento de un particular ente local (la región) está en posición de subordinación respecto del ordenamiento estatal pero goza de autonomía legislativa y, por lo tanto, política, vale decir en la esfera de sus competencias puede manifestar una auténtica actividad de dirección política».[36]

Este autor, formula el mismo contenido pero de manera más sintética: «[...] todas las regiones, sean ordinarias que especiales, gozan de autonomía política en cuanto dotadas de autonomía legislativa y que tal autonomía constituye, en el superar los límites normalmente puestos a la actividad de los entes locales, el fundamental elemento de caracterización».[37]

Esta autonomía legislativa, a su vez, se descompone en las siguientes potestades legislativas: primaria (o exclusiva), concurrente e integradora-actuativa, las cuales se ejercen dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal.

En el caso italiano, los límites a esta potestad legislativa regional están constituídos por: el límite de las materias, el límite territorial, el límite constitucional, el límite de las grandes reformas económico-sociales de la República, el límite de las obligaciones internacionales, el límite de mérito o político (constituído este último por los intereses de la nación o de las otras regiones) y el límite de los principios (para la potestad legislativa exclusiva o primaria, los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado; para la potestad concurrente, los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado en las materias de sector; y, para la potestad integradora-actuativa, toda la legislación vigente en el sector).

El análisis global para el reconocimiento y para la determinación del ejercicio efectivo de estas potestades legislativas permitirán evaluar el

36 Enrico Spagna Musso, *op. cit.* p. 4.

37 *Ibid.*, p. 19.

grado y el carácter de la autonomía legislativa de las entidades territoriales intermedias presentes.

Considero interesante, con relación a las potestades legislativas reconocidas a las regiones italianas, el análisis realizado por Paladin respecto de la aprobación final del texto de la Constitución italiana vigente: «(...) la legislación regional exclusiva, susceptible según los críticos de romper la unidad del ordenamiento jurídico, ha sido sin duda omitida en el texto final (para las regiones ordinarias); y lo mismo ha ocurrido, a pesar de su escasa peligrosidad, para la legislación integradora y actuativa. Contemporáneamente la única potestad legislativa mantenida a las regiones ordinarias, es decir aquella concurrente o complementaria, ha sido a su vez redimensionada, visto que el límite de los «principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado» se ha transformado de eventual en necesaria: sin depender más -como resulta de la presente formulación del artículo 117° de la Constitución- de una decisión política libremente operada en los casos y en los momentos retenidos oportunos por el legislador estatal. Si a esto se agrega que el mismo elenco de las materias atribuídas a la legislación regional se ha vuelto rigurosamente taxativo, en cuanto ha sido excluído [...] que posteriores objetos pudieran ser insertados con ley ordinaria, resulta todavía más evidente el cuadro de las muchas cautelas con las cuales la Constituyente ha enfrentado el problema de la autonomía legislativa regional».[38]

Autonomía organizativa

Nuevamente seguimos la definición dada por Giannini, para quién «la autonomía organizativa se define [...] como una figura organizativa en la cual las relaciones organizativas entre figuras subjetivas de un mismo género vienen disciplinadas, en derogar a la regla, en modo de atribuir a una de las figuras subjetivas poderes más amplios de aquellos que son atribuídos a las figuras del mismo género».[39] Sin embargo, esta definición se aplica limitadamente a las relaciones entre órganos del Estado o de otros entes menores, cuestión que cambia completamente cuando la autonomía organizativa se refiere a relaciones entre personas jurídi-

38 Livio Paladin, *op.cit.*, p. 67.

39 Massimo Severo Giannini, *op.cit.*, p. 362.

cas públicas. Para el autor citado, la autonomía organizativa tiene su máxima expresión en la autonomía local, porque en ella se produce la derogación total de la regla organizativa impuesta por el Estado. De esta manera, la autonomía organizativa constituye un elemento esencial para permitir el ejercicio de un poder propio de autoadministración y por ello su existencia es intrínseca a una entidad territorial autónoma.[40]

Régimen de competencias

La competencia es un título jurídico habilitante formado por funciones y poderes jurídicos que permiten el ejercicio, en determinadas materias, de las potestades normativas o ejecutivas reconocidas a las entidades territoriales. Es así como el régimen de competencias de una entidad territorial autónoma está vinculado directamente a las potestades legislativas -y en general, normativas- reconocidas a estas mismas entidades territoriales autónomas. Conforme la doctrina y el ordenamiento jurídico españoles -que seguimos en este punto- las competencias más importantes, según su alcance o intensidad, son las compartidas, las concurrentes y las exclusivas; y, según su titularidad, son las propias, las delegadas, las transferidas y las encomendadas.

Una competencia es compartida cuando una materia se distribuye entre el Estado y una Comunidad Autónoma, correspondiendo al primero el establecimiento de las normas básicas y al segundo, el desarrollo de éstas y/o su ejecución.[41] La competencia es concurrente, cuando el Estado y la Comunidad Autónoma pueden ejercer competencias sobre una materia con independencia entre sí, aunque persigan unos mismos objetivos genéricos, o al menos, objetivos compatibles entre sí.[42] La competencia exclusiva se verifica cuando a una entidad territorial corresponde el ejercicio de todas las potestades, tanto legislativas como normativas, sobre una determinada materia y con la exclusión de las demás entidades territoriales. La competencia propia es aquella atribuída por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes. La com-

40 *Ibid.*, p. 364.

41 Sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1986, del 28 de enero de 1986.

42 Esta clase de competencia se aplica a la materia de la cultura y sobre ella se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional español 11/86, del 28 de enero de 1986.

petencia delegada es aquella que corresponde a una entidad territorial autónoma como propia y que transmite a otra entidad sólo en el ejercicio de la competencia, manteniendo la titularidad y, por lo tanto, el poder de revocatoria. A diferencia de esta última, la competencia transferida es aquella que correspondiendo originariamente a un ente territorial como competencia propia, es transmitida a otro ente con carácter definitivo, otorgándole no sólo el ejercicio de tal competencia sino también la titularidad. Por último, la competencia encomendada, en el caso español, es aquella competencia por la cual una determinada comunidad autónoma asigna a una diputación provincial dentro de su ámbito territorial la gestión ordinaria de sus servicios, actuando ésta subordinada a las instrucciones de la comunidad autónoma (asimismo, la doctrina italiana señala cómo los constituyentes italianos, para evitar que la región se volviera un organismo burocrático, introdujeron dos formas de administración indirecta: la delegación y el valerse de los órganos de las entidades territoriales locales y -también llamada codependencia funcional-).

Todas las entidades territoriales autónomas para ser tales, según una importante sentencia del Tribunal Constitucional español, requieren de aquellas competencias propias y exclusivas necesarias para satisfacer su respectivo interés.

La Sentencia del Tribunal Constitucional español número 4/81, del 2 de febrero señala que: «[...] Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aun este poder tiene sus límites- y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2° de la Constitución.

De aquí que el artículo 137° de la Constitución delimite el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la «gestión de sus respectivos intereses», lo que se exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo.

De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada Entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del municipio, de la provincia, de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia en el orden decisorio. Al enjuiciar la conformidad de las Leyes con la Constitución habrá que determinar por tanto si se está ante un supuesto de competencia exclusiva -o que debía serlo de acuerdo a la Constitución- o de competencias compartidas entre diversos entes».

De esta manera, el contenido del régimen de competencias reconocido a las entidades territoriales es otro elemento que determinará el grado de autonomía no sólo del singular ente, sino del Estado en su conjunto.[43]

Por último, consideramos pertinente hacer referencia a la doctrina francesa del poder municipal (*pouvoir minicipal*) para analizar el concepto de competencia exclusiva. Este último concepto se origina en la idea -presente en la doctrina del poder municipal- que hay materias sobre las cuales las corporaciones locales tienen poderes exclusivos y excluyentes porque, a su vez, se refieren, a intereses exclusivos y excluyentes de estas mismas corporaciones. García De Enterría señala que con esta teoría se da «el reconocimiento del poder municipal como un poder originario al que se reconoce un ámbito de funciones propias y exclusivas, que no necesita legitimarse en una delegación estatal».[44]

Esta doctrina -que constituye una antigua constante en el pensamiento municipalista francés y tiene un claro origen jusnaturalista[45] - ha sido fuertemente criticada por la significativa complejidad de la vida social, la cual ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales.[46] El concepto de competencia exclusiva, en este contexto, responde a los intereses considerados naturales de los entes locales y no a la ley. De otro lado, la doctrina de la garantía institucional plantea, críticamente, una aproximación inversa a la cuestión de las competencias, indicando que la corporación local puede intervenir en

43 Ministerio para las Administraciones Públicas, **El Estado Autonómico**, Volumen I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1993, p. 71.

44 Eduardo García De Enterría, **Revolución Francesa y Administración Contemporánea y La Formación del Régimen Municipal Francés Contemporáneo**, Madrid: Taurus, 1984, p. 99.

45 *Ibid.*, pp. 134-135.

46 Sentencia del Tribunal Constitucional español número 32/81, del 28 de julio de 1981.

la gestión administrativa de cualquier materia en la cual se presente un interés que le corresponda. Parejo Alfonso, comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional español del 27 de febrero de 1987, dice: «Afirma (la sentencia) rotundamente [...] que la autonomía local hace referencia a la distribución territorial del poder del Estado en el sentido amplio del término y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen.

[...] remite al legislador ordinario «la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local», precisando que dicho legislador debe tener en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a dicha entidad (por tanto, puede haber competencias en asuntos de carácter o índole no local en razón al interés de la colectividad local en ellos; el avance es notable) y, en todo caso, puede incidir en la definición de los intereses y las competencias de los entes locales «para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídico-política a otras entidades autónomas de nueva creación» (lo que ya había sido dicho en la sentencia de 28 de julio de 1981 y que en este contexto adquiere el valor del reconocimiento de la sustancia política de la decisión de atribución de competencias)».[47]

En la misma línea, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local española, según Alarcón, «reafirma la obligatoriedad del uso de la ley en la regulación de las competencias, pudiendo ser una norma básica o sectorial, y de otra, el legislador rechaza el uso del término "exclusivas" y acoge el de "propias" para calificar a las competencias a través de las cuales la corporación va a manifestar su autonomía en régimen de autorresponsabilidad. Esto nos conduce, en un sentido, a reafirmar la desaparición de la concepción clásica del poder municipal, y en otro, en dotar al significante "propia" del mismo contenido que se le asignó al aspecto material de la autonomía municipal, es decir, a los intereses propios, fruto de la moderna teoría de la garantía institucional».[48]

Por último, recordamos que en la actual doctrina francesa -en la cual se ha originado este concepto- se cuestiona la noción de los asuntos locales por su simplicidad, por su carácter natural (o jusnaturalista)

47 Luciano Parejo Alfonso, *op.cit.*, pp. 139-140.c

48 Gloria Alarcón, *op.cit.*, p. 63.

y, en consecuencia, por ser inadecuado como criterio material de distribución de competencias.[49]

Régimen de controles

Si bien el control es parte del «sistema» de la autonomía política[50] de las entidades territoriales autónomas, la naturaleza del control que se ejerce en relación a éstas es distinta de aquella que corresponde a los demás entes públicos. El objeto del control, en el caso que éste sea ejercido sobre las entidades territoriales autónomas, es verificar que los actos emanados por estas entidades territoriales no transgredan la dirección política del Estado, siendo difícil que se verifique una contradicción entre la dirección política de la entidad territorial y la del Estado por la gran variedad de fines que este último ha asumido.[51] Asimismo, el control se ejerce sobre todos los actos normativos de las entidades territoriales autónomas, al ser las normas emanadas por estas entidades, equivalentes a las normas estatales.

El análisis de los principales controles presentes, a nivel local e intermedio, tiene por objeto determinar si estos controles se ejercen según los parámetros correspondientes a un sistema jurídico que no interfiere con las entidades territoriales autónomas de su ordenamiento, o si por el contrario, lo hace afectando su autonomía, introduciendo así un impropio principio de jerarquía.

Los tipos de control cuya presencia (o ausencia) deberán tratarse de verificar en un estudio de caso son los siguientes: a) control de legitimidad (o de legalidad) sobre actos; b) control de mérito o de oportunidad sobre actos (también llamada tutela y a través de la cual se aplica, en la evaluación de los actos, criterios de conveniencia administrativa, a través de autorizaciones, aprobaciones, informes previos de la entidad tutelante o notificación de la entidad tutelada); c) control sobre los órganos de la entidad territorial; y, d) otras medidas de carácter sancionatorio.

---

49 Consultar: Antonio Faulo Loras, **Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

50 Massimo Severo Giannini, ***Diritto Amministrativo***, 3a ed., Volume I, Milano: Giuffré, 1993, p. 308.

El régimen de controles también está vinculado directamente al régimen de competencias, así las competencias delegadas están sujetas al poder jerárquico y las competencias propias al poder de tutela. Este último lo encontramos desarrollado, teóricamente, principalmente en la doctrina francesa de la descentralización administrativa.

Para Faulo Loras: «[...] la teoría (y sobre todo la práctica) francesa de la descentralización ha resultado ser, por paradójico que parezca, una teoría de la tutela administrativa, resaltándose más los aspectos negativos (la ingerencia o control del Estado) que los aspectos positivos, esto es, el margen de libertad reconocida a las Corporaciones locales, cierta independencia respecto de la administración del Estado, el respeto de las decisiones locales, en definitiva, la autonomía administrativa. Ello explica que la mayor parte de los esfuerzos de la doctrina en el estudio de la tutela administrativa hayan estado dirigidos a su reducción o desaparición por considerar que el cese de la intervención de la autoridad gubernativa ampliaba automáticamente las libertades locales. Más que una teoría de la autonomía local, la doctrina francesa ha elaborado una teoría de la tutela administrativa (Flogaitis)».[52]

Para Rivero la tutela es «el control ejercido por el Estado sobre un órgano descentralizado, en los términos fijados por la ley», para Mapetiol y Laroque es un «conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre agentes descentralizados y sobre sus actos, con la finalidad de proteger el interés general», para Mazares «la tutela administrativa forma parte de la esencia misma del concepto de descentralización en tanto que ésta integra contradictoriamente las exigencias del pluralismo proveniente de las instituciones territoriales y los de unidad que garantiza la existencia de la institución estatal».[53] Es importante precisar que en el ordenamiento francés el término tutela se utilizó para señalar tanto el control de legalidad como el de oportunidad, hasta la reforma de 1982. Vandelli resume así los contenidos principales de esta reforma: «La reforma aprobada por las Leyes del 2 de marzo de 1982 número 213 y del 22 de julio de 1982 número 623 [...] está inspirada y consagra una serie de principios radicalmente dis-

51 Massimo Severo Giannini, «*Autonomia Pubblica*», en ***Enciclopedia del Diritto***, Tomo IV, Milano: Giuffré, 1959, p. 366.

52 Antonio Faulo Loras, *op.cit.*, pp. 118-119.

53 *Ibid.*, p. 119.

tintos de los que habían venido caracterizando la tradición administrativa francesa. Introduce un control exclusivamente *a posteriori*, excluye cualquier tipo de control de oportunidad, reserva al juez administrativo la eventual anulación de los actos, configura una distinción entre los actos más importantes (expresamente indicados) que deben comunicarse al representante del Estado y los demás, directamente eficaces desde su publicación o notificación, y prevé, en fin, un control especial para los actos financieros, con intervención de las nuevas cámaras regionales de cuentas».[54]

Para la doctrina francesa, la tutela es un tipo de control que realiza la administración estatal en una organización descentralizada, a diferencia del control jerárquico, el cual corresponde a una organización centralizada. Sin embargo, el enfoque de la institución de la tutela ha estado impregnado siempre de un carácter negativo con relación a la autonomía y, más bien, ligado a la centralización. De aquí, que la misma doctrina francesa, asumiendo una posición crítica de la situación antes descrita, considere a la autonomía y a la libertad como elementos esenciales de la tutela administrativa y que ésta se debe ejercer excepcionalmente y limitada en sus supuestos. Para Faulo Loras, en el caso francés: «el control de la totalidad de la acción del inferior y la posibilidad de reforma son las notas características del control jerárquico. Reserva de una parte de libertad, de autonomía es lo propio de la tutela administrativa: existe un control pero nunca llega a anular un núcleo de libertad o autonomía».[55]

Este mismo autor señala: «La nota esencial de la tutela [...] es el respeto de la decisión de la entidad local, en definitiva de su autonomía, de su libertad inalienable, hasta el punto que la autoridad de tutela no tiene el poder de reformar el acto local en el sentido que desee. En definitiva, esta libertad que conservan los entes locales constituye la traducción positiva del principio de autonomía que permite superar la concepción francesa de la descentralización, lastrada tradicionalmente por un enfoque negativo de la tutela, reflejo de su ambigüedad fundamental, que ha considerado la tutela más como un elemento de centra-

54 Luciano Vandelli, **El Poder Local, Su Origen en la Francia Revolucionaria y su Futuro en la Europa de las Regiones**, Madrid: Ministerio Para Las Administraciones Públicas, 1992, p. 242.

55 Antonio Faulo Loras, *op.cit.*, p. 125.

lización que de descentralización. La autonomía y la libertad constituyen las notas esenciales de la tutela administrativa».[56]

Podemos concluir que el control de legalidad es compatible con el reconocimiento de la autonomía a las entidades territoriales, siempre que estos controles no sean «genéricos e indeterminados» y no «sitúen a las Entidades Locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades Territoriales». A diferencia del control de legalidad, el control de mérito o de oportunidad, por lo menos en relación a la «gestión de los intereses respectivos» como señala el Tribunal Constitucional español, no corresponde con la autonomía reconocida a los entes territoriales.[57]

La sentencia del Tribunal Constitucional español número 117/84, del 5 de diciembre de 1984, con relación a la misma cuestión señalaba lo siguiente:«Conviene para ello recordar la doctrina mantenida por este Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 186/1980. En ella [...] se sostuvo que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias no genérico ni indeterminado, en supuestos en que dicho ejercicio incida en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean de la Comunidad Autónoma o del Estado [...] Tal doctrina fue reiterada en la mencionada Sentencia al enjuiciar la constitucionalidad de los controles establecidos en los artículos 417º, 419º, 421º, 422º y 425º de la Ley de Régimen Local, concluyendo que, si bien con carácter general ha de considerarse inconstitucional cualquier disposición que establezca la posibilidad de suspensión o de destitución de los miembros de las Corporaciones locales por razón de la gestión inadecuada de los intereses generales del municipio, sin embargo tales controles no son contrarios a la Constitución, si el ejercicio de la autonomía local incide negativamente en intereses generales distintos de los propios de la entidad [...].

[...] Por ello, los únicos motivos de orden público que pueden dar lugar a que dicho control sea compatible con la Constitución son los

56 *Ibid.*, p. 125.

57 Sentencia del Tribunal Constitucional español número 4/81, del 2 de febrero de 1981.

comprendidos en el concepto más estricto de seguridad pública, entendida -como señaló este mismo Tribunal en su Sentencia 33/1982, de 8 de junio- como «actividad dirigida a la protección de la persona y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas» (fundamento jurídico tercero), siendo obvio que para poder llevar a cabo el control ha de haberse producido ya el supuesto de hecho previsto en la norma, sin que baste una mera previsión de que pueda producirse en un futuro inmediato».

Autonomía estatutaria

Para algunos autores, en el caso de las regiones ordinarias italianas,[58] la más significativa manifestación de la autonomía política es la potestad que estas entidades territoriales tienen de darse un propio estatuto, el cual es la máxima expresión de la capacidad de contar con una propia dirección política;[59] para otros autores, sin embargo, el estatuto de las regiones ordinarias italianas no es su principal expresión de dirección política, porque sólo cumple una limitada función integradora y especificadora de las disposiciones constitucionales sobre la materia.

Para Paladin: «[...] No se debe exagerar la importancia de los estatutos regionales, del momento que ellos son tales más bien de nombre que de hecho. Las funciones propias del ente región y las líneas principales de la misma organización regional interna han sido ya establecidas [...] por el Título V de la Carta Constitucional, respecto a la cual las normas estatutarias no cumplen más que una limitada función integradora y especificadora. Así que tales fuentes no representan la manifestación fundamental de la dirección política de las regiones ordinarias [...]; sino fundamentalmente se resuelven en un simple instrumento organizativo, dirigido a precisar los modos en los cuales se podrá desarrollar la autonomía legislativa y administrativa regional».[60]

58 Sólo se hace referencia a los estatutos de las regiones ordinarias porque el proceso de actuación de las regiones a estatuto especial ha determinado que éstas (y sus estatutos) se ubiquen en una situación de desventaja respecto de las regiones ordinarias.

59 Temistocle Martines, y A. Ruggeri, ***Lineamenti di Diritto Regionale***, 2a ed., Milano: Giuffré, 1987, pp. 121 a 125.

60 Livio Paladin, *op.cit.*, p.40.

La doctrina también discute la eficacia del conjunto de disposiciones programáticas, que con el fin de configurar el estatuto como una constitución regional, las regiones ordinarias han dictado. Paladin señala al respecto que: «[...] las fórmulas en cuestión son demasiado genéricas [...] para constituir una obligación efectiva en relación al legislador regional [...]. A pesar de ello, no deben considerarse ilegítimas por definición, las disposiciones programáticas de los Estatutos corren el riesgo [...] de revelarse del todo ineficaces; y constituyen ciertamente la parte más veleidosa e improductiva de toda la disciplina estatutaria».[61]

En el caso español, esta discusión no tiene la misma relevancia, ya que como señala Vandelli «a diferencia de cuanto sucede en el sistema italiano, en el ordenamiento español la formación de los estatutos precede a la misma institución de los entes regionales: la inexistencia de estos últimos conforma a los estatutos como momentos determinantes para la constitución de los entes».[62]

Autonomía financiera

La autonomía financiera no es considerada una propia e independiente clase de autonomía y la doctrina la vincula o a la autonomía política[63] o a la autonomía organizativa.[64] Sin embargo, dada su importancia -fundamental en la determinación del contenido de autonomía de cualquier entidad territorial- es siempre analizada en modo particular e independiente. Por esta razón, toda investigación sobre los gobiernos subnacionales debiera verificar en el ordenamiento objeto de estudio, no sólo la presencia de autonomía política sino también -y explícitamente- aquella de la autonomía financiera.

Para el caso de las regiones italianas, Martines y Ruggeri señalan lo siguiente: «Para poder proveer a sus tareas institucionales y, por tanto,

61 *Ibid.*, p. 47.

62 Luciano Vandelli, **El Ordenamiento Español de las Comunidades Autónomas**, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 230.

63 Massimo Severo Giannini, ***Diritto Amministrativo***, 3a ed., Volume I, Milano: Giuffré, 1993, p. 308.

64 Para Martines y Ruggeri la autonomía financiera «no constituye una figura en sí, pero está a indicar una cualidad de la autonomía organizativa, es decir la (relativa) autosuficiencia de algunos sujetos por cuanto se refiere a la provisión de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su actividad (...)» (T. Martines, y A. Ruggeri, *op.cit.*, p. 20).

alcanzar los fines por los cuales han sido instituídas, a las regiones ha sido concedida una autonomía financiera que, según una eficaz expresión de Mortati, constituye una verdadera piedra angular del sistema regional [...]. De nada valdría, en efecto, atribuir autonomía normativa, organizativa o política a las regiones si, al mismo tiempo, no se diese a ellas la disponibilidad de los medios financieros necesarios para perseguir los fines programáticos. Se comprende, por tanto, la «centralidad» del rol que compete al mecanismo financiero en el sistema de la autonomía regional y el carácter funcional que a él viene reconocido en relación a las competencias legislativas y administrativas de las regiones, cuya «efectividad», por decirlo así, como instrumentos idóneos a expresar y concretar la dirección política del ente, aparece inmediatamente condicionada, si no totalmente determinada, de la subsistencia de un adecuado soporte financiero».[65]

La autonomía financiera está determinada por los límites y las posibilidades de acción que las entidades territoriales ejercen con relación a los dos elementos constitutivos de una estructura financiera: los gastos y los ingresos. Para Argullol: «La autonomía financiera presenta teóricamente dos vertientes: la autónoma predeterminación normativa de la provisión de medios económicos, esto es, regulación general de los ingresos, y la libertad de gasto, esto es, corresponde a la entidad autónoma adscribir los medios financieros a específicas finalidades, de tal forma que en el momento de elaborar el presupuesto pueda definir propias y autónomas opciones».[66]

Alarcón, aplicando la teoría de la garantía institucional a la autonomía financiera municipal, define a ésta como «la capacidad atribuida a los municipios para decidir, sin necesidad de intervención de otro órgano jerárquicamente superior, sobre la cuantía de los recursos que ha de obtener para atender a las necesidades públicas, efectuando el correspondiente gasto y la distribución del mismo entre ellas».[67]

Los ingresos se clasifican en ingresos propios, entre los que se incluyen los tributos (la potestad o la autonomía tributaria de las entidades

65 Temistocle Martines y A. Ruggeri, *op.cit.*, p. 305.

66 Enrid Argullol Murgadas, **La Vía Italiana a la Autonomía Regional**, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, pp. 226.227.

67 Gloria Alarcón, *op.cit.*, p. 102.

territoriales); y, en transferencias, que son los ingresos trasladados desde el Estado hacia las entidades territoriales.

En materia de ingresos, la doctrina considera los tributos y la autonomía tributaria como los elementos esenciales y determinantes -siempre por el lado de los ingresos- de la autonomía financiera de un ente. En el análisis deberán distinguirse los grados de autonomía tributaria presentes en el ordenamiento objeto de estudio y establecer si las entidades territoriales autónomas reconocidas gozan, para el establecimiento de tributos, de poder originario o sólo de poder derivado. Asimismo, toda investigación deberá ocuparse de la actuación concreta del principio de legalidad tributaria.

Con relación al caos español, Alarcón presenta el siguiente cuadro: «Sin entrar a analizar el poder financiero y por tanto la autonomía financiera de la hacienda estatal y autonómica, queremos destacar que la diferencia fundamental entre la de estos entes y la municipal radica en la vigencia del principio de legalidad tributaria. En este sentido, mientras que el Estado y las Comunidades Autonómicas sí podrán crear tributos ya que pueden dictar normas con rango de ley a través de su Asamblea legislativa, las Corporaciones municipales sólo podrán establecerlos cuando una ley así lo disponga.

Es decir, a tenor de este principio, los municipios no tienen legalmente capacidad para instituir *ex novo* un tributo y para determinar los elementos esenciales o configuradores del mismo, sino que han de limitarse a desarrollar reglamentariamente las disposiciones legales. De esto se deriva que, *a priori*, la autonomía financiera municipal es de un contenido incompleto, pues su capacidad de decisión queda restringida al ámbito del desarrollo legal, cuando se trata de determinar los elementos esenciales del tributo [...]».[68]

En materia de gastos, la autonomía financiera está ligada a la autonomía presupuestaria, ya que, como señala Alarcón para el caso de las corporaciones locales españolas, «las decisiones sobre la satisfacción de una u otra necesidad, premisa del gasto público, entran dentro de la autonomía político-administrativa municipal».[69] Por esta razón, es la

68 *Ibid.*, pp. 106.108.
69 *Ibid.*, p. 123.

Ley de Presupuesto la fuente jurídica del gasto público[70] y la autonomía financiera (en materia de gasto) será determinada por el grado de libertad que tenga el ente en la organización y en la ejecución de su gasto, es decir en la elaboración, aprobación y ejecución de su propio presupuesto. Esta potestad de elaborar, aprobar y ejecutar el propio presupuesto -para el caso de las Corporaciones locales españolas- es considerado el elemento que permitirá un mayor desarrollo de la autonomía, en general y de aquella financiera, en particular.[71] Este énfasis en la vertiente del gasto público que posterga la autonomía en materia de ingresos, según Ramallo Massanet y Zomosa Pérez, se debe a que un ente (en el caso propuesto por los autores, una Corporación local) «será autónomo en la medida en que pueda realizar sus propios objetivos políticos, sociales, económicos o administrativos, con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de ingresos que hagan posible tal actuación».[72]

Por último, del análisis de los ingresos y de los gastos, resultará una apreciación general sobre la autonomía financiera y sobre cuál es el núcleo principal que la constituye; y, para evaluar los grados de autonomía financiera existente en los distintos niveles de organización estatal, se deberán considerar en conjunto la descentralización de las competencias fiscales, tanto de ingreso como de gasto públicos, del nivel central hacia los niveles subnacionales (intermedio y local).

70 Para Rodríguez Bereijo el gasto público es «el empleo efectivo, esto es, el gasto de las cantidades consignadas en el Presupuesto para el cumplimiento de las atenciones que figuran especificadas en los correspondientes estados del mismo» (A. Rodríguez Bereijo, **Introducción al Estudio del Derecho Financiero**, Madrid: IEF, 1976, p. 331).

71 Gloria Alarcón, *op.cit.*, p. 137.

72 Juan Ramallo Massanet, y Juan Zornoza Pérez, *op.cit.*, p. 502.

El federalismo y la administración de justicia en los Estados Unidos

Robert S. Barker

En los Estados Unidos no hay un solo sistema de justicia, hay muchos. Cada uno de los cincuenta estados tiene su propia constitución, leyes y tribunales de justicia.[1] Además, existe el sistema de justicia federal que funciona, en todas partes del país, a través de los tribunales federales. En otras palabras, el federalismo afecta profundamente la administración de justicia en los Estados Unidos y la administración de justicia, a su vez, afecta nuestro federalismo.

El propósito de este breve ensayo es el de identificar los aspectos más importantes de la relación entre el federalismo y la administración de justicia en los Estados Unidos y su división de facultades gubernamentales entre el gobierno nacional (o «federal») y los estados.

La Constitución delega determinados poderes al gobierno nacional, dejando todos los demás poderes gubernamentales no prohibidos por la Constitución en manos de los distintos estados de la Unión. En otras palabras, el gobierno federal es gobierno de poderes limitados (o enumerados), mientras que los gobiernos de los Estados tienen poderes generales. Este principio, establecido por la Constitución en su forma original, está confirmado por la décima Enmienda, que dice:

> «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos, ni prohibe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente, o al pueblo[2]».

[1] Un buen resumen de los sistemas judiciales estatales es Daniel J. Meador, *American Courts* (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1991).

[2] *Constitución of the United of America* (de aquí en adelante, «U.S. Constitution»), enmienda X.

Pero la Constitución también establece con precisión que el gobierno federal, cuando actúa dentro de sus poderes constitucionales, es supremo. El artículo 6º, párrafo 2 dice:

> «Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella y todos los tratados celebrados [...] bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país, y los jueces de todo Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en la constitución o las leyes estatales.[3] »

La división fundamental de facultades judiciales entre el gobierno federal y los estados se hace en el artículo III de la Constitución, que establece el Poder Judicial Federal. El artículo III, inciso 2 dice, en sus aspectos más relevantes:

> «El Poder Judicial [de los Estados Unidos] se extenderá a todos los casos que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, y de los tratados celebrados [...] bajo su autoridad; [se extenderá] a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a las controversias en las que los Estados Unidos sea parte; a las controversias entre dos o más estados [...], entre ciudadanos de diferentes estados, entre ciudadanos del mismo estado que reclamen tierras bajo concesiones de distintos estados y entre ciudadanos [de un Estado], y [ciudadanos de] estados extranjeros[...][4] »

Las bases más importantes de la competencia judicial federal son, primero, la presencia de una cuestión de derecho federal; y, segundo, la diversidad de ciudadanía estatal entre las partes.

Pero la competencia de los tribunales federales con respecto a los casos antes mencionados no es exclusiva, sino es concurrente con la competencia de los tribunales estatales,[5] salvo cuando el Congreso de los Estados Unidos, por ley, establece que la competencia judicial federal es exclusiva

---

[3] *U.S. Constitution*, Art. 6, §2.

[4] *U.S. Constitution*, Art. 3, §2.

[5] Véase, por ejemplo, *Claflin v. Houseman*, 93 U.S. 130, 23 L. Ed. 833 (1876).

como lo ha hecho, por ejemplo, con respecto al derecho penal federal[6] y en casos de bancarrota.[7]

Como resultado de la división constitucional de facultades legislativas, la mayoría de las leyes que atañen a asuntos cotidianos –por ejemplo, bienes, sucesiones, asuntos familiares, y la mayoría de los contratos, delitos civiles y crímenes- son leyes estatales, no federales. Y como resultado de la división constitucional de competencia judicial, la gran mayoría de los juicios son conocidos y decididos por tribunales estatales y no por tribunales federales.[8]

Dado que la competencia judicial federal no es exclusiva, sino concurrente con la competencia judicial de los estados, muchas veces los tribunales estatales deciden cuestiones de derecho federal (incluso cuestiones de derecho constitucional federal). En cambio, por la competencia federal en caso de diversidad de ciudadanía y dado que dentro del mismo caso puede surgir cuestiones de derecho estatal, tanto como cuestiones de derecho federal, muchas veces los tribunales federales deciden cuestiones de derecho estatal. En ambas situaciones –cuando un tribunal estatal decide una cuestión de derecho federal y cuando un tribunal federal decide una cuestión de derecho estatal- el federalismo se refleja y se mantiene en el proceso.

Cuando un tribunal estatal decide una cuestión de derecho federal, está obligado a seguir (es decir, a aplicar) la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para resolver la cuestión. Este principio (o regla de decisión) está basado en la supremacía federal y el federalismo.[9]

La otra cara de la moneda es que cuando un tribunal federal decide una cuestión de derecho estatal, está obligado a seguir la jurisprudencia del tribunal más alto de aquel estado. Es decir, el tribunal federal está obligado a interpretar la ley del estado como la ha interpretado la Corte Suprema de ese estado y, cuando no existe legislación sobre la materia, el juez federal está obligado a aplicar el *derecho común* del estado, de acuerdo con la jurisprudencia del tribunal más alto del estado.

---

[6] U.S.C.A. §3231.

[7] U.S.C.A. §1334.

[8] Véase, B. Ostrom y N. Kauder, *Examining the Work of State Court*, 1996, p. 14 (National Center for State Court:: 1997).

[9] Véase, por ejemplo, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 78 S. Ct. 1401, 3 L. Ed. 2d 5 (1958); *Martín v. Hunter's Lesse*, 14 U.S. (1 Wheat) 304, 4 L. 97 (1816).

Este principio, conocido como la «Doctrina Erie», fue anunciado en el famoso caso de *Erie Railroad Co. Vs. Tompkins*,[10] decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1938. En este caso, un hombre caminando cerca del ferrocarril, en un sector rural del estado de Pennsylvania, fue golpeado por la puerta abierta de un vagón de un tren del Erie Railroad. El hombre comenzó un juicio en contra del ferrocarril, invocando la competencia federal por razón de «diversidad de ciudadanía», ya que el demandante era ciudadano de Pennsylvania y el demandado (el ferrocarril) era una sociedad anónima organizada bajo las leyes del estado de New York, de modo que era ciudadana de New York. Pero el reclamo estaba basado en el derecho común de Pennsylvania, donde ocurrió el accidente. El ferrocarril planteó en su defensa que, según los principios del derecho común de Pennsylvania, el demandante era un intruso y por eso el ferrocarril no era responsable por su propia negligencia ordinaria. El demandante respondió que era una cuestión de «derecho general» y que por eso el tribunal federal podría desarrollar por sí mismo el principio o norma aplicable.

La Corte Suprema de los Estados Unidos dijo:

> «Salvo en asuntos regulados por la Constitución federal o las leyes federales, el derecho aplicable a cualquier caso es el derecho del estado, sea declarado por su legislatura en forma de ley o por su tribunal más alto. No existe ningún derecho común federal general.[11]»

La «Doctrina Erie» es muy complicada en su aplicación.[12] Pero su principio central es claro: en cuanto a la interpretación del derecho estatal y la resolución de otras cuestiones de derecho estatal, los tribunales estatales son supremos.

Otros efectos importantes del federalismo con respecto a la administración de justicia tienen que ver con el reparto de la jurisdicción judicial *entre los distintos estados* y el desarrollo de normas sobre «conflictos de ley». En cualquier país del mundo hay reclamos planteados entre ciudadanos de diferentes países o sobre hechos que ocurrieron fuera del país foro. En esas situaciones, hay dos preguntas que surgen. La primera: ¿puede el tribunal conocer del caso? La segunda, si la respuesta es afirma-

[10] 304 U.S. 64, 58 S. Ct. 817,82 L. Ed. 1188 (1938).
[11] 304 U.S. p.78.

tiva ¿qué derecho debe aplicarse para resolver el caso? En los Estados Unidos, se presentan los mismos interrogantes cada vez que una persona plantea una demanda ante un tribunal estatal en contra de alguien que no reside en el estado foro, o sobre asuntos que ocurrieron fuera de él. Por ejemplo, en un caso ahora famoso, un grupo de accionistas de una sociedad anónima comenzaron un juicio contra algunos directores de la empresa ante un tribunal del estado de Delaware. Ninguna de las partes era residente de Delaware, y los hechos del caso ocurrieron en el estado de Oregon. Sin embargo, los demandantes invocaron la jurisdicción de Delaware porque los demandados tenían bienes intangibles allí.[13]

Cada estado tiene sus propias leyes y reglas con respecto a la jurisdicción y competencia de sus tribunales para conocer y decidir casos contra personas que no son residentes del estado y sobre transacciones que tuvieron lugar fuera de él. Asimismo, cada estado tiene sus propias reglas que establecen en qué circunstancias sus tribunales deben aplicar la ley de otro estado. Sin embargo, estas reglas están subordinadas a normas constitucionales. En el año 1877 la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la garantía constitucional del «debido proceso legal», que se encuentra en la enmienda catorce, limita el poder de los tribunales estatales de conocer y decidir casos contra personas o acerca de reclamos que no tienen relación adecuada con el estado foro.[14] Si bien la jurisprudencia es complicada y en algunos aspectos todavía está desarrollándose[15] es claro que, generalmente los tribunales de un estado pueden conocer de un caso sólo cuando existen «contactos mínimos suficientes» entre el foro, el demandado y el reclamo, como ya lo estableció la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1945, en el caso de *International Shoe Company vs. State of Washington*[16], (siguiendo esta jurisprudencia, en el caso de los accionistas antes mencionados, la Corte Suprema declaró, en el año 1978, que el Tribunal del estado de Deleware no tenía jurisdicción en el caso).[17]

---

12 Véase, Charles Alan Wright, *Law of Federal Courts* §§55-60 (5ª. Ed., 1994) (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1994).

13 *Greyhound Corp. V. Heitner,* 361 A 2d 225 (Del. 1976).

14 *Pennoyer v. Neff,* 95 U.S. (5 Otto) 714,24 L. Ed 565 (1877).

15 Véase, por ejemplo, *Burnham v. Superior Court,* 495 U.S. 604,110 S. Ct. 2105,109 L.Ed. 2d 631 (1990).

16 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

17 *Shaffer v. Heitner,* 433 U.S. 186,97 S. Ct. 2569, 53 L. Ed. 2d 683 (1977).

Por otra parte, con respecto a conflictos de leyes, los tribunales de los estados están muy acostumbrados a aplicar la ley de otro estado cuando los hechos del caso tienen una relación muy estrecha y directa con dicho estado. Esta práctica no es solamente asunto de cortesía, sino muchas veces una obligación constitucional basada en el principio federalista y la garantía constitucional del debido proceso legal. La Corte Suprema ha decidido que a pesar de que un tribunal estatal tenga jurisdicción para conocer y decidir un caso, el debido proceso legal requiere que el tribunal aplique la ley o la jurisprudencia de otro estado cuanto éste tiene una relación con el asunto y las partes mucho más estrecha que la mantenida con el estado foro. Como dijo la corte en el caso *Allstate Insurance Company vs. Hague*: [18]

> «Para que la ley de fondo de un estado sea seleccionada en una forma constitucionalmente permisible, ese estado debe tener un contacto significativo o una suma de contactos [con los hechos que son causa del conflicto] que creen un interés estatal suficiente, de modo tal que la elección de esa ley no sea arbitraria ni fundamentalmente injusta.[19]»

Uno de los aspectos más importantes del federalismo para que la administración de justicia se cumpla y sea respetada en otros estados es la garantía constitucional de lo que se llama «plena fe y crédito».[20] Esta garantía requiere que los tribunales de los estados reconozcan como válidas las sentencias de los tribunales de los otros estados, siempre que el tribunal que dicte la sentencia tenga jurisdicción sobre la materia y las partes.[21]

Para concluir, deberíamos decir que la aplicación práctica de los principios antes mencionados no siempre es fácil. Al contrario, muchas veces es muy complejo. Sin embargo, esta combinación de normas y principios constitucionales con las jurisprudencias federal y estatal, permite que la administración de justicia en los Estados Unidos funcione con eficiencia y seguridad jurídica a través de más de cincuenta sistemas diferentes.

---

[18] 449 U.S. 302, 101 S. Ct. 633, 66 L. Ed. 2d 521 (1981).

[19] 449 U.S. p.313, 101 S. Ct. P. 640.

[20] U.S. Constitution, Art. IV, U.S.C.A. §1.

[21] Véase, por ejemplo, *Pennoyer v. Neff*, supra., nota 14.

Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional*

Kai Ambos

I. Introducción

La casi total impunidad para los crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos, producidos en la antigua Yugoslavia o en países con menor interés público como Colombia o Perú, Togo o Liberia –para mencionar sólo algunos casos- nos llaman a reflexionar sobre el desarrollo futuro de los mecanismos de justicia penal internacional. Los esfuerzos en esa dirección,[1] que se remontan a los tribunales de guerra de Nuremberg y Tokio, experimentaron un sorpresivo empuje político al finalizar la Guerra Fría con el establecimiento de los tribu-

* Estoy muy agradecido a la Srta Virginia Morris de la División de Codificación de las Naciones Unidas y al Prof. Dr. Christian Tomuschat de la Universidad Humboldt de Berlín, al Dr. Simon de la Biblioteca de la ONU en Ginebra y a la Dra. Schlunck del Ministerio de Justicia federal (Bonn) por la información que me proporcionaron para la confección de este trabajo. Asimismo, me encuentro en deuda con Alicia Gil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (NED/España) y con Gustavo A. Bruzzone de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) por haber traducido al castellano este trabajo originariamente publicado en el ***European Journal for International Law (EJIL)***, t.7 (1966), pp. 519 a 544.

1 Los trabajos para el establecimiento de un TPIP comenzaron al final de los 40' pero, prácticamente, se suspendieron entre 1954 a 1981 (sobre antecedentes y desarrollo ver: J. Deschenes, *Towards international criminal justice; Criminal Law Forum* (en adelante: CLF), vol 5, N° 2-3 (1994), pp. 249-278, 272 y ss.; P. Burns, *An international criminal tribunal: the difficult union for principle and politics*, CLF, vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 341 a 380, 351 y ss.). En el periodo de la post-guerra, particularmente la *Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)* así como los profesores H-H. Jescheck (Freiburg, presidente honorario de la AIDP), O. Triffterer (Salzburg) y Ch. Bassiouni (Chicago) han continuado trabajando sobre este tema. Bassiouni, por ejemplo, ha propuesto su propio proyecto: *Draft Statute International Tribunal*, Toulouse (AIDP) 1993.

nales *ad-hoc* para la antigua Yugoslavia[2] y Ruanda.[3] Recientemente también se han realizado esfuerzos de codificación tanto en el plano sustantivo como en el procesal. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante «CDI») elaboró un proyecto de Estatuto para establecer un Tribunal Penal Internacional permanente («TPIP») en 1994 («Proyecto de Estatuto de la CDI»[4]) y co-

2 En adelante «Estatuto de Yugoslavia». El texto puede ser encontrado en el documento de las Naciones Unidas (UN) S/25704, del 3/5/93, par. 32 y ss. Fue aprobado por la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS) del 25 de mayo de 1993. Las «Reglas sobre procedimiento y prueba» fueron adoptadas por el Tribunal el 11 de febrero de 1994 (Documentos de las Naciones Unidas (NU-Doc.) IT/32, 14/3/1994; 33 ILM, 1994, pp. 493 y ss) con reformas más recientes del 23/4/96 (IT/73/Rev.8). Respecto de la designación de defensores ver las «directivas para la designación de defensores» (IT/73/Rev. 2, 30/1/1995). Respecto del Estatuto ver, en particular, K. Oellers-Frahm, «*Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien*», en : **ZaöRV** 54/2 (1994), pp. 416 a 445; B. Graefrath, «*Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit*», en: Hankel/Stuby (eds.), ***Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen***, Hamburg 1995, pp. 295 a 324; J. C. O'Brien, «*The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the former Yugoslavia*», **87 EJIL** (1993), pp. 639 a 659 y R. Zacklin/D. Shraga, «*The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*», **5 EJIL** (1994), pp. 360 a 380. Respecto al primer caso práctico (Tadic y Nikolic) ver L. Vierucci, «*The First Steps of the International Criminal for the Forner Yugoslavia*». **6 EJIL** (1995), pp. 34 a 149; R. Maison, «*La décision de la Chambre de première instance N° 1 du Tribunal pénal international pour l'exYougoslavie dans l'affaire Nikolic*», **7 EJIL** (1966, pp. 284 a 299; y más adelante nota 2. Acerca de los antecedentes políticos ver: D. Forsythe, «*Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia*», **CLF** vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 401 a 422. En cuanto a las «Reglas» ver J. E. Schutte, «*Legal and practical implications from the perspective of the host country, relating to the establishment of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*», CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 423 a 450, 431 y ss.; D. Nsereko, «*Rules of procedure and evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*», *CLF* vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 507 a 555. En lo concerniente al *Dayton agreement* (acuerdo Dayton): **7 EJIL** (1996), pp. 147 a 244. Un análisis global se encuentra ahora en Bassiouni/Manikas, ***The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,*** N.Y. 1996.

3 Resolución del CS 955 (1994), UN-Doc. S/Res/955 (1994), 8 de noviembre de 1994. Las reglas de procedimiento y prueba fueron adoptadas el 29/6/95 (ITR/3/Rev.1), una segunda revisión fue realizada a mediados de 1996.

4 «*DRAFT Statute for an International Criminal Court*» (Informe de la CDI de los trabajos de la 46ª. Sesión, 2/5-22/7/94, Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), registros oficiales, 49ª. Sesión, suplemento N° 10 (A/49/10), par. 42-91, pp. 29 a 161). Respecto del proyecto del «Grupo de Trabajo» ver J. Crawford, «*The ILC's Draft Statute for an international Criminal Tribunal*», **88 AJIL** (1994), pp. 140 a 152; lo mismo en, «*The ILC adopts a Statute for an Interntional Criminal Court*», **89 AJIL** (1995), pp. 404 a 416. Adicionalmente, varios otros proyectos también han influido a la CDI (ver Bassiouni, supra nota 1, pp. 3 y ss., 28 y ss., donde se enumeran, en total, 11 proyectos oficiales y 10 no oficiales).

menzó a reelaborar su «Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», aprobándose una versión preliminar en 1991 (en adelante Proyecto de Código de 1991[5]) y la final en 1996 (Proyecto de Código de 1996[6]).

De acuerdo con el Proyecto de Estatuto de la CDI la Asamblea de las Naciones Unidas (AG) en la 49ª Sesión de 1994 decidió establecer una «Comisión *ad-hoc* para el establecimiento de un TPIP», la que se desarrolló en dos sesiones en 1994. En la 50ª Sesión de 1995 la AG decidió, sobre la base del informe[7] de la Comisión *ad hoc*, designar un «Comité Preparatorio para el establecimiento de un TPIP» («Com. Prep») que deberá preparar el texto de una convención para ser analizado por los representantes plenipotenciarios. En su primera sesión, llevada a cabo entre marzo y abril de 1996, la Comisión Preparatoria consideró cuestiones materiales, de procedimiento y administrativas;[8] en su segunda sesión (agosto de 1996) tomó en consideración el Proyecto de Código de 1996 y se ocupó de un mayor número de cuestiones procesales y organizativas para concretar el establecimiento de un TPIP.[9] En el año en curso (1997) se encuentran previstas tres sesiones para seguir adelante con la discusión.

Paralelamente, y de forma independiente, un comité de expertos se reunió en Siracusa (Italia) en junio de 1995 para discutir un proyecto alternativo («Proyecto alternativo») al Proyecto de la CDI.[10] Este Pro-

5 «*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*», (Informe de la CDI sobre el trabajo de la 45ª. Sesión, 29/4 al 19/7/91, AG, registros oficiales, 46ª. Sesión, Suplemento N° 10, A/46/10, pp. 238 y ss.). Ver Bassiouni (Ed.), ***Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind***, Toulouse (AIDP) 1993; C. Tomuschat, «*Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Volkerstrafrechts*», en: Hankel/Stuby (*supra* nota 2), pp. 270-294, *T. McCormack/G. Simpson*, «*The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions*», CLF vol.5, N° 1 (1994), pp. 1 a 55.

6 CDI, 48ª. Sesión, 6/5 al 26/7/96, UN-Doc. A/CN.4/L.532.

7 Ver el Informe del Comité *Ad Hoc* para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente, AG, registros oficiales, 50ª Sesión, Suplemento N°22 (A/50/22).

8 Proyecto de Informe en «*General Principles of Criminal Law*», NU-Doc. A/AC.249/CRP.9, 4/4/96; ver, asimismo, Lehtonen, **IELR** 1996, pp. 274 a 276.

9 Ver el Informe del Comité de Preparación del Establecimiento de un Tribunal penal internacional permanente, AG, registros oficiales, 51ª. Sesión, Suplemento N° 22 (A/51/22 y Add. 1). Ver también los trabajos de prensa en: **¡Error!No se encuentra el origen de la referencia.** (Internet).

10 Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max Planck-Institute fur aulandiches und internationales

yecto alternativo fue luego ampliado con un proyecto de «Parte general» donde, en 21 artículos, se describen las previsiones más relevantes que una ley penal puede contener en una parte general.[11] Muchas de las propuestas fueron adoptadas por la Comisión Preparatoria[12] e influyeron en la redacción de la versión final del Proyecto de Código de 1996. El cuadro comparativo que se agrega al final de este trabajo nos brinda una visión de las más importantes previsiones del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia, del Proyecto de Estatuto de la CDI y del Proyecto alternativo.

Las consideraciones que se habrán de desarrollar a continuación intentan ofrecer una visión respecto de algunos aspectos procesales y materiales que se presentan en los proyectos mencionados. Debido al tamaño reducido de este trabajo y al número de cuestiones que deben ser consideradas, no ha sido posible examinar todos los problemas con la profundidad necesaria. No obstante, es de esperar que las referencias bibliográficas estimulen al lector a investigar más allá.

II. El nivel procesal: observaciones sobre un TPIP

2.1 Fundamento legal y jurisdicción

En principio, el fundamento legal de un TPIP puede establecerse de dos maneras diferentes: a) por un tratado internacional; o, b) por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS). La ventaja del segundo camino –y que fuera el empleado para los casos

Strafrecht en Freiburg i. Br. (MPI), Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional – Proyecto alternativo al de la CDI (Proyecto de Siracusa), preparado por un Comité de Expertos, Siracusa/Freiburg i. Br., julio de 1995.

11 El grupo se reunió, por una iniciativa generada en Siracusa (Italia) en diciembre de 1995 y en el M.P.I. de Freiburg i. Br. En enero de 1996 y trabajó sobre las líneas de los «elementos» de una Parte General incluídos en el Proyecto alternativo, *supra* nota 10 (comentario al Art. 33º). Sus participantes fueron: Prof. Eser (Freiburg i. Br.), Prof. Triffterer (Salburg), Prof. Koenig (Michigan, USA), Prof. Lagodny (Dresden), Dr. Ambos and Dr. Best (ambos de Freiburg i. Br.). Una versión modificada del proyecto se pude encontrar en el citado Proyecto de Siracusa Siracusa/Freiburg/Chicago, 15/3/96, Art. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2. La versión original se puede obtener del autor. Ver también Triffterer, «*Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts*», ÖJZ 1966, pp. 321 a 343, p. 326.

12 Ver, principios generales, *supra* nota 9.

de Yugoslavia y Ruanda- es evidente. Permite establecer un TPIP como órgano subsidiario del CS sólo con la aprobación de nueve de sus quince miembros, incluidos los cinco permanentes (Art. 27° III de la Carta de las Naciones Unidas).[13] De esta manera, no hay necesidad para largas negociaciones o interminables compromisos sustantivos.[14] No obstante, y pese a la practicidad de este punto de vista, el fundamento legal de esta clase de tribunal es cuestionable desde la perspectiva del Derecho Internacional Público.[15] Sin embargo se puede argumentar seriamente que en caso de graves violaciones a los derechos humanos existe el deber y no sólo el derecho de perseguirlas (que puede ser realizado aún en contra de la voluntad del Estado involucrado si no demuestra intención de perseguirlas adecuadamente).[16] La legiti-

13 Respecto de la distinción entre procedimiento y otras cuestiones en el sentido del Art. 27° II y III de la Carta de las UN ver Simma/Brunner, sobre el Art. 27°, notas marginales 11 y ss., en Simma (ed.). ***Charta der Vereinten Nationen***, Kommentar, München 1991. Resoluciones basadas en Cap. VII, por ello, no son cuestiones de procedimientos de las mencionadas en el sentido del Art. 27° II, pero siempre requieren de la mayoría calificada del Art. 27° III de la Carta de la ONU (Ibid., nota marginal 13). Por otro lado, uno puede considerar el establecimiento de un órgano subordinado, en principio, como una decisión procesal, pero el Art. 29° sólo ofrece competencia organizativa y no sustantiva Hilf, Art. 29°, nota marginal 27 y Bothe, Art. 38°, nota marginal 39 en: Simma, *supra*. Sólo cap. VII otorga esta competencia tornando, igualmente, la cuestión en «otra» (cuestión) dentro del sentido del Art. 27° III.

14 Estos han sido los argumentos más importantes, en el caso de la antigua Yugoslavia a favor del modelo del CS. Ver O'Brien, *supra* nota 2 ps. 643: «[...] un tratado puede ser incierto y lento [...]» o Shraga/Zacklin, *supra* nota 2, ps. 361: «[...] llevaría años.» También R.A. Kolodkin, *«An ad hoc international tribunal for the prosecution of serious violations of international humanitarian law in the Former Yugoslavia»*, CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 381 a 399, 385 y ss., 391: «[...] el establecimiento [...] por el sentido de una resolución del Consejo de Seguridad se presenta para la mayoría de los analistas como la opción que mejor responde a las demandas legales y a las necesidades prácticas de la situación».

15 Es particularmente incierto determinar de dónde se deriva la competencia del CS para someter actos cometidos en el territorio de un Estado, y en el marco de un poder jurisdiccional, a un Tribunal penal internacional sin interrogar al Estado acerca de si acepta o no esa sumisión por la vía de un acto formal de cesión o transferencia (Ver S. Oeter, *«Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens. Ein Beitrag zu den Fragen der kollektiven und individuellen Verantwortlichkeit für Verletzungen des Humanitären Völkerrechts»*, en: **ZaöRV** 53 (1993), pp. 2 a 48, 34 y ss.; Oellers-Frahm, *supra* nota 2, pp. 417, 418). Para críticas adicionales, desde el punto de vista serbio, ver D. Cotic, *«Introduction»*, CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 223 a 236, 233.

16 Ver Oellers-Frahm, *supra* nota 2, pp. 417, C. Tomuschat, *«International criminal prosecution: the precedent of Nürnberg confirmed»*. CLF vol. 5, N° 2 y 3 (1994), pp. 237 a 247, esp. 241 y 242 (también para el establecimiento sobre la base del cap. VII de la Carta de la ONU). Para más detalles respecto a las obligaciones de perseguir ver también K. Ambos,

midad de un TPIP depende, básicamente, del reconocimiento que de su jurisdicción hagan el mayor número de Estados posibles. La aceptación global constituye un pre-requisito indispensable que habrá de redundar en el efectivo cumplimiento de las sentencias que se dicten. Frente a estos antecedentes, el modelo del CS se presenta como una especie de medida de coerción que sólo se justifica en casos excepcionales que reclaman de una jurisdicción *ad-hoc* para satisfacer una situación manifiesta de necesidad internacional (como ocurrió en el caso de Yugoslavia) o cuando la demanda proviene de un nuevo gobierno (como ocurrió en el caso de Ruanda). De hecho el establecimiento de un tribunal internacional *ad-hoc* se puede fundar en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas con argumentos bastante convincentes.[17] Por otro lado, el modelo del tratado no prevé el establecimiento de un TPIP como un órgano de la ONU, más bien -y en ello reside una importante diferencia-, requiere que ese tribunal se establezca como un órgano adicional al resto de los de la ONU y sobre la base de un tratado (así como ocurre con la CIJ; comparar el Art. 7° parágrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas con el Art. 1° del Estatuto de la CIJ).[18] Con base en los recientes comentarios formulados por los representantes de las delegaciones ante el Comité *ad-hoc* de la ONU, parece claro que un tribunal de esas características sería establecido como un «órgano judicial independiente originado en un tratado multilateral».[19]

En segundo lugar, surge la pregunta acerca de la jurisdicción por razón de la materia del TPIP (*subject matter jurisdiction*). ¿Sólo deben

Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» *in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht* (con sumario en inglés), Freiburg/Br. (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), 1997, pp. 163 y ss. (próximamente publicada en castellano por CIEDLA, Buenos Aires, de. Dyke, Medellín, y por la Comisión Andina de Juristas, Lima).

17 Cf. *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Appeals Chamber), Decision in Prosecutor vs. Dusko Tadic, 2/10/95, en 35 I.L.M. 32 (1996), 32 y ss. (También HRLJ 1995, 437). Para un análisis crítico que se ocupa de la base legal ver: J.E. Alvarez, *«Nuremberg revisited: The Tadic case»*, 7 EJIL (1996), pp.245 a 264.

18 Ello, ciertamente, requiere de una modificación de la Carta de las Naciones Unidas (Jaenicke, en cuanto al Art. 7°, nota marginal I y s., en: Simmo, *supra* nota 13; Schutte, *supra* nota 2, p. 447)

19 Informe del Comité *ad hoc*, *supra* nota 7, par. 15; cf. También *Crawford*, 1995, *supra* nota 4, pp. 409 y 410.

estar incluídos aquellos crímenes que «pertenecen sin duda alguna al Derecho consuetudinario»[20] -como lo estatuyó el CS y con algo más de extensión como lo hizo la CDI y el Proyecto Alternativo (Art. 20º parágrafo 1)- o sólo los delitos tipificados en los instrumentos internacionales?[21] En este punto existe una relación inversamente proporcional entre el número de hechos incluídos y el número de países aceptantes: a mayor cantidad de conductas incluídas bajo esa jurisdicción menor será el número de países que querrán aceptarla.[22] Este problema puede ser reducido remitiendo todos los delitos que (únicamente) se encuentran reconocidos por tratado a una jurisdicción *ad hoc* con la consecuencia de que las partes en el Estatuto puedan, todavía, decidir si desean aceptar la jurisdicción del TPIP caso por caso. La jurisdicción más importante (inherente/originaria) exclusiva que implica una aceptación *ipso facto* de la jurisdicción del TPIP con el acto por el que se es parte del Estatuto debe limitarse a los crímenes más importantes que conciernen a la comunidad internacional. Esta es la posición de la CDI[23] y la de la mayoría de los Estados que participan en el actual debate.[24] Es prácticamente una salida de compromiso entre lo políticamente posible en lo inmediato y los objetivos legales a largo plazo: «Podemos comenzar con el establecimiento de un tribunal con un modesto esquema de jurisdicción, con la expectativa de que algún

20 Doc. NU S/25704, par. 34. Esto incluye los delitos referidos en las notas 85 a 103. Uno debe recordar que el correspondiente Art. 2-5 del Estatuto de Yugoslavia no creó derecho sustantivo sino que sólo definió el alcance de la materia sujeta a la jurisdicción del Tribunal (Tomuschat, *supra* nota 16, pp. 242 a 243).

21 Así Bassiouni, *supra* nota 1, pp. 33 y ss. Ver también Art. 20º par. 2 Proyecto de la CDI y Art. 20º Proyecto Alternativo, *supra* nota 6610, con anexo que omite incluir algunos delitos mencionados en los tratados en adición a los cuatro grupos de delitos (ver notas 87 y ss.).

22 Por ello, hubo consenso en la XIV Conferencia de Derecho penal internacional en que «la competencia de un tribunal de esa clase debería encontrarse limitada a los delitos internacionales políticamente menos importantes» (O. Triffterer, *«Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht»*, en: **Zeitschrift für Rechtsvergleichung 30** (1989), pp. 83 a 128, esp. 123).

23 Ver parágrafo 2 del preámbulo del Proyecto de la CDI: «Enfatizando que un tribunal de esa clase es concebido para ejercer su jurisdicción sólo respecto de los delitos más serios que conciernen a la comunidad internacional como un todo»: (resaltado en el original; Informe de la CDI, *supra* nota 4, par. 91, pp. 44).

24 Cf. Informe del Comité *ad hoc*, *supra* nota 4, par. 54, 91; Crawford, 1995, *supra* nota 4, p. 410.

día se convierta en la clase tribunal internacional que muchos de nosotros deseamos».[25] La jurisdicción *ad hoc* tendrá la función de ir ganando la confianza de los Estados y de convencerlos de la necesidad de establecer un TPIP a fin de obtener la aceptación general de su jurisdicción a largo plazo.[26]

No obstante, la mera referencia a instrumentar un tratado internacional no es convincente y encierra el riesgo de minimizar la función del tribunal.[27] Este método, la llamada «propuesta-tratado», puede incurrir en contradicciones si el carácter convencional de un crimen en particular se considera como la base o el indicio decisivo. Hay crímenes que no se encuentran reconocidos por la comunidad internacional a pesar de su codificación en tratados internacionales como, por ejemplo, las actividades mercenarias. Asimismo, también hay crímenes previstos en los tratados que son menos graves que otros no incluídos pero que, sin embargo, se encuentran reconocidos en el Derecho Internacional consuetudinario. A pesar de ello, estos crímenes no incluidos en los tratados –de acuerdo con la «propuesta tratado»- no estarían dentro de la jurisdicción del TPIP. Por ejemplo, Bassiouni incluye dentro de la jurisdicción «crímenes» convencionales relativamente menores y prácticamente irrelevantes, como «delitos contra la navegación civil internacional», «delitos de drogas»[28] y «co-

25 Bassiouni, *supra* nota 1, p. 19 (traducción del inglés). Ver también ibid., pp. 57 y ss., el comentario del Art. 19º del Proyecto Bassiouni; allí se sostiene, correctamente, que la jurisdicción exclusiva originaria es «la dificultad política más difícil de superar» (p. 59).

26 Ver Bassiouni, *supra* nota 1, p. 61: «Este enfoque crea un aliciente para los Estados/partes a experimentar con la jurisdicción del Tribunal y eventualmente a ganar la confianza necesaria para acudir más frecuentemente al Tribunal». (Traducción del inglés).

27 Cf. Inofrme del Comité *ad hoc, supra* nota 7, parágrafo 81.

28 Ver también el apéndice II en cuanto al Art. 20º e) del Proyecto de la CDI, incluso Art. 3º (I) de la Convención de Viena sobre Drogas de 1988 (Informe de la CDI, *supra* nota 4, parágrafo 91, pp. 155 a 157). Esta previsión no hace más que establecer una distinción respecto de las diversas conductas que abarcan desde el cultivo, la mera posesión y el tráfico, con consideraciones sobre la sustancia -drogas blandas o duras-. Más allá, las convenciones existentes en materia de drogas no contienen normas lo suficientemente claras para ser aplicadas (ver K. Ambos, ***Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien -eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer, unter besonderar Berücksichtigung der Drogengesetzgebung***, Freiburg/Br. 1993, p. 128). Someter los delitos de drogas a la jurisdicción de un TPIP no sólo conduciría a una devaluación del concepto de delito sino que, inmediatamente, a un congestionamiento de trabajo. (Cf. Crawford, 1994, *supra* nota 4, p. 146 y Bassiouni, en: igual, *supra* nota 1, pp. 98 y 99).

mercio internacional de materiales obscenos», pero no incluye ejecuciones ilegales y desaparición de personas.[29] El argumento meramente formal acerca de que en los últimos tratados los crímenes mencionados en segundo lugar no se encontraban previstos es inconcebible; por su gravedad ya se encuentran comprendidos dentro del Derecho Internacional consuetudinario y son materia de persecución y castigo.[30] Más aún, algunos delitos tipificados en los instrumentos internacionales son frecuentemente muy vagos como para poder ser directamente aplicados en el Derecho nacional; es por ello que se requiere de un proceso interno de transformación.[31] Si uno desea incluir todos los crímenes reconocidos internacionalmente no se debe limitar a los tratados internacionales. Lejos de ello, es mucho más consistente extender la materia que se encontrará sujeta a la jurisdicción del TPIP sólo a aquellos crímenes cuyo reconocimiento por el Derecho Internacional general, incluída la costumbre internacional, se encuentra fuera de toda discusión, con independencia de su tipificación en instrumentos internacionales.[32] Esta propuesta no implica una disminución cualitativa frente al aumento cuantitativo de la «propuesta tratado»; en especial si los crímenes contra la humanidad, reconocidos en todos los estatutos, son interpretados de manera amplia. En conclusión, la propuesta combinada que realizan tanto la CDI como en el Proyecto Alternativo (Art. 20º) se presenta como más convincente.[33] Adoptar

29 Los 24 «delitos» mencionados en el Proyecto de Bassiouni se basan en 316 instrumentos internacionales (Bassiouni, *supra* nota 1, p. 40). Respecto a la necesidad de distinguir entre delitos internacionales de una manera más limitada en este contexto, ver, también, Triffterer, *supra* nota 22, pp. 103 a 112 (criticando la ausencia de diferenciación en el proyecto de Bassiouni de 1980).

30 Ver referencias en la nota 16.

31 Ver Crawford, 1994, *supra* nota 4, p. 143.

32 Sin embargo, ello genera otros problemas debido a que el número y el contenido de los delitos internacionales reconocidos se encuentra altamente debatido. Por ello, el «Grupo de Trabajo» de la CDI fue de la opinión que «las posibles controversias sobre la identificación o contenido de los delitos alcanzados por la ley internacional requieren de un tratamiento con mayores precauciones que aquellas dadas a los delitos basados en tratados [...]" (Crawford, 1994, *supra* nota 4, p. 145).

33 La inclusión del «delito» de «agresión», sin embargo, se presenta como problemática. La disputa en torno a la definición de agresión impidió que la CDI pudiera trabajar por más de 20 años. Como la resolución correspondiente de la AG tampoco clarifica este punto, el Proyecto de la CDI determina que un reclamo sobre la base de una agresión requerirá de una resolución constitutiva del CS Art. 23º Par. 22 i.V.m. 20 Par.21 (b); ver también Crawford, 1994, *supra* nota 4, p. 147; Graefrath, *supra* nota 2, pp. 305 y ss. y más adelante nota 75.

esa propuesta es, por razones de certeza, seguramente, preferible a incluir en un anexo al Estatuto la lista de los crímenes incluídos en los tratados.[34]

Un punto posterior a considerar es el de la relación entre el TPIP y las jurisdicciones nacionales. La CDI sigue el «principio de complementariedad» estableciendo en su preámbulo que el TPIP debe «ser concebido como complementario al sistema de administración de justicia nacional en aquellos casos en los que el proceso judicial no sea viable o no sea efectivo».[35] Aunque el principio forma parte del contexto en el que el Estatuto debe ser interpretado, sus consecuencias prácticas no son muy claras. Esta cuestión, que es central, sólo ha sido señalada de forma indirecta dentro del texto del Proyecto[36] (Art. 35º). Consecuentemente, algunos Estados entienden que es «una fuerte presunción en favor de las jurisdicciones nacionales» y otros, no.[37] La pregunta clave es la de determinar en qué casos el TPIP habrá de «complementar» la jurisdicción nacional o, para utilizar las palabras de la CDI: ¿cuándo un procedimiento judicial no es «viable» o «efectivo»? La cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la de la jurisdicción de un TPIP por razón de la materia y con el papel que la jurisdicción nacional puede jugar en el caso concreto. Extremando las consecuencias del principio de complementariedad se puede afirmar que la jurisdicción del TPIP se reducirá a unos pocos delitos especialmente graves (*«hard core crimes»*).[38] En estos casos, la intervención del TPIP dependerá del funcionamiento del respectivo sistema de administración de justicia penal nacional. Si no funciona en absoluto, por ejemplo, si no existe la capacidad ni la voluntad de investigar seriamente, la jurisdicción del TPIP puede ser invocada. Si, en principio, la administración de justicia nacional «funciona», por ejemplo, si investigaciones, más o menos serias, con iniciadas, el problema que se presenta como de difícil solución es el de poder establecer la línea que separa una investigación «suficiente» de otra «insuficiente», ya que la

34 Ver, por ejemplo, la lista del Art. 20º e) del Proyecto de la CDI referido a 14 tratados (Informe de la CDI, *supra* nota 4, Par. 91, pp. 147 a 161).

35 Informe de la CDI, *supra* nota 4, Par. 91, p. 44 (traducción del inglés).

36 Cf. Art. 31º de la convención de Viena sobre los Tratados (Doc NU. A/Conf.39/11add.2, 1971, p. 287).

37 Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, parágrafos 29 a 37 (traducción del inglés).

38 Sobre estos delitos ver *infra* notas 92 y ss.

segunda determinará la competencia del TPIP. En el comentario que la CDI realiza en el preámbulo se establece que «[...] se entiende que operará en aquellos casos donde no existan perspectivas [...] de que las personas sean llevadas efectivamente a juicio ante las cortes nacionales».[39] Los Estados sólo señalaron que «la intervención del tribunal donde se encuentre funcionando un sistema de administración de justicia (pero) que es utilizado como una pantalla, requiere de consideraciones muy cuidadosas».[40] De aquí se puede concluir que deberemos enfrentarnos a un TPIP[41] complementario o «suplementario», cualquiera que sea el verdadero significado del término.

2.2 Procedimiento y otras reglas[42]

Las reglas de procedimiento siguen el sistema acusatorio en tanto el órgano de persecución investiga y prepara la acusación. El tribunal, por su parte, interviene en una especie de procedimiento intermedio, a más tardar tras la presentación de la acusación. En un modelo «tratado» se presenta la cuestión acerca de si el CS por sí, independientemente de un Estado miembro, puede iniciar procedimientos sobre la base de una medida enmarcada dentro del capítulo VII de la Carta de la ONU.[43] Uno puede sentirse escéptico sobre la legitimidad de una acción de esa clase pero, en principio, no puede ser absolutamente excluída si se desea evitar la creación paralela de tribunales *ad hoc* por el CS en aquellos casos donde entienda que el TPIP no ha tomado la debida consideración de sus intereses.[44] La cuestión juega un papel importante para los procedimientos futuros ya que -por lo menos de acuerdo al Proyecto de la CDI (Art. 23° Par. 3)- un procedimiento que se originó debido a una situación enmarcada dentro del capítulo

39 Informe de la CDI, *supra* nota 4, parágrafo 91, p. 44 (traducción del inglés); ver también Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, parágrafo 42.

40 Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, parágrafo 45.

41 Crawford, 1995, *supra* nota 4, p. 415.

42 Ver el debate en general en el *Comité ad hoc* (Informe, *supra* nota 7, parágrafo 128 a 194).

43 Ver Art. 25° Par. 4 en conjunción con el Art. 23° Proyecto de la CDI; en forma similar en el Proyecto Alternativo *supra* nota 10. Para una visión crítica ver Graefrath, *supra* nota 2, pp. 307 y ss.

44 Cf. Crawdord, 1995, *supra* nota 4, ps. 413; Informe del *Comité ad hoc*, supra nota 7, parágrafo 120.

VII, no se habría iniciado sin la previa autorización del CS. Con carácter general la cuestión más importante a resolver consiste en lograr un equilibrio correcto entre la necesaria independencia del TPIP y el papel protagónico que el CS tiene en el mantenimiento de la paz y la seguridad a nivel internacional. Debe mencionarse que los Estados han sido particularmente críticos sobre el ejercicio de una jurisdicción exclusiva por parte del CS en los casos de agresión (Art. 23º Par. 2 del Proyecto de la CDI).[45]

En todos los otros casos, el fiscal debe probar *prima facie* que existe un caso y el tribunal debe determinar la admisibilidad de la acusación. No obstante, la CDI no ha previsto una definición para saber cuándo nos encontramos, *prima facie*, ante un caso. Debe recordarse que la mera acusación representa una seria injerencia en los derechos de la persona afectada; por ese motivo, la interpretación de cuándo nos encontramos, *prima facie*, ante un caso debe ser restrictiva. Por ese motivo, correctamente, el Proyecto alternativo lo definió como un estado «de credibilidad tal que pueda -si no es contestado por la defensa- ser base suficiente para condenar al acusado» (Art. 2º Pa. 2, trad. del inglés). Esta definición es similar a la denominada sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) utilizada en la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung*) como un requisito de la acusación.

Más adelante, el Art. 37º parágrafo 4 del Proyecto de la CDI prevé el establecimiento de una «cámara de acusación» especial que, sin embargo, no se encuentra en las previsiones generales relativas a las cámaras (Art. 9º). La función de esta cámara consistiría en llevar adelante un proceso escrito de evaluación de pruebas. El resultado de este «sumario» o «expediente de pruebas» puede ser utilizado en el juicio posterior. Este procedimiento es peligroso para el acusado y por ello sólo debería ser admitido si existió asistencia jurídica.[46]

El orden de la etapa del juicio tiene similar importancia. La lectura de la acusación y el informe, así como el examen personal y la declaración del acusado, se deben realizar antes de que se presenten las pruebas. La presencia del acusado es especialmente significativa para su

45 Ver recientemente la discusión en el *Comité ad hoc* (Informe, *supra* nota 7, Par. 71, pp. 120 a 126).

46 Art. 37º parágrafo 4 del Proyecto Alternativo *supra* nota 10. Cf. Informe del *Comité ad hoc*, Supra nota 7, parágrafo 168.

defensa. Son posibles diferentes soluciones. El Proyecto de la CDI y -de manera más restringida- el del Proyecto alternativo permiten el juicio *in absentia* (Art. 37° Par. 2);[47] no así los Estatutos para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Por razones prácticas, un juicio *in absentia* no puede ser prohibido de manera absoluta; ello, sin perjuicio de que las críticas legales y políticas que puedan suscitarse deben ser tomadas con la debida seriedad.[48] En todo caso, las excepciones sólo deben ser permitidas bajo circunstancias claramente establecidas. El papel correcto del tribunal -activo como en el sistema mixto- instructorio (*instruktorisch*) o pasivo como en el sistema de partes (*adversarial system*) puro- es otro tema de discusión.[49] Por último, debería llegarse a una combinación de los dos sistemas dominantes -el sistema de partes anglonorteamericano y el continental mixto-.

Todos los estatutos separan la etapa de juicio -concerniente a la culpabilidad del acusado- de la etapa de sentencia (*Schuldinterlokut*). Los que se encuentran a favor de esa clase de separación tienen en cuenta que ello evita que el tribunal -normalmente un jurado- decida respecto de la cuestión de culpabilidad incorrectamente influido por información relativa a las circunstancias personales del acusado (información que sólo es requerida a efectos del dictado de la sentencia); sin embargo, el TPIP no es un jurado y no puede sostenerse seriamente que ninguna información relativa a las circunstancias personales del

47 El Art. 37° parágrafo 2 del Proyecto de la CDI admite un juicio *in absentia* sólo como excepción [(a) «por razones de seguridad o de enfermedad», (b) «el acusado continuamente impida la celebración del juicio», (c)«Se ha fugado]. El Art. 37° Par. 2 del Proyecto Alternativo, *supra* nota 10, es más restrictivo, admitiendo el juicio *in absentia* sólo si «(a) el acusado expresamente a eludido su derecho de comparecer; (b) [...] continuamente impide el juicio; (c) luego del comienzo del juicio [...] se ha fugado de su custodia legal [...] o ha violado los términos de su caución».

48 De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Art. 14° (3) (d) de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prohibe un juicio *in absentia* si todo se realizó para informar y notificar debidamente al acusado (ver Mbenge v. Zaire, N° 16/1977, Decisiones seleccionadas del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional, vol. 2, UN-Doc. CCPR/C/OP/2, at 76ff.; ver también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Colozza v. Italy, 89 Eur. Ct. H.R., ser. A, 1985). Ver también el Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, Par. 164 a 167.

49 Ver la diferenciación en: W. Perron, «*Rechtsvergleichender Querschnitt*», del mismo (ed.), ***Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslandes***, Freiburg (Beiträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) 1995, pp. 560 a 567.

acusado llegará a conocimiento de los jueces de un tribunal internacional o que esa clase de jueces puedan ser influidos negativamente por esta vía. Por ello, la división del juicio en dos etapas se presenta como innecesaria.

Dada la ausencia de normas internacionales referidas al ámbito de las penas uno debe referirse a la ley nacional.[50] Es altamente improbable que existan niveles comunes en el plano internacional. Por ello, la mera referencia al encarcelamiento o a la multa como clases de pena (cf. Art. 47° del Proyecto de la CDI) sin especificar su duración o monto, puede lesionar el principio de *nulla poena*.[51] En este contexto, se presenta la cuestión general de la ley aplicable. Sólo habrá una solución satisfactoria si la ley aplicable en un caso particular se encuentra vinculada a la jurisdicción correspondiente al caso o si el propio Estatuto determinó claramente cuál es la ley aplicable. El CS ignoró esta cuestión en los Estatutos de los Tribunales *ad-hoc*. El proyecto de la CDI lo ha previsto pero de manera poco satisfactoria. Es poco clara la referencia a «este Estatuto; los tratados aplicables y los principios y reglas del derecho internacional» (Art. 33° a), b)), si, por otra parte, la discusión en torno a la delimitación de la materia que se encontrará sujeta a jurisdicción, demuestra que el número de leyes criminales universalmente reconocidas es muy limitado. Aún menos convincente es la referencia a «[...] toda regla del derecho nacional [...] aplicable extensivamente» (Art. 33° c)): la cuestión es determinar con qué extensión la ley nacional es aplicable en un caso concreto.[52] El Proyecto alternativo al menos expone genéricamente sus reparos

50 Esto es evidente si, como en el caso yugoslavo, el Estado afectado ha transformado los tratados internacionales en su derecho interno y ha establecido las correspondientes directrices para el dictado de sentencias. No obstante, desafortunadamente, el estatuto no se refiere a estas directrices para las sentencias sino sólo para la práctica en general (Oellers-Frahm, *supra* nota 2, p. 427).

51 El Proyecto Alternativo, *supra* nota 2, al menos prevé una sentencia mínima de no menos de un año y una multa apropiada. Ver también el Informe del Comité *ad hoc*, *supra* nota 7, Par. 187 a 190. No obstante, la doctrina dominante considera que el principio de *nulla poena* sólo requiere el establecimiento de una pena genérica; una indicación concreta de la clase, extensión o monto no es necesaria (cf. Triffterer, Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht, en: Hankel/Stuby, *supra* nota 2, pp. 169 a 269, allí también 218 y 219).

52 Para los comentarios críticos de los estados cf. Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, Par. 52/53.

del problema refiriendo, en este contexto, «a las cuestiones abiertas y elementos que deben ser regulados en una Parte General».[53]

Respecto de la ejecución de la sentencia se puede presentar la situación de que ningún Estado quiera alojar al sentenciado. ¿Quién querrá hacerlo con criminales como Karadzcic, líder de los serbio-bosnios o como el -recientemente fallecido- traficante de drogas colombiano Pablo Escobar? Para estos casos ningún estatuto presenta una solución convincente. A largo plazo es posible que la CDI establezca sus propias instalaciones penitenciarias en áreas extraterritoriales; no obstante, incluso bajo estas circunstancias, el país afectado deberá consentir los encarcelamientos dentro de su territorio.[54]

La referencia a liberaciones o previsiones de atenuación de la pena a nivel nacional implica el peligro de poder burlar la sentencia impuesta por el TPIP. Por ese motivo, en el Estatuto se deben incluir limitaciones derivadas del Derecho Internacional. Una remisión absoluta de una sentencia en casos de graves violaciones a los derechos humanos no puede ser permitida.[55] En todo caso, las decisiones relativas a concesiones parciales de disminución de la pena deberían ser tomadas por el propio TPIP.[56]

Más allá de los problemas teóricos y técnicos implicados, uno no debe perder de vista que el tema central en todo sistema procesal es de naturaleza político criminal: garantizar el apropiado equilibrio entre los derechos del imputado, o acusado, y la eficiencia de la persecución. Afortunadamente, parece existir consenso entre los Estados involucrados en este debate para que ese equilibrio sea asegurado.[57]

53 Proyecto Alternativo, *supra* nota 10, comentario al Art. 33º (trad. del inglés). Estos elementos fueron volcados en términos concretos a comienzos de 1996 (supra nota 11).

54 Esta es la tendencia del Proyecto Bassiouni como se sostiene en el comentario al Art. 28º: «El Tribunal podrá también alojar a sus condenados en sus propios centros de detención, que podrán ser establecidos por la Convención de conformidad con un acuerdo de alojamiento entre el Tribunal y el Estado donde el centro de detención se establezca» (Bassiouni, *supra* nota 1, ps. 79).

55 Ver Ambos. *Supra* nota 16, pp. 209 y s.

56 Art. 60º del Proyecto Alternativo, *supra* nota 10.

57 Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, Par. 132.

III El nivel sustantivo: observaciones sobre un Código Penal Internacional

3.1 Parte general

El concepto de delito utilizado en el Proyecto de Código de 1991 fue una marcada indicación de su carácter político.[58] En lugar de establecer una definición clara el Art. 1° se refiere a «delitos (bajo la ley internacional)». El Proyecto de Código de 1996, aunque no establece una clara definición, constituye un avance porque se refiere a los crímenes definidos en la parte especial y estos delitos han sido sustancialmente reducidos. Amenaza de agresión, intervención, dominación colonial, mercenarios y comercio ilícito de drogas han sido excluídos [para más detalles *infra* parte 2)].

La cuestión de cómo las circunstancias subjetivas de un acto criminal («motivos» en el lenguaje del Proyecto de Código de 1991 e «intención» en el de 1996) deben ser tratados no ha sido resuelto en forma satisfactoria. Afortunadamente, el Proyecto de Código de 1996 eliminó el confuso Art. 4° del Proyecto de 1991.[59] Los elementos subjetivos ahora se encuentran incluídos en las previsiones relativas a la responsabilidad individual por las que un individuo responde si él o ella «intencionalmente cometen esa clase de delito» [Art. 2° Par. 3 (a)]. Ello significa que la responsabilidad presupone, al menos, el dolo general previendo además que ciertos delitos requieren de un dolo específico (en particular el delito de genocidio). Sin embargo, todavía persiste alguna duda ya que el Art. 2° incluye una serie de previsiones que pueden conducir a atribuir responsabilidad meramente objetiva (por ejemplo, órdenes de comisión, omisión, ayudar, fomentar, participar directamente, incitar, atentar, etc.), sin aclarar si estas conductas requieren, también, de conocimiento y voluntad (dolo). Dado que hubo consenso en la CDI sobre la cuestión de que el dolo era un elemento necesario del delito y el desacuerdo existió únicamente sobre

58 Para la discusión en el marco de la CDI ver el Informe de la CDI, *supra* nota 4, parágrafos 109 a 117; e Informe de la CDI sobre los trabajos de la 47ª Sesión, 2/5 al 21/7/95, AG, registros oficiales, 50ª Sesión, suplemento N° 10 (A/50/10), Par. 47.

59 En el Art. 4° dice: «la responsabilidad [...] no se verá afectada por otros motivos [...] que no se encuentren alcanzados por el delito».

si ello debía ser expresamente explicitado, se puede argumentar que el requisito del dolo es evidente en sí mismo. En efecto, algunos miembros de la CDI consideran a los elementos subjetivos como una parte inherente de los crímenes internacionales y por ello no advierten la necesidad de establecer una norma explícita al respecto, mientras que otros desean incluirla explícitamente en la norma que regula la responsabilidad individual.[60] Así, la solución propuesta por el Proyecto de 1996 parece ser un compromiso en el sentido de que menciona expresamente el dolo general, pero no lo regula válidamente de manera independiente y general. Con respecto a la conducta negligente el nuevo Art. 2º parece dejar claro que no debe ser punible. Esto se corresponde con el Proyecto alternativo que incluye como elementos mentales sólo al «conocimiento» y a la «intención» (Art. 33-7).

En el campo de las eximentes *(defences)* es llamativo que las cuestiones relativas a las órdenes superiores y responsabilidad de los mandos superiores requieran tres artículos (Art. 5º a 7º), mientras que otras eximentes no son siquiera mencionadas. Esto se debe, parcialmente, a la experiencia práctica obtenida de los juicios por crímenes de guerra seguidos contra los nazis que mostraron claramente que la orden del superior es la defensa más utilizada.[61] Otras eximentes ni siquiera han sido consideradas por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (en adelante, Estatuto del TMI) ni por posteriores instrumentos internacionales.[62] Así, la historia legal ofrece argumentos de peso en favor de dejar al tribunal la decisión sobre la admisión de una eximente «de acuerdo con los principios generales del derecho a la luz de las características de cada delito» (Art. 14º del Proyecto de Código). Es claro

60 Ver 12º Informe del Relator Especial de la «Part I», Art. 1-14): Doc-NU A/CN.4/460 del 15/4/94 (46ª Sesión en 1994), Par. 30 y ss.; Informe de la CDI, *supra* nota 58, Par.49. Sobre los elementos generales del delito ver Triffterer *supra* nota 51, ps. 219 y ss.; Tomuschat, *supra* nota 5, pp. 286 y ss.

61 Ver para el Juicio de Nuremberg contra los mayores criminales de guerra: US-GPO, ***Nazi Conspiracy and Aggression***, Washington D.C. 1946-48, 9 vol.; para los doce juicios ante cortes militares de E.U.A. en Nuremberg: ***Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law*** Nº 10, vol. I-XV, Washington D.C., 1950-1953; para otros juicios: UN, ***War Crimes Commission*** (Comisión de la ONU para los Crímenes de Guerra), ***Law Reports of Trials of War Criminals***, vol. I-XV, London, 1947-1949.

62 Cf. CDI, *supra* nota 6, pp. 74 y pp. Referidos a genocidio, Convenciones de Ginebra y sobre «*apartheid*».

que los defensores querrán -como lo hicieron en Nuremberg y en los juicios posteriores- alegar eximentes provenientes del Derecho nacional. Entonces el tribunal tendrá que decidir sobre la validez general y la aplicación concreta de la eximente. La CDI, sin perjuicio de no mencionarlos en el proyecto, tiene cuatro eximentes en mente; defensa propia, intimidación o coerción, error de hecho y edad del imputado.[63]

La división final entre eximentes (Art. 14°) y circunstancias atenuantes (Art. 15°) -introducida para evitar las críticas de la vieja disposición que mezclaba los dos conceptos-[64] tiene en cuenta que los fundamentos de la justificación pertenecen a los elementos constitutivos del delito mientras que los que rigen en materia de atenuación deben ser considerados en el marco de la sentencia. Una separación posterior entre las eximentes (en relación a la justificación y a la excusa)[65] -aunque ha sido reconocida y discutida por la CDI-[66] no han sido consideradas necesarias. De esta manera, continuarán existiendo los problemas estructurales causados por un enfoque que no establece una diferenciación entre justificación y excusa, por un lado, y consideraciones respecto de la sentencia, por otro.

Con respecto a la orden del superior el Proyecto de 1996 enmendó el viejo y confuso Art. 11°[67] y tomó en cuenta una propuesta del *Drafting Committee* (basado en el Art. 8° del Estatuto del TMI). El Art. 5° excluye ahora la orden como una razón para la exención del castigo pero prevé la atenuación «si la justicia asi lo requiere» *(if justice so requires)*. El ajuste refleja el Derecho Internacional convencional y consuetudinario en la materia.[68] Sistemáticamente, sin embargo, la eximente basada en la orden del superior se ha convertido en una circunstancia atenuante (cf. Art. 15° del Proyecto de Código de 1996).

63 CDI, *supra* nota 6, pp. 3 y ss.

64 Eser, en: Bassiouni *supra* nota 5, pp. 48 y ss.; Robinson en: ibid., pp. 199 y ss.; 12° Informe del Relator Especial, *Supra* nota 60, Par. 135 y ss.

65 Ver Eser/Fletcher (eds.), ***Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse, comparative perspectives***, 2 vol., Freiburg 1987 y 1988 (Belträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

66 Cf. Informe de la CDI, *supra* nota 4, parágrafos 176 a 190, esp. 179; CDI, *supra* nota 6, p. 2.

67 Se encuentra previsto que el actuar bajo una orden no excluye la responsabilidad criminal si «en las circunstancias del momento era posible [...] no cumplir con la orden».

68 Cf. Ambos, *supra* nota 16, pp. 294 y s.

El Art. 6º mantiene la regla de responsabilidad de los mandos superiores (Art. 12º del Proyecto de Código del 1991) y el Art. 7º excluye la doctrina del acto del Estado (Art. 13º Proyecto de Código de 1991, basado en el Art. 7º del Estatuto del TMI).

Desde el punto de vista de los informes del Relator Especial la prohibición de retroactividad *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*, con base en los tratados internacionales de derechos humanos[69] se encuentra fuera de toda discusión. De esta forma, finalmente ha sido adoptado por el Proyecto de Código de 1996 (Art. 13º). No obstante, el sentido exacto del principio en el Derecho Penal Internacional no está totalmente claro.[70] El Art. 13º parágrafo 2 del Proyecto de Código de 1996 establece que solamente podrá ser perseguido el acto criminal que sea punible en el momento de su comisión «de acuerdo con la ley internacional o nacional», con independencia de la existencia de un TPIP.[71] Queda todavía una cuestión abierta relativa a qué actos criminales, en concreto -especialmente respecto de los denominados crímenes contra la humanidad-, se encuentran incluídos en esta afirmación general.[72] De acuerdo al parágrafo 2 del Art. 13º la punibilidad de un acto en la ley nacional es suficiente. Esto es obviamente correcto ya que la incertidumbre sólo existe respecto de la aplicación de la ley internacional. Ciertamente el Derecho Internacional contemporáneo no requiere de una detallada descripción escrita de una cierta conducta como criminal (como consideran los juristas del Derecho continental). Es suficiente que la ilicitud de una cierta conducta sea universalmente aceptada y, por ello, su castigo no será considerado ilegítimo. Ello fue reconocido en los juicios a los criminales de guerra

69 Ver Art. 15º ICCPR, 7 ECHR, 9 ACHR, 11 II Declaración Universal de los Derechos Humanos y Crawford, 1995, *supra* nota 4, p. 414.

70 Respecto de la importancia del principio del *nullum crimen* en el Derecho Penal Internacional ver la obra fundamental de O. Triffterer, ***Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg***, Freiburg 1966; recientemente Ambos, ***Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot***, Strafverteidiger 1997, pp. 39-43. Respecto de los delitos en particular ver notas 87 y ss.

71 Ver también Swart, en: Bassionuni, *supra* nota 5, p. 187.

72 Ver, por ejemplo, la nueva perspectiva empleada por T. Meron, «*International Criminalization of Internal Atrocities*», **89 AJIL** (1995), pp. 554 a 577, aplicando el principio del *nullum crimen* a un Art. 3º común y 11 Protocolo de las Convenciones de Ginebra (pp. 565 a 566).

nazis[73] y, recientemente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[74] No obstante, al menos una previsión del Proyecto de Código colisiona con la prohibición de retroactividad.[75]

Por otro lado, a la luz del principio de *nulla poena* nos debemos preguntar qué grado de claridad y definición deben tener las penas.[76] El Art. 3º del Proyecto de Código de 1996 deja la determinación de la pena al criterio del TPIP, sólo fijándole como límite o pauta de determinación que «el castigo sea mensurado en relación a la clase y gravedad del delito».

El Art. 7º del Proyecto de 1991 excluye la aplicación de la prescripción. Algunos Estados lo han criticado, manifestando que el concepto de delito del Proyecto de Código es demasiado extenso como para justificar la exclusión de la prescripción para todos los delitos regulados. El Relator Especial, por ese motivo, propone su eliminación;[77] el Proyecto de 1996 siguió esta propuesta. Desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional esta decisión es problemática ya que la obligación de perseguir ciertos delitos internacionales puede implicar la exclusión de la prescripción.[78] Por ese motivo, en vez de eliminar el artículo, la solución que diferencia los delitos de acuerdo a su gravedad[79] se presenta como más convincente.

---

73 Ver UN-*War Crimes Commission*, *supra* nota 61, 1949, vol XV, pp. 166 a 170.

74 Informe ECHR reports, series A, vol. 335-B y 335-C (SW v. UK; CR v. UK); cf. Ch Greenwood, «*International Humanitarian Law and the Tadic case*», 7 EJIL (1996), ps. 265 a 283, ps. 281; Meron, *supra* nota 72.

75 El Art. 16º refiere al delito de agresión (ver también notas 33 y 103). El CS determina -de acuerdo con el Proyecto de Estatuto de la CDI- su existencia. Esta determinación, no obstante, debe tener lugar luego de la comisión de la agresión, por ej. elementos constitutivos del acto se producen retroactivamente (ver. A. Eser, en: Bassiouni, *supra* nota 5, ps. 45 y Swart, en: ibid., pp. 188, 189; Tomuschat, *supra* nota 5, p. 278). Para la discusión crítica ver el Informe de la CDI, *supra* nota 58, parágrafo 67 a 70. Respecto de la violación del principio del *nullum crimen* por el Estatuto de Yugoslavia desde la perspectiva eslovena ver: Dolene, *supra* nota 58, pp. 458 y 459.

76 Ver lo dicho en *supra* nota 51.

77 12a Informe del Relator Especial , *supra* nota 60, Par. 81.

78 Explícitamente para el genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cfr. la correspondiente Convención de la ONU del 26/11/68 (UNTS volumen 754, p. 73); ver también el 12º Informe del Relator Especial , *supra* nota 60, parágrafo 78 y ss.

79 Ver Bassiouni, en: el mismo, *supra* nota 5, p. 163. La discusión inicial de la CDI también tomó esta dirección (cf. Informe de la CDI, *supra* nota 4, parágrafo 147/153, esp. 151, 152).

Las previsiones restantes se ocupan, en cierta medida, de cuestiones procesales. El Art. 11° que establece garantías procesales se encuentra basado en el Art. 14° del TPIP y es similar al Art. 41° del Proyecto de la CDI. Esencialmente se garantiza el juicio justo (*fair trial*). La regulación del principio *ne bis in idem* en el Proyecto de Código de 1991 (Art. 9°) ha generado muchas críticas. Ello se encuentra íntimamente ligado al principio de complementariedad antes mencionado debido a que, indirectamente, rige en la relación entre el TPIP y la jurisdicción local. Las críticas determinaron que el Relator Especial propusiera una reformulación basada en el Art. 10° del Estatuto de Yugoslavia y el Art. 42° del «Proyecto de Estatuto de la CDI».[80] Esta propuesta fue tenida en cuenta por el Proyecto de Código de 1996 (Art. 12°). El principio representa una indispensable protección para aquellas personas acusadas que ya han sido juzgadas por el TPIP; de esta manera no podrán ser juzgadas nuevamente por tribunales nacionales. Por otro lado no alcanza a personas que -por razones políticas- quedaron impunes ante sus tribunales nacionales y, efectivamente, merecen ser juzgadas. Las previsiones mencionadas resuelven el dilema garantizando una aplicación no restringida del principio *ne bis in idem* solamente en caso de una primera sentencia del TPIP; por otro lado, el TPIP puede proceder contra una persona juzgada por un tribunal nacional si ésta ha sido sentenciada sólo por delitos «comunes » en vez de delitos «internacionales»[81] o si el juicio no fue imparcial o si la acusación no fue seriamente presentada.[82] Adicionalmente, el Art. 12° del Proyecto de Código de 1996 -teniendo en cuenta la propuesta de la CDI- autoriza

80 Ver 12° Informe del Relator Especial, *supra* nota 60, Par. 89 y ss. (104). Para un enfoque crítico respecto del Art. 9° ver Swart, en Bassiouni, *supra* nota 5, p. 173 y ss.

81 La distinción entre delitos «ordinarios» e «internacionales», no obstante, no se encuentra en discusión ya que el Art. 14° Par. 7 ICCPR ya prohibe un segundo juicio si el acusado fue sentenciado «de acuerdo a la ley y el procedimiento penal de cada país»; por ejemplo: de acuerdo a la ley penal nacional (ordinaria) (veáse Crawford, 1994, *supra* nota 4, p. 149; Informe del Comité ad hoc, *supra* nota 7, Par. 179). Respecto al conflicto del Art. 10° del Estatuto de Yugoslavia con la Constitución de Eslovenia ver P. Dolenc, «*A Slovenian perspective on the statute and rules of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*», CLF vol. 5, N° 2-3 (1994), pp. 451 a 469. En favor de la regulación, ver Nsereko, *supra* nota 2, pp. 514, 515.

82 Graefrath, *supra* nota 2, pp. 301, 302 y 310/311. Esta clase de casos pueden también presentarse en el ámbito nacional en cuanto a remisiones de castigo, en particular amnistías, indultos y perdones, sean demasiado generosas. El Art. 42° Par. 2b del Proyecto Alternativo, *supra* nota 10, es por ello correcto al incluir estas medidas.

otro juicio ante un tribunal nacional si el mismo hecho fue cometido dentro del territorio del Estado afectado o si el Estado fue la «víctima principal» del hecho (Art. 12º Par. 2 (b)). Se deben tener en cuenta los períodos previos de encarcelamiento para evitar condenas excesivas (Art. 12º Par. 3). Esta previsión, de todas maneras, sólo se aplica al TPIP.[83] Por ello, sigue sin aclararse si los tribunales nacionales al iniciar un segundo proceso de acuerdo al Art. 12º Par. 2 (b) tendrán que tomar en consideración los períodos de encarcelamiento ya sufridos. La posición del acusado es -en relación a la incertidumbre que existe en este tema- extremadamente vulnerable.

Debe señalarse que todas estas reflexiones suponen la existencia de un TPIP. Ante la ausencia de un TPIP el rango del principio *ne bis in idem* es poco claro: son tantos los Estados que no lo reconocen que no puede sostenerse su validez universal.[84] En casos en que sea posible una múltiple persecución, la protección suficiente de los imputados sólo puede ser lograda si los Estados afectados acuerdan en un nivel diplomático -con base en una investigación ya iniciada- dónde deberá desarrollarse el juicio y dónde deberá ser ejecutada la sentencia.[85] Por ello, un Código Internacional debe contener un compromiso para efectuar consultas bilaterales a fin de evitar dobles juzgamientos; una detallada regulación del principio *ne bis in idem* debiera ser desarrollada y prevista en el Estatuto del TPIP.

Las cuestiones antes mencionadas se encuentran íntimamente relacionadas con el establecimiento de una jurisdicción nacional para crí-

83 El Art. 12º Par. 3 establece: «[...] el tribunal [...] tomará en cuenta la extensión de toda pena impuesta por un tribunal nacional [...] que ya ha sido cumplida»; «el tribunal» en este sentido quiere decir el TPIP, no una «corte nacional» (es igual al Art. 9º Par. 5 del proyecto del Comité del Proyecto, también al UN-Doc. A/CN. 4/L.506 del 22/6/95, de distribución limitada). Los miembros del Comité del Proyecto son: Alexander Yankov (*chairman*), Doudou Thiam, Husain Al Baharna, James Crawford, Gudmundur Eiriksson, Qizi He, Peter Kabatsi, Mochtar Kusuma-Atmadja, Igor Ivanovich Lukashuk, Guillaume Pambou-Tchivounda, Robert Rosenstock, Alberto Szekely, F. Villagran-Kramer, Edmundo Vargas Carreno y Chusei Yamada.

84 El 12º Informe del Relator Especial. *Supra* nota 60, parágrafos 97 y ss., en particular parágrafo 110, rechazando la aplicación de este principio. Ver también el Informe de la CDI, *supra* nota 4, Par. 162 y Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 75/lff.: sobre la validez del principio *ne bis in idem* en el Derecho Internacional Público). El Prof. H. Jung, no obstante, observa un incremento en la internacionalización del principio (*Zur «Internationalisierung des Grundsatzes ne bis in idem»*, en: **Festschrift Schüler Springorum, Köln**, 1993, pp. 493 a 502, 500).

85 Ver Swart, en: Bassiouni, *supra* nota 5, p. 180.

menes internacionales y cooperación internacional entre los Estados y, además entre un TPIP y los Estados. Mientras que el Proyecto de Código de 1991 omite esta cuestión el de 1996 contiene detalladas reglas al respecto. En principio, los Estados pueden perseguir a los sujetos que hayan cometidos crímenes internacionales -con la excepción de la agresión- en forma independiente de un TPIP (Art. 8º del Proyecto de Código del 1996). Si no los procesan deben extraditarlos a otro Estado que reclame su jurisdicción (Art. 9º, *aut dedere aut judicare*); no obstante, esto no cubre la transferencia o sumisión a un TPIP.[86] El Código Internacional puede servir como base legal para la extradición (Art. 10º Par.2).

3.2 Parte especial

Como fue mencionada más arriba, el Proyecto de Código no trae una definición precisa de delito pero remite a los delitos regulados en la parte especial. La reducción sustancial de los delitos de doce a cinco (agresión, genocidio, delitos contra la humanidad, delitos contra la ONU y su personal y crímenes de guerra)[87] es la respuesta a amplias críticas, como señaló el Relator Especial:

> « [...] el Relator Especial propone una lista más restringida [...] Ello es lo que la mayoría de los gobiernos desean. Para que un ilícito internacional se convierta en un delito comprendido en el código, no sólo debe ser extremadamente grave sino que la comunidad internacional debe decidir que se incluya. »[88]

86 CDI, *supra* nota 6, p. 51. Hay una clara distinción entre extradición (entre Estados) y transferencia o sometimiento (a un órgano internacional), ver por ejemplo el Art. 53º del Proyecto de Estatuto del TPIP y el Par. 3 de la *Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz* alemana (BGBI 1 1995, 485) y la motivación oficial (BTDrs. 13/57, S. 8, 10).

87 No obstante, el *apartheid* se encuentra incluido en el Par. (f) del Art. 18º bajo al discriminación institucional como un delito contra la humanidad y el daño al medio ambiente en el Art. 20º par. (g) como un crimen de guerra. En cuanto al terrorismo internacional ver nota 85.

88 El 13º Informe del Relator Especial (en Parte II, Art. 15-26), UN-Doc.A/CN.4/466 del 24/3/95 (47ª Sesión de 1995), Par. 4 (trad. del inglés). No obstante, el Relator Especial propuso incluir al terrorismo internacional y al tráfico ilícito de drogas. Varios miembros de la CDI rechazaron considerar «el tráfico ilícito de drogas» como un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad (Informe de la *CDI, supra* nota 58, Par. 112 a 118, 135, 140);

El criterio sustantivo para la reducción es que el delito, por un lado, sea reconocido por el Derecho Internacional consuetudinario y, por otro, que suponga una amenaza a la paz y a la seguridad internacional. Conforme al último criterio, dos de los delitos -agresión y genocidio- poseen por su naturaleza ese grado de amenaza para la comunidad internacional. Los tres restantes (delitos contra la humanidad, delitos contra las Naciones Unidas y su personal y crímenes de guerra) se encontrarían comprendidos sólo si reconocen el requisito adicional de haber sido cometidos en forma sistemática o a gran escala (cf. arts. 18º al 20º del Proyecto de Código de 1996).[89]

Para el primer criterio, el Derecho Internacional consuetudinario existente y los estatutos «oficiales»[90] se refieren a los siguientes cuatro grupos de crímenes internacionales: genocidio, agresión, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Uno puede subdividirlos en dos grupos.[91] El primero referido a los delitos que se reflejan en el Derecho Internacional existente, con sólidas bases en los tratados internacionales y definiciones suficientemente claras para ser aplicados a casos concretos. Este grupo incluye al genocidio y a los crímenes de guerra. El segundo grupo se refiere a los delitos que hace tiempo existen en el Derecho Internacional pero carecen de bases convencionales y de definiciones uniformes. Este grupo incluye a la agresión y a los crímenes contra la humanidad.

---

las críticas más importantes concernientes a «terrorismo internacional» consistieron en que su definición no era lo suficientemente precisa (ibid., Par. 105-111, 138, 140). No obstante, el terrorismo internacional puede encontrarse comprendido por el Art. 18º como un delito contra la humanidad cuando ese artículo refiere a su comisión por «cualquier grupo organizado».

89 El requisito utilizado de manera sistemática implica una política preconcebida. El requisito a gran escala hace referencia a actos dirigidos contra una multiplicidad de víctimas tanto como el resultado de una serie de ataques o de un solo ataque masivo (CDI), *supra* nota 6, pp. 94 y ss).

90 Art. 1-5 del Estatuto de Yugoslavia y Art. 20º del Proyecto de la CDI (*supra* notas 2 y 4). Ver también el sumario del Relator Especial de la discusión de la CDI (Informe de la CDI, *supra* nota 58, Par. 130). En los delitos en particular ver Triffterer, *supra* nota 51, pp. 176 y ss.; Tomuschat, *supra* nota 5, pp. 278 y ss.; McCormack/Simposon, *supra* nota 5, p. 13 y ss.

91 Para confrontar una visión diferente referida al Proyecto de Código en su totalidad, ver McCormack/Simpson, *supra* nota 5, pp. 13, 24, 42. El Relator Especial toma una aproximación similar (Informe de la CDI, *supra* nota 58, parágrafo 130-133).

* El delito de genocidio (Art. 17º del Proyecto de Código de 1996) tiene una sólida base en los tratados[92] y se encuentra universalmente reconocido constituyendo una norma de *ius cogens*.[93] Hubo amplio consenso acerca de su inclusión en el código[94] y bajo la jurisdicción de un TPIP.[95] Todo ello implica que el genocidio es punible directamente en el marco del Derecho Penal internacional.[96] Contra estos antecedentes existe una cuestión exclusivamente académica consistente en discutir si el genocidio constituye una categoría independiente o si cae bajo el catálogo de los delitos contra la humanidad.[97]

* Los crímenes de guerra incluyen, por un lado, las «violaciones graves» de la Convención de Ginebra y, por otro lado, (otras) «violaciones a las leyes y costumbres de la guerra». Las «violaciones graves» se encuentra en el Art. 50º de la primera, Art. 51º de la segunda, Art. 130º de la tercera y Art. 147º de la Cuarta Convención de Ginebra incluyendo, entre otros, el «homicidio doloso» y la «tortura o trato inhumano».[98] Las «violaciones a las leyes de las costumbres de la guerra» constituyen una categoría de Derecho consuetudinario que incluye, por ejemplo, «el empleo de armas venenosas u otras armas calculadas para causar un sufrimiento innecesario» o la «desconsiderada destrucción de ciudades [...] no justificadas por necesidades militares».[99]

92 La definición de genocidio corresponde al Art. 2º de la «Convención sobre la *prevención* y el castigo del delito de genocidio». Esta Convención es considerada la expresión del derecho internacional en la materia (McCormack/Simpson, *supra* nota 5, p. 13, 14).

93 Meron, *supra* nota 72, p. 558.

94 Informe de la CDI, *supra* nota 58, Par. 78-83, 130, 132.

95 Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, Par. 59.

96 Cf. Triffterer, *supra* nota 48, pp. 188 a 190. La criminalidad también proviene del hecho de que varios países convirtieron este delito en derecho nacional (interno) [ibid., p. Ej. 220 a) del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*)].

97 Claramente, los delitos contra la humanidad se solapan en una considerable extensión bajo el genocidio; por ello, hay fuertes argumentos en favor de subsumir éste en aquellos (cf. Meron, *supra* nota 72, p. 558; Triffterer, *supra* nota 48, pp. 188-190).

98 Las cuatro Convenciones de Ginebra entraron en vigencia el 21 de octubre de 1950 y tenían 188 Estados partes al 31/3/1997, tres más que la ONU. Los dos protocolos adicionales entraron en vigencia el 7 de diciembre de 1978; al 31/3/1997 el 1º vincula 147, el 2º 139 estados (ver internet: http://www.ICRC.Org/icrcnews/2cde.htm).

99 Ver también los arts. 2º y 3º del Estatuto de Yugoslavia, *supra* nota 2, así como el 13º Informe del relator Especial, *supra* nota 88, par. 110. Para un análisis crítico ver McCormack/Simpson, *Supra* nota 5, pp. 36 a 39; Triffterer, *supra* nota 48, pp. 177 a 187. Para el punto de vista de los Estados ver el Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, parágrafo 72 a 76. Para la discusión dentro de la CDI (ver su Informe, *supra* nota 58, parágrafos 98 a 103, 130, 132.

Se encuentra altamente debatido si las leyes y las costumbres aplicables en conflictos armados deben incluir, también, aquellos conflictos armados **no internacionales**, destacándose el Art. 3º de la Convención de Ginebra y el II Protocolo Adicional.[100] El Tribunal de Yugoslavia, invocó la práctica de Estados[101] que abarca desde la Guerra Civil española hasta los recientes conflictos de Somalia y Chechenia, argumentado en forma convincente que las leyes y las costumbres de la guerra en el sentido del Art. 3º del Estatuto también alcanzan al conflicto armado interno.[102] El Art. 20º Par. (f) del Proyecto de 1996 también incluye a los «actos cometidos en violación al Derecho humanitario internacional aplicable en conflictos armados de carácter no internacional» (sin resaltado en el original).

* Aparte de los ya mencionados problemas concernientes a la agresión,[103] la determinación de qué debe entenderse por acto de agresión se encuentra altamente debatida. Más allá de que no se pueda distinguir claramente entre «guerra de agresión», «acto de agresión» o «amenaza de agresión», todos términos contenidos en los arts. 15º y 16º del Proyecto de Código de 1991.[104] El *Drafting Committee* define la agresión como «uso de fuerzas armadas por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cual-

100 Ver especialmente Meron, *supra* nota 72, argumentando (p. 561), que «no existe justificación moral y una auténtica razón de persuasión, para tratar a los perpetradores de atrocidades en conflictos internos con mayor lenidad que aquellos involucrados en guerras internacionales». Ver también el Informe del *Comité ad hoc*, *supra* nota 7, parágrafo 74.

101 El Tribunal, no obstante, entenderá como prácticas del Estado las «palabras» utilizadas (sus pronunciamientos oficiales, los manuales militares y las decisiones judiciales) más que «escritos», ello debido a que es sumamente difícil -sino imposible- señalar con precisión el comportamiento actual de las tropas en el campo. (Prosecutor vs. Dusko Tadic, supra nota 17, Par. 99; ver también Meron, «*The continuing role of custom in the formation of internatinal huamnitarian law*», **90 AJIL** (1996), pp. 238-249, p. 239). Escéptico acerca de esta tendencia contraria a la interpretación tradicional de las prácticas del Estado, ver B. Simma, «*International human rights law and general international law: a comparative analysis*», en: Academy of European Law (ed.), ***Collected courses of the Academy of European Law***, vol IV (1995), libro 2, pp. 153 a 236, 216 y ss.

102 *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, *supra* nota 17, par. 86 y ss., Cf. Meron, *supra* nota 101, pp. 241-2; Greenwood, *supra* nota 74, pp. 279/280.

103 Ver *supra* notas 33, 75 y el texto correspondiente.

104 Cf. McCormack/Simpson, *supra* nota 5, p. 24 a 29; Triffterer, *supra* nota 52, pp. 202 a 207; Informe del Comité ad hoc, *supra* nota 7, parágrafos 63 a 71; para la discusión dentro de la CDI ver su Informe, *supra* nota 58, parágrafos 60 a 74, esp. 63, y 131, 132.

quier otra manera contraria a la Carga de las Naciones», limitando así las extensas definiciones utilizadas en el Proyecto de Código de 1991.[105] El Art. 16º del Proyecto de Código de 1996 adopta la definición de agresión contenida en el Art. 6º (a) del Estatuto del TMI sancionando a los líderes y organizadores que activamente participen u ordenen «la planificación, preparación, iniciación o apoyo de la agresión cometida por un Estado».

* Utilizando el título de **violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos** el Art. 21º del Proyecto de Código del 1991 esencialmente extiende el concepto de delitos contra la humanidad, como se encuentran definidos en el Art. 6º (c) del Estatuto del TMI, a todos los actos de esta naturaleza con independencia de las circunstancias en que han sido perpetrados.[106] Por ello, el Relator Especial propone emplear las categorías mejor conocidas de crímenes contra la humanidad[107] y el Proyecto de Código de 1996 las adopta en su Art. 18º. Por consiguiente, asesinato, exterminio, tortura, esclavización, persecución, discriminación institucionalizada, deportación, desaparición,[108] violación y otras formas de abuso sexual y otros actos inhumanos se encuentran incluidos.[109] Igualmente, los contenidos de esta categoría no se encuentran en discusión y la doctrina ha desarrollado varias definiciones.[110] La CDI en su comentario del Art. 20º del Proyecto de

105 Comité Proyectista, *supra* nota 83, Art. 15º. No obstante, la versión final queda por ser vista. Para la definición original ver la Resolución de la AG 3314 (XXIX) del 14.12.1974 (Registros Oficiales, 29a. Sesión, suplemento Nº 19, A/9619 y Corr. 1).

106 Cf. McCormack/Simpson, *supra* nota 5, p. 14, 15. Ver también Prosecutor vs. Dusko Tadic, *supra* nota 17, Par. 141: «establece la regla [...] que los delitos contra la humanidad [...] no requieren (tener) relación» a ningún conflicto en absoluto. Cf Meron, *supra* nota 101, p. 242; Greenwood, *supra* nota 74, p. 282.

107 13er Informe del Relator Especial, *supra* nota 88, 64-97; ver también Informe de la CDI, *supra* nota 58, parágrafos 87 a 97, 130, 133.

108 Ver el UNGA-*Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances* (Res. 47/133 del 18/12/1992) y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de personas del 9/6/1994 (OEA/Ser.P, AG/doc.3114/94 rev.1 del 8/6/1994).

109 Cf. Art. 5º del Estatuto de Yugoslavia, *supra* nota 3, y Art. 3º del Estatuto de Ruanda, *supra* nota 3.

110 Jescheck, por ejemplo, clasifica los delitos contra la humanidad con un subgrupo de los delitos contra el derecho internacional los que, de acuerdo con esta definición, representan delitos internacionales (EPIL, Instalment 8, 1985, p. 332). Bassiouni también los considera como «una categoría de delitos internacionales» refiriendo al Art. 6º c del Estatuto del TMI; al mismo tiempo critica el concepto por ser de una «estructura legal caótica con muchas cuestiones legales sin resolver» (***Crimes against Humanity in International Criminal Law***,

Estatuto realiza la siguiente definición: «[...] la definición de delitos contra la humanidad comprende actos inhumanos de diversa entidad incluyendo las violaciones **masivas y sistemáticas** perpetradas respecto de una parte o de toda una población civil. Lo que marca el contraste de esa clase de delitos reside en su naturaleza sistemática y a gran escala. Las formas particulares de actos ilegítimos [...] son menos cruciales para la definición que los factores de magnitud y política deliberada así como que se hayan perpetrado contra la población civil en todo o en parte [...] El concepto "dirigidos contra cualquier población civil", debe ser tomado como referido a hechos cometidos como parte de un ataque amplio y sistemático contra una población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares a los que se refiere la definición son actos deliberadamente cometidos como parte de esa clase de ataque».[111]

Esta definición -de acuerdo con el Art. 18º del Proyecto de Código del 1996- es lo suficientemente clara y ciertamente constituye un paso adelante. No obstante, dentro del entramado del reciente debate en el Comité *ad hoc* de la ONU se advirtió nuevamente que «ninguna convención contiene un reconocimiento general y una definición jurídica lo suficientemente precisa de delitos contra la humanidad».[112] Ello muestra claramente que todavía se requiere una definición más precisa.

Sin perjuicio de los problemas pendientes, se puede identificar un extendido consenso acerca de la inclusión de estos delitos en un Código Penal Internacional y la jurisdicción (respectiva) de un TPIP.[113] La inclusión del nuevo Art. 19º (delitos contra la ONU y su personal) se presenta como la más sorprendente. La misma es consecuencia del

---

Dordrecht 1992, pp. 47, 470, 480, 481). De acuerdo a Ferencz, los delitos contra la humanidad no representan «incidentes aislados sino, acciones de envergadura y sistemáticos, generalmente llevadios a cabo por autoridades oficiales que, por la dimensión de su brutalidad, convocan a la comunidad internacional al agredir y ver peligrar la conciencia humanitaria» (EPIL, Instalment 1, 1992, pp. 869, 870). Ver también Triffterer, *supra* nota 51, ps. 187 a 202; McCormack/Simpson, *supra* nota 5, pp. 14 a 24.

111 Sin resultado en el original (Informe de la CDI, *supra* nota 4, par. 91, p. 76; trad. del inglés).

112 Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, parágrafo 78 (trad. del inglés). Cfr. también Informe de la CDI, *supra* nota 58, parágrafo 88.

113 Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, parágrafos 59, 63, 72, 77; Informe de la CDI, *supra* nota 58, par. 130, 140.

incremento de ataques contra el personal de la ONU que condujo a la Asamblea General a adoptar la correspondiente Convención[114] y al Secretario General a demandar protección adecuada para su personal.[115] La previsión es ciertamente un signo político; uno se pregunta, no obstante, si efectivamente es realmente necesario dotar de un trato privilegiado al personal de la ONU cuando los ataques en cuestión ya se encuentran incluídos en otros delitos y el personal de la ONU se encuentra en las zonas de conflicto armado en la misma posición que el resto de la población civil.

IV. Perspectivas futuras

De momento, el futuro del Estatuto para la constitución de un TPIP y el establecimiento de un Código Penal Internacional es difícil de predecir. La Comisión Preparatoria fue, como inicialmente se señaló, establecida con el propósito de combinar «discusiones posteriores en la elaboración de los textos, con miras a preparar un texto consolidado para la constitución de un TPIP como un nuevo paso tendente a ser considerado por una conferencia plenipotenciaria».[116] Su primer proyecto se ocupó de «los principios generales de la ley penal»[117] combinado con el -ciertamente mejorado- Proyecto de Código de 1996, y trató tanto de incorporarlo en un Estatuto como de separar claramente las normas sustantivas de las procesales. En cualquier caso, la ley penal sustantiva requiere un mayor desarrollo que -a pesar de que es un esfuerzo difícil de llevar adelante el de redactar una parte general que convenza tanto a los juristas del *Common Law* como a los del Derecho continental- no será imposible.[118] Tomándolo como se encuentra, el Proyecto de Código de 1996 puede ser adoptado bajo la forma de una Convención por la AG o por una conferencia de Estados, en la forma de una declaración de la AG o, como ya se mencio-

114 Resolución de la AG 49/59, del 9/12/1994.

115 Informe de la CDI, *supra* nota 6, pp. 104 y ss.

116 Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, parágrafo 257 (trad. del inglés).

117 *Supra* nota 8.

118 Desde una óptica escéptica, ver también Tomuschat, *supra* nota 5, p. 291; McCormack/Simpson, *supra* nota 5, p.46; ver, por otro lado, el punto de vista aparentemente optimista de Crawford, 1995, *supra* nota 4, p.415.

nó, incorporándola en el Estatuto. Aunque no exista un acuerdo formal en los aspectos de tiempo, una conferencia de Estados probablemente se llevará a cabo en 1998 luego de las tres reuniones de la Comisión Preparatoria en 1997.[119]

En todo caso una parte general relativamente sólida requerirá un análisis detenido de la jurisprudencia y los esfuerzos de codificación desarrollados desde Nuremberg, y que deberá apoyarse en un estudio legal comparativo para establecer los elementos estructurales fundamentales del Derecho Internacional Penal sustantivo moderno. Una investigación de esa clase llevará tiempo y es posible que sea un error político esperar a sus conclusiones.

Finalmente, a pesar de la euforia que rodea ciertos desarrollos políticos positivos, no debe perderse de vista que la internacionalización del Derecho Penal, en particular la creación de mecanismos de justicia penal internacional, sólo alcanzarán sus expectativas si las competencias respectivas e, incluso, si las obligaciones de perseguir ciertos actos definidos como «crímenes internacionales», son internalizadas; por ejemplo, reconocidas y aceptadas por los fiscales, los acusados y las víctimas como materialmente válidas y legalmente justas.[120] Los particulares, como opuestos al Estado, no pueden iniciar procedimientos ante un TPIP.[121] Por Ello, el mantenimiento y mejoramiento de los mecanismos de protección existentes, como los procedimientos de quejas individuales basados en las convenciones internacionales de derechos humanos (protocolos adicionales), remedios del derecho civil[122] y cooperación interestatal en materia penal,[123] pueden servir en

119 Informe del *Comité ad hoc, supra* nota 7, par.252; Informe de la PrepCom, *supra* nota 9, parágrafos 368, 370.

120 Respecto de la discrepancia entre «internacionalización» e «internalización» en el contexto exclusivo de los derechos humanos ver Simma, *supra* nota 101, p. 191.

121 En este sentido, la cruel ironía de la protección internacional de los derechos humanos, como fue señalado por Reisman/Koven Levit es mantenida sin perjuicio del reconocimiento de responsabilidades individuales «*Reflections on the problem of individual responsability for violations of human rights*», en: Cançado Trindade (ed.), ***The modern world of human rights. Essays in honor of Thomas Buergenthal***, San José (IIDH) 1996, pp. 419 a 436, p. 421).

122 Ver S. Walther, «*Private» Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen: GrenzüberschreitendeDenkanstöBe zum internationalen Strafrecht*», en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (eds.), **Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60.** Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, pp. 229 a 247.

123 En cualquier caso, el principio de complementariedad implica la delincuencia inter-

ciertos casos a la causa de los derechos humanos mucho más que lo que ofrecen «soluciones empaquetadas» del Derecho Penal Internacional; soluciones que, con demasiada frecuencia, tienden a fallar debido a la ausencia de voluntad política por parte de la comunidad de Estados para hacerlas operativas.

nacional y el nivel de cooperación judicial entre los estados no perderá su importancia (ver por ejemplo la discusión en el *Comité ad hoc*: Informe, *supra* nota 7, Par. 39-51, 195-243).

Cuadro comparativo de las disposiciones más importantes de los estatutos proyectados para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP)

	Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (1993/94)1	Proyecto de la CDI (1994)	Proyecto altenativo (1995)
Naturaleza jurídica/estructura	Establecimiento como órgano subsidiario (Art. 29º Carta de las NU) con base en el Cap. VII de la Carta de la ONU. Dos tribunales de juicio (1ª instancia) y cámara de apelación con dos salas, fiscal, registro (arts. 11º al 17º).	Tratado: TPI permanente/ ... Presidencia, juicio y cámara de apelación, fiscal, registro (arts. 1º al 19º, 22º).	Como en el Proyecto de la CDI
Jurisdicción		Prerequisitos: planteamiento del Estado (arts. 21º al 25º) o por decisión del CS (Art. 23º) [«etapa instructoria»]; luego decisión del Tribunal (Art. 24º); determinación de la posible jurisdicción (Art. 34º) y discrecionalidad del Tribunal para ejercer su jurisdicción para casos menos graves cuando el Estado haya realizado un proceso (Art. 35º).	En principio como en el Proy. de la CDI, pero se le reconoce al Estado la posibilidad de cuestionar y el papel del CS se encuentra en discusión (Part. III).
-Materia sujeta a jurisdicción	graves violaciones de las Convenciones de Ginebra,2 violaciones de las leyes o a las costumbres de la guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad; sin enumeración taxativa (arts. 1º al 5º)	«delitos» específicos (genocidio, agresión, violaciones a las leyes de la guerra, crímenes contra la humanidad) y delitos previstos en tratados «con relevancia internacional» (Art. 20º);3 jurisdicción *ipso iure* en materia de genocidio.	En principio como en el Proyecto de la CDI, pero con una exacta determinación de los delitos y con un anexo relativo a otros delitos que pueden ser adicionados.
-Jurisdicción personal	personas físicas que hayan «planeado, instigado, ordenado, cometido o de cualquier otra manera ayudado [...] en la planificación, preparación o ejecución» de los delitos mencionados; exclusión del «acto del estado» y la doctrina de la «orden del superior» (arts. 6º al 7º).	Toda persona física (ex Art. 21º parágrafo 1)	Como en el Proyecto de la CDI

[1] Los estatutos aprobados por las dos resoluciones se refieren a la antigua Yugoslavia y Ruanda y son prácticamente idénticos; por lo tanto, una discusión separada solo es necesaria en aquellas pequeñas áreas donde las resoluciones difieren. El análisis se basa en la resolución 827 de Yugoslavia (las «reglas sobre procedimiento y prueba» no son tenidas en consideración).

[2] La resolución 827 se refiere a las «graves violaciones» de las Convenciones de Ginebra y a las leyes y costumbres de la guerra, mientras que la resolución 955 se refiera al artículo común 3º de las Convenciones de Ginebra y al segundo protocolo adicional, ya que el conflicto de Ruanda es considerado como «no-internacional».

[3] Ver los tratados en los anexos, en particular las Convenciones de Ginebra, sobre tortura (1984) y sobre narcotráfico (1988).

	Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (1993/94)1	Proyecto de la CDI (1994)	Proyecto altenativo (1995)
-Jurisdicción territorial/temporal	Territorio de la antigua Yugoslavia/del 1/1/91 hasta el restablecimiento de la paz y la seguridad2.	Ilimitada en principio, sujeta a la aceptación de la jurisdicción por el Estado (Art. 22º).	Como en el Proyecto de la CDI
-Jurisdicción nacional?	En principio, jurisdicción concurrente, pero con primacía del TPIP en caso de conflicto de competencia (Art. 9º).	Primacía del TPIP en los supuestos de la materia sujeta a su jurisdicción (Ex. 51 y ss), si no complementario (Art. 35º, ver más arriba y el preámbulo).	Como el Proyecto de la CDI
Procedimiento			
-Etapa instructoria	Investigación y acusación a cargo de un fiscal, revisión y posibles medidas de coerción por un juez de la cámara de apelación (arts. 18º y 19º).	Investigación y acusación a cargo del fiscal, revisión y posibles medidas de coerción por la «Presidencia» (arts. 25º al 31º).	En principio como el Proyecto de la CDI, sólo pequeños cambios (ver más adelante).
• Investigación	*Ex officio* o con base en «información [...] de cualquier «fuente».	Con base en la denuncia formulada por un Estado parte de la Convención sobre Genocidio o -en el supuesto de otros delitos- haber aceptado la jurisdicción del Tribunal; o con base en una decisión del CS (Art. 25º parágrafo 4 en relación al Art. 23º)	Como el Proyecto de la CDI.
• Acusación	Sobre un caso *prima facie*; confirmación o rechazo del juez.	Con base en un caso *prima facie*; La «Presidencia» confirma, modifica o rechaza la acusación (ex 27 Par. 2); también revisa las decisiones negativas del fiscal (no acusar) cuando un estado lo reclama o el CS y puede requerir al fiscal que reconsidere su decisión. Se tiene en consideración el proceso nacional y la gravedad del delito (Art. 35º).	En principio como el Proyecto de la CDI, pero la definición de caso *prima facie* en el sentido de una fuerte sospecha de un acto criminal y el derecho a que las partes sean oídas (27 Par. 1, 2).
• Medidas coercitivas?	Sólo si es ordenada por el juez (p. ej. prisión preventiva); el fiscal sólo puede requerir las medidas de coerción y adoptar algunas medidas de investigación (p.ej. recibir declaración indagatoria).	Similar a las resoluciones del CS de la ONU, con previsiones más precisas, particularmente en cuanto a las condiciones de detención (Art. 28º).	Como en el Proyecto de la CDI.

[1] Los estatutos aprobados por las dos resoluciones se refieren a la antigua Yugoslavia y Ruanda y son prácticamente idénticos; por lo tanto, una discusión separada solo es necesaria en aquellas pequeñas áreas donde las resoluciones difieren. El análisis se basa en la resolución 827 de Yugoslavia (las «reglas sobre procedimiento y prueba» no son tenidas en consideración).

[2] La resolución 955 también se refiere a los territorios de los Estados vecinos respecto de los crímenes de ciudadanos ruandeses y es válida desde el 1/1 al 31/12/1994.

	Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (1993/94)	Proyecto de la CDI (1994)	Proyecto altenativo (1995)
Procedimiento en el juicio	arts. 20° y 21°	arts. 32° al 47°	arts. 32° al 47°
• Ley aplicable	?	Estatutos, tratados aplicables y reglas y principios generales del Derecho Internacional con «aplicación extensiva» en la ley nacional (Art. 33°)	Como en el Proyecto de la CDI pero presta mayor atención a los elementos que deben ser regulados en una «Parte General».
• Trámite	Lectura de la acusación, declaración del acusado, comparescencia, fecha del juicio.	Lectura de la acusación, aseguramiento de los derechos del acusado, su declaración (Art. 38°).	Como en el Proyecto de la CDI.
• Facultades del Tribunal	Detención del acusado, exclusión del público.	Exclusión del público, conducción de la audiencia, decisiones relativas a la prueba (Art. 38°).	Como en el Proyecto de la CDI.
• Pruebas	?	Declaraciones de los testigos de acuerdo a la ley nacional, incluyendo previsiones en materia de falso testimonio; el TPIP decide acerca de la admisibilidad y relevancia de las pruebas, no requiere pruebas de público y notorio; no es admisible la prueba obtenida ilegalmente (Art. 44°); es admisible en el juicio posterior la prueba grabada con asistencia de la cámara de acusación (Art. 37°).	Sus propias reglas en materia de pruebas; grabaciones de audio o video como prueba documental; se encuentra prohibido el uso de pruebas obtenidas mediante «serias violaciones» a los derechos humanos; derecho de los testigos a no testificar; sanciones posibles contra los testigos (44); «prueba grabada» sólo en caso de asistencia letrada (37).
- Juicio	Mayoría simple, deliberación en público, acompañada de fundamentación por escrito (Art. 23°).	Respecto de la culpabilidad y la sentencia; mayoría simple, la imposibilidad de llegar a un acuerdo determina un nuevo juicio; deliberaciones secretas, sentencia por escrito y deliberación en la sala de audiencias (Art. 45°).	Como en el Proyecto de la CDI.
- Sentencia	Sólo encarcelamiento; duración de acuerdo a la «práctica general» en la antigua Yugoslavia y a la gravedad del delito y a las circunstancias personales del autor; adicionalmente, orden de devolución de propiedades o efectos obtenidos con motivo de la conducta criminal (Art. 24°)	Encarcelamiento o multa, duración y cuantía de acuerdo a la ley nacional del condenado, el lugar de comisión del hecho y el Estado competente (Art. 47°); censura del proceso; consideración de la gravedad del delito y las circunstancias personales del autor (Art. 46°).	En principio como en el Proyecto de la CDI, pero con una pena mínima de un año de encarcelamiento y multa adicional (no como pena única); confiscación de los objetos y elementos provenientes del delito; cómputo del tiempo de detención en prisión preventiva (47).
Remedios Judiciales	Motivos para la apelación y la revisión (arts. 25° y 26°).	Motivos y consecuencias para la apelación y la revisión (arts. 48° al 50°).	arts. 48° al 50°.
- Apelación	En caso de una incorrecta interpretación del Derecho o de los hechos.	En caso de un juicio injusto (*imfair trial*), error en la interpretación del Derecho o los hechos: nueva decisión o juicio; en caso de que no exista proporcionalidad entre el delito y la sentencia: corrección de la sentencia (Art. 48°, 49°).	En principio como en el Proyecto, de la CDI pero: error de hecho sólo en caso de que el motivo de la apelación sea la «arbitrariedad» (*miscarriage of justice*); el fiscal y el acusado tienen el derecho a recurrir (48).

- Revisión	En caso de nuevas pruebas sobre los hechos que tengan entidad suficiente.	Similar a las Resoluciones del CS de las NU: la Presidencia puede requerir una decisión o un nuevo juicio por una cámara o trasladar la cuestión a la cámara de apelación (Art. 50°).	Como en el Proyecto de la CDI.
- Otros		Hábeas corpus durante la instrucción (Art. 29° Par. 3).	Como en el Proyecto de la CDI y un derecho adicional a recurrir las medidas adoptadas en la etapa de instrucción (48 Par. 1).
Ejecución de la sentencia	arts. 27° y 28°	Prerequisito: reconocimiento del proceso por los Estados partes (Art. 58°).	En principio como en el Proyecto de la CDI pero reforzando la obligación legal con la expresión «atenerse» (*abide*).
- Regla general	En un Estado de acuerdo a su ley y bajo la supervisión del TPIP	Similar a las resoluciones de la ONU si es imposible en el «Estado huésped» (Art. 59°).	Adicional a la CDI: aceptación formal del Estado; que no haya consentimiento del sentenciado; también aplicable a las multas y a las medidas de confiscación (59).
- Excepciones	Perdón o conmutación de la condena se encuentran sometidas al control del TPIP.	Perdón, excarcelación juratoria (*parole*) y conmutación de sentencias de acuerdo a la ley nacional con base en el requerimiento de un condenado por el TPIP (Art. 60°).	Sin remisiones de acuerdo a la ley nacional: la decisión sólo le corresponde al TPIP (60).
Derechos y garantías	*Ne bis in idem* (Art. 10°), etapa instructoria: derecho a un defensor (Art. 18° Par. 3); juicio: *fair trial* - garantías, que incluyen la presencia del acusado (Art. 20°); protección de testigos y víctimas (Art. 21°).	Independencia judicial (Art. 10°); etapa instructoria: derecho a guardar silencio, derecho a un defensor (Art. 26° Par. 6), en principio excarcelación a los 90 días (Art. 28° p. 2), notificación de la acusación (Art. 30°); juicio: *fair trial*, pero el acusado podrá ser juzgado en *absentia* (Art. 37° Par. 1-3, 38° Par.. 3, 40°, 41°); *nullum crimen* (Art. 39°), *ne bis in idem* (Art. 42°); protección del acusado, de los testigos y de las víctimas (Art. 43°).	Como en el Proyecto de la CDI con enmiendas en Art. 26° Par. 6, 37° (el juicio *in absentia* tiene mayores requisitos), 41° (derecho a controlar las pruebas por la defensa), 42° (no es aplicable en caso de exclusión de la punibilidad; teniendo en consideración otras sanciones), 43° (servicio para testigos y víctimas).
Otras disposiciones	Cooperación judicial y asistencia (Art. 29°)	Cooperación judicial y asistencia (arts. 51°-57°), especialmente el Tribunal puede requerir al estado medidas provisionales (Art. 52°).	Algunos cambios (arts. 51° al 57°).

Protección internacional de los derechos humanos: los mecanismos extra-convencionales de las Naciones Unidas

Miguel de la Lama Eggerstedt *

I Introducción

Uno de los instrumentos de más fácil acceso y más efectivos con que cuenta la Organización de las Naciones Unidas para proteger los derechos humanos en cualquier parte del mundo son los llamados mecanismos extra-convencionales, es decir, aquellos que derivan de mandatos concretos establecidos por resoluciones de la Asamblea General o de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo Económico y Social. Se trata de mecanismos abiertos a ciudadanos de todos los Estados y a organizaciones no gubernamentales de todas partes del mundo, sumamente flexibles en cuanto a las reglas de admisibilidad de las comunicaciones recibidas y de tramitación bastante rápida. Los mecanismos convencionales, es decir aquellos establecidos específicamente por tratados, son en cambio de más difícil acceso y de tramitación más lenta. Considérese entre estos últimos el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 14° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Los mecanismos extra-convencionales tienen su origen en la resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de

* El autor es Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Sus opiniones son expresadas a título estrictamente personal y no comprometen a la Organización ni al Grupo de Trabajo.

6 de junio de 1967. Mediante dicha resolución el ECOSOC autorizó a la Comisión de Derechos Humanos y a su Subcomisión a debatir en público sobre violaciones notorias de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los países en que persistían políticas oficiales de dominación colonial, discriminación racial, de segregación o de *apartheid.* A partir de entonces, se inicia una evolución que permite a la Comisión de Derechos Humanos examinar públicamente, año tras año, la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes.

El primero de los mecanismos extra-convencionales establecido por la Comisión de Derechos Humanos tuvo un ámbito geográfico. Se trata del Grupo Especial de Expertos de la Comisión sobre el África Meridional, constituido en 1967. La Asamblea General estableció por su parte el Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afectan los derechos humanos de la población de los territorios ocupados. Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos estableció en 1975 el Grupo de Trabajo *ad hoc* encargado de examinar la situación de los derechos humanos en Chile, reemplazado en 1979 por un Relator Especial y terminado en 1990.

Siguieron luego diversos mandatos sobre países determinados, entre los que cabe mencionar la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, encargada luego a un Representante Especial y posteriormente a un Experto Independiente y hoy también terminada; las relatorías especiales sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán; en Guinea Ecuatorial, hoy encargada a un Representante Especial; en el Iraq; en el territorio de la Antigua Yugoslavia; en Myanmar; en el Sudán; en la República Democrática del Congo (ex Zaire); en Burundi; en los territorios palestinos ocupados desde 1967; y en Cuba, en Kuwait bajo la ocupación iraquí, en Nigeria y en Rumania, estas cuatro últimas hoy terminadas.

Debe también incluirse entre los mecanismos extra-convencionales de ámbito geográfico los mandatos encargados a representantes especiales de la Comisión de Derechos Humanos, tales como los mandatos sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda; en El Salvador, después encomendado a un Experto Independiente y hoy terminado; sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia, hoy también finalizado; y en la República Islámica del Irán, aún vigente; así

como los mandatos encomendados a representantes especiales del Secretario General, tales como los mandatos sobre la situación de los derechos humanos en Camboya, en Polonia y en la Isla de Bougainville, de Papua Nueva Guinea, estos dos últimos terminados.

La diferencia entre los mandatos encomendados a relatores especiales y a representantes especiales, sea de la Comisión de Derechos Humanos o del Secretario General, es que mientras los primeros presentan un carácter predominantemente técnico y de investigación, los segundos presentan un matiz más político y diplomático y orientado al asesoramiento. Si bien cada mandato es en sí mismo diferente, en general los relatores especiales deben estudiar la situación de los derechos humanos en el país correspondiente y presentar un informe, con sus conclusiones y recomendaciones, a la Comisión de Derechos Humanos y, eventualmente, a la Asamblea General. Se trata en lo posible de investigar el grado de respeto de todos los derechos humanos, aunque se suele hacer hincapié en algunos de éstos, dependiendo de la situación de cada país. Así, el Relator Especial se concentrará en el análisis del respeto al derecho a la vida en un país donde el goce de este derecho esté amenazado. Otros países pueden respetar plenamente este derecho y sin embargo tener graves problemas de libertad de expresión: el Relator Especial sobre el país dará debida atención a la situación de protección de este derecho.

Por último, están los mandatos encomendados a expertos independientes, tales como los mandatos sobre la situación de los derechos humanos en Haití y en Somalia. A diferencia de los relatores y representantes Especiales, los Expertos Independientes ponen el acento en formular recomendaciones de carácter técnico orientadas a mejorar la situación de los derechos humanos en un país determinado. Así, los informes presentados por los expertos independientes sobre El Salvador, doctor Pedro Nikken, y Guatemala, doctora Mónica Pinto, constituyeron verdaderos planes de acción en derechos humanos puestos a disposición de los gobiernos respectivos.

No existen reglas precisas para que la Comisión de Derechos Humanos decida establecer un procedimiento sobre un país determinado y encomendárselo sea a un Relator Especial, a un Representante Especial o a un Experto Independiente. Se trata de países en los cuales la vigencia de los derechos humanos es motivo de particular preocupación para la comunidad internacional. En casos de situaciones persis-

tentes de violaciones a los derechos humanos o de cuadros de violaciones graves y sistemáticas de estos derechos, la Comisión suele optar por el nombramiento de un Relator Especial, a quien le pide que investigue la situación y que le presente un informe en su próxima sesión. En casos en que los gobiernos muestren una actitud de cooperación con la Comisión y de voluntad de mejorar la situación de derechos humanos en su país, suele optarse por el nombramiento de un Representante Especial, quien tendrá un rol más diplomático. En caso de una real voluntad de mejorar la situación, la Comisión suele nombrar un Experto Independiente para que colabore con el país en el diseño de un programa de derechos humanos. La decisión, sin embargo, es en última instancia política y depende de la percepción de los miembros de la mayoría de la Comisión en un determinado momento.

Al lado de los mecanismos extra-convencionales de ámbito geográfico, las Naciones Unidas también han establecido mecanismos de carácter temático que estudian la situación de protección o de goce de un determinado derecho en todos los países del mundo. El primero de estos mecanismos fue establecido en 1980 por la Comisión de Derechos Humanos. Se trata del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. El Grupo de Trabajo está integrado por cinco expertos independientes, cada uno representando una región geográfica. Uno de los miembros de dicho Grupo de Trabajo es, desde 1988, el jurista peruano y profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica, doctor Diego García-Sayán. Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos estableció la Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, creada en 1982; la Relatoría Especial sobre la cuestión de la tortura, establecida en 1985; el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la detención arbitraria, constituido en 1991; la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, establecida en 1993 y la Relatoría Especial sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, creada en 1994. Estos mecanismos han desarrollado un instrumento de particular eficacia y utilidad en la protección de los derechos humanos en todos los países del mundo: el procedimiento de acción urgente.

Debe también mencionarse, entre los mecanismos extra-convencionales de carácter temático, la Relatoría Especial sobre la elimina-

ción de la violencia contra la mujer; la Relatoría Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados en los niños; la Relatoría Especial sobre la intolerancia religiosa; la Relatoría Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; el mandato del Representante Especial del Secretario General sobre los desplazados internos; la Relatoría Especial sobre la cuestión de los efectos nocivos sobre el disfrute de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos; y la Relatoría Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. Cabe mencionar que esta última Relatoría Especial ha estado también a cargo, desde su creación en 1988, de otro destacado jurista y politólogo peruano y profesor principal de la Pontificia Universidad Católica, el doctor Enrique Bernales Ballesteros.

Existen, por último, los mecanismos establecidos para examinar la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en todas partes del mundo. Se han establecido en esta área la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación; y los mandatos encomendados a expertos independientes sobre el derecho al desarrollo, sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, y sobre los efectos de las políticas de ajuste estructural en el goce efectivo de los derechos humanos.

II. El procedimiento de acción urgente

Algunos de los mecanismos extra-convencionales de carácter temático han desarrollado un instrumento particularmente efectivo conocido como el procedimiento de acción urgente. El mecanismo fue diseñado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos y fue luego incorporado a sus métodos de trabajo y aprobado por la Comisión. Hoy lo utilizan también profusamente los relatores especiales sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias; el Relator Especial sobre la tortura; el Relator Especial sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los

abogados; el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión; la Relatora sobre violencia contra la mujer y el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria.

El procedimiento consiste básicamente en lo siguiente: tan pronto como el familiar de una víctima de una violación grave de los derechos humanos tiene conocimiento de ésta, sea directamente o a través de una organización no gubernamental, puede ponerla en conocimiento de uno de los mecanismos mencionados en el párrafo anterior a través de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, sea mediante mensaje electrónico (e-mail), facsímil, cable o télex. El mecanismo correspondiente analizará si la comunicación menciona al menos los siguientes cinco elementos: a) nombre completo de la víctima y otros datos que contribuyan a su identificación (fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, profesión, documentos de identidad, etc.); b) fecha en que ocurrió la violación de los derechos humanos; c) lugar en el cual ocurrieron los hechos; d) las partes que se presume cometieron la violación de los derechos humanos; y e) las medidas adoptadas internamente para subsanar la situación.

Nótese que la efectividad del procedimiento de acción urgente deriva en gran parte en que no se requiere, como en otras instancias internacionales, el agotamiento previo de los recursos internos. Esto confiere al mecanismo una gran rapidez y efectividad.

Tan pronto se recibe la denuncia respectiva el mecanismo correspondiente revisa si la comunicación contiene los elementos mínimos de información exigidos. De ser así, el Presidente del Grupo de Trabajo, o el Relator Especial que corresponda, envía una carta por facsímil al Ministro de Relaciones Exteriores del país donde se produjeron los hechos, pidiéndole que las autoridades de su Estado investiguen lo sucedido y que le comunique, tan pronto como le sea posible, cualquier información pertinente sobre los resultados de esas investigaciones. Cualquier respuesta que el Gobierno proporcione, o el hecho de que el Gobierno no proporcione ninguna respuesta, serán incluidas en el informe que el Grupo de Trabajo somete a la Comisión de Derechos Humanos y que suele tener una amplia divulgación pública, hoy aumentada por su difusión mundial por Internet.

Considérese, por ejemplo, que en muchos países, elementos subalternos de las fuerzas de orden o de seguridad o miembros de grupos

paramilitares que actúan con la aquiescencia de estos, continúan deteniendo personas sin orden judicial y negando luego su detención. Se trata muchas veces de víctimas anónimas, pobres, analfabetas o desempleadas, que quedan así indefensos ante sus captores. Su situación puede cambiar radicalmente si el Ministro de Relaciones Exteriores de su país, alertado por las Naciones Unidas, pide informes y acciones concretas a los ministros de Defensa, Seguridad o Interior sobre el caso comunicado y si éstos las demandan, a su vez, a sus subordinados. El detenido podrá así, si procede, ser liberado o, al menos, su detención será reconocida y la posibilidad de que sea víctima de torturas o malos tratos o de una desaparición forzada habrá sido considerablemente reducida.

Durante 1998, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos envió llamamientos urgentes a veintitrés Estados, con respecto a 209 casos de desaparición forzada o involuntaria que ocurrieron dentro de los tres meses anteriores al recibo de la denuncia por el Grupo de Trabajo (1/E/CN.4/1999/62, párr. 3). Durante el mismo año, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria envió 83 llamamientos urgentes a treintisiete Estados (y a la Autoridad Nacional Palestina) relativos a la detención presuntamente arbitraria de 763 personas (2/E/CN.4/1999/63, párr. 15). Este Grupo de Trabajo se limita a señalar a los gobiernos respectivos los casos específicos que se le han denunciado, sin prejuzgar la decisión final que adoptará acerca de si la detención es o no arbitraria. Recurre al procedimiento de acción urgente, principalmente cuando se trata de la detención presuntamente arbitraria de personas en estado de salud crítico, o cuando las autoridades administrativas hacen caso omiso de órdenes judiciales de puesta en libertad. Ambos grupos de trabajo recuerdan a los gobiernos sus obligaciones de garantizar el respeto de los derechos a la vida y a la integridad de las personas detenidas.

El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura recurre también al procedimiento de acción urgente cuando la denunciante ha expresado temores de que la persona detenida pueda ser sometida a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Exige sí que la denunciante sea una fuente creíble y fidedigna *prima facie* (3/E/CN.4/1999/61, párr. 11). Durante 1998, el Relator Especial transmitió 122 llamamientos urgentes a veintiún Estados que hacían referencia a 380

personas y veinte grupos de alrededor de 1,500 personas en total, incluyendo un grupo de 190 mujeres. También la Relatoría Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias hace un uso extenso de este recurso: en el año referido, 1998, transmitió 63 llamamientos urgentes a los gobiernos de treinta países y un llamamiento urgente al presidente del Consejo Talibán. Los llamamientos urgentes transmitidos por la Relatora Especial se referían a 158 personas (4/ E/ CN.4/1999/39, párr. 12). En treintiseis casos, se trató de personas que habían sido condenadas a muerte luego de procesos judiciales irregulares, en los que no se había observado las normas del debido proceso u otros principios internacionales. En veinte casos, se trató de personas que habían sido amenazadas de muerte por parte de funcionarios del Estado o de miembros de grupos paramilitares que cooperaban con las fuerzas de seguridad o eran toleradas por éstas. En otros dos casos se trató de personas privadas de libertad cuyas vidas corrían peligro por las palizas y los malos tratos que recibían durante su detención.

El Relator sobre la independencia de magistrados y abogados transmitió también once llamamientos urgentes a ocho Estados (5/ E/CN.4/ 1999/60, párr. 19) y el Relator Especial sobre la protección y la promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha adoptado también un procedimiento de acción urgente para los casos en que hayan vidas en peligro y otras situaciones particularmente graves (6/ E/CN.4/1999/64, Anexo).

El procedimiento de acción urgente fue concebido por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias atendiendo a razones fundamentalmente humanitarias y a la necesidad de proteger a las víctimas. El procedimiento se basa en el mandato del Grupo de Trabajo, establecido en la resolución 20 (XXXVI) de la Comisión de Derechos Humanos, y se orienta hacia el logro de su objetivo principal: ayudar a las familias a determinar la suerte y el paradero de los parientes que, por haber desaparecido, se encuentran fuera del amparo de la ley. El Grupo de Trabajo se esfuerza por establecer un cauce de comunicación entre las familias y los gobiernos de que se trate, con el fin de que se aclare el paradero de la persona desaparecida (7/ Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. **Desapariciones Forzadas o Involuntarias**, Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Ginebra, Diciembre de 1997, p. 7). Algunos ju-

ristas perciben en él, sin embargo, posibilidades de evolución hasta convertirse en una suerte de recurso de amparo internacional (8/ Véase por ejemplo Carlos Villán Durán, *The Practice of the Human Rights Commission in the Development of Extra-conventional Mechanisms for the International Protection of Human Rights*. En: ***Studie-en Informatiecentrum Mensenrechten, Revista del Netherlands Institute of Human Rights***, Special Number 13, The Hague, 1991, p. 26).

Según Villán Durán, «*the urgent action system is eminently protective and resembles a kind of international habeas corpus in which the communication is received and handled with promptness and flexibility, without heeding admissibility requirements such as the exhaustion of internal remedies or the consent of the State*» (9/ *op. cit*). Villán Durán llega a vislumbrar que esta suerte de recurso de amparo internacional se presentaría ante y sería sustanciado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quien se constituiría así en la base de un sistema permanente e institucionalizado de tutela inmediata de los derechos humanos. Esta evolución del procedimiento de acción urgente requeriría proveerle de las salvaguardias mínimas necesarias a todo recurso de garantía, lo que podría atentar contra su actual flexibilidad y hacerlo más rígido.

III. Las visitas en misión oficial

Otro de los instrumentos que ha alcanzado particular desarrollo, en los últimos años, son las visitas en misión oficial que los grupos de trabajo y los relatores y representantes especiales de la Comisión de Derechos Humanos realizan a los diferentes países. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha visitado el Perú en dos oportunidades, Colombia, Guatemala y Filipinas. En 1998 visitó Turquía y Yemén y en 1999 realizó una visita de seguimiento a Sri Lanka, para examinar el cumplimiento de las recomendaciones que el Grupo de Trabajo había realizado a dicho país en ocasión de dos visitas anteriores. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria visitó Bhután y Viet Nam en 1994; Nepal en 1996; efectuó una visita de seguimiento a Bhután en 1996; visitó China en 1997 y el Perú; Rumania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en 1998. Visitó también Indonesia en 1999.

Por su parte, la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias ha visitado recientemente Albania, México y la ex-República Yugoslava de Macedonia. El Relator Especial anterior visitó el Perú en 1993; Burundi, la Isla de Bougainville en Papúa Nueva Guinea e Indonesia y el Timor Oriental en 1995; Sri Lanka y los Estados Unidos de América en 1997. El Relator sobre la cuestión de la tortura ha visitado la República Árabe de Egipto en 1993; la Federación de Rusia en 1994; Pakistán y Venezuela en 1996; México en 1997; Turquía en 1998 y Rumania y el Timor Oriental en 1999; y el Relator sobre la independencia de magistrados y abogados visitó Bélgica, Colombia, el Perú y el Reino Unido en 1997.

Las visitas en misión oficial a países permiten a los grupos de trabajo y a los relatores especiales ir más allá de la simple consideración de casos y situaciones individuales y concentrarse en el conocimiento de la vigencia y el grado de protección de un determinado derecho en un país concreto. Esto permite conocer y analizar las causas, consecuencias y efectos del grado de protección efectiva de un determinado derecho y el contexto general del país. Las visitas en misión suelen dividirse en una parte oficial, que incluye entrevistas y reuniones de trabajo con autoridades gubernamentales y representantes de los distintos poderes del Estado, y una parte extraoficial que incluye las reuniones con los representantes de organizaciones no gubernamentales; entrevistas con testigos de violaciones de derechos humanos, y reuniones con familiares de las víctimas. El Relator o Representante Especial tendrá así una opinión cabal de lo que sucede realmente en el país y no dependerá en sus informes exclusivamente de fuentes escritas o de documentos que les sean proporcionados. Los gobiernos, por su parte, tienen la ocasión de hacer una presentación de la situación real en el país y de facilitar el contacto de los representantes internacionales con toda clase de autoridades y funcionarios políticos, judiciales, administrativos, penitenciarios, civiles o militares.

Esta misma oportunidad se presenta para los defensores de derechos humanos, miembros de organizaciones no gubernamentales de carácter local, de partidos políticos y familiares de las víctimas. Los relatores especiales y miembros de grupos de trabajo suelen viajar a provincias, y entre éstas suelen escoger las más afectadas y relevantes a su mandato. Si la visita ha sido concienzudamente preparada, tanto por el representante internacional como por el gobierno respectivo y

los representantes de las organizaciones de la sociedad civil, el informe final contendrá conclusiones acertadas y recomendaciones que serán útiles para el país, desde que han sido formuladas por los principales expertos internacionales en la materia.

Los grupos de trabajo, relatores y representantes especiales y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos están permanentemente en disposición de recibir invitaciones de gobiernos para visitar sus países. En ocasiones, cuando el cabal desempeño de su mandato así lo exige, toman la iniciativa de demandar a un gobierno que les curse la invitación correspondiente para realizar una visita a su país en misión oficial. En este último caso, no se trata solamente de países que presentan una situación particularmente grave respecto a la vigencia de un determinado derecho, sino también de países que, en el otro extremo, han tenido una experiencia positiva en la superación de una situación o en la promoción de un derecho y cuya experiencia pueda resultar útil a los demás.

En ciertos casos en los cuales se formularon recomendaciones a un país luego de una visita, y transcurrido un cierto lapso desde la misma, conviene realizar misiones de seguimiento a fin de conocer el grado de cumplimiento de las recomendaciones formuladas en su oportunidad o los obstáculos encontrados para su implementación. Es lo que el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias hizo en octubre de 1999 con respecto a Sri Lanka.

IV. Defendiendo a los defensores

Uno de los hechos más preocupantes observados durante los últimos años a nivel internacional es que conocidos defensores de los derechos humanos, miembros de organizaciones no gubernamentales, personas que han cooperado o cooperan con los grupos de trabajo, relatores y representantes especiales y expertos independientes proporcionándoles información y personas que han prestado testimonio ante ellos, son percibidos como elementos hostiles por integrantes de algunos gobiernos y se convierten a su vez en víctimas de actos de hostigamiento, intimidación y represalias, e incluso, en algunos casos particularmente graves, de violaciones a los derechos humanos. Cabe reparar en el hecho que aun cuando no sean percibidos como elementos hostiles, estas

personas tienen acceso a documentación que puede resultar comprometedora y contactos con personas que pueden estar siendo perseguidas por la justicia o viviendo en la clandestinidad. En general, el simple desempeño de su trabajo suele colocarlos en una posición incómoda frente a las autoridades, particularmente en países sometidos a regímenes autoritarios.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha incorporado a sus métodos de trabajo el procedimiento de intervención rápida aplicable a los casos de persecución, intimidación o represalias contra los familiares de las personas desaparecidas que se han puesto en contacto con el Grupo, contra sus asesores jurídicos, los testigos de las desapariciones y los miembros de organizaciones no gubernamentales. Al recibir una queja sobre presuntos actos de intimidación, persecución o represalia, el Grupo de Trabajo transmite su preocupación al Ministro de Relaciones Exteriores correspondiente por la vía más directa y rápida, generalmente por facsímil, urgiendo al gobierno a que adopte todas las medidas de protección necesarias y a que le informe de las medidas adoptadas. Otros relatores especiales también han empezado a transmitir llamamientos urgentes en favor de personas que realizan actividades pacíficas en defensa de los derechos humanos.

La Comisión de Derechos Humanos ha venido pidiendo durante los últimos años a todos los representantes de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, que sigan adoptando medidas urgentes, de conformidad con sus mandatos, para tratar de impedir que se obstaculice el acceso a los procedimientos de derechos humanos de las Naciones Unidas; que se produzcan actos de intimidación y represalias contra las personas señaladas; y que sigan incluyendo en sus informes una referencia a las acusaciones de intimidación o represalias y una relación de las medidas que hayan adoptado a ese respecto. También ha pedido al Secretario General que le presente una compilación y un análisis de toda la información que recabe sobre presuntas represalias, lo que el Secretario General ha venido haciendo (10/ Véase las resoluciones 1990/76, 1991/70; 1992/59; 1993/64; 1994/70; 1995/75; 1996/70 y 1997/56 de la Comisión de Derechos Humanos).

V. Conclusión: Identificando las causas de las violaciones a los derechos humanos

Los mecanismos extra-convencionales fueron establecidos para estudiar, a nivel global, el estado de promoción, protección y vigencia de un aspecto de un determinado derecho, tal como el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la seguridad o a la propiedad, o una determinada violación a los derechos humanos. Surgieron así los grupos de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y sobre la detención arbitraria; las relatorías especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre la cuestión de la tortura, sobre la libertad de opinión y expresión o sobre la independencia del Poder Judicial, de los magistrados y abogados, entre otras. En un segundo momento estos mecanismos comenzaron a actuar sobre casos individuales y crearon procedimientos bastante efectivos y rápidos, tales como el procedimiento de acción urgente y el procedimiento de intervención rápida, que se han examinado en este artículo.

Esta acción ha sido bastante exitosa en lo que se refiere a casos individuales. Sin embargo, resulta necesario ir más allá, hasta determinar qué factores se han dado para que surja una situación de violación persistente, masiva o sistemática de un determinado derecho en un país o región determinada. En otras palabras, determinar las causas de estas situaciones de no vigencia de los derechos humanos y los factores que actúan para que estas situaciones persistan y no sean superadas.

Los grupos de trabajo, los relatores y representantes especiales y expertos independientes están en una magnífica posición para poder hacerlo. Estudian la realidad de la vigencia del derecho que les preocupa y que les ha tocado examinar, en todos los países y territorios del mundo. Algunos tienen ya varios años en el cargo y han acumulado una rica experiencia que les permite observar la evolución de los fenómenos que estudian, a través del tiempo. Ellos mismos provienen de regiones muy diferentes y representan una gran variedad de sistemas jurídicos, desde el tradicional derecho romano hasta el *common law* anglo-sajón, pasando por sistemas tradicionales, islámicos, germánicos o socialistas. Sus informes han llegado a la siguiente conclusión general y fundamental: La principal causa de la persistencia de situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos es la impunidad que se otorga a los responsables de dichas violaciones. El

hecho de que los culpables de violaciones graves a los derechos humanos sean eximidos de la obligación de rendir cuenta de sus actos ante la sociedad y no sean sancionados por los mismos es el principal obstáculo a una superación de la situación y a una evolución hacia un estado en el que se respeten los derechos humanos.

El anterior Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias señaló en uno de sus informes: «Incluso si por circunstancias excepcionales un gobierno decide que los responsables de violaciones a los derechos humanos podrán acogerse a medidas que les eximan de castigo o que limiten la severidad de éste, subsiste la obligación del gobierno de juzgarles y considerarles responsables ante la ley» (11/ A/51/457, párr. 120). El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias anotó por su parte en su informe correspondiente al año 1990: «La impunidad es quizás el más importante factor singular que contribuye al mantenimiento de las desapariciones forzadas» (12/ E/CN.4/1991/20, párr. 406).

Otros factores señalados son los siguientes: a) la falta de democracia o elevados niveles de déficit democrático; b) la falta de respeto al imperio del derecho; c) la falta de independencia del Poder Judicial, de los jueces, miembros de jurados, abogados, fiscales, personal judicial y auxiliares de justicia; d) la falta de garantías para el libre ejercicio de las profesiones jurídicas (13/ E/CN.4/1999/60, párr. 36); e) el abuso de los estados de emergencia o excepción; f) la falta de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la situación que motiva la emergencia; g) el ejercicio de poderes y facultades propios de un estado de emergencia sin que haya mediado la declaración formal de dicho estado; h) mala tipificación o descripciones demasiado vagas de las conductas incriminadas en caso de delitos contra la seguridad nacional o la seguridad del Estado; i) la existencia de jurisdicciones especiales o de excepción; j) ausencia o déficit de adecuadas garantías procesales; k) ausencia o limitaciones de los recursos de hábeas corpus y amparo; l) la falta de cultura de derechos humanos; m) la ausencia de tipificación o la mala definición en la legislación nacional de los delitos de desaparición forzada o involuntaria y de tortura como delitos contra la humanidad; n) el otorgamiento a las fuerzas de seguridad de amplios poderes de arresto y detención, que autorizan a sus miembros a efectuar detenciones sin exhibir mandato judicial, vestidos de civil y utilizando vehículos sin placas de matrícula; o) la posibilidad legal de

mantener a los detenidos en situación de incomunicado durante largos períodos; p) la ausencia de registros centrales computarizados de detenidos y de registros diarios de detenciones (14/ E/CN.4/1994/26, párr. 86); q) La imposibilidad de las autoridades judiciales, fiscales o de la Oficina del Defensor del Pueblo de visitar centros, cuarteles e instalaciones militares; r) la vigencia de leyes de amnistía, de punto final, de obediencia debida y de plazos sumamente cortos de prescripción para delitos que implican violaciones a los derechos humanos; s) la falta de suficientes recursos humanos y presupuestales asignados al Poder Judicial y al Ministerio Público; t) la inexistencia de Ombudsman o Defensor del Pueblo y de instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

Estos son sólo algunos de los obstáculos que han sido identificados por los grupos de trabajo, relatores, representantes especiales y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La tarea de quienes creen en la necesidad del imperio del derecho y de la vigencia plena de la democracia y de los derechos humanos consiste en tratar de empezar a superarlos en todo el mundo.

Franz Klein, Mauro Cappelletti, and the mission of comparative procedural scholars: opening lecture for International Association of Procedural Law[1]

Bryant Garth

One hundred years ago, at the time of Vienna's preceding fin de siecle, the famous Austrian Code of Civil Procedure of 1895 was drafted by Franz Klein, a professor working for the Ministry of Justice. This landmark of civil procedure is appropriately celebrated at this Vienna Congress. Almost every procedural scholar, in addition, knows Kelein's famous statement about civil procedure, made in 1901:

> «The squalid, arid, neglected phenomenon of civil procedure is in fact strictly connected with the great intellectual movement of people, and its varied manifestations are among the most important documents of mankind's culture».

[(Quoted by Mauro Cappelletti in Social and Political Aspects of Civil Procedure-Reforms and Trends in Western and Eastern Europe. 69 Mich. Rev. 847, 885-6 (1971)]

We might think about this quotation in the context of Vienna at the dawn of a new century. Note that Klein was somewhat defensive, suggesting civil procedure was neglected, considered even arid. Law graduates at that time dominated the Viennese state and bureaucracy, but I doubt if the courts were considered to be leading instruments of reform. Law was under some attack. Economics was developing as a challenging cousin, led by Carl Menger, the brother of one of Klein's

[1] *Opening lecture XI World Congress of International Association of Procedural Law* (IAPL); Vienna, Austria, August 24, 1999.

famous professors. Sigmund Freud, who at the last minute decided to reject his father's advice and go toward a career in science rather than law, published his **Interpretation of Dreams** in 1900. Freud challenged the rational authority that law and his father represented. Gustav Klimpt in 1901 painted his work entitled «Jurisprudence», which portrays law as a hellish power that, according to one analyst, «only screens and legitimate violence» (Carl Schorke, **Fin de Siecle Vienna**, 1980. p. 251). Law's position as engine of progress was far from taken for granted. At best, it was hardly relevant, but more likely law and lawyers were considered obstacles to progress. Klein and his reform sought to align law and its procedures with the progress of the social welfare state.

Subsequent political developments suggest that law certainly did not stay at the core of political and intellectual developments in Austria. Nevertheless, what is interesting is that the Code of Civil Procedure that Klein produced sought to find a place for progressive law in the midst of these challenges. Law was not to be an obstacle to social justice and social peace, but rather was supposed to be an instrument that, through the enlightened colloquies undertaken between judges and litigants, would bring social peace and facilitate a welfare state (See A. Homberger, «Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure», **Buffalo Law Review**, (1970). The active judge envisioned by Klein would go perfectly with the active state. The Austrian Code became the inspiration for procedural reforms in civil law systems (and even beyond) around the world. It was the culmination of the efforts toward «orality», «inmediacy», and «the concentration of the proceedings». It could be invoked consistently in Europe especially in the period after World War II.

The developments promoted by Klein have strong parallels in the movement for social change in the 1960's and 1970's. Again, it was an intense period of social movements, welfare states, and challenges to law by a powerful state and by relatively new disciplines such as, again, economics, but also sociology and political science. Once again, relatively few non-legal scholars in the civil law world would have though that law was a key to keeping the society in motion. This was certainly true in Italy, which was dominated by a complex process of political bargaining. Mauro Cappelletti, as an Italian proceduralist, had to redefine the role of procedure in such a setting.

I met Mauro Cappelletti, former President of this Association, in 1975, when I graduated from law school and went to work on his «Access to Justice» project, which was just getting underway in Florence. One of the first things I learned working for him was that he had a kind of favorite procedural quotation, which was the quote from Franz Klein mentioned before. Again, it was not just a quotation for Cappelletti, but rather a problem that defined his career. He believed that civil procedure should be strictly connected with great intellectual movements and, as indicated clearly by as an article he published in 1971 that quoted Klein, insisted that procedure should be closely connected to politics and society. Civil procedure, in other words, should be involved in the social change activity then taking place.

Cappelletti's vision was not free from controversy. The problem was both internal to the field of civil procedure in Italy and outside among those skeptical that procedural law -or even the law generally- mattered. Within the field Cappelletti attacked those who, in his opinion, assured themselves and the law a marginal position by dealing only with formalistic and technical minutiae derived from the classic treatises and codes of civil procedure. Klein's code was revered, but the political and intellectual inspiration that produced it had been forgotten. Cappelletti himself, of course, had to master this careful but, in his opinion, unimaginative approach in order to gain a chair in civil procedure in Italy. His attack on that system brought costs to himself and his students, but he kept fighting. This organization, the International Association of Procedural Law was revived in part to continue that fight.

How did Mauro Cappelletti approach this problem of the place of law and especially comparative civil procedure? He took the radical step of looking outside the civil law world to the United States, where law and procedure had come to play a key role in the welfare state and social movements such as the civil rights struggle. To oversimplify, he would undertake projects that would relate legal developments in the United States to what were often inchoate or fragmentary developments in Europe (and outside) and distill models based on those experiences. The comparison would highlight new possibilities for procedural law, especially in Europe. Examples could be multiplied, but it will suffice to mention judicial review, legal aid, class actions and organizational lawsuits, access to justice, alternative dispute resolution, and federalism.

Needless to say, these topics from outside the treatises and codes of procedure reshaped the agenda of civil procedure. As Cappelletti hoped, it brought civil procedure much closer to the great intellectual and social movements of the time. Cappelletti made procedural scholars proud of their field. He also brought in legal sociologists who would situate these «procedural» developments in larger social contexts and describe just how they worked in practice. Cappelletti always sought data and empirical study, culminating in the detailed empirical studies in the Access-to-Justice volumes.

A key ingredient in his approach was the development of comparative models: centralized vs. decentralized judicial review; governmental attorneys general vs. class actions vs. standing to state-approved organizations; judicare vs. staff legal aid; U.S. vs. Europe. He could use the models to produce ideas or reforms that, whether promoting the usually extreme U.S. model or the «civilized» counterpart, would have the effect of making law and comparative procedure far more engaged with important social concerns. Indeed, procedural scholars could build the field by debating what models might successfully be transplanted. Civil law solutions, including those derived from Austrian models of procedure, were always possible and visible. Indeed, the careful comparisons fed back into U.S. debates, helping to keep U.S. scholars less parochial and more aware of U.S. eccentricities. There are many cases where Cappelletti's models and comparisons made possible the enactment of reforms that achieved what he wanted in terms of the role of procedure.

Let us now move to the present. What is the challenge today for the Klein-Cappelletti vision? It is no longer a way to reconcile the «liberal» law with «modern welfare states». The «third way» today is not between capitalism and socialism, but rather represents some variant of liberal market democracy. Economists came to power in the 1970s and 1980s and restricted the role of activist states. Socialism has died, and the phenomenon (and marketing of) «globalization» is changing what law and states are. Indeed, there are countless state-like actors above, under, and around the states that lawyers are discovering and legitimating. What do these processes mean for comparative civil procedure?

A brief story might help. In the early 1990s, several of us -including Marcel Storme and me- were invited to Argentina to consult about a World Bank project of court reform. I agreed to visit Argentina not because I thought I could tell the Argentines anything more than they

already knew, but I thought I could promote the work of the scholars I already knew and respected. While I was there, I kept getting asked about U.S. -style ADR (Alternative Dispute Resolution). I wrote a report for the World Bank that spoke of the civil procedure tradition on the Continent, including the legacy of Klein and what could be learned in procedural reform from the people here at this Vienna Congress. The major Argentine procedural reform so far, however, is mandatory mediation taken explicitly from the United States and its industry of «ADR». These reforms were produced less by comparative study and more by reformer-entrepreneurs who used non-profit foundations, political contacts, contacts with U.S. entrepreneurs, and the prestige of U.S. institutions to promote this change. The reform may be very successful. The point, however, is that we see a very different process and approach than what Cappelletti encouraged and fostered. Instead of processes of comparative procedural reform, systematic study, and different models of practice that could make law relevant to today's concerns, we see a market of entrepreneurial reformers dominated by the United States. It is almost like purchasing reforms from a menu of U.S. options. The Argentine story is not unusual.

It is worth exploring the contrasting approaches. Instead of bridging gaps between civil law and common law, especially the U.S., civil law models have become increasingly marginal. They are not built systematically into the serious options. Another example of this market process of legal transformation is international commercial arbitration, which twenty years ago was an informal process characterized by procedures that were probably relatively close to what Klein sought[2]. It has subtly become Americanized, not by «choice» but because of the influence of the United States and U.S. trained lawyer who believe that the legal weapons they have learned to use represent not historical products of the U.S., but rather fundamentals essential to fair civil procedure. Many of the same lawyers now argue that, since arbitration has become more expensive, contested, and U.S. like, the only remedy is ADR U.S. -style. This is not a conspiracy, but a process that repeats itself through ill-informed markets that tend to lead to products made in the U.S.A.

[2] We discuss the changes in international commercial arbitration in Yves Dezalay and Bryant Garth, **Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational legal Order** (University of Chicago, 1996).

Because so much of what happens is outside of national court systems, in addition, even the processes of change are difficult to understand. It is no longer about deep comparative study by academic experts shielded from politics and power by a Ministry of Justice. It is a wide-open free for all where there is no guarantee at all that the relevant expertise will in fact be heard. One danger, therefore, is that procedural reform will simply follow a market that substitutes prestige, hierarchy, and notoriety for deep investigation and comparison.

The related danger is that procedural scholars finding themselves not in demand will simply retreat. They can be comfortable and secure, after all, in what they do know, avoiding the systematic study and modeling that helped make sure that more than one model would be considered. Cappelletti to his credit saw the growing influence of the United States and tried to use it not only to make civil procedure more central, but also to produce detailed information that would promote what the civil law system had produced.

What should we do in the new context? Unfortunately, we no longer have Mauro Cappelletti's formidable brain and organizing skills to help us. One thing to do is to form alliances again with those who will critically study the processes of change. For example, I think, we could find that a source of the dominance of the U.S. (sometimes, Anglo-American) approach is that there are now major corporate law firms modeled on U.S. law firms in the major cities of the world. The lawyers in these firms all speak the same legal language and promote similar legal approaches. But the U.S. institution of public interest law firm has not been a successful export. Do U.S. models work when only one-half of the model is adopted - the part that promotes a business law and practice?

Second, we might reassert the relevance of Klein and others in comparison to a U.S. approach that permits «scorched earth» litigation, open discovery that involves routine games to hide documents, depositions that often only take up time and raise the stakes for settlement negotiations, and in general litigation as a weapon in business competition. Comparativists should help provide some balance, especially since the negative aspects of U.S. models are typically forgotten when exports are contemplated. Following Cappelletti, in other words, we could argue again for a sophisticated pluralism of approaches - seeing the power of U.S. models without promoting them as universal solutions.

Finally, comparative procedural scholars should invest more in the reform market. Mauro Cappelletti, while a learned scholar, was not afraid of entrepreneurial activity. If comparative civil procedure is to play a role in the global transformations that are all around us, we need to upgrade, expand, and reinvent our field. A key advantage of the U.S. approaches in the competitive marketplace of expertise is that U.S. legal scholars are themselves embedded in a very competitive legal world of scholarship. Instead of updating treatises or waiting for chairs to open in traditional legal domains, they **must** seek out new domains to gain attention. Just as European companies have had to change to compete effectively with the U.S., companies perhaps it is necessary to deregulate the academic market to encourage more innovations in civil procedure.

For what it is worth, I believe there are huge opportunities to bring procedural scholarship to bear on a new kind of law located around traditional private and public law. Procedures in these areas are of fundamental importance, but comparative proceduralists have not systemically addressed these domains.

The Worls Trade Organiztion, for example, is debating who should have standing and what if any role there should be for non-governmental organizations. Trade issues generally, including dispute resolution under NAFTA and more generally anti-dumping, involve important procedural issue including those relating to access. Global competition law will have similar issues, with new procedures and entities. Intellectual property and the WIPO dispute resolution machinery are also important emerging regimes with procedural issues. Similary, now that shareholder value is becoming the key to business strategies worldwide, what will happen with shareholder derivative suits worldwide? Mass torts are also becoming globalized. What should be done there? Other global domains that are not yet the subject of procedural scrutiny include the World Bank's Inspection Panels, which have jurisdiction to consider challenges to World Bank projects on environmental grounds. Human rights organization now are key actors globally, and we have not examined the procedures they must follow to be granted legitimacy. Truth Commissions raise important procedural issues fundamental to their success and legitimacy. There is now also a «rule of law» industry using the World Bank and many other entities to promote judicial training and reform. These efforts are so far studied and evaluated only by a few activist organizations. Who can assess the various experiences, relate it more generally to the times and

places, and produce key models? We could multiply these examples, including mentioning the importance of procedures for making rules. My point is simply that procedural scholars have numerous domains outside of their traditional ones that invite systematic scholarly inquiry.

Why should we focus on these areas? One reason is simply that we are following the dictates of Klein, Cappelletti and others that procedural law should find a way to relate to new national and global movements. More fundamentally, perhaps, procedure is a key to law's fairness and ultimately its legitimacy. Procedural law is essential to all law. Many actors for their own reasons are using law and procedures for various ends, but they have neither the interest nor the expertise to explore systematically questions of standing, groups versus indivuals, formalism vs. informlism, acces, equality of arms, publicity (in the European sense), the quality of decision making, and the link to existing and historical state models. Procedural values evolve, but the point here is that they ought to be taken seriously and debated by those who best understand them. For procedure to keep the society in movement, in other words, comparative civil proceduralists will have to invest in new domains and reinvent the field. That does not mean that the old problems should be forgotten, but, as Mauro Cappelletti suggested, the domain has to be expanded.

The challenge is for comparative proceduralists to explore these new issues and domains. In the spirit of encouraging some U.S. -style entrepreneurial innovation in a more European context, therefore, I would like to make a suggestion for the international Association of Procedural Law. A modest step might be to devote some portion of the program of the meetings to sessions, ideas, and studies that are not necessarily pre-programmed. The idea would be to give a voice, perhaps, to some scholars who are outside of the mainstream but may be stretching the boundaries of comparative civil procedure. We could see what they have to say and use them to build and maintain a place for this organization and its scholars in bringing procedural learning to fundamental new social developments.

I recognize that I am suggesting a dose of U.S. openness and competition. Because of my own background, I tend to bring a mix of faith in, and skepticism about, the U.S. approaches that are part of me. I do think, however, that we are at a crossroads where we in the field of civil procedure eventually will either celebrate our marginality or find

new ways to get involved with the «great intellectual movements of people». It takes hard work - harder than in the periods when Klein and Cappelletti produced their work. There is much in today's procedural scholarship that does exactly what I think I have found in the Klein-Cappelletti mandate. That is not surprising, but it may not hurt to remind us of our task, and challenge, for procedural scholarship on the threshold of a new millennium.

Franz Klein, Mauro Cappelletti y la misión de los cultores del Derecho Procesal Comparado(*)

Bryant Garth(**)

Hace cien años, precediendo el fin de Siglo de Viena, el famoso Código Procesal Civil Austríaco de 1895 era elaborado por Franz Klein, un profesor universitario que trabajaba para el Ministerio de Justicia. Este acontecimiento trascendental en el Derecho Procesal Civil ha sido celebrado apropiadamente en este Congreso Internacional de Viena. Casi todo discípulo conoce la famosa máxima de Klein, hecha en 1901, acerca del Proceso Civil, que dice:

> «El fenómeno del procedimiento civil, escuálido, árido y descuidado, está rigurosamente conectado con una gran corriente intelectual, y sus diversas manifestaciones se hallan entre los documentos más importantes de la humanidad.»(1)

Podemos entonces reflexionar acerca de esta afirmación a la luz de la llegada de un nuevo Siglo en Viena. Adviértase que Klein estaba un tanto a la defensiva al sugerir que el Procedimiento Civil estaba siendo descuidado, hasta el punto de ser considerado muy árido como disciplina jurídica. En esa época, tanto el Estado de Viena, como su burocracia, estaban dominados por abogados pero es dudoso que las Cortes se hayan

(*) Traducción libre del Dr. Aníbal Quiroga León, Editor General, con la asistencia de la alumna Michelle Montaño Derteano. N. del Traductor.

(**) Director de la ***American Bar Foundation,*** y Vice-Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

1 Cit. por Mauro Cappelletti en: «Aspectos Sociales y Políticos y Tendencias en Europa Oriental y Europa Occidental»; 69 Mich. ***Law Rev.*** 847, 885-6 (1971).

constituido en instrumentos de la reforma. El Derecho estaba siendo objeto de un ataque. La economía se desarrollaba como un primo desafiante, encabezada por Carl Menger, hermano de uno de los profesores famosos de Klein. Por su lado, el Prof. Sigmund Freud, quien a último minuto decidió rechazar el consejo de su padre y optó por una carrera de ciencias en vez del Derecho, publicó su célebre ***Interpretación de los Sueños*** en 1900. Freud desafió con ello a la autoridad racional que el Derecho y su padre representaban. En 1901 Gustav Klimpt pintó su trabajo titulado «Jurisprudencia» en el que retrata al Derecho como un poder infernal, el cual, según un analista, «solo evidencia y legitima la violencia»([2]). La posición del Derecho como motor de desarrollo era así valorada. A lo sumo, rara vez era relevante, pero lo más usual era que el Derecho, y los abogados, eran considerados como obstáculos para el progreso. Klein y su reforma buscaban alinear el Derecho y sus procedimientos con el desarrollo de un estado de bienestar social .

El desarrollo político posterior sugiere que el Derecho no se mantuvo en el centro de la evolución política e intelectual en Austria. Sin embargo, lo interesante es que el Código Procesal Civil elaborado por Klein buscó un lugar para el Derecho progresivo dentro de este desafiante contexto. Supuestamente, el Derecho no debía constituir un obstáculo para el logro de la justicia y la paz social, sino un instrumento que, mediante los iluminadores coloquios realizados por jueces y litigantes, podría traer paz social y facilitar la consolidación del Estado de Bienestar([3]). La visión de Klein de un juez activo iría perfecto con un Estado activo. El Código austríaco se convirtió en la inspiración de la reforma en los sistemas legales civiles (y aún más allá) en todo el mundo. Era la culminación de los esfuerzos dirigidos hacia la «*oralidad*», «*inmediación*», y *la* «*concentración de procedimientos*». Podía ser constantemente invocado en Europa, especialmente en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Los avances promovidos por Klein tienen fuertes paralelos con el movimiento social de cambio entre los años sesentas y setentas. Fue un periodo intenso, plagado de movimientos sociales, Estados de bienestar, y retos para el Derecho originados por un gobierno poderoso y por

2 Schorske, Carl.- Viena *Fin de Siècle*; 1980, p.251.

3 Ver A. Homberger.- *Funciones de la Oralidad en los Procesos Civiles Americanos y Australianos,* Buffalo Law Review, (1970).

disciplinas relativamente nuevas como la economía, la sociología y la ciencia política. Una vez más, en el mundo civilista pocos no-eruditos en el campo del Derecho hubiesen pensado que el Derecho era la llave para mantener el progreso de la sociedad. Esto se aplicaba sobre todo a Italia, la cual a su vez, estaba dominada por un complejo proceso de ajuste político. Dentro de este contexto, Mauro Cappelletti, gran procesalista italiano, tuvo que redefinir el rol del proceso.

Conocí personalmente a Mauro Cappelletti, quien fue el presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal en 1975, cuando me graduaba de la Facultad de Derecho y fui a trabajar en su proyecto «Acceso a la Justicia», el cual estaba siendo elaborado en Florencia. Cuando trabajé para él, una de las primeras cosas que aprendí fue que tenía una cita procesal favorita, la cual pertenecía a Franz Klein, citada anteriormente. Esta no era tan sólo una cita para Cappelletti, sino un problema que definió su carrera. Él pensaba que los procesos civiles debían estar estrictamente conectados con los grandes movimientos intelectuales, y como lo expresó en un artículo publicado en 1971, pensaba al mismo tiempo que citaba a Klein, insistiendo que el procedimiento debía estar estrechamente vinculado a la política y a la sociedad. En otras palabras, el Proceso Civil debía estar involucrado en el cambio social que tenía lugar en ese entonces.

La visión de Cappelletti no se salvaba de la controversia. El problema era tanto interno, dentro del campo del Derecho Procesal Civil en Italia, como externo, entre aquellos que dudaban de la importancia del Derecho Procesal. Dentro del medio, Cappelletti atacaba a aquellos, que en su opinión, se concedían a sí mismos y al Derecho una posición marginal, al lidiar sólo con asuntos formalistas y técnicos derivados de los tratados y códigos procesales civiles. El Código de Klein fue reverenciando, pero la inspiración intelectual y política ya había sido olvidada. El mismo Cappelletti tuvo que manejar esta concepción, aunque carente de imaginación en su opinión, para poder ganar una posición en el Derecho Procesal Civil en Italia. Sus ataques hacia este sistema repercutieron negativamente en él y en sus estudiantes, pero igual continuó luchando. Esta Asociación Internacional de Derecho Procesal fue revivida, en parte, para continuar esta labor.

¿Cómo pudo Mauro Cappelletti aproximarse a este problema del sitial del Derecho y del Proceso Civil Comparado?. Él tomó el paso radical de buscar fuera del ámbito del Derecho Civil, en los Estados

Unidos, donde el Derecho y el Proceso han tomado un papel clave en el estado de bienestar y en los movimientos sociales, así como en la lucha por los derechos civiles. Para simplificar, él tomaba a su cargo proyectos que pudiesen relacionar las innovaciones legales en los Estados Unidos con los usualmente fragmentados e incoados desarrollos en Europa (y afuera), y destilar modelos basados en dichas experiencias. La comparación podría resaltar nuevas posibilidades para el Derecho Procesal, especialmente en Europa. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero sería suficiente tan sólo mencionar la Revisión Judicial de las Leyes, la ayuda legal, las Acciones de Clase, el juicio organizacional, el acceso a la justicia, la resolución alternativa de una disputa, y el federalismo.

No es necesario agregar que estos tópicos, situados fuera de los tratados y códigos de procedimiento, reestructuraron la agenda del procedimiento civil. Tal y como Cappelletti deseaba, esto trajo como consecuencia el acercamiento del procedimiento civil a los grandes movimientos intelectuales y sociales de la época. Cappelletti hizo que los discípulos del Derecho Procesal Civil se sintieran orgullosos de su campo. Además, instruyó a los sociólogos legalistas, quienes situaban estas innovaciones procesales dentro de un contexto social más amplio, para describir como éstas funcionaban en la práctica. Cappelletti siempre buscó información y estudios empíricos, lo cual culminó en estudios empíricos detallados en sus volúmenes de *Acceso a la Justicia.*

Un elemento clave de su estudio fue el desarrollo de los modelos comparativos: revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes difusa *vs.* la revisión judicial concentrada; Fiscales del Estado *vs.* acciones de clase *vs.* el *status* de las organizaciones aprobadas por el gobierno; el Poder Judicial *vs.* personal de asesoría legal; los Estados Unidos *vs.* Europa. Él podía utilizar los modelos para producir ideas o reformas que, aunque promoviesen el modelo de los Estados Unidos, usualmente extremista, o el modelo civilista, lograría aproximar el Derecho y el proceso comparado con los conflictos sociales más trascendentes. Los discípulos del Derecho procesal podrían construir un campo, debatiendo los modelos que podrían ser transplantados. Las soluciones del Derecho civil, incluyendo aquellas derivadas del Modelo Australiano de Procedimiento, siempre fueron visibles y posibles. Las comparaciones se retrotrajeron a los debates en Estados Unidos, ayudando a mantener los discípulos norteamericanos menos parroquiales y más conscientes de las excentricidades

de los Estados Unidos. Existen muchos casos donde los modelos de Cappelletti y sus comparaciones hicieron posible la promulgación de las reformas que lograron consolidar lo que buscaba en términos del rol del proceso.

Vamos ahora a movernos al presente. ¿Cuál es el reto hoy en día para la visión Klein y Cappelletti?. Ya no hay forma de reconciliar al Derecho liberal con el Estado de bienestar social. La tercera vía no se encuentra entre el capitalismo y el socialismo, sino que se revela como ciertas variantes de la democracia del mercado liberal. Los economistas asumieron el poder en los años setentas y ochentas, y restringieron el papel de los estados activistas. El socialismo ha muerto y el fenómeno (o el marketeo) de la globalización está cambiando la composición de los Estados y del Derecho. En verdad, hay innumerables operadores (similares a los actores gubernamentales) sobre, por debajo y alrededor de los estados, que recién han sido descubiertos y legitimados por los abogados. ¿Qué importancia tienen estos procesos en el Proceso Civil Comparado?.

Una breve historia podría ser útil. A comienzo de la década de los noventas, algunos de nosotros -incluyendo a Marcel Storme y a mí- fuimos invitados a Argentina para asesorar un Proyecto de Reforma Judicial del Banco Mundial. Accedí a visitar Argentina, no porque piense que podría decirles a los argentinos algo que ya no supieran, sino porque pensé que podría promover el trabajo de discípulos que yo ya conocía y estimaba. Durante mi estancia, me preguntaban acerca de la Resolución Alternativa de Conflictos de los Estados Unidos (ADR, *Alternative Dispute Resolution*). Redacté un informe para el Banco Mundial sobre la tradición del Proceso Civil en el Continente, incluyendo el legado de Klein, de lo que podía aprenderse de la Reforma Procesal de los participantes en este Congreso de Viena. La reforma más importante, en el ámbito del Derecho Procesal argentino, consistió en la mediación obligatoria, tomada explícitamente de los Estados Unidos y de la industria del «ADR». Estas reformas se debieron menos a los estudios comparados y más a los reformadores-pioneros *(entrepeneurs),* quienes usaban fundaciones no lucrativas, contactos políticos, contactos con los «*entrepreneurs*» estadounidenses, y el prestigio de las instituciones norteamericanas para promover este cambio. La reforma puede ser sumamente exitosa. El punto clave consiste en el hecho de que lo que tenemos ante nosotros es un proceso distinto y una aproximación diferente de la que Cappelletti

impulsó y fomentó. En lugar de darse una Reforma del Proceso Comparado, estudios sistemáticos y los diferentes modelos de práctica que pudieran hacer el Derecho más útil a las necesidades de hoy en día; vemos ante nosotros un mercado de reformadores «*entrepreneurs*» dominados por los Estados Unidos. Es como comprar reformas de un menú de los Estados Unidos. La historia de Argentina no es inusual.

Vale la pena analizar aproximaciones opuestas. En lugar de elevar puentes entre los vacíos existentes entre el Derecho Civil y el Derecho Comparado, especialmente los Estados Unidos; los modelos del Derecho Civil se han vuelto increíblemente marginales. No están construídos sistemáticamente como para constituirse como una opción seria. El arbitraje comercial internacional sirve de ejemplo del proceso de transformación legal de mercado; lo que veinte años atrás era un proceso informal caracterizado por procedimientos que probablemente se hallan muy cerca de lo que Klein estaba buscando. Sutilmente, se ha «americanizado», no por su propia voluntad, sino por la influencia de los Estados Unidos y los abogados entrenados en este país quienes consideran que las armas legales que han aprendido a utilizar no representan productos históricos de los Estados Unidos, sino que se han convertido en los fundamentos esenciales de un Proceso Civil justo. Muchos de estos mismos abogados ahora arguyen que, ya que el arbitraje se ha vuelto muy costoso, disputado, americanizado, el único remedio es el ADR (Solución Alternativa de Conflictos) al estilo americano. Esta no es una conspiración, pero sí un proceso que se repite a través de mercados mal informados que tienden a dirigirse a los Estados Unidos.

Mucho de lo que ocurre fuera del sistema de los tribunales nacionales, hasta los procesos de transición son difíciles de entender. Ya no se trata de estudios comparados profundos realizados por expertos académicos escudados de la política y del poder del Ministerio de Justicia([4]). Por consiguiente, un peligro consiste en que la reforma procesal seguirá un mercado que sustituye prestigio, jerarquía, y notoriedad por investigación profunda y comparada.

El problema conexo es que los procesalistas que no estén en demanda se retraerán. Estarían más confortables y seguros con lo que ya saben, evitando, así, el estudio sistemático y el modelado que asegure que más

[4] Esto constituye una amplia posibilidad para todos, sin que exista la garantía de que las importantes opiniones de los expertos sean necesariamente acogidas. N. de Traductor.

de un modelo sea considerado. Cappelletti vio, a su favor, la creciente influencia de los Estados Unidos e intentó utilizarlo no solamente para hacer más céntrico el procedimiento civil sino también para producir información detallada que pudiese fomentar lo que el sistema legal civilista había generado.

¿Qué deberíamos hacer en este nuevo contexto? Desafortunadamente ya no contamos con el formidable cerebro de Mauro Cappelletti, ni con su capacidad organizacional para ayudarnos. Algo que podemos hacer es formar alianzas una vez más con aquellos que analizarán críticamente el proceso de cambio. Yo creo, por ejemplo, que podemos encontrar una fuente del dominio de la tendencia estadounidense en el hecho de que ahora hay grandes corporaciones de Firmas de Abogados modelados según el patrón de las grandes Firmas de Abogados norteamericanos. Los abogados dentro de estas grandes Firmas hablan el mismo lenguaje legal y promueven aproximaciones legales similares. Pero la institución de los grandes Estudios de Abogados de interés público no ha sido un buen producto de exportación. ¿Pueden funcionar los modelos cuando sólo parte de ellos es adoptado, específicamente la parte que fomenta el negocio y la práctica del Derecho?.

En segundo lugar, podríamos volver a afirmar la relevancia de Klein y otros en comparación con la aproximación estadounidense, la cual permite «un litigio agotador», un descubrimiento que implica jugadas rutinarias como esconder documentos, deposiciones que tienen como único propósito que pase el tiempo y que aseguren la consolidación de una negociación, y en general el litigio se utiliza como un arma para la competencia entre negocios. Los relativistas deberían ayudar a construir un equilibrio, especialmente cuando los aspectos negativos de los modelos norteamericanos son olvidados cuando se toman en cuenta las exportaciones. Siguiendo a Cappelletti, podríamos argüir una vez más a favor de un sofisticado pluralismo de pareceres, analizando el poder de los modelos estadounidense pero sin promoverlos como soluciones universales.

Finalmente, los procesalistas del Derecho Comparado deberían invertir más en la reforma del mercado. Mauro Cappelletti, cuando aún era un estudiante, no temía a la «*entrepreneurial activity*». Si el procedimiento civil comparado va a jugar un papel en la transformación global que se está dando a nuestro alrededor, entonces necesitamos ascender, expandir y reinventar nuestro campo. Una ventaja comparativa de las tendencias

norteamericanas en el competitivo mercado de expertos/especialistas es que los estudiantes de abogacía se encuentran sumergidos en un mundo altamente competitivo de erudición. En lugar de estar reactualizando tratados o esperando que se les abra las puertas de los tradicionales emporios/dominios legales, ellos se encuentran en la obligación de encontrar nuevos terrenos para captar atención. Así como las compañías europeas han tenido que transformarse para poder competir eficazmente con las compañías norteamericanas, de repente sea necesario desformalizar el mercado académico para fomentar más innovaciones en el Proceso Civil.

Considero, además, que existen grandes oportunidades para que la erudición de muestras de un nuevo Derecho, basado en el tradicional Derecho privado y público. Los procesos en estas áreas son de vital importancia, pero los procesalistas aún no han arribado sistemáticamente a este campo.

La Organización Mundial de Comercio, por ejemplo, está debatiendo quien debe tener resistencia, y si debería haber algún lugar para las organizaciones no gubernamentales. Los temas de comercio generalmente, las disputas sobre NAFTA y más usualmente el *anti-dumping*, implican importantes temas procesales incluyendo a aquellos que se refieren al acceso. El Derecho Civil global tendrá preocupaciones similares, con nuevos procesos y entidades. La propiedad intelectual y la disputa WIOPO de maquinaria también son importantes, surgiendo regímenes con temas procesales. Similarmente, ahora que el valor de los accionistas se está convirtiendo en la clave de las estrategias de los negocios mundialmente, ¿Qué pasará con los litigios sobre accionistas en todo el mundo?. Ahora que los perjuicios masivos también se han globalizado: ¿Qué debería de hacerse en este caso? Otras áreas que todavía no han sido objeto del escrutinio procesal incluyen al Jurado de Inspección realizado por el Banco Mundial, los cuales tienen jurisdicción para determinar que acontecimientos desafían los proyectos ambientales del Banco Mundial. Las organizaciones de Derechos Humanos son actores claves mundialmente reconocidos, y no hemos examinado los procedimientos que deberían seguir para que se les otorgue legitimidad. Las *Truth Commissions* despiertan importantes temas procesales para su éxito y legitimación. Ahora también hay una industria acerca de las «Reglas de Derecho» que utilizan al Banco Mundial y muchas otras entidades para promover el entrenamiento judicial y la reforma. Estos esfuerzos son estudiados y evaluados

sólo por unas pocas organizaciones activistas. ¿Quién puede asesorar las variadas experiencias, relacionarlo con los tiempos y lugares, y producir modelos claves?. Podríamos multiplicar estos ejemplos, incluso mencionando la importancia de los procedimientos para hacer las reglas. El punto es que creo que los procesalistas poseen diversos dominios fuera de los tradicionales que incitan la investigación sistemática académica.

¿Por qué deberíamos concentrarnos en estas áreas?. Una razón es que estamos siguiendo los designios de Klein, Cappelletti y otros en cuanto a que el Derecho procesal debería encontrar una forma de relacionarse a nuevos movimientos nacionales y globales. Fundamentalmente, el procedimiento es la clave para lograr la justicia del Derecho y su legitimidad. El Derecho Procesal es esencial para el Derecho. Muchos operadores, por razones propias, están utilizando el Derecho y los procedimientos para fines diversos, pero no tienen ni el interés ni la formación necesaria para explorar esquemáticamente interrogantes referentes a la resistencia, grupos vs. individuos, formalismo vs. informalismo, acceso, equidad de «*arms*» *(equity of arms)*, publicidad (en el sentido europeo), la calidad de las tomas de decisiones, y el nexo a los modelos históricos del estado existentes. Los valores del Derecho Procesal evolucionan, pero el punto es que sean tomados en serio para mantener a la sociedad en movimiento, en otras palabras, los *comparative* procesalistas civiles tendrán que invertir en nuevos dominios y reinventar su campo. Esto no significa que los viejos problemas deban ser olvidados, pero, como Mauro Cappelletti sugirió, el campo debe ser expandido.

El reto para los *comparative* procesalistas civiles es explorar nuevos temas y nuevos campos. Con el espíritu de impulsar algunas innovaciones al estilo de los *entrepeneurs* estadounidenses en un contexto más europeo, me gustaría darle un consejo a la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Un modesto paso hacia adelante sería el dedicar una porción de los programas de las reuniones a sesiones, ideas y estudios que no estén necesariamente preprogramados. La idea sería el dar una voz a algunos estudiantes quienes están fuera de la corriente general *(mainstream),* pero que estarían estrechando los linderos del Proceso Civil comparado. Podemos ver lo que ellos tienen que decir y usarlo para construir y mantener un lugar para esta organización y sus discípulos, ayudando a lograr que la enseñanza del Derecho procesal llegue a nuevos desarrollos sociales.

Reconozco que estoy sugiriendo una dosis de la competitividad y

franqueza norteamericana. Debido a mis antecedentes, yo tiendo a brindar un tanto de confianza y a la vez escepticismo acerca de los pareceres estadounidenses que forman parte de mi. Considero, empero, que el tiempo se acerca en que el proceso civil, eventualmente, celebrará nuestra marginalidad o encontrará nuevas rutas para tomar contacto con los grandes movimientos de masas. Toma mucho trabajo -más que en las épocas en que Klein y de Cappelletti produjeron su trabajo-. Actualmente, existen muchas cosas en la erudición procesal que siguen fielmente los mandatos de Klein y de Cappelletti. Esto no es sorprendente, pero no estaría demás recordar nuestra misión, y desafío con respecto a erudición procesal en la proximidad de un nuevo milenio.

Civil litigation without frontiers: harmonization and unification of procedural law* **

Geoffrey C. Hazard, Jr.

I. Introduction

This report is in somewhat unorthodox form. The principal component of my report is the Transnational Rules of Civil Procedure, a proposed «code» of civil procedure for adjudication of transnational civil disputes. In concept the rules in this code could be adopted by any national state, whether civil law or common law or a «mixed» system, for adjudication of the defined classes of cases. The proposed code is in the tradition pioneered in the Model Code for Ibero America and furthered by Professor Storme in the project for Approximation of Judiciary Law in the European Union.[1] The text has evolved through several prior drafts and reflects consultation with colleagues in other countries, both common law and civil law.

The text of the Transnational Rules of Civil Procedure initially was a project of the American Law Institute, of which I have been Director. UNIDROIT, the International Institute for the Unification of Private Law, has joined as a cosponsor of the project, following an expert report by Professor Rölf Stürner. It is expected that UNIDROIT will organize a complementary set of advisory conferences for discussion of the proposal. UNIDROIT's sponsorship will affirm the truly international character

* *XI World Congress on Procedural Law*, 1999.

** *General Reporter for the Common Law Countries.*

1 *See* Marcel Storme (ed.) Approximation of Judiciary Law in the European Union, Kluwer, 1994, See also Anteproyecto del Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, Revista de Processo, Vols. 52 and 53, 1988 and 1989.

of the project and thus, we trust, improve the possibilities of acceptance of the concept in the years ahead.

The present draft in similar form as presented herewith has been designated Discussion Draft No. 1 of the American Law Institute project. It is presented to the World Congress and colleagues in the field of civil procedure for discussion and criticism. At an earlier stage in drafting, suggestions and criticisms of colleagues from common law countries were obtained through a questionnaire. The questionnaire and the responses will be published after the Congress.

II. International «Harmonization» of Procedural Law

The human community of the world lives at closer quarters today than in ancient days. International trade is at an all time high and steadily increasing; international investment and monetary flows increase apace; businesses from the developed countries establish themselves all over the globe directly or through subsidiaries; business people travel abroad as a matter of routine; ordinary citizens in increasing numbers live temporarily or permanently outside their native countries. As a consequence there are positive and productive interactions among citizens of different nations in the form of increased commerce and wider possibilities for personal experience and development. There are also inevitable negative interactions, however, including increased social friction, legal controversy and litigation.

In dealing with these negative consequences, the costs and distress resulting from legal conflict can be mitigated by reducing differences in legal systems, whereby the same or similar «rules of the game» apply no matter where the participants may find themselves. The effort to reduce differences between national legal systems is commonly referred to as «harmonization.» Another term is «approximation,» meaning that the rules of various legal systems should be reformed in the direction of approximating each other. Most endeavors at harmonization have addressed substantive law, particularly the law governing commercial and financial transactions.[2]

2 *See, e.g.*, Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, 28 I.L.M. 1448; United States - Egypt Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, September 29, 1982, 21 I.L.M. 927; Convention on the Elimination of All

Harmonization of the law of procedure has made much less progress. It has been impeded by the assumption that national procedural systems are too deeply embedded in local political history and cultural tradition to permit reduction or reconciliation of differences between legal systems. There are, to be sure, some international conventions dealing with procedural law, notably The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad and European conventions on recognition of judgments. Effort continues on a more general convention on personal jurisdiction and recognition of judgments.[3]

The need for harmonization of procedural law is evident. The pioneering work of Professor Marcel Storme has demonstrated that harmonization can be approximated. All practicing lawyers know that resolution of legal disputes often depends on the identity of the forum that assumes jurisdiction of the dispute. All judges and lawyers recognize that the procedure for adjudication of disputes employed by a forum can be influential in determination of the merits—that is, the actual outcome of the litigation. From the viewpoint of clients, assuming that general principles of fairness have been observed, the outcomes are of salient importance. The fundamental objective of harmonization therefore is reduction of the risk of different outcome in adjudication that results from difference in forum and difference in procedure. Complete elimination of such differences is an impossibility, even within national systems, but their reduction is an eternal goal in administration of justice. Establishing the same rules of procedure, regardless of forum, is a means to that end.

III. Fundamental Similarities in Procedural Systems

In undertaking international harmonization of procedural law Professor Taruffo, Dr. Elisabetta Silvestri (the Associate Reporter) and I have

---

Forms of Discrimination Against Women, December 18, 1979, 19 I.L.M. 33; International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, March 16, 1965, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. No. 6090, 575 U.N.T.S. 159.

3 *See* Catherine Kessedjian, Hague Conference on Private International Law, International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (transl.) (April 1997).

identified both fundamental similarities among procedural systems and fundamental differences between them. Obviously, it is the fundamental differences that present the difficulties. However, it is important to keep in mind that all modern civil procedural systems have fundamental similarities. The similarities among procedural systems can be summarized as follows:

- Standards governing assertion of personal jurisdiction and subject matter jurisdiction
- Specifications for a neutral adjudicator
- Procedure for notice to defendant
- Rules for formulation of claims
- Provision for expert testimony
- Rules for reception of evidence
- Rules governing deliberation and decision leading to judgment by the tribunal and for appellate review
- Rules of finality of judgments.

Of these, the rules of personal jurisdiction, notice and recognition of judgments are sufficiently similar from one country to another that they have been susceptible to substantial resolution through international conventions. Concerning personal jurisdiction, the United States is aberrant in having an expansive concept of «longarm» jurisdiction, although this difference is one of degree rather than one of kind. Specification of a neutral adjudicator begins with realization that all legal systems have rules to assure that a judge or other adjudicator should be disinterested as between the parties. Accordingly, in transnational litigation reliance generally can be placed on the local rules expressing that principle. Similarly, an adjudicative system by definition requires a principle of finality. The concept of «final» judgment therefore is also generally recognized, although some legal systems permit reopening a determination more liberally than other systems. The corollary concept of mutual recognition of judgments is also generally accepted.

IV. Differences Between Procedural Systems

The differences in civil procedural systems can be considered along two divisions. Along one division there are differences between the common law systems and the civil law systems. The common law systems all

derive from England and include Canada, Australia, New Zealand, South Africa, India, and the United States, as well as Israel, Singapore and Bermuda. The civil law systems originated on the European continent and include those derived from Roman law (the law of the Roman Empire codified in the Justinian Code) and canon law (the law of the Roman Catholic Church, itself substantially derived from Roman law). The civil law systems include those of France, Germany, Italy, and Spain and virtually all other European countries and, in a borrowing or migration of legal systems, those of Latin America and Japan.

The significant differences between common law and civil law systems are as follows:

- The judge in civil law systems, rather than the advocates in common law systems, has responsibility for development of the evidence and articulation of the legal concepts that should govern decision. However, there is great variance among civil law systems in the manner and degree to which this responsibility is exercised, and no doubt variance among the judges in any given system.
- Civil law litigation in many systems proceeds through a series of short hearing sessions — sometimes less than an hour each — for reception of evidence, which is then consigned to the case file until an eventual final stage of analysis and decision. In contrast, common law litigation has a preliminary or pretrial stage, sometimes more than one, and then a trial at which all the evidence is received consecutively.
- A civil law judgment in the court of first instance (i.e., trial court) is generally subject to more searching reexamination in the court of second instance (i.e., appellate court) than a common law judgment. Reexamination in the civil law systems extends to facts as well as law.
- The judges in civil law systems serve a professional lifetime as judge, whereas the judges in common law systems are almost entirely selected from the ranks of the bar. Thus, civil law judges lack the experience of having been a lawyer, for whatever effects that may have.

These are important differences, but not worlds of difference.

The other division is between the American version of the common law system and other common law systems, and is of at least equal significance. The American system is unique in the following respects:

- Jury trial is broadly available of right in the American federal courts and in the state court systems. No other country routinely uses juries in civil cases.
- American rules of discovery give wide latitude for exploration of potentially relevant evidence.
- The American adversary system generally affords the advocates far greater latitude in presentation of a case than is customary in other common law systems. In part this is because of the use of juries.
- The American system operates through a unique cost rule. Each party, including a winning party, ordinarily pays that party's own lawyer and cannot recover that expense from a losing opponent. In most all other countries the winning party, whether plaintiff or defendant, recovers at least a substantial portion of his litigation costs.[4]
- American judges are selected by a variety of ways in which political affiliation plays an important part. In most other common law countries judges are selected on the basis of professional standards.

However, it should also be recognized that there are many types of American procedures that much more closely resemble the counterparts in other countries. These are the procedures in American administrative adjudications, which are conducted by professional judges without juries.

V. Philosophy of the Transnational Rules Project

The philosophy of the project for the Transnational Rules of Civil Procedure reflects two basic principles, one substantive and the other of technique or process. The substantive principle is that all systems for adjudication of civil controversies in modern constitutional regimes are similar if not identical in certain basic respects. This thought was expressed colloquially but vividly by Professor Storme in his guidance of the Approximation project. As stated in his Introduction to the report of that project, «[n]ot only do I find, when it comes down to the nitty-

4 *See* generally A. Tomkins and T. Willing, Taxation of Attorney's Fees: Practices in English, Alaskan and Federal Courts (1986). See also, e.g., A. Ehrenzweig, Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society, 54 Calif. L.Rev. 792 (1963); T. Rowe, The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview, 1982 Duke L. Rev. 651.

gritty, that the distinction between the two legal families is less than is believed, but also, as my experience in our Working-Group showed, that in the final analysis the differences are more of a formal and/or terminological nature».[5]

The other principle, that of technique or process, can be simply stated: Exposition and criticism of legal concepts is most efficient and penetrating when it is conducted by means of draft texts of proposed rules. Correlatively, legal concepts of a higher level of abstraction—jurisprudence—are an important aid in formulation and comprehension of legal rules. Of course, the close analysis of legal rules can stimulate jurisprudential reflection and appreciation of jurisprudence is an indispensable method of legal analysis. The revised project in cooperation with UNIDROIT will commence with a formulation of general principles. However, when all is said and done, law must be expressed in rules. Hence, the project for Transnational Rules of Civil Procedure will thereafter proceed through the mechanism of successive drafts of a code of rules. The Discussion Draft presented is indicative of a format that may eventually be proposed.

VI. Revisions from Prior Drafts and Future Work

Prior drafts of the Rules have been published.[6] These drafts have elicited valuable criticism and comments from legal scholars and lawyers from both civil and common law systems.[7] Comparison will demonstrate

5 *See* Marcel Storme (ed.), Approximation of Judiciary Law in the European Union, 55.

6 The first draft is published in 30 Cornell International Law Journal 89 (1995). The second draft is published in 33 Texas Int'l L. J. 499 (1998).

7 Cf. Gary Born, *Critical Observations on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure*, 30 TEX. INT'L L.J. 387 (1998), Russell J. Weintraub, *Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure*, 30 TEX. INT'L L.J. 413 (1998), Jacob Dolinger and Carmen Tiburcio, *The Forum Law Rule in International Litigation – Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or lex Diligentiae?*, 30 TEX. INT'L L.J. 425 (1998), Gerhard Walter and Samuel P. Baumgartner, *Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project*, 30 TEX. INT'L L.J. 463 (1998), Catherine Kessedjian, *First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague*, 30 TEX. INT'L L.J. 477 (1998), Geoffrey C. Hazard, Jr., Transnational Rules of Civil Procedure: Preliminary Draft No. 1, 30 TEX. INT'L L.J. 499 (1998), Michele

that many modifications have been adopted as a result of discussions and deliberations following those publications. The changes include, among others, of the provisions on scope and on composition of the tribunal, the incorporation of «principles of interpretation,» the sequence and scope of discovery, and specification of a settlement offer procedure. These revisions emerged from discussions at several locations with advisers from various countries, including meetings in Bologna, Italy, Vancouver, Canada, and Philadelphia, USA and also conducted through correspondence. The net effect can be described as a new text but the present draft is still a «work in progress.»

The participation of UNIDROIT marks a new phase of the project. We will reconsider the basic premises and will formulate general principles, to be elaborated through a new text. Criticism and suggestions addressed to this draft will provide useful guidance in that endeavor.

The Reporters therefore welcome suggestions and criticisms. Our address is as follows:

The American Law Institute
Transnational Rules of Civil Procedure
4025 Chestnut Street
Philadelphia, PA 19104-3099
Fax: + 1 215/243-1664
Email: transrules@ali.org

Taruffo, Drafting Rules for Transnational Litigation, ZZPINT'L L.J. 449 (1997). We also received written contributions from Mathew Applebaum, Steven Burbank, Antonio Gidi, Stephen Goldstein, Richard Hulbert, J. A. Jolowicz, Dianna Kempe, Mary Kay Kane, Ramon Mullerat, Hans Rudolf Steiner, Rolf Sturner, Louise Teitz, Janet Walker, Garry Watson, Des Williams and others.

We are pleased to say that, effective January 1999, Dr. Antonio Gidi has been designated as Assistant Reporter.

Litigio civil sin fronteras : armonización y unificación del derecho procesal * **

Geoffrey C. Hazard, Jr.

I. Introducción

El presente informe se ha realizado de una manera un tanto ortodoxa. Su componente principal es el Código Internacional de Normas del Proceso Civil *(Transnational Rules of Civil Procedure)*, una propuesta de Código Procesal Civil cuyo ámbito de aplicación son las disputas civiles internacionales. En general, las normas de este Código podrían ser adoptadas por cualquier nación, tanto del *civil law* como del *common law* o en un *sistema mixto*, para ser aplicadas en determinados casos. El código propuesto se encuentra dentro de la tradición pionera del Modelo del Código para Iberoamérica y promovido por el profesor Storme en el proyecto para la Aproximación del Derecho Judicial en la Unión Europea.[1] El texto ha evolucionado a través de ciertos borradores preliminares y refleja las consultas con colegas de otros países, tanto del derecho civil como del derecho anglosajón.

El texto del Código Internacional de Normas del Proceso Civil fue inicialmente un proyecto del *American Law Institute* del cual fui Director. UNIDROIT, el Instituto Internacional para la Unificación del De-

* Traducción libre del Dr. Aníbal Quiroga León, Editor General, con la asistencia de la alumna Michelle Montaño Derteano. N. del traductor.

** Informe General para los países de Derecho Común presentado en el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal, Viena, 1999.

1 Ver Marcel Storme (ed.) *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, 1994. También ver Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, **Revista de Proceso**, Vols. 52 y 53, 1988 y 1989.

recho Privado, se ha unido como un colaborador del proyecto, siguiendo el informe legal elaborado por el profesor Rolf Sturner. Se espera que UNIDROIT organice un grupo complementario de conferencias consejeras para la discusión de la propuesta. El auspicio de UNIDROIT reafirmará la verdadera naturaleza internacional del proyecto y por tanto, confiamos en que ello mejore las posibilidades de aceptación de este concepto en el futuro.

El presente Proyecto en una presentación similar a la citada en esta ocasión, ha sido denominado como Borrador de Discusión No. 1 del Proyecto del *American Law Institute.* Se ha presentado al Congreso Mundial y a los colegas del sistema civilista para ser discutido, criticado y analizado.

II. Armonización internacional del Derecho procesal

Los habitantes del mundo viven más próximos unos de otros hoy en día que en antaño. El comercio internacional es alto y se incrementa constantemente; la inversión internacional y los flujos de la moneda también aumentan a una velocidad inusitada; los negocios de los países desarrollados se establecen por todo el mundo, directamente o a través de subsidiarias; los ejecutivos viajan temporalmente o permanentemente fuera de sus países de origen. Como consecuencia de ello, hoy se dan interacciones positivas y productivas entre los ciudadanos de distintos países a través de un incremento del comercio, y mayores posibilidades para la experiencia y el desarrollo personal. Sin embargo, también se dan inevitables interacciones negativas como un incremento en la fricción social (brecha entre las clases sociales), controversia legal y litigio.

Al lidiar con estas consecuencias negativas, los costos y las molestias derivadas del conflicto legal pueden ser mitigadas al reducir las diferencias entre los sistemas legales, mediante lo cual, sin importar el lugar donde se encuentren los participantes, se aplicarían las mismas o similares reglas del juego. El esfuerzo por reducir las diferencias entre los sistemas legales nacionales es denominado como «armonización». Otro término utilizado es «aproximación», lo cual significa que algunas normas de ciertos sistemas legales deben ser reorientadas para poder aproximarse entre sí. La mayoría de los intentos de armonización se han referido al derecho sus-

tantivo, aludiendo particularmente a las normas comerciales y las de transacciones financieras.[2]

La armonización del Derecho Procesal no ha tenido tanto desarrollo. Esto ha sido impedido porque se asume que los sistemas procesales nacionales están demasiado imbuidos en la historia política local y en la tradición cultural, lo cual no permitiría la reducción o reconciliación de las diferencias existentes entre los sistemas legales. Sí existen algunas convenciones internacionales referentes al Derecho Procesal, destaca la Convención de la Haya en la Toma de Pruebas en el Extranjero y las Convenciones Europeas, referente al reconocimiento de juicios. Los esfuerzos se orientan hacia una convención más general sobre la jurisdicción personal y el reconocimiento de juicios.[3]

La necesidad para la armonización de Derecho Procesal es evidente. El trabajo pionero del Prof. Marcel Storme ha demostrado que la armonización puede ser alcanzada. Todos los jueces y abogados reconocen que el procedimiento para juzgamiento de controversias empleados por un foro puede ser influyente en la determinación de los méritos - es decir, el resultado real del pleito. Desde el punto de vista de los clientes, asumiendo que se han observado los principios generales de justicia, los resultados poseen una gran importancia. Por tanto, el objetivo primordial de la armonización es la reducción del riesgo de diferentes resultados en la adjudicación, lo cual es generado por la diferencia en el foro y en el procedimiento. Una absoluta eliminación de tales diferencias es imposible, aún dentro de sistemas nacionales, pero su reducción es un objetivo eterno en la administración de justicia. Uno de los medios para obtener tal fin sería el establecimiento de las mismas normas de procedimiento.

2 Ver Convention on the Rights of the Child (Convención sobre los Derechos del Niño), Noviembre 20, 1989, 28 I.L.M. 1448; Estados Unidos – Egipto Treaty Concerning Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (Tratado concerniente a la Mutua Incentivación y Protección de las Inversiones), Setiembre 29, 1982, 21 I.L.M. 927; Covention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Convención sobre la Abolición de Todo Tipo de Discriminación en Contra de la Mujer), Diciembre 18, 1979, 19 I.L.M. 33; International Convenant on Civil and Political Rights (Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos), Diciembre 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Convención sobre el Cierre de Disputas entre los Estados y los Ciudadanos de otros Estados acerca de Inversiones), Marzo 16, 1965, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. No. 6090, 575 U.N.T.S. 159.

3 Ver Catherine Kessedjian, Hague Conference on Private International Law, International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (Abril 1997).

III. Similitudes fundamentales entre sistemas procesales

En el cometido de la armonización internacional del Derecho Procesal a cuestas, el Prof. Taruffo, la Dra. Elisabetta Silvestri (Relatora Asociada) y el autor, identificamos las dos similitudes fundamentales entre los sistemas procesales y las diferencias procesales entre estos. Obviamente, son las diferencias fundamentales las que suscitan dificultades. Sin embargo, es importante recordar que todos los sistemas procesales civilistas tienen profundas similitudes. Las similitudes entre sistemas procesales pueden ser resumidas de la siguiente manera :

- Parámetros básicos que gobiernan la jurisdicción personal y material
- Especificaciones para un juzgador imparcial.
- Proceso para la notificación del demandado.
- Normas para la formulación de reclamos.
- Provisiones sobre actuación de peritajes.
- Normas sobre el ofrecimiento de Medios Probatorios
- Normas que determinan el juzgamiento y resolución de un proceso por una autoridad jurisdiccional, y la posibilidad que la Sentencia pueda ser objeto de un recurso de apelación.
- Normas sobre el principio de la «cosa juzgada».

De estas, las normas sobre la jurisdicción personal, la notificación y reconocimiento de Sentencias son lo suficientemente parecidas entre diferentes países que han permitido algunas soluciones de disputas a través de convenciones internacionales. Respecto a la «jurisdicción personal», Estados Unidos, se rehúsa al tener un concepto expansivo de jurisdicción denominado *longarm jurisdiction*[4] aunque esta diferencia representa una especie pero no un género. El caso de la imparcialidad del juzgador tiene como base sustento el hecho que todos los sistemas legales poseen normas que aseguran que el «Juez» o cualquier otra denominación que reciba debe ser imparcial en relación a las partes. Por consiguiente, en el litigio transnacional, la confianza generalmente se asienta en las reglas locales que

4 «LONG ARM STATUTES: Leyes estadounidenses que permiten extender la jurisdicción personal de los tribunales de los estados que las dictan a personas no residentes en tales estados, siempre que se cumplan ciertos requisitos en cuanto a la realización de actos en tales estados, así como los relativos a la notificación.» Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo y HOAGUE, Eleanor: *Lexis English-Spanish Legal Dictionary;* Butterworth Legal Pub., 1991 T. I, p. 383. N. del Traductor.

plasman este principio. Similarmente, un sistema judicial, por definición, requiere del principio seguridad jurídica expresado en el principio de la «cosa juzgada». El concepto de «cosa juzgada» es generalmente reconocido, aunque algunos sistemas legales permitan la reapertura del proceso con mayor libertad que otros sistemas[5]. El concepto del reconocimiento de Sentencias extranjeras (*exequatur*) es también generalmente contemplado.

IV. Diferencias entre los sistemas procesales

Las diferencias del proceso civil pueden ser consideradas dentro desde dos perspectivas. Una de ellas, es la que se refiere a las diferencias existentes entre el *Common Law* y el *Civil Law*. El sistema del *Common Law* deriva de Inglaterra, e incluye a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sur África, India, los Estados Unidos, así como Israel, Singapur y Bermuda. El *Civil Law* se origina en Europa continental e incluye aquellos derivados del Derecho Romano (el derecho del Imperio Romano codificado en el Código Justinianeo) y el Derecho Canónigo (el Derecho Romano Canónico, el cual a su vez se deriva básicamente del Derecho Romano). El *Civil Law* incluye a Francia, Alemania, Italia y España y virtualmente todos los demás países europeos y, en calidad de herencia o inmigración de sistemas legales, aquellos países de América Latina y Japón.

Las diferencias más significativas entre el *Common Law* y el *Civil Law* son las siguientes :

- El juez en el *Civil Law*, a diferencia de los abogados en el *Common Law*, tiene a su cargo la actuación de los medios probatorios y la articulación de aquellos conceptos legales que den fundamento a la decisión que se adopte. Empero, existe una gran variante en el *Civil Law* en el modo y grado en que esta responsabilidad es ejercida por los jueces de cada sistema.
- El litigio dentro del *Civil Law* se desarrolla a través de subsecuentes y cortas audiencias, que duran a veces menos de una hora cada una, para la actuación de pruebas, lo que es archivado en el expediente judicial hasta la fase final de valoración probatoria y expedición de la Sentencia. En cambio, el litigio en el derecho anglosajón, posee una etapa

5 Por ejemplo en el caso peruano el proceso sobre Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta previsto en el Art. 178 del Código Procesal Civil. N. del Traductor

preliminar, en ocasiones más que una, y luego un juicio donde todas las pruebas son actuadas consecutivamente.

- En el *Civil Law* un proceso judicial en primera instancia (*trial court*) es sujeto de mayor reexámen en la corte de segunda instancia (*appelate court*), a diferencia que en los litigios que se desarrollan en el *Common Law*. El reexamen en el *Civil Law* se extiende tanto a los hechos como al derecho.
- Los jueces en el *Civil Law* son jueces de carrera, mientras que los jueces en el *Common Law*, son casi todos seleccionados de los *rankings* del colegio de abogados. Por ende, los jueces del *Civil Law* carecen de la experiencia de un abogado litigante, para todos los efectos que esto pudiese acarrear.

Estas son diferencias importantes, pero no un mundo de diferencias.

La otra división existente es la que se halla entre la versión americana del sistema civilista y otros sistemas civilistas, este tiene al menos igual relevancia. El sistema Norteamericano es único en los siguientes aspectos:

- Un juicio por jurado es generalmente accesible en las cortes federales de Norteamérica y en los estados con sistemas de tribunales. Ningún otro país utiliza rutinariamente el juicio por jurado en casos civiles.
- Las normas norteamericanas sobre obtención anticipada de medios probatorios *Discovery* constituyen una nueva forma para la exploración de potencial evidencia relevante para el subsecuente proceso judicial.
- En el sistema acusatorio norteamericano generalmente se produce la posibilidad que los abogados presenten los casos con una perspectiva mucho más amplia que la acostumbrada en los otros sistemas. Ello se debe en parte por el sistema de juzgamiento con jurado.
- El sistema norteamericano opera a través de un único costo procesal. Esto es, cada parte, incluyendo a la parte vencedora, ordinariamente paga su propio abogado no pudiendo obtener que la parte vencida asuma este costo. En casi todos los otros países, quien resulte vencedor en un proceso judicial, sea demandante o demandado, recobra al menos una porción substancial de los costos del proceso. [6]

6 Ver a A. Tomkins and T. Willing, Taxation of Attorney's Fees: Practices in English, Alaskan and Federal Courts (1896). Ver también, A. Ehrenzweig, Reimbursement of Counsel

- Los jueces norteamericanos son seleccionados de varias formas en que las alianzas políticas juegan un importante rol. En los demás países del *Common Law*, los jueces son elegidos sobre la base de sus calificaciones profesionales.

Sin embargo, también se debe reconocer que existen muchos tipos de procedimientos americanos muy parecidos a sus pares en otros países. Estos son los procesos de naturaleza administrativa cuya competencia ha sido asignada a jueces profesionales y sin la presencia de un jurado.

V. La filosofía del proyecto de normas internacionales

La filosofía del Proyecto de Normas Internacionales del Proceso Civil refleja dos principios básicos, uno sustantivo y otro procesal. El principio sustantivo consiste en que todos los sistemas de resolución de conflictos civiles en los regímenes constitucionales modernos, son similares y en algunos casos idénticos en algunos aspectos básicos. Este pensamiento fue expresado coloquialmente pero vívidamente por el Profesor Storme en su camino hacia el *Aproximation project.* En la introducción del informe de este proyecto, el afirmó: «*cuando se trata de lo "nitty-gritty", no solamente encuentro que la distinción entre los dos sistemas legales es menor de lo que se piensa, sino que además, tal y como mi experiencia en el Grupo de Trabajo reveló, en el análisis final las diferencias son más de naturaleza formal y/o terminológica.*»[7]

El otro principio, referido a la técnica procesal puede ser simplemente definido como: la exposición y crítica de los conceptos legales es más eficiente cuando se realiza sobre la base de proyectos normativos. Correlativamente, aquellos conceptos que requieren un mayor nivel de abstracción -la jurisprudencia- constituyen una ayuda importante para la formulación y comprensión de las normas legales. Desde luego, el análisis detallado de las normas legales puede estimular la reflexión jurisprudencial y la apreciación de la jurisprudencia como un método indispensable de interpretación legal. El proyecto revisado, en cooperación con UNIDROIT

Fees and the Great Society, 54 Calif. L. Rev. 792 (1963); T. Rowe, *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview,* 1982 Duke L. Rev. 651.

7 Ver Marcel Storme, *Approximation of Judiciary Law in the European Union,* 55.

empezará con la formulación de principios generales. Sin embargo, cuando todo este dicho y hecho, el derecho deberá estar plasmado en normas. Por consiguiente, el Proyecto para las Normas Internacionales del Proceso Civil será presentado mediante el mecanismo de borradores de un código normativo. El borrador que está en discusión presentado es un indicativo del formato que eventualmente podría ser propuesto.

VI. Revisiones de proyectos anteriores y del futuro trabajo

Proyectos preliminares anteriores han sido publicados.[8] Estos proyectos preliminares han suscitado la muy valiosa crítica y comentario de discípulos [9] y abogados tanto del *Civil Law* como del *Common Law* . La comparación demostrará que muchas modificaciones han sido adoptadas como resultado de las discusiones y las deliberaciones que precedieron a dichas publicaciones. Los cambios incluyen, entre otros, las relativas al ámbito de aplicación y la composición del tribunal, la incorporación de los "principios de interpretación", la secuencia y el ámbito de los procesos de *Discovery*, y las especificaciones relativas a la transacción dentro del procedimiento. Estas revisiones generaron una discusión en varias loca-

8 El primer proyecto fue publicado en el 30 Cornell International Law Journal 89 (1995). El segundo proyecto fue publicado en 33 Texas International Law Journal 499 (1998).

9 Cf. Gary Born, *Critical Observations on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure,* 30 TEX. INT'L L.J. 387 (1998), Russell J. Weintraub, Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure, 30 TEX. INT'L L.J. 413 (1998), Jacob Dolinger y Carmen Tiburcio, *The Forum Law Rule in International Litigation – Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?,* 30 TEX. INT'L L.J. 425 (1998), Gerhard Walter y Samuel P. Baumgartner, *Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project,* 30 TEX. INT'L L.J. 463 (1998), Catherine Kessedjian, First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and the Hague, 30 TEX. INT'L L.J. 477 1998), Geoffrey C. Hazard, Jr., *Transnational Rules of Civil Procedure: Preliminary Draft No. 1, 30* TEX. INT'L L.J. 499 (1998), Michele Taruffo, Drafting Rules for Transnational Ligitigation, ZZP INT'L L.J. 499 (1997). También hemos recibido contribuciones de Mathew Applebaum, Steven Burbank, Antonio Gidi, Stephen Goldstein, Richard Hulbert, J.A. Jolowicz, Dianne Kempe, Mary Kay Kane, Ramon Mullerat, Hans Rudolf Steiner, Rolf Sturner, Louise Teitz, Janet Walker, Gary Watson, Des Williams y otros.

Nos es grato informar que, a partir de Enero de 1999, el Dr. Gidi ha sido designado como uno de nuestros Relatores Asistentes.

ciones con consejeros de varios países, incluyendo los encuentros en Bologna, Italia, Vancouver, Canadá y Filadelfia, Estados Unidos y también fueron llevados a cabo por correspondencia. El efecto neto puede ser descrito como un nuevo texto pero el presente borrador es aún un «**trabajo en proceso**».

La participación de UNIDROIT marca una nueva fase de este proyecto. Nosotros reconsideraremos las premisas y formularemos principios generales, para ser elaborados en un nuevo texto. Las críticas y las sugerencias aludidas a este borrador nos aportarán una guía muy útil en esta iniciativa.

Por ello, los Relatores alientan las críticas y las sugerencias, e invitan al amable lector a hacerlas. Todas serán bienvenidas. Para este efecto, nuestra dirección es la siguiente :

THE AMERICAN LAW INSTITUTE
Transnational Rules of Civil Procedure
4025 Chesnut Street
Philadelphia, PA 19014-3099
Fax : + 1 215/243-1664
Email : transrule@ali.org

Apresentação ao Projeto às Normas Transnacionais de Processo Civil[1]

Antonio Gidi[2]

I. *O projeto*

A Revista Derecho – PUC publica neste volume as *Transnational Rules of Civil Procedure*, um projeto de autoria dos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo.

O nome do professor Taruffo dispensa apresentação ao leitor latino-americano. Suas lições já foram definitivamente incorporadas à nossa Ciência Processual, principalmente através de seus livros e artigos sobre o direito comparado, a motivação da sentenca, os recursos e a teoria das provas. Recentemente publicou, em co-autoria, um Curso de Direito Processual Civil com características inovadoras. É professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de Pavia, onde ensina os cursos de Instituições de Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho e dirige o Instituto de Direito Processual Civil Comparado. Também foi professor visitante da Universidade Cornell, nos Estados Unidos.

1 Adaptado de um *intervento* realizado em 9 de setembro de 1999, no Colóquio Internacional "*Processi di integrazione e soluzione delle controversie: dal contezioso fra gli stati alla tutela dei singoli. Europa e America Latina*", realizado na Universidade de Roma "*Tor Vergata*", a convite do Prof. Bruno Sassani. O autor gostaria de agradecer aos amigos Prof. Francesco Luiso, pela correção do texto original em italiano e Prof. Aníbal Quiroga León, pelo convite de publicar o nosso projeto nessa prestigiosa revista.

2 Mestre e doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP e *Lecturer-in-Law* na *University of Pennsylvania Law School*, onde ensina Direito Processual Civil Comparado. É também *Assistant Reporter* do projeto *Transnational Rules of Civil Procedure*. As idéias manifestadas neste artigo refletem as convicções e hesitações do autor e não representam a posição do *American Law Institute* ou dos demais relatores do projeto.

Geoffrey C. Hazard Jr. é professor de Direito Processual Civil e de Ética Profissional na Faculdade de Direito da Universidade de Pensilvânia (Filadélfia), já tendo lecionado por muitos anos nas Universidades de Yale (New Haven) e da Califórnia (Berkeley). É diretor emérito do *American Law Institute* (*ALI*). Publicou inúmeros livros e artigos sobre Direito Processual Civil e Ética Profissional, sendo um dos mais respeitados juristas americanos da atualidade. Possui extensa experiência prática, acadêmica e legislativa, tendo sido o principal responsável (*Reporter*) pela redação do *Restatement (second) of Judgments* do *American Law Institute* e das *Model Rules of Professional Conduct* da *American Bar Association*. É membro da comissão nomeada pela Suprema Corte encarregada da reforma e do aprimoramento do processo civil nos Estados Unidos (*Advisory Committee on Civil Rules*).

Pode-se dizer que este trabalho é a continuação de um livro que os autores escreveram conjuntamente em 1993 sobre o processo civil americano[3].

O projeto é patrocinado pelo *American Law Institute* (*ALI*). O *ALI* é uma associação, fundada em 1923, composta de aproximadamente 3.400 membros, dos quais metade são advogados e os demais são juízes e professores. Trata-se de uma entidade única no mundo, pela sua marcante participação na reforma, desenvolvimento e aprimoramento do direito americano. Entre as mais importantes obras produzidas pelo instituto estão os inúmeros *Restatements*, o *Uniform Commercial Code* e o *Model Penal Code*.[4]

No início de 1999, o projeto passou a ser conduzido em colaboração com o UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law*). Como sabemos, o UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, fundada há mais de 70 anos, cujo objetivo é harmonizar e unificar o direito privado através de convenções, tradados e leis-modelo. O Unidroit é composto por quase 60 países-membros e tem a sua sede em Roma.

3 Cf. *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press, 1993. O livro foi publicado no Japão, em tradução do Prof. Makoto Tanabe.
V. a recensão de Antonio Gidi, publicada em *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*, vol. 6, p. 851-5, esp. p. 852.

4 Sobre a importância do *American Law Institute* nos Estados Unidos, com especial destaque aos *Restatements*, cf. Ugo Mattei, *Il modello di* common law, p. 161-3. V. ainda, Geoffrey C. Hazard Jr. The American Law Institute: what it is and what it does, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (CNR)*, 1994.

II. *Objetivo*

Não é preciso comprovar aqui o fato notório de que as transações internacionais estão se multiplicando e que também o direito processual precisa acompanhar a evolução da sociedade. Dizem que o mundo está diminuindo. Fala-se em globalização e em livre circulação de mercadorias. Com um pouco menos frequência, fala-se também de livre circulação de pessoas e trabalhadores. Em todo caso, as fronteiras físicas entre os países já não têm mais o mesmo significado de quinze ou mesmo dez anos atrás e os litígios de dimensão internacional são cada vez mais corriqueiros nos tribunais das grandes cidades.

A necessidade de uma uniformização das normas processuais se faz sentir já há algum tempo, principalmente para o advogado habituado a operar em causas de natureza transnacional. Essa necessidade é acentuada pelo fato de que, até o momento, as tentativas de harmonização do direito têm-se limitado quase exclusivamente a matérias de conteúdo substancial. As poucas convenções internacionais na área do direito processual limitam-se a estimular a assistência jurídica entre os países, principalmente no que se refere à citação e à tomada de provas em outro país e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.[5] O procedimento propriamente dito continua sendo regulado pelo direito processual de cada país.

As Normas Transnacionais visam a uniformizar ou harmonizar as normas processuais atualmente existentes nos diversos países, no que refere às controvérsias transnacionais. O seu principal objetivo é reduzir as incertezas e ansiedades do estrangeiro que se vê obrigado a litigar em um foro pouco familiar, através de leis processuais que desconhece. Sua introdução nos sistemas jurídicos dos diversos Estados tanto pode ser feita através de tratado internacional, como através da promulgação de lei nacional.

5 Cf., por exemplo, *The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad* e a ainda inacabada *International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. Sobre o motivo dessa indiferença à lei processual, v. as opiniões de Catherine Kessedjian, First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague, 33 *Tex. Int'l L.J.* 477, 477-80 (1998) e de Geoffrey C. Hazard Jr., From whom no secrets are hid, 76 *Texas L. Rev.* 1665, 1667 (1998).

Na prática, trata-se apenas da criação de mais um, dentre os inúmeros «procedimentos especiais», comuns em todos os sistemas processuais. Acontece que, nesse caso, o processo não é especial em face da especificidade da situação de direito material objeto do processo, mas apenas em face do caráter transnacional da controvérsia, seja ela de que natureza for. Assim, é importante observar que, dentro do âmbito previsto no art. 1(a), as Normas têm um caráter «transubstancial», sendo aplicáveis em qualquer tipo de controvérsia.

As Normas Transnacionais são acompanhadas de um comentário oficial. Todavia, por limitação de espaço, os comentários não serão reproduzidos nesta oportunidade. Os interessado poderão consultar o texto original em inglês, acompanhado de uma introdução e do comentário, artigo por artigo, na *Home Page* do *American Law Institute*.[6]

Como se sabe, a uniformização do direito processual civil não é uma idéia pioneira. Nos últimos anos têm florecido bem-intencionadas propostas de unificação do processo civil na América Latina e na Comunidade Européia.[7]

As Normas Transnacionais são uma proposta a um só tempo mais ampla e mais restrita do que o *Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica* e o *Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Trata-se de uma proposta mais ampla, na medida em que a sua aplicação não está circunscrita a países situados em uma única região e ligados por uma história e cultura comuns. Porém, ao mesmo tempo, trata-se de um empreendimento mais restrito, na medida em que o seu escopo é limitado aos litígios considerados «transnacionais», não abrangendo os litígios domésticos, que continuarão a ser regidos exclusivamente pelo direito processual nacional.

Ademais, vislumbra-se que o projeto possa ser utilizado como base para o procedimento a ser adotado em arbitragens transnacionais. Como sabemos, as atuais normas sobre arbitragem são silentes no que se refere ao procedimento. Assim, na prática, o procedimento em que uma arbitragem será conduzida depende, em larga medida, da nacionalidade do árbitro que a presidirá, que naturalmente optará pelo sistema com o qual estiver mais familiarizado. Assim, o árbitro inglês adotará as *Rules*

6 Cf. http://www.ali.org/ali/transrules.htm.

7 Cf. Anteproyecto del Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, *Revista de Processo*, vols. 52 e 53, 1988 e 1989 e Marcel Storme (ed.), *Approximation of judiciary law in the European Union*, Kluwer, 1994.

of Court inglesas e o alemão usará a *ZPO* como estrutura procedimental e base para condução da arbitragem e para as suas decisões de conteúdo processual. A adoção das Normas Transnacionais poderá trazer uma certa uniformização ao procedimento das arbitragens transnacionais. As partes contratantes poderão livremente adotar as Normas Transnacionais como o procedimento a ser adotado na arbitragem, independentemente de quem ou qual organização será encarregada de arbitrar a controvérsia.

Uma questão mais delicada, e que está sob consideração dos relatores no momento, é saber o que deve ser considerado um litígio «transnacional» e como ele deve ser definido no projeto. A posição atualmente adotada pelas Normas é a de considerar a «residência habitual» das partes e a localização do bem objeto do litígio. Todavia, essa é uma questão polêmica e certamente será modificada em versões posteriores.[8]

É imperativo observar que as Normas Transnacionais não são um código no sentido que o direito continental europeu dá à expressão: trata-se apenas de um grupo de normas processuais. O objetivo dos relatores é selecionar alguns dos problemas mais relevantes na condução das controvérsias transnacionais e dar-lhes uma disciplina jurídica uniforme, mas apenas naquilo que for considerado essencial para os litígios transnacionais. As questões não disciplinadas pelas Normas são deixadas à solução dada pela lei local.[9] Isso vem ao encontro do ensinamento do Prof. Konstantinos Kerameus, segundo o qual a unificação internacional do direito processual somente pode ser parcial.[10]

Um aspecto que ameaça a legitimidade do projeto é que as Normas Transnacionais não poderão ser adotadas plenamente nos Estados Unidos, em um grande número de casos. Primeiramente, em face da

8 Cf. Normas Transnacionais, art. 1(a).
Igualmente em fase de discussão é a aplicação das Normas Transnacionais exclusivamente às disputas nascidas de controvérsias comerciais. Há uma tendência no momento de extender a sua aplicação para qualquer controvérsia de natureza civil, financeira ou comercial.

9 Cf. Normas Transnacionais, art. 6.

10 Cf. Konstantinos Kerameus, Procedural unification: the need and the limitations, *in* I. R. Scott (ed.), *International perspectives on civil justice*, p. 54, 1990. Um reflexo dessa concepção da realidade é o projeto de harmonização realizado pela Comissão Storme. Cf. Marcel Storme (ed.), *Approximation of judiciary law in the European Union*, *cit.* Naturalmente, trata-se de uma realidade do momento presente, mas que certamente terá cada vez menos importância com o evoluir da situação. Certamente em um futuro próximo, o erro da assertiva acima será manifesto.

garantia constitucional do júri em algumas controvérsias de natureza civil.[11] O tribunal do júri exige um processo até certo ponto incompatível com a uniformização proposta pelo projeto. A própria existência do júri já pode ser considerada como um drástico abandono do ideal de uniformização pretendido pelas Normas.

Ademais, as Normas precisarão ser reconhecidas e adotadas por todos os estados americanos, sob pena de vigorar apenas na esfera federal. Como sabemos, em face da peculiaridade do sistema federativo americano, cada um dos seus 50 estados dispõe, não somente de um poder judiciário autônomo, como de uma legislação processual diferente. Assim, os tribunais federais aplicam uma mesma lei processual federal e os tribunais estaduais aplicam as leis processuais em vigor no estado ao qual pertence.[12]

Esses riscos são potencializados pela circunstância de que, na maioria das causas regulamentadas pelas Normas Transnacionais, qualquer parte tem o direito de invocar o tribunal do júri e a maioria das controvérsias são da competência das justiças estaduais.[13]

Um outro aspecto que ameaça a harmonização ambicionada pelo projeto é que a interpretação das Normas será necessariamente desumiforme, uma vez que os tribunais de cada país serão independentes entre si. A aplicação de um texto traduzido do inglês e as peculiaridades histórico-culturais e tradições da profissão em cada ordenamento, por certo, não contribuirão para uma interpretação uniforme do sistema. Isso diminuirá a eventual uniformização obtida pelas Normas, que poderá ficar apenas no papel.

Esse efeito é potencializado, ademais, pelo fato de que as Normas dão ao juiz de primeiro grau uma flexibilidade e discricionariedade com

11 O *right of jury trial* nas controvérsias de natureza civil é previsto na sétima emenda da Constituição americana e sua concepção atual foi desenvolvida em importantes decisões da Suprema Corte. *Grosso modo*, a controvérsia é da competência do tribunal do júri sempre que a pretensão do autor for de natureza indenizatória e não o será se o autor pedir uma injunção (ordem de fazer ou não fazer). A questão é complexa, envolvendo a histórica distinção entre os extintos sistemas de *Equity* e *Law*. Cf. Antonio Gidi, Recensão, *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*, vol. 6, p. 853.

12 Cf. Antonio Gidi, Recensão, *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*, vol. 6, p. 855.

13 Haverá competência da Justiça Federal somente no caso de (*complete*) *diversity of citizenship*. Esse é um tema peculiar da organização constitucional da Justiça americana, que não poderá ser tratado nesta oportunidade. Cf. James, Hazard Jr e Leubsdorf, *Civil Procedure*, p. 97.

que o juiz de *civil law* não está habituado a operar. Assim, corre-se o risco de criar ainda mais discrepâncias, incertezas e desuniformidades do que as que existiam anteriormente. Esse problema somente poderá ser mitigado através da implementação de um tribunal superior único, que tenha como objetivo uniformizar a interpretação.[14]

Será extremamente difícil justificar, no presente momento histórico, a criação de um tribunal supranacional para resolução de controvésias exclusivamente privadas. Todavia, a criação de um tribunal central de apelação em cada país, especializado em causas transnacionais, pode servir de instrumento uniformizador, principalmente se os diversos tribunais nacionais tiverem conhecimento das decisões emitidas pelos tribunais de outros países e as usarem como precedentes, ainda que sem efeito vinculante.

III. *Histórico*

Muito embora as Normas Transnacionais tenham sido concebidas alguns anos antes[15], desde o início de 1998, quando começou o patrocínio do *American Law Institute*, e o envolvimento do autor no projeto, o texto já foi discutido oficialmente em Bolonha, Filadélfia, Vancouver, São Francisco, Tóquio e Singapura.[16] Participaram desses eventos, advogados especializados em litígios internacionais, juízes e professores de Processo Civil e de Direito Internacional Privado de diversos países.

Entre os Conselheiros (*Advisers*) estão os nomes mais representativos na área do processo civil, tais como Bryan Beaumont, Stephen Burbank, Federico Carpi, Edward Cooper, Petter Gilles, Stephen Goldstein, J. A. Jolowicz, Mary Kay Kane, Benjamin Kaplan, Catherine Kessedjian, Takeshi Kojima, Andreas Lowenfeld, Ramón Mullerat-Balmaña, Yasuhei Taniguchi, Gerhard Walter, Garry Watson e Charles Alan Wright, para citar apenas os mais conhecidos entre nós.

14 Cf. Konstantinos Kerameus, Procedural unification: the need and the limitations, *in* I. R. Scott (ed.), *International perspectives on civil justice*, p. 58, 1990.

15 Antes do envolvimento do *ALI*, o projeto já havia sido apresentado por Hazard e Taruffo em Tilburg, Bologna, Florença, Paris, Cornell e Filadélfia. Cf. Michele Taruffo, Drafting rules for transnational litigation, *ZZPInt'l L.J.* 449 (1997).

16 O encontro em Beijing foi adiado, em face do bombardeio da embaixada da China em Belgrado pela NATO.

Os encontros envolvem um grupo muito limitado de pessoas, em geral reunidas em torno de uma grande mesa. O número reduzido e a cuidadosa seleção dos participantes estimula a troca de informações de alto nível e cria uma atmosfera de informalidade, inexistente nos grandes congressos. Em todos os encontros já realizados, os participantes contribuíram com críticas e sugestões muito importantes para o atual conteúdo das Normas Transnacionais. Uma simples comparação entre a versão original e a atual revela uma evolução que somente pode ser explicada pela absorção das críticas e sugestões feitas pelos participantes nos diversos encontros, a ponto de o produto final poder ser considerado como uma obra substancialmente diversa daquela iniciada.

A primeira versão oficial das Normas Transnacionais como um projeto do American Law Institute foi publicada em março de 1998 (*Preliminary Draft No. 1*). Essa versão foi discutida em Bolonha e na Filadélfia. As sugestões e as críticas feitas pelos participantes foram tão numerosas que em 1° de agosto foi necessário imprimir uma nova versão, especialmente para ser apresentada no encontro da *International Bar Association*, realizado em Vancouver (*Interim Revision*).[17]

No encontro realizado em Vancouver, recebemos ainda mais críticas e sugestões e outras tantas alterações foram introduzidas no projeto. Recebemos também inúmeras sugestões por escrito, o que facilitou o trabalho de identificar problemas e adotar sugestões. Mais uma vez, uma nova versão aprimorada foi produzida para os debates realizados em São Francisco, Tóquio, Singapura e Viena. É essa versão, intitulada *Discussion Draft* e publicada em 1° de abril de 1999, que se apresenta ao leitor peruano. Outras versões, ainda mais aperfeiçoadas, serão publicadas em breve futuro, sempre com o objetivo de estimular a discussão pública, colher novas críticas e aprimorar o projeto.

Em 24 agosto de 1999, o professor Hazard foi Relator Geral no XI Congresso Mundial de Direito Processual, realizado pela Associação Internacional de Direito Processual em Viena e, em setembro do mesmo ano, apresentou o projeto no Congresso da *International Bar Association*, realizado em Barcelona.

17 As versões anteriores do projeto foram publicadas em 30 *Cornell Int'l L.J.* 89 (1997), com uma introdução do Prof. John Barceló III e em 33 *Tex. Int'l L.J.* 499 (1998), um volume especial, com uma coletânia de artigos sobre as Normas Transnacionais.

Futuros encontros estão sendo planejados brevemente para a América Latina, Ásia, Europa e Estados Unidos. Antes que o projeto seja encerrado, provavelmente entre os anos 2002 e 2003, muitos outros encontros serão realizados. Como se vê, trata-se de um projeto que deve ser concluído a médio prazo. Todavia as suas consequências na prática da *transnational litigation* somente serão claramente sentidas muitos anos adiante.

O projeto está ainda em andamento e a participação de processualistas da América Latina ainda é incipiente. Espera-se que a iniciativa da REVISTA DERECHO – PUC, em publicar o texto do projeto no Peru, em uma tradução em língua espanhola, seja um estímulo a uma maior participação dos processualistas peruanos neste importante projeto.[18]

Com o objetivo de estimular a ampla divulgação do projeto e sua discussão internacional, foram preparadas diversas traduções das Normas Transnacionais. Assim, Gerhard Walter, da *Universidade de Berna*, as traduziu para o alemão, Koichi Miki, da *Keio University* (Tóquio), para o japonês, Francesca Cuomo e Valentina Riva, da *Università degli Studi di Pavia*, para o italiano, Evaluz Cotto, da *Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico*, Franciso Malaga, da *Universitat Pompeu Fabra* (Barcelona), Aníbal Quiroga León, da *Pontificia Universidad Católica del Perú* (Lima), Horácio Segundo Pinto, da *Universidad Catolica Argentina*, para o espanhol e Antonio Gidi, da *Universidade da Pensilvânia* para o português. Traduções em outros idiomas estão em andamento e brevemente serão publicadas.

Como se pôde ver, até o momento dispomos de várias traduções para o espanhol. Traduções ligeiramente diferentes serão publicadas na Espanha, em Porto Rico, no Peru, na Argentina e em outros países da América Latina. Ao final do projeto, porém, haverá uma única tradução espanhola, oficial, realizada através do consenso dos diversos tradutores.

Como se pode ver, não se trata de uma tarefa efetuata apenas a quatro mãos. A ativa participação de inúmeros juristas, seja através do debate oral, seja através da apresentação de sugestões escritas, minimiza a importância da participação exclusiva de qualquer indivíduo e faz desse projeto uma obra coletiva, nos moldes de outros projetos empreendidos pelo American Law Institute.

18 Convida-se os interessados a efetuar uma leitura atenta do projeto e a enviar-nos críticas, sugestões ou comentários em inglês ou em espanhol, para o *American Law Institute*, cujo endereço está em nota de rodapé da tradução.

O debate na doutrina sobre as Normas Transnacionais já começou a florecer e importantes artigos já foram escritos sobre o tema.[19] As opiniões não têm sido sempre favoráveis. Sempre que possível, porém, as críticas têm sido enfrentadas pelos relatores e o projeto tem evoluído consideravelmente, principalmente em função de tais comentários. Ao que tudo indica, o projeto promete continuar evoluindo até a publicação da sua versão final.

IV. *Problemas*

Para compreender melhor o projeto, é necessário analisar cuidadosamente os obstáculos que ele deve superar, antes de poder ser considerada uma alternativa viável à realidade atual. Essa análise é de fundamental importância, principalmente em face de algumas críticas que o projeto vem recebendo, muitas delas substancialmente desfocadas, por falta de uma visão crítica rigorosa sobre os problemas envolvidos.

Em primeiro lugar, há que se avaliar a *necessidade* de se criar um sistema processual harmônico para a resolução das controvérsias transnacionais. Trata-se de uma decisão de natureza predominantemente

19 Cf. Cf. Gary Born, Critical observations on the draft Transnational Rules of Civil Procedure, 33 *Tex. Int'l L.J.* 387 (1998), Russell J. Weintraub, Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure, 33 *Tex. Int'l L.J.* 413 (1998), Jacob Dolinger and Carmen Tiburcio, The forum law rule in international litigation – which procedural law governs proceedings to be performed in foreign jurisdictions: lex fori or lex diligentiae?, 33 *Tex. Int'l L.J.* 425 (1998), Gerhard Walter and Samuel P. Baumgartner, Utility and feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: some German and Swiss reactions to the Hazard-Taruffo Project, 33 *Tex. Int'l L.J.* 463 (1998), Catherine Kessedjian, First impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague, 33 *Tex. Int'l L.J.* 477 (1998), Geoffrey C. Hazard, Jr., Transnational Rules of Civil Procedure: Preliminary Draft No. 1, 33 *Tex. Int'l L.J.* 499 (1998), Michele Taruffo, Drafting rules for transnational litigation, *ZZPInt'l L.J.* 449 (1997), Joaquim J. Forner Delaygua, El proyecto del American Law Institute «Transnational Rules of Civil Procedure» y la cooperación judicial, inédito, 15 p. e Ramón Mullerat e Joaquim J. Forner Delaygua, Transnational Rules of Civil Procedure; una iniciativa del American Law Institut, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 50, p. 376, 1998. V. ainda Richard Marcus, Retooling American discovery for the twenty-first century: toward a new world order?, 7 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 153 (1999), Geoffrey C. Hazard Jr, Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions, 73 *Notre Dame L. Rev*, *idem*, From whom no secrets are hid, 76 *Texas L. Rev.* 1665 (1998) e *idem*, Civil litigation without frontiers: harmonization and unification of procedural law, *XI World. Congress on Procedural Law*, p. 1.

política e que deve ser analisada objetivamente, em função da realidade prática atual.

Em segundo lugar, é necessário avaliar a *possibilidade* de ser criado um sistema processual harmônico, que seja útil e aceitável em países de cultura diversas. Trata-se de uma questão de natureza predominantemente técnico-jurídica.

Superadas as duas questões anteriores, é preciso ainda avaliar o *mérito* deste projeto na criação de um sistema processual que seja útil, hamônico e aceitável. Sob esse enfoque, deve-se avaliar não somente as soluções dadas pelas Normas, como principalmente os problemas nelas selecionados para tratamento uniforme. Trata-se de um problema predominantemente técnico-jurídico.

Ainda que todas as questões acima sejam respondidas na afirmativa, isto é, ainda que um sistema harmônico seja necessário e possível e ainda que este projeto esteja apto a criar um sistema que seja útil e aceitável em países de culturas diversas, há uma importante questão que precisa ser preliminarmente resolvida. Trata-se da sua *conveniência*, uma questão de natureza exclusivamente política e que interessa mais de perto aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, como os da América Latina, por exemplo. A questão pode ser resumida com a seguinte pergunta: «É do interesse nacional incentivar a criação de um sistema processual harmônico para a resolução das controvérsias transnacionais?».

Não é de ser descartado facilmente o temor, não somente do imperialismo americano, mas do domínio das grandes potências financeiras e comerciais da Europa. A questão não é tão simples quanto parece e não permite respostas fáceis. Um instrumento que facilite a circulação jurídica, necessariamente facilita e consolida a circulação comercial e, consequentemente, a manutenção e a potencialização do quadro comercial baseado na exploração política e econômica dos países menos desenvolvidos.[20]

Por outro lado, na medida em que esse comércio livre e desembaraçado com as grandes potências seja considerado favorável

20 No mesmo sentido, *a contrario sensu*, v. Konstantinos Kerameus, Procedural unification: the need and the limitations, *in* I. R. Scott (ed.), *International perspectives on civil justice*, p. 50, justificando o projeto de aproximação do processo civil na Comunidade Européia, alegando que a desuniformidade das normas processuais causa distorção na livre competição e alteração na circulação das mercadorias.

também para os interesses de países menos desenvolvidos, na medida em que a livre circulação comercial atrai investimentos e fortalece as relações comerciais, a iniciativa deste projeto lhes é igualmente valiosa. Uma atitute participativa e ao mesmo tempo alerta por parte dos países menos favorecidos é talvez a melhor postura a ser adotada.

O autor tem sérias dúvidas sobre todos os quatro problemas anteriormente mencionados (e outros ainda). Pode-se dizer que também os relatores do projeto Hazard e Taruffo, compartilham ao menos algumas das nossas dúvidas, uma vez que, como vimos, trata-se de um trabalho em andamento, passível de reforma e até mesmo de abandono.

Espera-se, porém, que uma rigorosa análise dos problemas acima mencionados estimule uma mais adequada compreensão do fenômeno e incentive a produção de críticas bem direcionadas e mais úteis ao desenvolvimento do projeto.

V. *Conclusão*

O projeto busca uma talvez ainda utópica ou ingênua harmonia entre o processo civil dos países de *civil law* e os países de *common law*, mas se os seus autores estão além do seu tempo, só o tempo poderá dizer.

Procurou-se maximizar os aspectos positivos de cada sistema, minimizando os aspectos negativos. Isso nem sempre foi possível, porém, em face da necessidade de realizar compromissos, com o objetivo de satisfazer os sistemas de todos os países. A tentativa de encontrar o «menor denominador comum» entre os diversos sistemas não revela necessariamente a melhor disciplina para um determinado instituto processual, e pode até mesmo gerar uma solução insatisfatória para todos os sistemas envolvidos.

A opção dos relatores foi, declaradamente, a de adotar o regime e a estrutura processual dos países de *common law* como ponto de partida,

21 Como sabemos, o direito processual civil americano é distoante dos demais sistemas processuais de *common law* derivados do sistema inglês, principalmente no que se refere à utilização do júri nas causas civis e ao amplo escopo da *discovery*. Outras peculiaridades importantes são a forma de seleção dos magistrados (eleição, afiliação partidária, prévia experiência profissional), uma maior flexibilidade das normas processuais e o regramento dos honorários advocatícios (permissão do pacto *quota litis* e a inexistência da regra geral de que o perdedor paga os honorários do vencedor).

com o cuidado de evitar os «excessos» do direito processual civil americano.[21]

Adotou-se, assim, uma estrutura processual inexistente nos sistemas de *civil law*, em que o procedimento é dividido em duas fases: uma fase de investigação de provas (*discovery*) e uma fase de audiência (*trial* ou *plenary hearing*). A primeira fase é conduzida diretamente pelos advogados, sem participação direta pelo juiz[22], com o objetivo de obter as provas e informações em mãos da parte contrária ou de terceiros. A segunda fase consiste na apresentação das provas, em audiência, ao juiz da causa.

Em face da marcante preeminência do sistema processual de *common law* nas Normas Transnacionais, alguns dos seus aspectos são incompreensíveis e quase intraduzíveis para o processualista de *civil law*. A dificuldade de tradução não deve ser subestimada e não está somente na impossibilidade de encontrar o vocabulário técnico adequado para a tradução de um termo ou instituto. O real problema é que alguns institutos são simplesmente desconhecidos ou são diferentemente delineados em diferentes países ou diferentes sistemas.[23]

Ademais, o projeto enfrenta alguns problemas processuais que são inexistentes ou mesmo desconhecidos na maioria dos sistemas de *civil law*, principalmente nos países da América Latina, como o Peru. Em alguns casos, legisla-se no vazio, com normas sem decisiva aplicabilidade aos processos instaurados sob o sistema latinoamericano. Em outros casos, legisla-se insuficientemente, criando-se novos institutos, sem prever a sua disciplina completa.

Em muitos aspectos, cria-se um sistema mais exótico para o litigante de *civil law* do que qualquer outro sistema existente em um outro país de tradição de *civil law*. Por exemplo, para o litigante italiano, será, em tese, mais conveniente e menos estressante operar sob as leis processuais francesas, espanholas ou alemãs, do que sob as Normas Transnacionais. Diga-se o mesmo do litigante brasileiro, uruguaio, peruano ou argentino em qualquer outro país da América Latina. É mesmo de se esperar que, nesses casos, a menos que queira fazer uso de algum instrumento previsto nas Normas e inexistente na lei interna (como a *discovery*, por exemplo), o litigante opte pela legislação local.

22 O juiz deve ser chamado a intervir apenas em caso de conflito.

23 Cf. Normas Transnacionais, nota 1 da tradução.

Exatamente por esse motivo, é prerrogativa da parte estrangeira optar entre a aplicação da legislação processual interna ou das Normas Transnacionais. Com efeito, o sistema das Normas Transnacionais é concebido em função das expectativas da parte estrangeira e o nacional não poderá legitimamente impor-lhe o sistema das Normas, recusando a legislação processual do seu próprio país.[24]

Todavia, se é verdade que o projeto ainda está muito longe de oferecer um adequado equilíbrio entre os diversos sistemas e de estabelecer uma disciplina adequada para reger o processo civil em um país de *civil law*, é imperativo reconhecer que ele tem o inegável mérito de introduzir técnicas, idéias e institutos desconhecidos em ambos os sistemas, principalmente nos de *civil law*. Por esse motivo, as Normas Transnacionais seriam muito mais úteis como um «sistema processual modelo», do que como um tratado ou uma lei processual especial para os litígios transnacionais.

Será sob essa roupagem que este projeto prestará a sua maior contribuição para uma eventual harmonização das normas processuais neste milênio que se inicia. Na medida em que estivermos, todos nós, dispostos a aprender novas técnicas e a introduzí-las em nossos sistemas, aprimoraremos o nosso direito em uma mesma direção e estaremos nos aproximando dos nossos cada vez menos distantes vizinhos.

24 Cf. Normas Transnacionais, art. 1(d).

Presentación del proyecto de normas transnacionales del proceso civil(*) **

Antonio Gidi

I. El proyecto

La Revista «DERECHO-PUC» ha tenido a bien publicar en este número las «Normas Transnacionales del Proceso Civil», proyecto cuya autoría corresponde a los Profesores Geoffrey C. Hazard Jr. y Michele Taruffo.

Sea esta la ocasión para presentar al profesor Taruffo a los lectores latinoamericanos. Sus enseñanzas ya están definitivamente incorporadas a nuestra ciencia procesal, sobre todo a través de sus obras y diversos artículos sobre el Derecho Comparado, la Motivación de la Sentencia, los Recursos y la Teoría de la Prueba. Recientemente ha publicado, en coautoría, un texto sobre el curso de Derecho Procesal Civil con características innovadoras. Es profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia, Italia, donde enseña los cursos de Instituciones del Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal del Trabajo, y dirige al mismo tiempo el Instituto de Derecho Procesal Civil Comparado. Fue también Profesor Visitante en la Universidad de Cornell, en los Estados Unidos.

Geoffrey Hazard Jr. es profesor de Derecho Procesal Civil y de Ética Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de

(*) Adaptado de la intervención realizada en el Coloquio Internacional «*Processi di integrazioni e soluzione delle controversie: dal contenzioso fra gli stati alla tutela dei singoli: Europa e América Latina*», realizado en la Universidad de Roma *Tor Vergata* por invitación del Prof. Bruno Sasani. El autor desearía agradecer a sus amigos, Prof. Francesco Luiso, por la corrección del texto original al italiano, y Prof. Aníbal Quiroga León, por la amable invitación a publicar nuestro trabajo en esta prestigiosa revista.

** Traducción libre del Dr. Aníbal Quiroga León, Editor General de la Revista DERECHO-PUC.

Pennsylvania (Filadelfia), y lo fue por muchos años en las universidades de Yale (New Haven) y de California (Berkeley). Es Director Emérito del *American Law Institute* (ALI). Ha publicado numerosos libros y artículos sobre el Derecho Procesal Civil y sobre la Ética Profesional, siendo en la actualidad uno de los más respetados juristas norteamericanos. Posee al mismo tiempo una gran experiencia práctica, académica y legislativa, habiendo sido el principal responsable (Relator) de la redacción del *Restatement (second) of Judgments*[1] del *American Law Institute*, y de las *Model Rules of Professional Conduct*[2] del *American Bar Association*. Es Miembro de la Comisión designada por la Suprema Corte Federal encargada de la Propuesta de Reforma y Perfeccionamiento del Proceso Civil en los Estados Unidos *(Advisory Committee on Civil Rules)*.

Podemos decir, entonces, que este trabajo es en realidad una continuación de una obra que los autores escribieron en conjunto en 1993 sobre el Proceso Civil norteamericano.[3]

El proyecto es patrocinado por el *American Law Institute* (ALI). Es el ALI una asociación, fundada en 1923, y compuesta aproximadamente por 3,400 miembros, de los cuales la mitad son abogados en ejercicio, y los demás jueces y profesores en disciplinas jurídicas. Se trata de una entidad única en el mundo, por su marcada participación en la reforma, desarrollo y perfeccionamiento del derecho norteamericano. Entre las obras más importantes que han sido producidas por este Instituto están innumerables *Restatements*[4], o el *Uniform Code* y el *Model Penal Code*.[5]

---

1 Segunda edición de la Compilación (análisis y comentario) de Jurisprudencia norteamericana realizada por el *American Law Institute*. N. del Traductor.

2 **Normas Modelo del Comportamiento Profesional**; N. del Traductor.

3 Cf. ***American Civil Procedure. An Introduction***, Editorial de la Universidad de Yale, 1993. El libro fue publicado en el Japón, en traducción a cargo del Prof. Makoto Tanabe. V. la reseña del Prof. Antonio Gidi, publicada en ***Génesis. Revista de Direito Processual Civil.***, Vol. 6, p. 851-5, esp. p. 852.

4 «Trabajos de doctrina, elaborados por el American Law Institute, que exponen y analizanen forma similar a un códifo comentado, las principales reglas jurídicas de origen jurisprudencial aplicables en los Estados Unidos en distintas materias» Guillermo Cabanellas: ***Lexis (English-spanish) legal dictionary***; Butterworth Legal Publishers; 1991, T. I; p. 538 (N. del Traductor).

5 Sobre la importancia del «*American Law Institute*» en los Estados Unidos, con especial énfasis en los ***Restatements***, cf. Ugo Mattei, ***Il modello di common law***, pp. 161-3. Ver también: Geoffrey Hazard Jr., ***The American Law Institute: what it is and what it does*** Centri di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero (CNR), 1994.

Al inicio de 1999, el proyecto pasó a ser conducido en colaboración con UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law).* Como se sabe, el UNIDROIT es una organización intergubernamenal independiente, fundada hace más de 70 años, y cuyo objetivo es armonizar y unificar el Derecho Privado a través de tratados y convenciones internacionales y leyes-modelo. El UNIDROIT está compuesto por casi 60 países-miembros y tiene su sede en Roma.

II. Objetivos

No es preciso comprobar aquí el hecho notorio de que las transacciones internacionales se han multiplicado, y que también el derecho procesal necesita acompañar la evolución de la sociedad. Se dice que el mundo se está encogiendo. Se habla de la globalización y de la libre circulación de las mercaderías y el comercio. Con menos frecuencia, se habla también de la libre circulación de las personas y los trabajadores. En todo caso, las fronteras físicas que existen entre los países no tienen más el mismo significado que hace 15 ó 10 años atrás, y que los litigios de dimensión internacional son cada vez más frecuentes en los tribunales de las grandes capitales.

La necesidad de una uniformización de las normas procesales se hace sentir ya desde algún tiempo, sobre todo para el abogado habituado a operar en causas de naturaleza transnacional. Esa necesidad está acentuada por el hecho de que, por el momento, las tentativas de armonización del derecho se han limitado casi exclusivamente a materias de contenido sustantivo. Las pocas convenciones internacionales en el área del derecho procesal se han limitado a estimular la asistencia jurídica entre los países, principalmente en lo que se refiere a las notificaciones y a la actuación probatoria en otro país, así como al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras[6]. El procedimiento propiamente dicho continúa siendo reglado por el derecho procesal interno de cada país.

6 Cf., por ejemplo, ***The Hague Convention of Taking of Evidence Abroad*** (Convención de la Haya sobre la obtención de pruebas en el extranjero") y también la aún no acabada ***International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*** (Jurisdicción Internacional y Sentencias Extranjeras en Asuntos Civiles y Comerciales). Sobre el motivo de esta indiferencia de la ley procesal, ver las opiniones de Catherine Kessedjian, ***First Impression***

La normas transnacionales vienen a uniformizar o armonizar las normas procesales actualmente existentes en los diversos países, en lo que se refiere a las controversias transnacionales. Es decir, su principal objetivo consiste en reducir la falta de certeza e inseguridad del extranjero que se ve obligado a litigar en un foro judicial que no le es familiar, a través de leyes procesales que desconoce. Su inserción en los sistemas jurídicos de los diversos estados puede ser hecha tanto a través de un tratado internacional, como a través de la promulgación de una ley nacional.

En la práctica, se trata apenas de la creación de uno más, de los numerosos «procedimientos especiales» comunes en todos los sistemas procesales. Sucede que, en este caso, el proceso no es especial en razón de la especificidad de la situación del derecho material objeto del proceso, sino tan solo en base al carácter transnacional de la controversia, sea cualquiera la naturaleza que tenga. Así, es importante observar que, dentro del ámbito previsto en el Art. 1º (a), de las normas tienen un carácter «transubstancial», siendo por tanto aplicables en cualquier tipo de controversias.

Las normas transnacionales son acompañadas de un comentario oficial. Todavía, por limitaciones de espacio, los comentario serán reproducidos en esta oportunidad. Aquellos interesados podrán consultar su texto original en inglés, acompañado de una introducción y comentario artículo por artículo, en la Página Web del *American Law Institute*[7].

Como se sabe, la uniformización del derecho procesal civil no es una idea pionera. En los últimos años han florecido bien intencionadas propuestas de uniformización del proceso civil en América Latina y en la Comunidad Europea[8].

Las normas transnacionales son una propuesta a un solo tiempo, más amplia y menos ambiciosa que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y la Aproximación a la Ley judicial en la Comunidad Europea. Se trata de una propuesta más amplia, en la medida que su aplicación no está circunscrita a países situados en una única región y ligados por una historia y culturas comunes. Por ello, al mismo tiem-

of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris an The Hague, 33 Text. Int'l L.J. 477-80 (1998) y de Geoffrey C. Hazard Jr.,*From whom no secrets are hid*, 76 Texas L. Rv. 1665, 1667 (1998).

7 CF. http://www.ali.org/ali/transrules.htm

8 CF. «Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Ibero América», **Revista del Proceso**, Vols. 52 y 53, 1988 y 1989, y Marcel Storme (Ed.), ***Aproximation of judiciary law in the European Union***, Kluver, 1994.

po, se trata de una tarea menos ambiciosa, en la medida que su *focus* está limitado solo a los litigios considerados «transnacionales», no alcanzando a los litigios domésticos, que continuaran regidos exclusivamente por la ley procesal nacional.

Además, se vislumbra que el proyecto puede ser utilizado como base para el procedimiento a ser adoptado en los arbitrajes internacionales. Como se sabe, las actuales normas sobre arbitraje guardan silencio en lo que se refiere al procedimiento. Así, en la práctica, las reglas procesales de un arbitraje dependen, en gran medida, de la nacionalidad del árbitro que presidirá el tribunal arbitral, que naturalmente optará por el sistema por el cual estuviera más familiarizado. Así, un arbitro inglés adoptara las *Rules of Court* inglesas, y un Alemán usará el ZPO como estructura procedimental de base para la conducción del arbitraje y para sus decisiones de contenido procesal. La adopción de las normas transnacionales podrá traer una cierta uniformización de los procedimientos de arbitrajes transnacionales. Las partes contratantes podrán libremente adoptar las normas transnacionales como aquel procedimiento a ser adoptado en su arbitraje, independientemente de quién o cuál será la persona u organización encargada de arbitrar esta controversia.

Una cuestión más delicada, y que está en la consideración de lo relatores en este momento, es definir aquello que debe ser considerado como litigio «transnacional» y como éste debe ser objeto de definición en el proyecto. La posición actualmente adoptada por las normas es la de considerar como «residencia habitual» de las partes aquella en donde está localizado el bien objeto del litigio. Esta es todavía una cuestión polémica que, sin duda, podrá ser modificada en las posteriores versiones[9].

Es imperativo observar que las normas transnacionales no son propiamente un código, en el sentido que el derecho continental europeo da a tal expresión: Se trata tan solo de un grupo sistemático de normas procesales. El objetivo de los relatores es el de seleccionar algunos de los problemas más relevantes en la conducción de la controversias transnacionales y otorgarles una disciplina jurídica uniforme, sólo para aquello que pueda ser considerado esencial en los litigios transnacionales. Las cuestiones no reguladas por las normas son dejadas a la solución

9 Cf. Normas Transnacionales, Art. 1(a). Igualmente está en fase de discusión si las Normas Transnacionales deben aplicarse únicamente a las controversias de naturaleza comercial. Hay una tendencia en este momento a extender su ámbito de aplicación a cualquier controversia de naturaleza civil, financiera o comercial.

de la ley local.[10] En eso viene a nuestro encuentro las enseñanzas del Prof. Konstantinos Kerameus, según las cuales la unificación internacional del derecho procesal solamente podrá ser parcial.[11]

Un aspecto que amenaza la legitimidad del proyecto es que en un importante número de casos las normas transnacionales no podrán ser adoptadas plenamente en los Estados Unidos. En primer lugar, sobre la base de que es una garantía constitucional la presencia del jurado en algunas controversias de naturaleza civil.[12] El tribunal por jurado exige un proceso hasta cierto punto incompatible con la uniformización propuesta por el proyecto. La existencia misma del jurado puede ser considerada como un drástico abandono del ideal de una uniformización pretendido por las normas del proyecto.

Además, las normas necesitan ser reconocidas y adoptadas por todos los estados de los Estados Unidos, so pena de regir solo apenas en la esfera federal. Como sabemos, sobre la base de la peculiaridad del sistema federal americano, cada uno de sus cincuenta estados dispone, no solamente de un poder judicial autónomo, sino también de una legislación procesal diferente. Así, los tribunales federales aplican una misma ley procesal federal y los tribunales estatales aplican sus leyes procesales en vigencia en el estado de que se trate.[13]

Estos riesgos están potencializados por la circunstancia de que, en la mayoría de las causas regladas por las normas transnacionales, cualquier

10 Cf. Normas Transnacionales, Art (6)

11 Cf. Konstantinos Kerameus, ***Procedural Unification, the need ant the limitations*** en I.R. Scott (ed.), ***International perspectives, on civil justice***, p. 54, 1990. Un reflejo de esta concepción y de la realidad del proyecto de armonización fue realizado por la Comisión Storme. Cf. Marcel Storme (ed.), ***Approximation of judiciary law in the European Union***, cit. Naturalmente, se trata de la situación actual, pero ciertamente ello tendrá cada vez menos relevancia. Creemos, que en un futuro próximo el error de la afirmación antes citado quedará de manifiesto.

12 El derecho a un juicio por jurado en las controversias de naturaleza civil está previsto en la Sétima enmienda de la Constitución Norteamericana y su actual concepción ha sido desarrollada en importantes decisiones de la Suprema Corte Federal. En general, la competencia en un «juicio por jurado» se limitará únicamente a aquellas controversias donde la pretensión del actor fuera de naturaleza indemnizatoria, no así en aquellos casos donde el actor solicite una medida cautelar (orden de innovar o de no innovar). Este es un tema complejo que nos lleva a la histórica distinción entre los ya extintos sistemas de la Equidad y el Derecho. Cf. Antonio Gidi, reseña, **Génesis.** ***Revista de Direito Processual Civil.*** Vol. 6, p. 853.

13 Op. Cit. p. 855

parte tiene derecho a invocar el tribunal por jurado y la mayoría de estas controversias son competencia de la justicia estatal[14].

Este efecto está potencializado, además, por el hecho de que las normas otorgan al juez de primer grado una flexibilidad y discrecionalidad que como juez del *Civil Law* no está habituado a operar, así, se corre el riesgo de generar aún más discrepancias, incertidumbres y desorden de aquello que preexiste al proyecto. Ese problema solamente podrá ser aliviado a través de la implementación de un tribunal superior único, que tenga como objetivo la uniformización de la interpretación.[15]

Será extremadamente difícil justificar en el presente momento histórico, la creación de un tribunal supranacional para la resolución de controversias exclusivamente privadas. Sin embargo, la creación de un tribunal central de apelación en cada país, especializado en causas internacionales, puede servir de instrumento uniformizador, principalmente si los diversos tribunales nacionales tuvieran conocimiento de las decisiones emitidas por los tribunales de otros países y las usasen como precedentes, aún cuando sin efecto vinculante.

III. Histórico

Felizmente las normas transnacionales habían sido concebidas algunos años atrás,[16] desde el inicio de 1998, cuando comenzó el patrocinio del *American Law Institute*, y el desarrollo del autor del proyecto, cuyo texto ya fue discutido oficialmente en Bologna, Philadelphia Vancouver, San Francisco, Tokio y Singapur.[17] Participaron en ese evento, abogados especializados en litigios internacionales, jueces y profesores del derecho procesal civil y derecho internacional privado de diversos países.

---

14 Será competente la Justicia Federal solamente en el caso de una completa diversidad de ciudadania. Ese es un tema particular de la organización constitucional de la justicia Norteamericana, que no podrá ser tratado en esta oportunidad. Cf. James, Hazard Jr. y Leubsdorf, ***Civil Procedure***, p. 97.

15 Cf. Konstantinos Kerameus, «***Procedural Unification: The need and the limitations***», en ***International perspectives, on civil justice***; I.R. Scott (Ed.) p. 54, 1990.

16 Antes de su desarrollo en ALI, el Proyecto ya había sido presentado por Hazard y Taruffo en Tilbur, Bologna, Florencia, Paris, Cornell y Philadelphia. Cf. Michele Taruffo, ***Drafting rules for transnational litigation***, ZZPint'l L.J. 449 (1997).

17 El Encuentro en Beijing fue suspendido a causa del bombardeo de la embajada China en Belgrado por la NATO.

Entre los consejeros (*advisers*) están los nombres más representativos en el área del proceso civil en el mundo tales como: Bryan Beaumont, Stephen Burbank, Federico Carpi, Edward Cooper, Peter Gilles, Stephen Goldstein, J. A. Jolowicz, Mary Kay Kane, Benjamín Kaplan, Catherine Kessedjian, Takeshi Kojima, Andreas Lowenfeld, Ramón Mullerat-Balmaña, Yasuhei Taniguchi, Gerhard Walter, Garry Watson y Charles Alan Wright, para citar apenas los más conocidos entre nosotros.

Los encuentros involucran a un grupo muy limitado de personas, por lo general reunidos en torno a una mesa grande. Este número reducido es cuidadosamente seleccionado y estimula a los participantes a intercambiar informaciones de alto nivel, creando una atmósfera de informalidad inexistente en los grandes congresos. En todos los encuentros ya realizados, los participantes contribuyeron con críticas y sugerencias muy importantes para el actual contenido de las normas transnacionales. Una simple comparación entre la versión original y la actual revela una evolución que solamente puede ser explicada por haber incorporado las críticas y sugerencias hechas por los participantes en los diversos encuentros, al punto de que el producto final puede ser considerado como una obra sustancialmente diversa de la que fue iniciada.

La primera versión oficial de las normas transnacionales como un proyecto del *American Law Institute*, se publicó en marzo de 1998 (primer borrador preliminar) y fue discutida en Bologna y Philadelphia. Las sugerencias y las críticas efectuadas por los participantes fueron tan numerosas que el 1º de agosto fue necesario imprimir una nueva versión, especialmente para ser presentada en el encuentro de la *Intenational Bar Association*, realizado en Vancouver (*Interim Revision*).[18]

En el encuentro de Vancouver, recibimos aún más críticas y sugerencias y otros tantos cambios fueron introducidos en el proyecto. También recibimos sugerencias por escrito, lo que facilitó el trabajo de identificar los problemas y acoger las sugerencias. Una vez más, una nueva versión mejorada fue producida para los debates realizados en San Francisco Tokio, Singapur y Viena. Esta versión se tituló *Discusion Draft*, fue publicada el primero de abril de 1999 y es la que ahora se presenta al

18 Las versiones anteriores del Proyecto fueron publicadas en ***30 Cornell Int'll L.J. 89*** (1997), con una introducción del Prof. John Barcello III; y, en ***33 Tex. Int'l L.J. 499*** (1998), un volumen especial, con una colección de artículos sobre las Normas Transnacionales.

lector peruano. Otras versiones, aún más perfeccionadas, serán publicadas en el futuro inmediato, siempre con el objetivo de estimular su pública discusión, recibir nuevas críticas y mejorar aún más el proyecto.

El 24 de agosto de 1999, el Prof. Hazard fue relator general del XI Congreso Mundial de Derecho Procesal, realizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en Viena, y en septiembre del mismo año, presentó el proyecto en el Congreso de la *International Bar Asociation* que se llevó a cabo en Barcelona.

Futuros encuentros están siendo planificados en breve para América Latina, Asia, Europa y los Estados Unidos. Antes de que el proyecto sea cerrado, probablemente entre los años 2002 y 2003, se llevarán a cabo muchos otros encuentros. Como se ve, se trata de un proyecto que debe ser concluido en el mediano plazo. Sus efectos en la práctica del litigio transnacional, por otra parte, sólo podrán ser apreciadas dentro de muchos años.

El proyecto está en pleno camino y la participación de los procesalistas de América Latina es aún incipiente. Se espera que la iniciativa de la Revista de DERECHO PUC, de publicar el texto del proyecto en el Perú, con una traducción al español, sea un estímulo para una mayor participación de los procesalistas peruanos en este importante proyecto.[19]

Con el objetivo de estimular la amplia divulgación del proyecto y su discusión internacional, fueron preparadas diversas traducciones de las normas transnacionales. Así, Gerald Walter, de la Universidad de Berna, ha efectuado una traducción para el alemán; Koichi Miki, de la Universidad de Keio (Tokio) lo ha hecho para el japonés; Francesca Cuoma y Valentina Riva de la Universidad de Estudios de Pavia, para el italiano; Evaluz Cotto, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Francisco Málaga, de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), ***Aníbal Quiroga León, de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima)***, Horacio Segundo Pinto de la Universidad Católica Argentina, para el español; y Antonio Gidi de la Universidad de Pennsylvania para el portugués. Traducciones en otros idiomas están también en camino y en breve serán publicadas. Como se puede ver, hasta el momento disponemos de varias traducciones para el español, traducciones ligeramen-

19 Se invita a los interesados a efectuar una atenta lectura del Proyecto y a enviar sus críticas, sugerencias o comentarios en inglés o en español al ***American Law Institute***, cuya dirección esta en nota de pie de página de la traducción.

te diferentes serán publicadas en España, Puerto Rico, en el Perú, en Argentina y en otros países de América Latina. Al final del proyecto, sin embargo, habrá una única traducción española oficial que se realice a través del consenso de los diversos traductores.

Como se puede ver, no se trata de una tarea efectuada en apenas cuatro años. La activa participación de numerosos juristas, sea a través del debate oral, sea a través de la presentación de sugerencias escritas, minimiza la importancia de la participación exclusiva de cualquier persona y hace de este proyecto una tarea colectiva, dentro de los moldes de los otros proyectos emprendidos por el *American Law Institute*.

El debate de la doctrina sobre las normas transnacionales ya comenzó a florecer e importantes artículos sobre el tema ya fueron escritos.[20] Las opiniones no siempre han sido favorables. Siempre que fue posible, sin embargo, las críticas han sido enfrentadas por los relatores y el proyecto ha evolucionado considerablemente, principalmente en función de tales comentarios. Todo lo cual indica que el proyecto promete continuar evolucionando hasta la publicación de su versión final.

---

20 Cf. Cf. Gary Born, ***Critical observations on the draft Transnational Rules of Civil Procedure***, 33 Tex. Int'll L.J. 387 (1998), Russell J. Weintraub, ***Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure***, 33 Tex. Int'll L.J. 413 (1998), Jacob Dolinger and Carmen Tiburcio, ***The forum law rule in international litigation – which procedural law governs proceedings to be performed in foreign jurisdictions: lex fori or lex diligentiae?***, 33 Tex. Int'll L.J. 425 (1998), Gerhard Walter and Samuel P. Baumgartner, ***Utility and feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: some German and Swiss reactions to the Hazard-Taruffo Project***, 33 Tex. Int'll L.J. 463 (1998), Catherine Kessedjian, ***First impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague***, 33 Tex. Int'll L.J. 477 (1998), 33 *Tex. Int'l L.J.* 477 (1998), Geoffrey C. Hazard, Jr., ***Transnational Rules of Civil Procedure: Preliminary Draft No. 1***, 33 *Tex. Int'l L.J.* 499 (1998), Michele Taruffo, ***Drafting rules for transnational litigation***, *ZZPInt'l L.J.* 449 (1997), Joaquim J. Forner Delaygua **El proyecto del Instituto Americano de Derecho «Código Internacional Procesal Civil» y la cooperación judicial**, inédito, 15 p. Y Ramón Mullerat y Joaquin J. Forner Delaygua, «*Transnational Rules of Civil Procedure; una iniciativa del American Law Institut*», en: **Revista española de Derecho internacional**, vol. 50, p. 376, 1998.

Ver también: Ricachard Marcus, ***Retooling American discovery for the twenty-first century: toward a new world order?***, en: 7 Tulane Journal of International and Comparative Law p. 153 (1999), «*Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions*» en: 73 Notre Dame L. Rev, *idem*, «*From whom no secrets are hid*», en: 76 Texas L. Rev. p. 1665 (1998) e *idem*, **Civil litigation without frontiers: harmonization and unification of procedural law**, ***XI World. Congress on Procedural Law***, p. 1.

IV. Problemas

Para comprender mejor el proyecto, es necesario analizar cuidadosamente los obstáculos que éste debe superar , antes de poder ser considerado como una alternativa viable a la realidad actual. Ese análisis es de fundamental importancia, principalmente en base a algunas críticas que el proyecto viene recibiendo, muchas de ellas sustancialmente desenfocadas, por la falta de una rigurosa visión crítica sobre los problemas envueltos.

En primer lugar, hay que evaluar la **necesidad** de crear un sistema procesal armónico para la resolución de las controversias transnacionales. Se trata de una decisión predominantemente política y que debe ser analizada objetivamente, en función de la realidad práctica actual.

En segundo lugar, es necesario evaluar la **posibilidad** de crear un sistema procesal armónico que sea útil y aceptable en países de diferentes culturas. Se trata de una cuestión de naturaleza predominantemente técnico-jurídico.

Superadas estas dos cuestiones es preciso aún evaluar el **mérito** de este proyecto en la creación de un sistema procesal que sea útil, armónico y aceptable. Sobre este enfoque se debe evaluar no solamente las soluciones dadas por las normas sino principalmente los problemas relacionados para el tratamiento uniforme. También se trata de un problema predominantemente técnico-jurídico.

Aun si todas estas cuestiones antes referidas fuesen respondidas afirmativamente, esto es, aun cuando un sistema armónico sea necesario y posible y aun cuando este proyecto este apto para crear un sistema que sea útil y aceptable en países de culturas diversas, hay una cuestión importante que requiere ser previamente resuelta. Se trata de su **conveniencia,** una cuestión de naturaleza exclusivamente política y que interesa más de cerca a los países subdesarrollados y en vías de desarrollo como, por ejemplo, los países de América Latina. Esta cuestión puede ser resumida en la siguiente pregunta: ¿es de interés nacional incentivar la creación de un sistema procesal armónico para la resolución de las controversias transnacionales?

No debe ser descartado fácilmente o por temor, no solamente por el imperialismo norteamericano, sino también por las potencias financieras y comerciales de Europa. Esta cuestión no es tan simple cuando no parece otorgar respuestas fáciles. Un instrumento que facilite la circulación jurídica, necesariamente facilita y consolida la circulación comercial y,

consecuentemente, el mantenimiento y potenciación del esquema comercial basado en la exploración política y económica de los países menos desarrollados[21].

Por otro lado, en la medida en que ese comercio libre y desenvuelto con las grandes potencias sea considerado favorable también para los países menos desarrollados, en la medida en que la libre circulación comercial atraiga inversiones y fortalezca las relaciones comerciales, la iniciativa de este proyecto es igualmente valiosa. Una actitud participativa y al mismo tiempo alerta por parte de los países menos desarrollados es, tal vez, la mejor postura que debe ser adoptada.

El autor tiene serias dudas sobre los cuatro problemas antes reseñados (y aún sobre otros). Se podría decir que los propios relatores del proyecto, Profs. Hazard y Taruffo, comparten por lo menos algunas de nuestra dudas, dado que, como vimos, se trata de un trabajo en pleno camino, pasible de ser reformado y hasta de su pleno abandono.

Se espera, sin embargo, que un riguroso análisis de los problemas antes mencionados estimulen más de una adecuada comprensión del fenómeno e incentive la producción de críticas bien intencionadas y más útiles al desarrollo del propio proyecto.

V. Conclusión

El proyecto busca, tal vez, aún una utópica o ingenua armonía entre el proceso civil de los países del *Civil Law* y los países del *Comon Law*, pero eso es lo que sus autores están desarrollando en su propio tiempo, y solo el tiempo lo podrá decir al final.

Se ha procurado maximizar los aspectos positivos de cada sistema, minimizando los aspectos negativos. Eso no siempre fue posible, sin embargo en base a la necesidad de realizar compromisos o con el objetivo de satisfacer a los sistemas de todos los países. La iniciativa de encontrar un «menor denominador común» entre los diversos sistemas no revelan

21 En el mismo sentido, a contrario sensu, ver Constantino Kerameus, «*Procedural unification: the need and the limitations*», en I.R. Scott (ed.) ***International perspectives on civil justice***, p. 50, justificando el Proyecto de aproximación del proceso civil en la Comunidad Europea bajo el fundamento que la diversidad de normas procesales ocasiona distorsiones en la libre competencia y alteraciones en la circulación de las mercaderías.

necesariamente una menor disciplina para un determinado instituto procesal, y puede al mismo tiempo generar una solución insatisfactoria para todos los sistemas involucrados.

La opción de los relatores fue, declaradamente, la de adoptar el régimen de la estructura procesal de los países del Common Law como punto de partida, con el cuidado de evitar los «excesos» del derecho procesal americano.[22]

Se adoptó, así, una estructura procesal inexistente en los países del *Civil Law,* en la que el proceso está dividido en dos fases: una fase de investigación de las pruebas (*discovery*), y una fase de audiencia (*trial o plenary hearing).* La primera fase esta conducida directamente por los abogados, sin participación directa del juez,[23] con el objetivo de obtener las pruebas e informaciones que están en manos de la parte contrario o terceros. En la segunda fase, se presentarán esas pruebas en la audiencia para ser valoradas por el Juez de la causa.

En base a esta marcada preeminencia del sistema procesal del *Common Law* en las normas transnacionales, algunos de sus aspectos son incomprensibles y casi imposibles de traducir para el procesalista del *Civil Law.* La dificultad de traducción no debe ser subestimada y no solamente esta referida a la imposibilidad de hallar un vocabulario técnico adecuado para la traducción de un término o de un instituto. El real problema es que algunos de los institutos son simplemente desconocidos o diferentemente delineados en diferentes países o en diferentes sistemas.[24]

Además, el proyecto enfrenta algunos problemas procesales que son inexistentes o desconocidos en la mayoría de los sistemas del *Civil Law,* principalmente en los países de América Latina, como en el caso del Perú. En algunos casos, se legisla en el vacío, con normas que no son de decisiva aplicabilidad a los procesos instaurados en el sistema latinoamericano. En

22 Como sabemos, el derecho procesal civil americano es diferente de los demás sistemas procesales del Derecho Común derivados del sistema inglés, principalmente en lo que se refiere al juzgamiento por jurado en las causas civiles y en los procedimientos de ***Discovery*** (que podrían traducirse en el ***Civil Law*** como de «prueba anticipada» o «diligencias preparatorias»). Otras características importantes del mismo son también la selección de los magistrados (a través de: elección, afiliación partidaria, previa experiencia profesional), una mayor flexibilidad de las normas procesales y el reglamento de los honorarios de los abogados (autorización de pacto de la cuota *litis* y la inexistencia de la regla general del pago de las costas y costos procesales a cargo de quien resulte perdedor en un proceso).

23 El juez debe ser llamado a intervenir únicamente en caso de conflicto

24 Cf. Normas transnacionales, Nota 1 de traducción.

otros casos, se legisla insuficientemente, creándose nuevos institutos, sin prever su disciplina completa.

En muchos aspectos, se crea un sistema más exótico para el litigante del *Civil Law* que de cualquier otro sistema existente en un país de tradición diferente al *Civil Law*. Por ejemplo, para el litigante italiano será, en ese sentido, más conveniente y menos estresante operar sobre las leyes procesales francesas, españolas o alemanas que sobre las normas transnacionales. Dígase lo mismo del litigante brasileño, uruguayo, peruano o argentino en cualquier otro país de América Latina. Eso mismo es de esperar que, en estos casos, a menos que quiera hacer uso de algún instrumento previsto en las normas e inexistente en la ley interna (como el *discovery*, por ejemplo), el litigante opte por la legislación interna.

Exactamente por ese motivo, y prerrogativa de la parte extranjera de optar entre la aplicación de la norma procesal interna o de las normas transnacionales. En efecto, el sistema de las normas transnacionales es concebido en función de las expectativas de la parte extranjera y de la parte nacional, y no podrá serle impuesto el sistema de las normas, recusando la legislación procesal de su propio país.[25]

Si bien es verdad que el proyecto esta muy lejos de ofrecer un adecuado equilibrio entre los diversos sistemas para establecer una disciplina adecuada que rija al proceso civil en un país del *Civil Law*, es imperativo reconocer que este tiene el innegable mérito de introducir técnicas, ideas e institutos desconocidos en ambos sistemas, principalmente en los del *Civil Law*. Por ese motivo, las normas transnacionales serían mucho más útiles como un «sistema procesal modelo», que de ser tratado como una ley procesal especial para los litigios internacionales.

Será sobre este ropaje que el proyecto prestará su mejor contribución para una eventual armonización de las normas procesales en este milenio que ya se inicia. En la medida en que estemos, todos nosotros, dispuestos a aprender nuevas técnicas y a introducir y aplicarlas en nuestro sistemas, mejoraremos nuestro derecho en una misma dirección y nos estaremos aproximando, a ser, todos nosotros, cada vez menos, vecinos distantes.

25 Cf. Normas transnacionales, Art. 1(d)

Discussion Draft N° 01
Transnational Rules of Civil Procedure

Drafted by
Professor Geoffrey C. Hazard, Jr.,
Professor Michele Taruffo,

I. Introductory comment to rules

1.1 Adoption of These Rules

The procedure and legal authority for adoption of these Rules is a matter of the internal law and international law of nation states. Hence, these Rules may be adopted by international convention or by legal authority of a national state for application in the courts of that state. In countries with a unitary legal system that legal authority is vested in the national government. In federal systems the allocation of that authority depends upon the terms of the particular federation. It might be, for example, that these Rules could be adopted for the federal courts in a federal system but in the state or provincial courts only as prescribed by the state or province. As used in the Rules, «state» refers to a national state and not to a province or state within a federal system.

These Rules could be adopted for use in the first-instance courts of general competence or for use in a specialized court, or division of the court of general competence, having jurisdiction over commercial disputes.

1.2 Purpose of These Rules

The objective of these Rules is to offer a system of fair procedure for litigants involved in legal disputes arising from transnational transactions. The Rules seek thereby to reduce the uncertainty and anxiety that particularly attend parties obliged to litigate in unfamiliar surroundings, appreciating that all litigation is unpleasant from the viewpoint of the

litigants. The reduction of difference in legal systems, commonly called «harmonization» of law, is an aspect of achieving such fairness. However, a system of rules is only one aspect of fair procedure. Much more important, as a practical matter, is the independence and neutrality of judges and the competence and integrity of legal counsel. Nevertheless, rules of procedure are influential in the conduct of litigation. These Rules seek to express, so far as rules can do so, the ideal of disinterested adjudication. As such they also can be terms of reference in matters of judicial cooperation, wherein the courts of different legal systems in particular provide assistance to each other. By the same token, reference to the principles expressed herein can moderate the unavoidable tendency of practitioners in a legal system, both judges and lawyers, to consider their system from a parochial viewpoint.

The Rules herein governing presentation of claims, development and presentation of legal argument, and the final determination by the tribunal (Rules 7 through 27) may be adopted or referenced in proceedings not otherwise governed by these Rules, particularly arbitration.

These Rules are proposed for adoption by nation states to govern litigation arising from transnational transactions, as defined in Rule 1. The method of adoption could be treaty, convention or other international agreement, or statute or rule of court of a nation state or political subdivisions thereof. A court could, when doing so is not inconsistent with its own organic or procedural law, refer to these Rules as generally recognized standards of civil justice. It is contemplated that, when so adopted, these Rules would be a special form of procedure applicable to these transactions, similar to specialized procedural rules that most nation states have for bankruptcy, administration of decedent's estates, and civil claims against government agencies.

Where permissible by forum law, these Rules could also be adopted through contractual stipulation by parties to govern, with the consent of the forum, litigation arising from a contractual relationship. The latter form of implementation in substance is a party stipulation to waive the otherwise governing rules of procedure in favor of these Rules.

1.3 Civil-Law and Common-Law Antecedents

The Rules are designed to express basic principles of civil procedure recognized in modern societies. They seek to combine the best elements

of adversary procedure, particularly that in the common-law tradition, with the best elements of judge-centered procedure, particularly that in the civil-law tradition. They are expressed in terminology and through concepts that can be assimilated in all legal traditions.

I.4 Basic Procedural Concepts

The basic concepts expressed in these Rules are as follows:

- Determination of issues of facts and law by professional judges;
- Detailed statements of claim and defense accompanied by proofs on which the parties intend to rely;
- Identification of witnesses and of experts;
- Compulsory but limited discovery of documents, and depositions only upon order of the court upon showing of necessity;
- Free admissibility of evidence, subject to commonly recognized evidentiary privileges;
- Authority of the court to regulate and modify the reception of evidence with a view to obtaining an accurate appreciation of the facts;
- Judgment based on findings of fact and a statement of reasons;
- Appellate review according to the ordinary procedure of the forum.

A. *Scope and Personal Jurisdiction*

1. Disputes to Which These Rules Apply

1.1 Rule 1(a) defines the matters governed by these Rules. The Rules shall apply to contract disputes and disputes arising from contractual relations; injuries to property, including immovable (real property), movable (personal property), and to intangible property such as copyright, trademark, patent rights; and injuries resulting from breach of fiduciary responsibilities in business transactions. The term «business transaction» includes a series of related events, such as repeated interference with property.

The term «dispute» may have different connotations in various legal systems. For example, under Rule 20 of the Federal Rules of Civil Pro»cedure in the United States, a dispute would be interpreted in accordance with the broad concept of «transaction or occurrence.» Under the civil-law systems the term «dispute» would be interpreted

in accordance with the narrower concept of dispute as framed by the plaintiff's claim. The court should determine the scope of the proceeding in accordance with its domestic law but, in ambiguous situations, take into account such differences in approach.

1.2 Subsection (a)(1) establishes that these Rules apply where a plaintiff and a defendant are habitual residents of different states.

1.3 Subsection (a)(2) provides that these Rules apply in a dispute concerning property located in one state as to which a plaintiff who is a habitual resident of another state makes a claim. «Property» includes immovable (real property) or movable (personal property), or intangible property, such as a copyright, trademark, or patent. Whether a legal claim concerns property and whether it is a claim of ownership or of a security interest is determined by general principles of private international law.

1.4 The habitual residence of an individual is determined by general principles of international law. The definition in Rule 1(b) of residency of a jural entity, such as a société anonyme, partnership, or unincorporated association, corresponds to generally accepted principles of private international law. When an organization is chartered in one state and has its administrative headquarters in another, both attributed residencies must be different from the habitual residence of an opposing party.

1.5 Legal disputes may involve claims asserted on multiple substantive legal bases, one of which is under these Rules but another which is not. The court may entertain the claim under these Rules and may also entertain the other claim or claims if they are within the competence of the court under its domestic law.

1.6 A plaintiff who invokes the authority of a court under these Rules is thereby precluded from thereafter challenging that authority, except if the court determines, on its own initiative or at the suggestion of another party, that the lack of authority was manifest. A defendant or other party who does not object to application of these Rules until after that party has answered concerning the merits is precluded from making subsequent challenge, subject to the same exception.

1.7 Subsection (e) recognizes that the forum law may adopt provisions that enlarge the scope of application of the Rules.

2. Personal Jurisdiction and Joinder

2.1 Subsection (a) states rules of jurisdiction that are recognized in virtually all legal systems. A court whose jurisdiction is established by a

prior-party agreement, as provided in Subsection (a)(1), may decline to exercise jurisdiction if the transaction has no relationship to that forum. A plaintiff submits to the court's authority by commencing the proceeding under these Rules. That submission extends to counterclaims and third-party claims permitted under these Rules.

2.2 Subsection (a)(2) incorporates by reference the domestic law of the forum concerning exercise of personal jurisdiction. This provision could apply, for example, to a defendant who has committed a legal wrong while temporarily present in the state or conducted a commercial transaction in the state, etc. It applies to organizations, such as corporations, as well as to individuals. Domestic law is interpreted in the light of international law and may be governed by international convention, for example, the Brussels and Lugano Conventions.

2.3 Subsection (a)(3) provides that the court where the property is located has authority over the parties who make claims to the property, whether of ownership or a security interest. With respect to immovable property this expresses a principle that is almost universally recognized. The same principle is also generally recognized with respect to movable tangible property and, with less universality, to intangible property. The location of movable and intangible property in this context is determined by general principles of private international law.

2.4 It is a generally recognized principle that a plaintiff may, at his option, join as defendant any persons against whom a claim is asserted concerning the transaction involved in the dispute. In addition, other parties may be added under the principles of intervention and necessary party.

2.5 Rule 2(b)(1) states the concept of intervention by a third party. The precise definition of intervention varies somewhat among legal systems. However, in general a person (whether individual or jural entity) who has some interest that could be affected by the proceedings and who seeks to participate should be allowed to do so.

2.6 Rule 2(b)(2) states the concept of necessary parties. The precise definition of this concept also varies somewhat among legal systems. However, in general a person (whether individual or jural entity) is a necessary party when it would be difficult for the court to adjudicate the dispute between the existing parties without taking into account the legal interests of that person. If a necessary party cannot be brought into the proceeding, it should not continue unless there is definite need of the existing parties for a resolution of the dispute.

2.7 When a necessary party is not subject to the compulsory authority of the court, that person may nevertheless be interested in participating in the case. Rule 2(c) specifies the procedure for giving notice to a necessary party. Even if that person does not participate actively, it may be useful to deliver the decision to that person.

2.8 Rule 2(d) provides that the Rules have precedence over the forum's ordinary procedure when additional parties participate in the litigation pursuant to Rule 2(c). However, the court has authority to apply the forum's ordinary procedure when doing so is in the interest of justice, for example, when the dispute involving the additional parties is more complex or significant than the original dispute.

2.9 The *amicus curiae* brief is a useful means by which any nonparty may supply the court with data and information that may be useful to achieve a just and informed disposition of the case. Therefore, any person should be allowed to file such a brief notwithstanding a lack of legal interest sufficient for intervention. It is in the court's discretion whether such a brief deserves to be taken into account. An *amicus curiae* does not become a party to the case but is merely an active commentator.

3. *Venue*

3.1 This Rule specifies the locality within a state where the proceeding is to be conducted. In common law this concept is called «venue»; in the civil law it is called territorial competence. The locality is to be determined by the domestic procedural law of the state where the proceeding is conducted.

4. *Composition of the Court*

4.1 In most legal systems today the courts of first instance are constituted of a single judge. However, many civil-law systems normally use three judges in courts of general authority. In some legal systems the composition may be one or three judges, according to various criteria.

4.2 Lay experts or assessors are included in a tribunal under various procedures in various systems. This Rule contemplates neutral assessors, nonpartisans, but would permit ones generally affiliated with the interests of parties so long as the designation is equally balanced. In a case involving technical issues, an assessor should be a person familiar with such issues.

4.3 Rule 4 excludes the use of juries, notwithstanding that jury trial is a matter of constitutional right under various circumstances in some countries, notably the United States. Where jury trial is of right, the parties may waive the right or these Rules can apply with the use of a jury. See Rule 1(a).

5. *Principles of Interpretation*

5.1 The principles of interpretation correspond to similar principles incorporated in most procedural systems. As applied in transnational disputes these principles require the court and the parties to apply the Rules with awareness of the differences in the legal systems with which the parties may be familiar. The primary guiding principle is that the evidence and legal contentions of the parties be fully considered and that procedural restrictions and penalties be imposed only as reasonably necessary to assure orderly determination of the dispute.

6. *Forum Procedure and General Authority of the Court*

6.1 Rule 6 confers general judicial authority on the court in addition to that conferred by the Rules themselves. All judicial systems have a concept of a court's general residual authority. In common-law jurisdictions, it is expressed as «inherent authority.» In most civil-law systems a similar concept is implied from general terms in the constitutive legal codes. In some civil-law systems the court's administrative authority is specified in detail. When confronted with a question of its own authority, a court should refer to the concepts of authority in its domestic legal system.

B. Proceedings

7. *Commencement of Suit*

7.1 Subsection (a) specifies that the procedures of the forum should govern commencement of the suit, including filing of the complaint with the court, issuance of notice, and other administrative requirements. Designation of the suit as a Transnational Proceeding provides notice to the defendant that these Rules will govern the matter.

7.2 Subsection (b) provides for giving notice of the proceeding to the defendant, or «service of process» as it is called in common-law procedure. The Hague Service Convention specifies rules of notice that govern proceedings in countries signatory to that Convention. When judicial assistance from the courts of another country is required in order to effect notice, the procedure for obtaining such assistance should be followed. In any event, the notice should include a copy of the statement of claim and that the proceeding is conducted under these Rules, and a warning that default judgment may be taken against a defendant that does not respond. See Rule 10. Requiring notice to be in the language of the defendant is designed to assure that it will be understood. Beyond these requirements, the rules of the forum govern the mechanisms and formalities for giving notice of the proceeding. In some states it is sufficient to mail the notice; some require that notice, such as summons, be delivered by an officer of the court.

8. *Statements of Claim*

8.1 Subsection (a) requires the plaintiff to state the facts upon which the claim is based. This Rule calls for particularity of statement, such as that required in most civil-law and most common-law jurisdictions and traditionally required in American «code pleading.» In contrast, some American systems, notably those employing the Federal Rules of Civil Procedure, permit very general allegations. In addition, the plaintiff must refer to the legal grounds on which he relies to support his claim. Reference to such grounds is a common requirement in many legal systems and is especially appropriate where the transaction may involve the law of more than one legal system and problems of choice of law. Rules of procedure in many national systems require a party's pleading to set forth foreign law when the party intends to rely on that law.

8.2 Subsection (b) requires that plaintiff attach documents on which he relies in support of the claim. This is a common requirement. The plaintiff must also list the witnesses upon whom he intends to rely. If the plaintiff later ascertains that there are additional documents or witnesses, he can exercise the opportunity to submit an amended statement of claim, as provided in Subsection (a).

8.3 The scope of permissible amendment differs among various legal systems, the rule in the United States, for example, being very liberal and

that in many civil-law systems being less so. In many civil-law systems amendment is permitted of the legal basis of claim, as distinct from the factual basis, but amendment of factual allegations is permitted only upon a showing that there is newly discovered probative evidence not previously available and that the amendment is within the scope of the dispute. See Comment 1.1, supra, for reference to the civil- law concept of «dispute.»

8.4 Subsection (c) requires a statement of the amount of money demanded and, if injunctive relief is sought, the nature and terms of the requested injunction. If defendant defaults, the court may not award an amount greater that that demanded in the complaint, so that defendant can calculate on an informed basis whether to dispute the claim. See Rule 10(c). It is a general principle that a default judgment may be entered only when plaintiff has offered sufficient proof of the claims for which judgment is awarded. See Rule 10(b). Forum procedure in many systems requires that, after a defendant has failed to respond, an additional notice be given to defendant of intention to enter default judgment.

9. *Statements of Defense; Counterclaims*

9.1 Subsection (a) requires that defendant's response address the factual allegations of the complaint, denying or admitting with explanation those allegations that are to be controverted. Allegations not so controverted are admitted for purposes of the litigation. An «alternative statement of facts» is simply a different narrative of the circumstances which defendant presents in order to clarify the dispute. Whether an admission in a proceeding under these Rules has effect in other proceedings is determined by the law governing such other proceedings.

9.2 Subsection (b) applies to defendant's answer the same rules of form and content as Rule 8 provides with respect to the statement of claim. Thus, additional facts stated by defendant, by way of affirmative defense or alternative statement, must be in the same detail as required by Rule 8(a); copies of supporting documents and list of witnesses must be attached as provided in Rule 8(b); and, if a counterclaim is asserted, defendant must make a demand for judgment as required by Rule 8(c). Defendant has the same right of amendment as a plaintiff.

9.3 Subsection (c) permits defendant to assert a counterclaim in accordance with the procedure of the forum. In most civil-law systems,

a counterclaim is permitted only for a claim arising from the dispute addressed in plaintiff's complaint. See Comment *1.1*, for reference to the civil-law concept of «dispute.» In common-law systems a wider scope for counterclaims is generally permitted, including a «set off» based on a different transaction or occurrence. Compare United States Federal Rules of Civil Procedure, Rule 13.

This subsection requires plaintiff or co-defendant to submit a written answer to a counterclaim or cross-claim. No such response is required to an affirmative defense or other allegations in the answer that do not constitute a counterclaim or cross-claim.

9.4 Subsection (d) permits a party to employ procedures of the forum to add additional parties, but it does not authorize class-suit procedure unless the law of the forum provides for it. A counterclaim on a different dispute is not permitted by these Rules but may be permitted under the forum procedure. If defendant asserts in another forum a claim that could be a counterclaim in the proceeding under these Rules, the other forum may apply its own rules of deference to require the claim to be asserted as a counterclaim in the proceeding under these Rules.

9.5 Subsection (f) permits a party to demand that another party state facts with greater specificity or to admit or deny specific material facts. Failure to comply with an order so requiring may be considered as a concession as to those facts.

No motion under Subsection (f) is necessary when the initial pleadings are specific and detailed enough to define all the material and circumstantial facts of the case.

9.6 Subsection (g) authorizes a defendant to make objections referred to in Rule 13(a) either by a motion pursuant to that Rule or by answer to the complaint. Subsection (g) further provides that making such objections by answer does not result in waiver of any such objection. In the common-law tradition and in some common-law procedures, a defendant waives objection to jurisdiction over the person unless that objection is asserted in a preliminary «special appearance.» Similar waiver of objection to venue is imposed in some common-law systems. These Rules do not impose such a waiver.

10. *Default Judgment*

10.1 Default judgment permits termination of a dispute where there is no contest and is a mechanism for compelling a defendant to

acknowledge the court's authority. If the court lacked authority to enter a default judgment, a defendant could avoid liability simply by ignoring the proceeding. However, reasonable care should be exercised prior to entering a default judgment because notice sometimes may not have been given to a defendant, or defendant may have been confused about the need to respond. Rule 10(c) limits a default judgment to the amount demanded in the statement of claim. See Rule 8(c).

11. *Transnational Dispute Settlement Offer*

11.1 Rule 11 is based on a similar rule under Ontario (Canada) civil procedure. The detailed protocol is designed to permit submission and consideration of serious offers of settlement, from either a plaintiff or a defendant. At the same time, the protocol prohibits use of such offers or responses to influence the court and thereby to prejudice of the parties. Experience indicates that a specifically defined procedure, to which conformity is strictly required, is essential to facilitate settlement. The law of the forum may permit or require the deposit of the offer into court. This procedure does not preclude parties from conducting settlement negotiations by other procedures.

11.2 This Rule not only aims at encouraging compromises and settlements but it also deters parties from pursuing or defending a case that does not actually deserve a full and complete proceeding, when the opposing party offers a just and fair sum of money.

12. *Provisional Measures*

12.1 The term «injunction» refers to an order requiring or prohibiting the performance of a specified act, for example, preserving property in its present condition. Subsection (a) authorizes the court to issue an injunction that is either affirmative, in that it requires performance of an act, or negative in that it prohibits a specific act or course of action.

12.2 Subsection (a)(1) authorizes the court to issue an injunction without notice to the person against whom it is directed where doing so is justified by urgent necessity. Such an injunction is usually known as an *ex parte* injunction. In common-law procedure such an order is usually referred to as a «temporary restraining order.»

«Urgent necessity,» required as a basis for an *ex parte* injunction, is a practical concept, as is the concept of preponderance of considerations of fairness. The latter term corresponds to the common-law concept of «balance of equities.» The question for the court, in considering an application for an *ex parte* injunction, is whether the applicant has made a reasonable and specific demonstration that such an order is required to prevent an irretrievable deterioration in the situation to be addressed in the litigation, and that it would be imprudent to postpone the order until the opposing party has opportunity to be heard. However, opportunity for the opposing party or person to whom the injunction is addressed to be heard should be afforded at the earliest practicable time.

12.3 As indicated in Subsection (a)(2), if the court had declined to issue an injunction *ex parte*, it may nevertheless issue an injunction upon a hearing. If the court previously issued an injunction *ex parte*, it may renew or modify its order in light of the matters developed at the hearing.

12.4 Subsection (a)(3) authorizes the court to require a bond or other indemnification, as protection against the disturbance and injury that may result from an injunction. The particulars of such indemnification should be determined by reference to the general law of the forum.

12.5 Subsection (b) permits the court to restrain transferring property located outside the forum state and to require disclosure of the party's assets. In the law of the United Kingdom this is referred to as a *Mareva* injunction. The Brussels Convention requires recognition of such an injunction by signatories to that convention, because an injunction is a judgment. This subsection also authorizes an injunction requiring disclosure of the identity and location of persons.

Subsection (b) also permits use of the provisional remedy of attachment under the law of the forum but authorizes the court to regulate or nullify such a remedy.

12.6 Rule 28(b) refers to procedure of the forum insofar as the review of an order granting or denying a preliminary injunction is concerned. Second-instance review is regulated in different ways in various systems so that only a general principle providing for an immediate review is stated here. The guarantee of a review is particularly necessary when the injunction has been issued *ex parte*. However, it should be also recognized that such a review may entail a loss of time or procedural abuse.

12.7 Subsection (c) deals with a preliminary injunction that concerns property or assets located in a different country. In transnational litigation property or assets may need to be «blocked» or «disclosed» in a country different from the one of the court having jurisdiction on the case. A further problem concerns the enforcement of such an injunction, which is regulated by the law of the country where the property or assets are located. The injunction should be acknowledged in that country according to the rules and principles of international law and it should be enforced by the competent court in the country in which recognition is sought.

13. *Preliminary Determinations and First* Conference

13.1 It is a universal procedural principle that the court may make determinations of the sufficiency of the pleadings and motions, whether concerning substantive law or procedure, that materially affect the rights of another party or the capability of the court to render substantial justice. In the civil-law systems, the court has an obligation to scrutinize on its own initiative the important elements of procedural regularity of the proceeding. In the common-law systems authority to make such determinations ordinarily is exercised only upon initiative of a party made through a motion. However, the court in common-law systems may exercise that authority on its own initiative and in civil-law systems the court may do so in response to a suggestion or motion of a party.

According to Rule 9(g), the objections referred in this subsection can be made by defendant either by a motion or by answer to the complaint. See Comment *9.6*.

13.2 Subsection (a)(1) expresses a universal principle that the court's authority to proceed, its competence over the dispute, and its jurisdiction over the parties may be questioned. A valid objection of this kind usually requires termination of the proceeding. A similar objection may be made that the dispute is not within the scope prescribed in Rule 1 and hence is not governed by these Rules. Procedural law varies as to whether there are time limitations or other restrictions on delay in making such an objection, and whether participation in the proceeding without making such an objection results in its waiver or forfeiture. Subject to the provision of Rule 9(g), reference should be made to the forum's procedural law concerning such issues.

13.3 Subsection (a)(2) empowers the court to adjudicate procedural irregularities. Ordinarily amendment should be permitted in order to correct such an irregularity, except when such permission would result in substantial injustice. See Subsection (b).

13.4 Subsection (a)(3) empowers the court to adjudicate the merits of a claim or defense at the preliminary stage. Such an adjudication may be based on matters of law or matters of fact, or both. Judgment is appropriate when the claim or defense in question is legally insufficient as stated. Judgment is also appropriate when, although the statement of claim or defense as stated is legally sufficient, it is demonstrated that evidence to support the claim or defense is lacking. In the latter case, the court should appreciate that discovery may disclose sufficient evidence.

13.5 In the civil-law systems the foregoing powers are exercised by the court as a matter of course. In the common-law systems, the power to determine that a statement of claim or defense is substantively insufficient derives from the old common-law demurrer and is usually exercised on the basis of a motion by a party. Examples of claims that typically may be so adjudicated are claims based on a written contract calling for payment of money, or to ownership of specific property, to which no valid defense is offered. Examples of defenses that typically may be so adjudicated are the defense of elapse of time (statute of limitations or prescription), release, and *res judicata*. In common-law systems the power to determine prior to trial that a claim or defense is not supported by evidence is usually exercised on the basis of a motion for summary judgment.

13.6 Subsection (a)(4) confers residual authority on the court to make necessary procedural rulings. In some civil-law systems these powers are specified in detail. In the common-law system they are within the court's inherent powers.

13.7 Subsection (b) confers discretionary authority on the court. Reasonable opportunity requires a party to indicate that amendment will correct an irregularity or be based on additional specific facts or legal grounds.

13.8 Under civil-law procedure discovery obligations ordinarily are imposed by order of the court, but under Rule 14 the court has a duty to order the discovery provided in that Rule. In common-law systems the procedural rules impose discovery obligations directly on the parties.

13.9 Participation of advocates for the parties is essential to facilitate orderly progression to resolution of a dispute. Advocates in many systems have some authority to make agreements concerning conduct of the

litigation. Parties may have additional authority in some systems. Where matters must be discussed that are outside of the scope of such authority, the court has authority to require the parties themselves to attend in order to discuss and resolve matters concerning progression to resolution, including discussion of settlement.

14. *Disclosure and Discovery*

14.1 These Rules adopt, as a model of litigation, a system consisting of preliminary hearings followed by a concentrated form of plenary hearing. The essential core of the first stage is preliminary disclosure, discovery, and clarification of the evidence. The principal consideration in favor of a unitary plenary hearing is that of expeditious justice. To achieve this objective a concentrated plenary hearing should be used, so that arguments and the taking of evidence are completed in a single hearing or in a few consecutive hearings.

14.2 Rule 14 defines the roles and the rights of the parties, the duty of voluntary disclosure, the procedure for discovery demands, the role of the court, and the devices to ensure that the parties comply with discovery demands.

14.3 Rule 14(a) requires the parties to make the disclosures required by Rules 8 and 9 prior to demanding discovery from an opposing party. It also requires the parties to provide summaries of the testimony of the witnesses a party intends to present. Under the rules of ethics or procedure in some systems, an advocate is not permitted to discuss the matters in dispute with prospective witnesses (other than the advocate's own client). This rule is designed to protect testimony from improper manipulation. However, that Rule also has the effect of limiting the effectiveness of an advocate in investigating and organizing evidence for consideration by the court. Under systems in which discussion is permitted with prospective witnesses, rules of ethics and procedure prohibit a lawyer from suggesting to a witness what the testimony should be or offering inducements to witnesses. Recognizing that there is some risk of abuse in allowing lawyers to confer with prospective witnesses, these Rules consider that the risk of manipulation is less injurious to fair adjudication than is the risk that relevant and important evidence may remain undisclosed.

14.4 Subsection (b) provides that every party is entitled to obtain from any person the disclosure of any relevant evidence, not privileged, in

possession of that person. Ideally, full disclosure of relevant evidence should result through dialogue among the parties, whereby the parties satisfy voluntarily each other's demands without intervention of the court. Subsection (b) lists the evidence and the information the disclosure of which may be demanded, defined as any relevant evidence. A party is not entitled to disclosure of information that «might lead» to further disclosure, which is the broad scope of discovery under Rule 26 of the Federal Rules of Civil Procedure in the United States, but only evidence and information that is relevant to the facts in issue. This Rule is aimed at preventing abuses in discovery, such as overdiscovery or «fishing expeditions.»

A party who did not have the demanded evidence when the demand was made, but who thereafter comes into possession of it, must thereupon comply with the demand.

14.5 Discovery may concern documents and any other things (films, pictures, videotapes, recorded tapes, objects of any kind), including computerized information (disks, data, printings, software systems). The demanding party must show the relevance of the information, document, or thing to prove or disprove the facts supporting a claim or a defense and identify the document or thing to be disclosed, which should be specifically identified or defined by specific categories. Thus, a document may be identified by date and title or by specific description such as «correspondence concerning the transaction between A and B in the period February 1 through March 31.» A party is not obliged to comply with a demand that does not fulfill these conditions. Disputes concerning whether the conditions of the demand have been satisfied, and whether the demand should be complied with, are resolved by the court on motion by any party. The court may declare the demand invalid or order production of the document or thing, if necessary specifying the time and mode of production.

14.6 Discovery may concern the identity of a potential witness. As used in these Rules, the term «witness» includes a person giving statements to the court even if the statements are not strictly speaking «evidence,» as is the rule in some civil-law systems concerning statements by parties. Under Rule 14(a) a summary of the expected testimony of a witness whom a party intends to call or nominate to the court must be provided to other parties. A party is not allowed to examine a witness through deposition except when authorized by the court under Rule 14(e).

14.7 Subsection (b)(3) provides that any party is entitled to discover the identity of a prospective expert that another party intends to present and to obtain a written statement of the expert's opinion concerning the matters in dispute.

14.8 The right to refuse to answer questions that may incriminate a person is universally recognized. However, this right does not necessarily include the right to refuse to produce documents that may be incriminating, an issue that should be determined according to forum law. The law in some systems permits a party also to refuse to answer questions or to produce documents that tend to establish the person's civil liability or to negate or mitigate a civil claim. This Rule does not authorize such a refusal.

14.9 Subsection (d) permits the court to order a medical examination of a party whose physical or mental condition is in issue. The examination should be reasonable in that it must respect the individual rights and the privacy of the person involved and be conducted by a doctor appointed by the discovering party at that party's expense.

14.10 The general principle in the preliminary stage is that the parties bear the burden of obtaining evidence they need in preparation for plenary hearing. However, disclosure obtained by the parties on their own motion may be incomplete, resulting in insufficient evidence or surprise to the court or other parties. To deal with such inconvenience, the court may in its discretion order additional disclosure on its own initiative or on motion of a party. For example, the court may order that a party or a prospective witness submit a written deposition concerning the facts of the case. The court may also subpoena a hostile witness to be orally deposed. See Rule 15.

The court may not order additional disclosure simply because it might reveal relevant evidence. «Necessary in the interest of justice» is a narrower standard than «relevant to prove the matters in issue.» Moreover, the court cannot order discovery of privileged matters. But see Rule 21(c).

14.11 Rule 14(f) provides a detailed protocol for discovery demands and for compliance with these demands. Discovery demands are connected to the time requirements for the pleadings, so that parties can make their demands in light of the information and allegations in the pleadings. When plaintiff's demand is made in the complaint, defendant's demand ordinarily will be made in the answer. If plaintiff's demand is made within the period of 60 days, however, defendant's demand shall be made within 15 days after receipt of plaintiff's demand.

Ordinarily these demands provide sufficient opportunity for discovery. However, Rule 14(f)(4) authorizes the court to order additional discovery upon a showing of justification, unless doing so would unfairly delay the proceeding.

14.12 In cases involving voluminous documents or remotely situated witnesses, or in similar circumstances of practical necessity, the court may appoint someone as a special officer to supervise discovery. Such an assistant may be appointed by another court through judicial assistance. A person so appointed should be impartial and independent.

14.13 If a party fails to comply with a discovery demand, Rule 14(h) provides that the court may impose sanctions to make disclosure effective. The choice among different sanctions, more or less severe, is left to the discretion of the court, taking into account any relevant features of the parties' behavior. See Rule 5(e).

The sanctions are:

1) Adverse inferences against the noncomplying party about facts supporting that party's claims or defenses, including conclusive determination of the facts. See Comment to Rule 23.
2) A monetary penalty, fixed by the court in its discretion, or other means of legal compulsion permitted by forum law, including contempt of court. The court should graduate the penalty or contempt sanction according to the circumstances of the case. When the discovery demand or order concerns a document or other thing, the court may order a direct seizure of the document or thing. See Rules 12, 23, and 24.
3) Dismissal of claims, defenses, or allegations to which the discovery is relevant. This sanction is more severe than the drawing of an adverse inference. The adverse inference does not necessarily imply that the party loses the case on that basis but dismissal of claims or defenses ordinarily has that result.
4) The most severe sanction against noncompliance with disclosure demands or orders is entry of adverse judgment with respect to one or more of the claims. The court may enter a judgment of dismissal against the plaintiff or a judgment by default against the defendant, as the case may be.

15. *Deposition and Testimony by Affidavit*

15.1 A deposition is a form of taking testimony employed in

common-law and in some civil-law systems. Under these Rules it may be used in limited circumstances for discovery. See Rule 14(e).

15.2 Rule 15(b) provides that deposition testimony be taken on affirmation, as at a hearing before the court. It is to be transcribed verbatim or video or audio recorded. The parties may agree about the form of transcription or recording, but the court may order which form shall be used. The party who requests the deposition will pay the cost of transcription or recording, unless the court orders otherwise.

15.3 Rule 15(c) specifies the procedure for a deposition. In general, the procedure should be similar to a presentation of the witness before the court except that the questioning is conducted by the parties and may be presided over by a special officer appointed by the court. See Rule 14(g).

15.4 The deposition will follow, as far as possible, the procedure for taking testimony before a judge. Thus the party taking the deposition will examine the witness first, and the other parties will ask supplemental questions thereafter. As stated in Rule 15(c), before the deposition the court may specify questions that it requires to be asked of the witness. Time and place of the deposition may be agreed upon by the parties, or may be established by the court. In any case a written notice of the deposition shall be given to all the parties, at least 30 days in advance to permit any party to be present and actively participate in the deposition. Notice will also be given to the court.

15.5 The general principle governing presentation of evidence is that evidence will be presented orally at the plenary hearing. See Rule 22. However, oral examination of a witness at the plenary hearing may be impossible, burdensome or impractical. Rule 15(d) permits the transcript of a deposition taken in accordance with Rule 15(c) to be presented to the court as a substitute for reception of testimony of a witness who cannot conveniently be present in court, for example by reason of illness or because the witness is in a remote location. A deposition may be also convenient for presenting testimony in a language other than that of the court. A deposition in any event may yield a statement against interest that is admissible under Rule 22(b)(7).

15.6 Since these cases are exceptions to the general rule of direct presentation of evidence at the hearing, a party who wants to present testimony by deposition must obtain agreement from opposing party or apply to the court for authorization, stating the reasons why a

deposition should be preferred. The court has broad discretion in deciding the request. Any party is entitled to contest the fidelity of the transcription or record to the reality. If such an objection is sustained, the court may set aside the deposition and order that the party or the witness be examined directly at the hearing.

15.7 Subsection (e) permits the presentation of testimony by means of written affidavits containing statements about relevant facts of the case. Such a statement, although upon affirmation, is *ex parte* in that neither the court nor opposing parties has been permitted to question the witness. The statement may be regarded with corresponding skepticism by the court. However, facts not in serious dispute often may be conveniently proved by this procedure.

The practice of producing written affidavits instead of witnesses for an oral examination is becoming common in several systems. Reasons of efficiency explain this trend: quicker availability of testimony, less trouble and expense for the nonparty, less time required for the court. These factors may be specially important in transnational litigation, for instance when a witness would be obliged to travel to a far country to be examined in court. There are also means provided by international law and conventions on judicial assistance (see, e.g., The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad): requests by diplomatic channels, rogatory letters, and so forth. However, the court may, in its own discretion or on motion by a party, order that the author of an affidavit be examined orally at the hearing.

16. *Protective Orders Concerning Discovery and Disclosure*

16.1 Rule 16 gives the court broad authority to limit discovery that would be oppressive or unduly intrusive. The philosophy expressed in Rules 14, 16, and 24 concerning the right of discovery and disclosure is essentially that of the common-law countries other than the United States. In those countries, the scope of discovery or disclosure is specified and limited, as in Rule 14. However within those specifications disclosure is generally a matter of right.

16.2 Discovery under prevailing United States procedure, exemplified in the Federal Rules of Civil Procedure, is much broader, including the broad right to seek information that «may lead to admissible evidence.» This broad discovery is often criticized as responsible for

the increasing costs of the administration of justice. However, reasonable discovery facilitates discovery of truth and hence justice.

16.3 Discovery under the civil-law systems is generally much more restricted, or nonexistent. In particular, a much broader immunity is conferred against disclosure of trade-and-business secrets. This Rule should be interpreted as seeking to strike a balance between the restrictive civil-law systems and the broad system in the United States.

17. *Subsequent Conferences*

17.1 This Rule determines the role of the court in preparing the case for plenary hearing, when discovery has come to an end and the terms of the dispute may be finally defined. The court has wide discretion in deciding how to conclude the preliminary phase, or phases, and in determining how to provide for the following plenary phase of the proceedings.

17.2 The court may decide that, in order to clarify the issues and to specify the terms of the dispute at the plenary hearing, one or more subsequent conferences may be useful.

17.3 The court fixes a date for such a conference. The parties' lawyers are required to attend; the court may also order that the parties be personally present at the conference. See Rule 13(d). In the conference the court will discuss with the parties' lawyers, and, as appropriate, with the parties personally, the issues of the case; which facts, claims, or defenses are no longer disputed; whether new disputed facts emerged from disclosure; whether new claims or defenses have been presented; and what evidence will be admitted at the plenary hearing. The principal aim of the conference is to exclude issues that are no longer disputed and to identify precisely the issues of fact and claims and defenses and the evidence concerning those issues that will be the subject matter of the plenary hearing.

The court may decide that a subsequent conference is unnecessary, and that the plenary hearing may proceed simply on the basis of the parties' pleadings and stipulations.

17.4 The court may give directives for the plenary hearing as provided in Subsections (a)(1)-(7). The court may sum up the terms of claims and defenses and order corresponding revision of the pleadings. Having defined the issues for the hearing, the court may rule on issues concerning admissibility of evidence and specify the items of admissible evidence,

including witnesses and experts, and determine the order of their examination. The court may also resolve disputed claims of privilege. The court will fix the date for plenary hearing and enter other orders to ensure that it will be carried on in a fair and expedited manner.

Rule 17 authorizes various measures by the court to facilitate efficient hearing. Claims and defenses withdrawn or abandoned by the parties should be excluded. It is often useful to isolate one or more issues for hearing upon one occasion, with other issues reserved for consideration later if necessary. So also it is often useful that a hearing be consolidated with another case when the same or substantially similar issues are to be considered. As recognized in Rule 17(a)(4), it is often convenient for the court to rule on admissibility of evidence prior to its presentation, especially evidence that is complicated, for example, voluminous documents.

17.5 The court may consider the possibility that the parties may settle the dispute or refer it to a mediator or to an arbitrator. In such a case the court, before entering the rulings described in Subsection (a), may fix a hearing, calling the parties' lawyers and the parties personally to explore the possibility of a settlement, if necessary with the mediation of the court itself or a deferral of the dispute to mediation or arbitration.

If a settlement is reached, the proceedings are terminated and the settlement agreement put into the record of the case. If the parties agree about a deferral to mediation or arbitration, that agreement will be put into the record of the case and the case suspended.

18. *Languages*

18.1 The language in which the proceeding is conducted should be that in which the court is fluent. Ordinarily this will be the language of the state in which the court is situated. However, the court and the parties may agree upon some other language for all or part of the proceeding, for example, reception of the testimony of a specific witness in the witness's native language.

18.2 In transnational litigation it happens frequently that witnesses and experts are not fluent in the language in which the proceeding is conducted, i.e., that of the country where the case is tried. In such a case translation is required for the court and for other parties. The testimony shall be taken at the hearing with the aid of an interpreter, with the party paying the cost of the translation, unless the court decides otherwise.

18.3 A second possibility is examining the witness by way of deposition, as provided in Rule 15(d), under agreement of the parties or by order of the court. See Rule 15(a). The deposition can then be translated and submitted at the hearing. The procedure and cost of the deposition are determined according to Rule 15.

19. *Relevance and Admissibility of Evidence*

19.1 This Rule states principles concerning evidence, defining generally the conditions and limits of what may be properly considered as proof at the hearing. The basic principle is that everything that is rationally useful in reaching judgment on the relevant facts of the case should be admitted as evidence.

19.2 There are three aspects to application of this principle. First is the usefulness of the evidence. In deciding upon admissibility of the evidence, the court makes a hypothetical evaluation connecting the proposed evidence with the issues in the case, i.e., a hypothesis concerning the possible outcome of the presentation of the evidence. If a probative inference may be drawn from the evidence to the facts, then the evidence is logically relevant. Second, the relevancy of evidence is determined by the rational reliability of the knowledge that the evidence tends to support. Third, and consequently, relevant evidence is aimed at achieving a knowledge about the facts of the case, specifically knowledge that should be rationally reliable.

19.3 In some legal systems there are rules limiting in various ways the use of circumstantial evidence. These rules, however, seem unjustified and are very difficult to apply in practice. More generally, there is no valid reason to restrict the use of circumstantial evidence when it is useful to establish knowledge of a fact in issue. Therefore under the general principle, the court may consider any circumstantial evidence, provided it is relevant for the decision on the facts of the case.

19.4 Subsection (b) defines who can properly give evidence or present statements. In some national systems the rules exclude parties or «interested» nonparties as witnesses. However, even in such systems the trend favors admitting all testimony. A general rule of competency also avoids the complex distinctions that such exclusionary rules require. The proper standard for a person to give evidence is the principle of relevancy. This does not mean, however, that subjective or objective

connections of the witness with the case must be disregarded, but only that they are not a basis for excluding the testimony. These connections, for example kinship between the witness and a party, may be meaningful in evaluating credibility.

Any person having information about a relevant fact is competent to give evidence. «Any person» includes the parties and any person having mental capacity. Witnesses are under obligation to tell the truth, as required in every procedural system. In many systems such an obligation is reinforced by an oath by the witness. When a problem arises because of the religious character of the oath, the court has discretion to determine the terms of the oath or to permit the witness merely to affirm the obligation to tell the truth.

19.5 Subsections (c) and (d) govern the parties' right to proof. They apply to testimony, documentary evidence, and real or demonstrative evidence. A party may call itself to the witness stand, a procedure not permitted in some civil-law systems, where the party is regarded too interested to be a witness on its own behalf. The court may exercise an active role in the taking of testimony or documentary, real, or demonstrative evidence. For example, when the court knows that a relevant document is in possession of a party or of a nonparty, and it was not spontaneously produced, the court may on its own motion order the party or the nonparty to produce it. The procedural device is substantially an order of *subpoena*. The court in issuing the order may establish the sanctions to be applied in case of noncompliance. See Rule 24.

20. *Expert Evidence*

20.1 Concerning experts these Rules adopt the basic civil-law system, according to which the court appoints a neutral expert or panel of experts. The court decides on its own motion whether an expert is needed in order to evaluate or to establish facts that, because of their scientific or technical nature, the court is unable to evaluate or establish by itself. The court appoints the expert or the experts (if possible using the special lists that exist in many countries), on the basis of the expert's competence in the relevant field. If the expert's neutrality is disputed, that issue is for the court to resolve. The court, informed by the parties' recommendations, specifies the technical or scientific issues on which the expert's advice is needed, formulating the questions the expert should

answer. The court also determines which techniques and procedures the expert will apply, and regulates any other aspect of the tests, inquiries, and researches the expert will make, and whether the expert will respond orally or by submitting a written report. In making such determinations, the court shall confer with the parties.

20.2 The expert is the court's expert. The role is to be neutral, independent from the parties and from other influence. The court is expected to rely on the expert's advice when it appears sound and credible; if it does not, the court may appoint another expert. However, the court is not obliged to follow the expert's advice. In such a case the court is expected to explain specifically the reasons why the expert's advice is rejected, and the reasons supporting the court's different conclusion.

20.3 Rule 20 recognizes that the status of an expert is somewhat different from that of a percipient witness and that experts have somewhat different status in various legal systems. In common-law systems an expert is presented by the parties on the same basis as other witnesses, recognizing that the role is one of interpretation rather than recounting first-hand observations. In civil-law systems the parties may present experts but ordinarily do so only to supplement or dispute testimony of a court-appointed expert.

This Rule adopts an intermediate position. The court may appoint experts but the parties may also present experts whether or not the court has done so. The court-appointed expert provides the court with technical or scientifical information and analysis. Such an expert is obliged to perform this task in good faith and according to the standards of the expert's profession. A party's expert presents commentary rather than evidence and is neither required nor expected to be sworn to tell the truth.

20.4 Subsection (b) provides that the parties are entitled to appoint their own experts, but party experts participate only under supervision by the court. The principal role of party expert is to advise the party about the technical and scientific matters involved and to comment on the activity of the court's expert. The parties' experts accordingly are entitled to be informed about any test, experiment, or inquiry carried on by the court's expert. They may raise problems, ask questions, and submit comments, data, and information to the court's expert.

However, when the court receives oral testimony from the court's expert, the parties' experts should be similarly heard. When the court's

expert submits a written report the parties' experts are allowed to do so also. The court may order all the experts to confer with each other in order to clarify the issues and to focus their opinions. Although the court's expert is by definition neutral and impartial, while the parties' experts are by definition partisan and partial, the advice of the parties' experts may be taken into account by the court, and the court may adopt a party's expert advice instead of that of the court's expert.

When an expert is examined orally, the provisions in Rule 22 generally apply. However, under Rule 20(a) the court may require a written report from the expert and oral examination of the expert after the report has been submitted.

20.5 Subsection (c) provides that the fees concerning a party's expert are paid by that party. The parties also pay the fees of the court experts, which, unless otherwise ordered by the court, are provisionally paid by the party requesting the investigation or by the plaintiff when the investigation is required by the court. However, the court may order the parties to divide the expenses or require the defendant to pay them.

The fees of the court's experts will be paid by the losing party at the end of the case unless the court orders otherwise. See Rule 27.

21. *Evidentiary Privileges*

21.1 Privileges exclude relevant evidence. They are evolving and reflect various social interests. Organized professions (e.g., doctors, psychiatrists, accountants, lawyers) are interested in protecting their members' professional activities by means of the privilege not to disclose information acquired during such an activity. Statutory law and case law have extended the list of the professional privileges. However, enlarging the protection of array of privileges has significant cost in the quality of proof and discovery of truth.

21.2 Rule 21(a)(1) gives full effect to a «legal profession» privilege. The concept of this privilege is different in the common-law and civil-law systems but this Rule includes both concepts. The common law recognizes an «attorney-client privilege,» which enables the client to object to inquiry into confidential communications between client and lawyer that were made in connection with provision of legal advice or assistance. Under United States law a similar protection, called the «lawyer work product» immunity, additionally shields materials developed by a lawyer

to assist a client in litigation. The civil law recognizes the same protections but under the concept of a professional privilege of the lawyer.

21.3 It is also a universal principle, recognized in Rule 21(a)(2), that confidentiality should be observed of communications in the course of settlement negotiations by parties involved in litigation. Various protocols are recognized for such communications, for example, in many English-speaking countries correspondence bearing the designation «without prejudice.» In some other systems it is presumed that correspondence between advocates is confidential in this way. In many systems party communications concerning settlement are similarly confidential. The precise scope of confidentiality of communications concerning settlement is determined by the law governing the communications, but the general principle stated above should be considered in determining the matter. See also Rule 16.

21.4 Rule 21(b) accords limited protection to other privileges, such as those involving financial adviser or other professionals. In general, the civil-law systems accord privacy to communications of many professionals. Many states recognize additional privileges, usually in qualified form. Thus, the European Court of Human Rights has recognized various professional privileges, e.g., for bankers, accountants, and journalists, and many countries also recognize a privilege for communications between family members. Many state jurisdictions in the United States recognize an accountant privilege and some recognize a «self-evaluation privilege» on the part of hospitals and some other organizations. However, in some civil-law systems the court may examine such confidences where they appear highly relevant to the matter in dispute. Such an approach is known in the common law as a conditional privilege and is adopted in this Rule. However, if the court permits receipt of such evidence, it should protect the confidential information from disclosure except as required for consideration in the dispute itself.

21.5 The court may make a determination whether to receive conditionally privileged information through an *in camera* hearing, in which the participants are limited to the court itself, the parties, and the parties' lawyers. The same device may be used concerning nonprivileged information when the court finds that publication could impair some important private or public interests such as a trade secret. The taking of evidence in a secret hearing should be exceptional having regard for the fundamental principle of the publicity of hearings.

21.6 Rule 21(c) prescribes a procedure for claims of privilege with respect to documents. The claimant is required to identify the document in sufficient detail to permit an opposing party to make an intelligent disputation of the claim of privilege, for example, that the document had been distributed to third persons.

21.7 A person who is entitled to a privilege may waive it, in which event evidence in the privileged communication is received without limitation. The privilege may be waived by means of an explicit statement or tacitly; a tacit waiver results when the party does not timely claim the privilege. However, the court may disregard the waiver if enforcing the waiver is against substantial justice.

22. *Plenary Hearing*

22.1 Subsection (a) establishes a general principle concerning the structure of the plenary proceeding. It is consistent with the common-law «trial» model, according to which the taking of evidence should be made in a single hearing; when one day of hearing is insufficient the plenary hearing should continue in consecutive days. In civil-law systems a similar structure is reflected in «concentrated» procedures. The concentrated hearing is the better method for the presentation of evidence, although several systems still use the old method of separated hearings. Exception to the rule of the concentrated hearing can be made in the court's discretion when there is good reason, for example when a party needs an extension of time to obtain evidence. In such a case the delay should be as limited as possible. Dilatory behavior of the parties should be sanctioned by the court.

22.2 In most civil-law systems, a party's statement is regarded as having lower standing than testimony of a nonparty witness; and, in some civil-law systems, a party may not be compelled to give testimony at the instance of another party, and in some the party cannot call itself as a witness. The common law treats parties as fully competent witnesses and obliges them to testify at the instance of an opposing party, subject to privileges such as that against self-incrimination, and also permits parties to call themselves to the stand. This Rule adopts the common-law approach, so that a party has both an obligation to testify if called by the opposing party and a right to testify on its own motion. See also Rule 19(c). Failure to testify without explanation or justification may

justify the court drawing an adverse inference concerning the facts or holding the party in contempt. However, a party's failure to comply may have some reasonable explanation or justification. Sanctions may be gradually increased until the party decides to comply, according to the model of the French *astreintes*. See also Rule 5(e).

This procedure entails a departure from the «free examination» of the parties permitted in some continental systems, whereby parties are not witnesses in the strict sense in that they are under no obligation to tell the truth and do not swear.

22.3 Rule 22(b)(2) governs the examination of witnesses. The traditional distinction between common-law systems, which are based upon direct and cross-examination, and civil-law systems, which are based upon examination by the court, is well known and widely discussed in the legal comparative literature. Equally well known are also the limits and defects of both methods. The chief deficiency in the common-law procedure is excessive partisanship in cross-examination, with the danger of abuses and of distorting the truth; in the civil law the chief deficiency is passivity and lack of interest of the court while conducting an examination, with the danger of not reaching relevant information. Both procedures require efficient technique, on the part of the judge in civil-law systems and the advocates in common-law systems. The problem is to devise a method effective for a presentation of oral evidence aimed at the search of truth. The rules provided here seek such a balanced method.

22.4 For a witness called by a party, the common-law system of direct and supplemental examination by the parties is the most suitable for a thorough examination. The witness is first questioned by the lawyer of the party who called him, and then questioned by the lawyer for the adverse parties. Further questioning may be permitted by the court when useful. To prevent abuses by the lawyers, the court should exclude, on the other party's objection or *ex officio*, questions that are irrelevant or improper or which subject the witness to embarrassment or harassment. If the court is too passive, it will be ineffective to prevent improper behavior by the lawyers. On the other hand, lawyers unaccustomed to questioning may have difficulty conducting an effective interrogation.

22.5 The civil-law method, in which the court examines the witness, has advantages in terms of neutral search of the truth and of eliciting facts that the court considers specially relevant. The court therefore is afforded an active role in the examination of witnesses, an authority that is also

recognized in common-law systems. The court may play such a role in the course of questioning by the parties to elicit clarification of testimony. The court may carry on an independent examination of the witness, after the parties' examinations, when it seems useful to elicit or clarify facts or circumstances that have not emerged sufficiently.

22.6 A witness called *ex officio* by the court is examined first by the court, then by the parties. This is the equivalent of a direct-examination of a witness called by a party. After that, the parties have the right of questioning the witness. The court may therefore conduct a further examination of the witness when it seems necessary to clarify, to control, or to deepen the testimony given.

22.7 Since the examination of witnesses is aimed at the fullest search for truth, the scope of questioning by the parties' lawyers and by the court should not be limited *a priori*. The governing standard is the relevancy of the evidence to the facts in issue.

22.8 If a party, during questioning as a witness, makes a statement the content of which is contrary to the party's own interest, the statement is to be treated as ordinary evidence and does not have any special probative weight. That is, such a statement is not to be treated as a «confession» having binding effect. However, under Rule 22(b)(6) a statement by a party outside of court, for example in a deposition, that is contrary to her interest is admissible as evidence, if duly proved at the hearing. Such a statement is also to be treated as ordinary evidence to be freely evaluated by the trier of fact.

22.9 Generally the opinion of a witness should not be admitted as evidence. However, the opinion of a witness may be admitted when it will clarify her testimony. In the recollection of facts, knowledge and memory are often inextricably mixed with judgments, evaluations, and opinions, often elaborated unconsciously. Sometimes a «fact» implies an opinion of the witness, as for instance when he interprets the reasons of another person's behavior. Therefore the rule excluding the opinions of witnesses is properly understood as prohibiting comments that do not aid the reconstruction of the facts in issue.

22.10 Rule 22(b)(7) permits disputation of the credibility of any witness or experts and parties when examined as witnesses. The best opportunity to cast doubt upon the credibility of a witness is through examination in court. The credibility of any witness can be disputed on any relevant basis, including adverse questioning, prior inconsistent

statements, or any other circumstance that may affect the credibility of the witness, such as interest, personal connections, employment or other relationships, capacity to perceive and recollect facts, and the inherent plausibility of the testimony. Other evidence that may be relevant in order to assess the person's credibility should also be admitted, such as the witness's inconsistent statements. Prior statements may have been made in earlier stages of the same proceedings (for instance, during discovery). Prior statements made out of the judicial context, for instance before the beginning of the litigation, if duly proved, may also be received.

However, the right to impeach an adverse witness may be abused by harassment of the witness or distortion of the testimony. The court should prevent such conduct. Impeachment of a witness should be admitted only when there are serious reasons for doing so, concerning testimony dealing with important issues of the case.

22.11 The authenticity or the reliability of other items of evidence, either documentary or real and demonstrative, may also be disputed by any party. Special subproceedings to determine the authenticity of public or private documents exist in many national systems. They should be used when the authenticity of a document is doubtful or contested.

22.12 Scientific and technical evidence may also be scrutinized if its reliability is doubtful or disputed. It is impossible to establish generally and *a priori* how this should be done. The court has discretion to select the most effective procedures and techniques of control.

23. *Powers and Remedies Concerning Evidence*

23.1 Rule 23 specifies various aspects of the authority of the court with reference to evidence. The court may exercise such powers on its own motion or on a motion of a party.

Rule 23(a) gives the court the power to exclude evidence on various grounds. The first is irrelevancy of the evidence or its redundant or cumulative character. Redundant or cumulative evidence is theoretically relevant if considered by itself but not when considered in the context of the other evidence adduced. The court may in the course of a plenary hearing admit evidence that was preliminarily excluded because it had appeared irrelevant, redundant, or cumulative. The standard of exclusion by reason of «excessive cost, burden, or delay» should be applied very cautiously. This power should be used by the court primarily when a

party adduces evidence with the apparent aim of delaying or confusing the proceedings.

23.2 Subsections (b) and (c) provide for various other sanctions. The court may draw adverse inference from behavior of a party such as failing to give testimony, present a witness the party could present, or produce a document or other item of evidence the party could present. Drawing adverse inference means that the court will interpret the party's conduct as circumstantial evidence contrary to the party. If there is no other evidence on the same issue, the court may rely upon an adverse inference in deciding that issue.

Drawing adverse inference is obviously a sanction appropriate only against a party. Sanctions applied to nonparties include contempt of court and imposing a fine, subject to the limitation in Rule 32(b)(4). The conduct that may be sanctioned includes failing to attend as a witness or to answer proper questions, and failing without justification to produce documents or other items of evidence.

23.3 While failure to comply with rules and orders concerning evidence is always subject to sanction, the court has discretion concerning both the importance and the nature of the noncompliance, and the kind and measure of the sanction that will be imposed. See Rule 5(e). Subsection (d) provides that the court may excuse a party's failure to comply with the rules concerning evidence, or with court orders applying the rules, according to the discretion of the court. The court's authority should be exercised reasonably.

24. *Orders Directed to a Third Person*

24.1 The court has broad authority to order nonparties as well as parties to act or refrain from acting during pendency of the litigation, to preserve the status quo and to prevent irreparable injury. There are various situations in which a person may be involved in a suit without being a party, but should be subject to orders in the interest of justice in the proceeding between the parties.

24.2 A preliminary injunction issued according with Rule 12(a) may involve nonparties insofar as their cooperation is needed in order to carry the injunction into effect, particularly to maintain the status quo and to prevent irreparable injury. The court in its discretion determines the kind of cooperation required by nonparties and provides orders accordingly.

24.3 When funds or other property involved in the dispute are in possession of a party or nonparty, the court may require that they be preserved against dissipation until the case is finally decided. The court may order the person in possession of the property to retain it until a further order of the court or the final decision of the dispute determines to whom the money or property shall be delivered.

24.4 When a nonparty's testimony is required, on a party's motion or on the court's own motion, the court may direct the witness to give testimony in the hearing or through discovery deposition.

24.5 When a document or any other relevant thing is in possession of a nonparty, the court may order its production in discovery or at the hearing.

24.6 The order directed to the third party is enforced by sanctions for noncompliance. These sanctions include a monetary penalty or other legal compulsion, including contempt of court. When it is necessary to obtain evidentiary materials or other things, the court may order a direct seizure of such materials or things, defining the manner of doing it. See Rule 5(e).

25. *Record of the Evidence*

25.1 With regard to the record of the evidence, two principal methods can be used. One is typical of some common-law jurisdictions and consists of the verbatim transcript of everything said in the presentation of evidence; the other is typical of civil-law systems and consists of a summary of the hearing that is written by the court's clerk under the direction of the court, including the matters that in the court's opinion will be relevant for the final decision. In most civil-law systems there is no procedure for making a verbatim transcript. The verbatim transcript is complete and provides a good basis both for the final decision and for the appeal, but in many cases it is exceedingly burdensome and expensive.

25.2 These Rules regard the more desirable practice to be a summary record written by the court's clerk under direction of the court. The court should require the summary record to include all relevant statements made by the parties and the witnesses, and other events that might be useful for the final evaluation concerning the credibility of witnesses and the weight of proofs. The parties are entitled to ask for inclusion of specific statements, and the court has discretion to permit their reception.

25.3 If a party requests a verbatim transcript or audio or video recording of the plenary hearing, the court should so order. The party or parties requesting the transcript shall pay the expense. Independently of such a request, a party may arrange to have a verbatim transcript at the party's own expense. The court should be provided a copy of the transcript and the other parties are entitled to have a copy upon paying their share of the expense. Such a transcript does not take the place of the official record that must be kept according to Subsection (a).

26. *Final Discussion and Judgment*

26.1 The plenary hearing ends when all the evidence has been presented. At this point the case is almost ready for decision, but the parties may request permission to present oral closing statements, the plaintiff first and then the defendant. In such closing statements the parties will suggest the conclusions to be drawn from the evidence presented, and may restate their «theories of the case» both from the factual and the legal point of view, briefly summing up their contentions and claims and stating their requests. If necessary, the court may allow the parties to discuss briefly among themselves and the court the main issues of the case. The court may put questions to the parties' lawyers in order to clarify the contentions and claims.

26.2 A party has a right to present a written submission of contentions and the legal rules upon which the contentions are based. The court shall fix a date for written submissions and the date of a further hearing in which the closing statements will be presented and the oral discussion will be done.

26.3 Subsection (b) governs the rendition of judgment. After the closing statements of the parties the judgment of the court shall be stated orally or in writing. The court may retire in chambers to deliberate, but the decision should be made immediately, except that in complex cases the court may adjourn and fix a new hearing to state its judgment. The judgment should include pronouncement of the final rulings concerning the claims and defenses of the parties and should be put into the record of the case.

26.4 The standard of proof generally applied in civil cases at common law is that of preponderance of the evidence. In civil-law systems the standard is that the judge must be convinced. Many systems

impose a higher standard of proof for certain issues in civil cases, notably proof of fraud. These standards contrast with the higher standard, such as «beyond a reasonable doubt,» in criminal cases. Rule 26(b) defers to the standard under forum law.

In addition to the standard of proof is the problem of burden of proof. In general, it is universally recognized that a plaintiff has the burden of proof for all issues essential to his claim, and that defendant correlatively has the burden of proof as to issues of affirmative defense. In civil-law systems the allocation of burden of proof is considered to be a matter of substantive law so far as concerns choice of law. The rules of burden of proof applicable to various types of claims are in turn considered to be derived from substantive considerations, such as the nature of the claim and the relative capabilities of parties to transactions of the kind presented in the case. Thus, the forum would look to the law governing the transaction to determine the rules of burden of proof.

In common-law systems the allocation of burden of proof is generally considered to be «procedural» so far as concerns choice of law. The forum therefore applies its own rule of burden of proof. Common-law systems recognize exceptions where the claim is based on a statute of another jurisdiction whose law governs the transaction, at least if the statute provides a special allocation of burden of proof. In any event, the rules of burden of proof in common-law systems generally reflect the same kinds of «substantive» policy considerations as underlie the rules of burden of proof in the civil-law systems.

A classically vexing problem is the classification of issues in allocation of burden of proof, i.e., whether a specific issue is part of plaintiff's case or a matter of affirmative defense. That problem should be resolved according to the applicable law recognized by the forum.

26.5 Subsection (c) requires the court to publish a written opinion justifying its decision. The publication is made according to the local practice, but a written notice must be sent to the parties. All parties are entitled to obtain a copy of the whole judgment.

The justificatory opinion shall include the findings of fact supported by reference to the relevant proofs and the evaluations of evidence by which the court has found the facts as true or false, and the principal legal propositions supporting the decision, with reference to the relevant legal rules, principles, and precedents and to the arguments supporting the interpretation adopted by the court.

26.6 If the court is composed of more than one judge, a member of the tribunal may give a dissenting or concurring opinion, orally or in writing. Such opinions, if in writing, are published together with the court's opinion.

27. *Costs*

27.1 The rule governing allocation of costs and expenses of litigation in ordinary civil proceedings, recognized universally except in the United States, is that the prevailing party is entitled to reimbursement from the losing party. That principle is adopted here. Under the «American» rule in the United States each party bears its own costs and expenses except as statutes specifically provide otherwise or in case of exceptional abuse of process. The American rule creates incentives for a party to bring litigation or to persist in defense of litigation that would not be maintained under the generally recognized rule.

However, the rules concerning costs in common-law systems and some civil-law systems confer authority on the court to modify the normal allocation of costs to the losing party. Rule 27(c) adopts such a position. This Rule also allows the court to impose penalty costs on a party that has engaged in bad-faith disputation. «Bad faith» includes disputation of factual issues concerning which there is no substantial evidentiary dispute and assertion of legal contentions for which no professionally responsible argument can be offered.

27.2 Subsection (e) recognizes that, if it is authorized by the law of the forum, the court may require a security for costs to nonresident parties. It is well known that in several legal systems the security for costs is considered as a violation of the due-process guarantee, in connection with the principle of the equal treatment under the law. Security for costs could entail discrimination against parties not having enough money to give such a security, and – correspondingly – constitute preferential treatment for parties having money. On the other hand, in some countries it is considered as a normal means to ensure the recovery of costs.

However, in the context of transnational litigation such concerns may be less important than in usual internal litigation. Moreover, there is a higher risk of being unable to recover costs from a losing party who is not a resident of the forum state. Therefore these Rules leave the

imposition of a security for costs to the discretion of the court. The court shall take care not to impose excessive or unreasonable securities.

C. Subsequent Proceedings

28. *Appellate Review*

28.1 A right of appeal is a generally recognized procedural norm. It would be impractical to provide in these Rules for the structure of the appellate courts and the procedure to be followed in giving effect to this right. It is therefore provided that appellate review should be through the procedures available in the court system of the forum. «Appeal» includes not only appeal formally designated as such but also other procedures that afford the substantial equivalent, for example, review by extraordinary order (writ) from the appellate court or certification for appeal by the court of first instance.

28.2 Subsection (a) provides for a right of appeal from a final judgment. The only exceptions are those stated in Subsections (b) and (c). Thus, interlocutory appellate review is not permitted from other orders of the first- instance court, even though such review might be available under the law of the forum.

28.3 Subsection (b) permits *pendente lite* interlocutory appellate review of orders granting or denying an injunction. See Rule 12. The injunction remains in effect during the pendency of the review, unless the reviewing court orders otherwise.

28.4 Subsection (c) permits interlocutory appeal of orders other than the final judgment at the initiative of either the first-instance court itself or the appellate court. The judges of the first-instance court or the appellate court, as the case may be, must determine that the order is of the importance defined in Subsection (c). Permission for the interlocutory appeal may be made by motion addressed to the court from which permission is sought.

28.5 Subsection (d) permits appellate review of factual issues on the basis only of evidence previously presented to the court of first instance. This limitation accords with the principle followed in the common-law tradition and is also recognized in some civil-law systems. Within the foregoing limitation the appellate court may determine that evidence should have been received that was excluded by the first-instance court,

or require that evidence which was received be disregarded, for example, where the first-instance court made an erroneous ruling concerning a claim of evidentiary privilege. When the appellate court has determined that evidence was improperly excluded or received, and that the effect was prejudicial, it may direct judgment where justified or order further proceedings in the court of first instance.

The restriction upon presenting additional evidence to the second-instance court reflects the practice in common-law systems. However, that practice is subject to the exception that an appellate court may consider additional evidence under extraordinary circumstances, such as the uncovering of determinative evidence after the appeal was taken and the record had been completed in the first- instance court.

29. *Further Appellate Review*

29.1 Most modern court systems are organized in a hierarchy of at least three levels. In many systems, after appellate review in a court of second instance has been obtained, further appellate review is available only on a discretionary basis. The discretion may be exercised by the higher appellate court, for example, on the basis of a petition for hearing. In some systems such discretion may be exercised by the second-instance court by certifying the case or an issue or issues within a case to the higher appellate court for consideration.

29.2 This Rule adopts by reference the procedure in the courts of the forum concerning the availability and procedure for further appellate review. It is impractical to specify special provisions in these Rules for this purpose. A party must act with due diligence in seeking reexamination and must show no inexcusable neglect in having failed to make objection prior to the judgment.

30. *Challenge of Judgment in Subsequent Proceedings*

30.1 As a general rule a final judgment should not be reexamined except in appellate review according to the provisions included in Rules 28 and 29. Only in exceptional circumstances may it be nullified through a new proceeding.

30.2 Reexamination of a judgment may be requested in the court that rendered the judgment. In seeking such a reexamination a party

must act with due diligence. The grounds for such an application are: (a) the court had no competence over the case or over the party asking for reexamination; (b) the judgment was procured by fraud on the court; (c) there is evidence, not previously available, that would lead to a different outcome; or (d) there has been a manifest miscarriage of justice.

30.3 The court should consider such an application cautiously when Subsection (c) is invoked. The applicant should show that there was no opportunity to present the item of evidence at the plenary hearing and that the evidence is decisive, i.e., that the final decision should be changed.

30.4 In interpreting Subsection (d), it should be recognized that the mere violation of a procedural or substantive legal rule, or errors in assessing the weight of the evidence, are not proper grounds for reexamining a final judgment, but are proper grounds for appeal (see Rules 28 and 29). A miscarriage of justice is an extreme situation in which the minimum standards and prerequisites for fair process and a proper judgment have been violated.

31. *Finality*

31.1 The rule of finality is recognized in the common-law systems and many civil-law systems. However, procedure in many systems permits reconsideration or correction of a judgment under specified conditions. In some common-law systems a «new trial» may be granted. All systems impose time limits on use of such procedures and generally require that they be invoked before the time to appeal has expired. The forum rules in such matters should govern finality.

32. *Enforcement of Judgment*

32.1 Subsection (a) provides that a final judgment is immediately enforceable. If the judgment has to be enforced in the country of the court in which the judgment was entered, the enforcement will be based on the forum's law governing the enforcement of final judgments. Otherwise, the international rules including international conventions such as the Brussels and Lugano Conventions on Jurisdiction and Enforcement of Judgments will apply. When a monetary judgment is to be enforced, attachment of property owned by the judgment obligor, or obligations owed to him, may be ordered. Monetary penalties may

be imposed by the court for delay in compliance, with discretion concerning the amount of the penalty. See Rule 5(e).

32.2 Subsection (b) authorizes the court, upon request of the judgment holder, to impose monetary penalties upon the judgment obligor for the case of noncompliance with a judgment. These penalties may become effective if the judgment obligor does not pay the obligation within the time specified or within 30 days after the judgment has become final if no time is specified. The monetary penalties shall be imposed according to the following rules:

1) Application for the enforcement costs and penalties may be made by any party entitled to enforce the judgment. The court shall provide penalties according to the substantive basis of the judgment.
2) Enforcement costs include the probable fees required for the enforcement, including the attorney's fees, and including a conditional penalty in case of defiance of the court. A conditional penalty may not exceed twice the amount of the judgment. The court may require the penalty to be paid to the person obtaining the judgment or to the court or otherwise.
3) Additional penalties may be added against an obligor who persists in refusal to pay, considering the amount of the judgment and the economic situation of the parties. Here, too, the court may require the penalty to be paid to the person obtaining the judgment or to the court, or otherwise.
4) No penalty shall be imposed on a person who satisfactorily demonstrates to the court an inability to comply with the judgment. See Rule 5(e).
5) «Third parties» includes any institution which holds an account in the name of the debtor.

32.3 Subsection (c) permits either the first-instance court or the appellate court to grant a stay of enforcement in exceptional cases. Subsection (d) authorizes the court to require a bond or other security as a condition either to permit or to stay the immediate enforcement.

33. *Judicial Assistance*

33.1 It is a general principle of private international law that judgments of one state will be recognized and enforced in the courts of

other states. The same principle has been recognized with respect to interlocutory orders, such as orders directing testimony from third-party witnesses. The extent of such assistance and the procedures by which it may be provided are governed in many respects by the Brussels and Lugano Conventions.

33.2 Rule 33 provides that, as a matter of the domestic law of the forum, assistance to the courts of another state is to be provided to such extent as may be appropriate. The general governing standard is the measure of assistance that one court within the state would provide to another court in the same state.

****

II. TRANSNATIONAL RULES OF CIVIL PROCEDURE DISCUSSION DRAFT (1999)

The American Law Institute
The Executive Office
The American Law Institute
4025 Chesnut Street
Philadelphia, Pa. 19104-3099

A. Scope and Personal Jurisdiction

1. Disputes to Which These Rules Apply

(a) Subject to domestic constitutional provisions and statutory provisions not superseded by these Rules, the courts of a state that has recognized these Rules shall apply them in disputes arising from a sale, lease, loan, investment, or any other business transaction:
  (1) In which a plaintiff and a defendant are habitual residents of different states; or
  (2) Concerning property, either fixed or movable, that is located in one state but concerning which a claimant who is a habitual resident of another state makes a claim of ownership or of a security interest.

(b) A corporation, société anonyme, unincorporated association, partnership, or other organizational entity is considered a habitual resident both of the state from which it has received its charter of

organization and of the state where it maintains its administrative headquarters.

(c) Participation by additional parties, whether as claimant, defendant, or third party, is determined according to Rule 2.

(d) Upon demand of all parties who are not habitual residents of the state, the litigation shall proceed according to the ordinary procedural law of the forum.

(e) Forum law may include other civil matters in the scope of these Rules.

2. Personal Jurisdiction and Joinder

(a) A proceeding under these Rules may be maintained in the courts of a state:

(1) Designated by prior mutual agreement of the parties;

(2) In which a defendant is subject to the compulsory judicial authority of that state, as determined by that state's law governing personal jurisdiction or by international convention to which the state is a party;

(3) Where fixed property is located when competence is based on Rule 1(a)(2).

(b) Jurisdiction may be exercised over another person who:

(1) Has a legal interest in the dispute or its subject matter and who petitions to intervene in the proceeding; or

(2) Should participate in the interest of fair and efficient adjudication if:

(A) The person in question is subject to the compulsory judicial authority of the state; and

(B) The court determines that a decision cannot be effective if that person is not present or that the participation of that person is useful in the interest of justice.

(c) When another person ought to be made a party to the proceeding:

(1) If the court has jurisdiction over that person, the person should be summoned as provided in Rule 7;

(2) If the person is not subject to the jurisdiction of the Court, the person should be notified with a copy of the complaint and other pleadings and invited to intervene.

(d) Application of these Rules is not affected by participation of additional parties, except as provided in Rule 1(d). If, prior to plenary hearing, there is joinder of an additional party whose presence as a party would

render Rule 1 applicable, these Rules shall apply, unless the court orders otherwise in the interest of orderly administration of justice.

(e) Any person, private or public, may file an *amicus curiae* brief containing data, information, remarks, and considerations that may be useful for a fair and just decision of the case.

3. Venue

The proceeding shall be brought in the court of first instance in the locality determined according to the state's rules of venue.

4. Composition of the Court

The court shall be composed as ordinarily provided by the law of the forum, except that:

(a) The court shall consist of three judges if forum law so permits;

(b) With the consent of all parties the court may appoint not more than two neutral assessors, who may be experts in the subject matter of the dispute. In choosing the assessors, the court shall consider recommendations from the parties. The assessors have no vote but in its deliberations the court may confer with the assessors *in camera.* The fees and expenses of the assessors shall be paid by the parties or otherwise as directed by the court.

5. Principles of Interpretation

(a) These Rules shall be construed to advance substantive and procedural fairness, having regard for the legal and cultural traditions of the litigants.

(b) Each party must be granted the right to properly present its case and to receive equal treatment.

(c) The proceedings must fulfill reasonable expectations regarding fairness, and must be time and cost efficient.

(d) The court must assure proper and professional conduct of all persons involved in the proceedings.

(e) Procedural restrictions and penalties against parties and nonparties should be used only in reasonable proportion to their purpose.

6. Forum Procedure and General Authority of the Court

Subject to the provisions of Rule 5, the procedural law of the forum shall be applied in matters not addressed in these Rules, including the

time limits imposed on procedural matters. In addition to authority expressly conferred by these Rules, the court has authority to give direction to the proceedings and to make decisions in furtherance of justice.

B. Proceedings

7. Commencement of Suit

(a) A proceeding shall be deemed commenced in accordance with the rules of the forum. The proceeding shall be designated Transnational Proceeding.

(b) Concurrently with filing the suit, notice shall be given to the defendant, or defendants if more than one, in accordance with an applicable international convention or, if no such convention is applicable, by transmitting a copy of the statement of claim and a notice that plaintiff elects to proceed under these Rules. The notice shall state that judgment by default may be entered if defendant does not respond. Notice of the suit shall be in the language of the forum and in the language of the state of which the defendant is a habitual resident.

8. Statements of Claim

(a) The plaintiff shall state the facts on which the claim is based, the legal grounds that support the claim, and the basis upon which the claim is brought under these Rules. The statement of facts shall, so far as reasonably practicable, set forth detail as to time, place, participants, and events. The plaintiff may subsequently amend the statement of claim upon such terms as the court may permit, and reasonable permission to amend shall be afforded.

(b) The plaintiff shall attach copies of all documents, such as contracts, on which plaintiff intends to rely in supporting the claim. The plaintiff shall also list all witnesses, including parties and nonparties, plaintiff proposes in supporting the claim. The list shall identify such persons by name, address, and telephone number.

(c) The plaintiff shall state the judgment demanded, including the amount of damages claimed and any requested injunctive relief.

9. Statements of Defense; Counterclaims

(a) The defendant shall within 60 days answer the claim by admissions and denials of the allegations and may assert an alternative statement

of facts and affirmative defenses. The time for answer may be extended for a reasonable interval by agreement of the parties or by court order. The answer shall:

(1) Deny such parts of the statement of claim as defendant wishes to dispute;

(2) Admit with explanation such statements as defendant does not wish to dispute as thus explained;

(3) State the facts of any affirmative defenses and the legal grounds upon which defendant relies for such a defense.

(b) The provisions of Rule 8 concerning the statements of claims are applicable to the statements of defense.

(c) The defendant may state a counterclaim seeking relief from a claimant and a claim against a co-defendant or third party, for example in a claim for indemnity or contribution, as is permitted by the procedure of the forum. The plaintiff and such additional parties shall submit an answer to a counterclaim or cross-claim.

(d) In accordance with the procedure of the forum, any party may join additional parties who are subject to the jurisdiction of the court.

(e) Allegations in a pleading to which a response is not required are deemed denied. Allegations in a pleading to which a response is required are deemed admitted if not denied. Facts admitted or deemed admitted need no proof, except as provided in Rule 10(b) with respect to a default judgment.

(f) Any party may request of the court, or the court may order, more specific allegations or answers. If a party fails to give the specifications required, the court may strike the party's claims or defenses as to those matters.

(g) Defendant may in the answer present objections referred to in Rule 13(a). Submitting an answer or asserting a counterclaim does not waive such objections.

10. Default Judgment

(a) Default judgment shall be entered against a defendant who does not answer, fails to offer a substantial answer, or fails to proceed after having answered.

(b) Before entering a default judgment, the court shall:

(1) Assure that the procedure for giving notice has been properly followed. If the complaint has been amended, notice must be given of the amended complaint.

(2) Determine that the claim is well founded concerning liability and remedy, including the amount of damages.

(c) The remedy awarded in the default judgment shall not be in excess of the judgment demanded in the statement of claim.

(d) A party who has responded after the time provided in these Rules, but before judgment, shall be permitted to appear upon offering justifiable excuse.

11. Transnational Dispute Settlement Offer

(a) A party may deliver to another party a written offer to settle one or more claims and the related costs. The offer shall remain open for 60 days, unless withdrawn by a writing delivered to the offeree prior to delivery of an acceptance.

(b) The offeree may deliver a counter-offer, which shall remain open for at least 30 days. If the counter-offer is not accepted, the party may accept the original offer, if still open.

(c) An offer neither withdrawn nor accepted before its expiration is rejected.

(d) An offer shall not be made public or revealed to the court before entry of judgment, under penalty of sanctions or dismissal with prejudice or default.

(e) Within 10 days after entry of judgment, a party may reveal the offer to the court. If the court finds that the offer or its rejection was unreasonable, it shall impose an appropriate sanction, considering all the relevant circumstances of the case.

(f) Unless the court finds that special circumstances justify a different sanction, the sanction shall be the reasonable costs incurred by the offeror from the date of delivery of the offer. That sanction may be in addition to the costs determined in accordance with Rule 27.

(g) If an accepted offer is not complied with in a reasonable time, the offeree may choose may choose to enforce it or continue the proceeding.

12. Provisional Measures

(a) The court has authority to issue injunctions to restrain or require conduct of any person who is subject to the court's authority, where necessary to preserve the status quo or to prevent irreparable injury pending the litigation.

(1) A court may issue an injunction, before the opposing party has opportunity to respond, only upon proof showing urgent

necessity and a preponderance of considerations of fairness in support of such relief. The party or person to whom it is directed shall have reasonable opportunity to respond concerning the appropriateness of the injunction.

(2) The court may, after hearing those interested, issue or renew or modify an injunction, upon such terms as are required to maintain the status quo or prevent irreparable injury.

(3) The court may require the posting of bond or other provision for indemnification of the person against whom an injunction is entered.

(b) An injunction may restrain a person over whom the court has jurisdiction from transferring property, wherever located, pending the conclusion of the litigation and require a party to promptly reveal the whereabouts of its assets, including assets under its control, and of persons whose identity or location is relevant. This authority does not preclude a party from obtaining an attachment or similar remedy permitted under the law of the forum, but the court may issue an injunction, in accordance with the procedure in Subsection (a), to terminate, suspend, or limit such an attachment.

(c) When the property or assets are located abroad, enforcement of such an injunction is governed by the law of the country where the property or assets are located, and by means of an injunction by the competent court of that country.

13. Preliminary Determinations and First Conference

(a) On motion of a party or upon its own initiative, the court may as soon as practicable determine:

(1) That the dispute is not governed by these Rules, that the court lacks competence to adjudicate the dispute, or that the court lacks jurisdiction over a party;

(2) That a statement of claim or defense or other procedure employed by a party fails to comply with these Rules or is otherwise irregular;

(3) That a party's statement of claim or defense is invalid as a matter of substantive law or cannot be supported by evidence sufficient to permit a judgment in favor of that party, but the court shall have regard for that party's opportunity for discovery under these Rules before making such a determination;

(4) Other matters of substantive law or procedure necessary to advance the proper adjudication of the merits.

(b) Upon having made a determination as provided in Subsection (a), the court may allow the party against whom the determination is made a reasonable opportunity to amend its statement of claims or defense when it appears that the deficiency could be remedied by amendment.

(c) The court shall order each party to reveal information as described in Rule 14.

(d) The advocates for the parties shall attend all conferences ordered by the court and the court may order that the parties attend or, in the case of an organization, a responsible officer thereof.

14. Disclosure and Discovery

(a) Before demanding disclosure or discovery from another party, a party shall disclose all documents which it intends to present as proof and shall supply a summary of the testimony of each witness it intends to present. For these purposes, an advocate for a party may interview potential witnesses.

(b) A party may demand production by any person, including third persons as provided in Rule 24, of any information, not privileged, that is relevant to the case and which may be admissible in the dispute, as follows:

(1) Documents and other records of information that are relevant to controverted issues and which are specifically identified or within specifically defined categories.

(2) The identity and whereabouts of persons having personal knowledge of matters in issue.

(3) The identity of any expert that another party intends to present and a statement expressing the opinion of the expert concerning controverted issues.

(c) Any person may invoke a protection against self-incrimination recognized under the law of the forum, but it is not a valid objection that the information is adverse to the party required to provide the information.

(d) Where the physical or mental condition of a person subject to the court's jurisdiction is in issue, the court may order a reasonable medical examination.

(e) The court may order additional discovery relevant to any matter, not privileged, whose production appears necessary in the interest of justice, including the deposition of a party or other witness.

Such a deposition shall be taken as provided in Rule 15.

(f) Discovery demands may be made as follows:
  (1) Initial demands by plaintiff shall be made in the complaint or within 60 days after defendant has answered. Initial demands by defendants shall be made in the answer or within 15 days after plaintiff's demands.
  (2) A second demand may be made within 30 days after the opposing party has complied with initial demands.
  (3) A further demand may be made for evidence the necessity for which could not reasonably have been anticipated in the previous demands.
  (4) Further demands may be authorized by the court.
  (5) Unless otherwise agreed or ordered by the court, a response to a demand shall be made within 30 days.

(g) On request of a party, the court may appoint a special officer to preside at a deposition or to supervise document production or to otherwise assist in supervising compliance with this Rule.

(h) To give effect to a proper discovery demand, the court may:
  (1) Draw adverse inferences concerning facts in issue against a party that failed to comply with the discovery demand;
  (2) Employ the measures authorized by Rules 23 and 24;
  (3) Dismiss claims, defenses, or allegations to which the discovery is relevant;
  (4) Enter judgment of dismissal with prejudice against a plaintiff or judgment by default against a defendant.

15. Deposition and Testimony by Affidavit

(a) A deposition may be taken when the court so orders in the interest of justice as provided in Rule 14(e).

(b) The testimony shall be upon affirmation as provided in Rule 22(b)(2) and shall be transcribed verbatim or by audio or video recording, as the parties may agree or as the court orders. The cost of the transcription shall be paid by the party that requested the deposition, unless the court orders otherwise.

(c) The deposition shall be taken at such time and place as the parties may agree or as the court orders. All parties and the court shall be given written notice, at least 30 days in advance, of the time and place of the deposition. The examination shall be conducted as

provided in Rule 22. Prior to the deposition the court may submit supplemental questions to be answered by the person deposed.

(d) A deposition may be presented as testimony in the record by agreement of the parties or by order of the court.

(e) A party may present an affidavit signed by a nonparty who makes an affirmation to tell the truth, containing statements about relevant facts of the case. The court, in its discretion, may consider such statements as if they were made by oral testimony. If another party denies the truth of the statements made by affidavit, that party may move for an order of the court requiring the personal appearance of the affidavit's author at the plenary hearing.

16. Protective Orders Concerning Discovery and Disclosure

(a) The court, on its own initiative or on motion of a party or third person who is subject to a disclosure or discovery obligation under Rule 14 or Rule 24, may limit or prohibit disclosure or discovery when it appears that compliance with the request would be onerous or is unlikely to produce admissible evidence or requires production of evidence protected by a privilege.

(b) When the information sought to be revealed is a trade or business secret, or where its public disclosure would otherwise cause injury or embarrassment that could be avoided or mitigated by a protective order, the court should grant such protection.

(c) When it would assist the court in exercising its authority under this Rule, the evidence that is sought may be examined by the court *in camera*.

17. Subsequent Conferences

(a) The court may order one or more subsequent conferences. The court may:

(1) Order the addition, elimination, or revision of claims, defenses, and issues in light of the parties' contentions at that stage.

(2) Order the isolation for separate hearing and decision of one or more issues in the case. The court shall enter an interlocutory judgment addressing that issue and its relation to the remainder of the case.

(3) Order the consolidation of cases pending before itself, whether under these Rules or those of the forum, when they deal with

the same or related transactions, and when consolidation may facilitate the proceeding and decision. The judgment shall address all the cases.

(4) Make rulings on the admissibility of evidence.

(5) Prescribe the sequence for hearing witnesses and experts.

(6) Fix the date for the plenary hearing.

(7) Enter other orders to expedite the proceeding.

(b) The court may suggest that the parties consider settlement, mediation, or arbitration.

18. Languages

(a) The proceedings, including documents, oral proceedings, and evidence, shall be conducted in the language of the court, except to the extent that the court, with the agreement of the parties, otherwise permits.

(b) Translation shall be limited to relevant portions of documents that are lengthy or voluminous, as selected by the parties or determined by the court.

(c) The cost of translations shall be paid by the party presenting the person or document unless the court orders otherwise.

19. Relevance and Admissibility of Evidence

(a) All evidence relevant to matters in issue is admissible, including circumstantial evidence.

(b) Any person having mental capacity is competent to give evidence, including parties.

(c) A party may call any person whose testimony is relevant and admissible, including that party. The court may call any person on its own motion under the same conditions.

(d) The parties may offer in evidence any relevant document or real or demonstrative evidence. The court may order any party or nonparty to present any relevant document or real or demonstrative evidence in that person's possession.

20. Expert Evidence

(a) The court may appoint a neutral expert or panel of experts whenever, in the court's discretion, expert evidence may be helpful in resolving issues in the case. Expert testimony may address the rules of foreign law and international law. The court determines the issues that are

to be addressed by the expert and such tests, evaluations, or other procedures as are to be employed by the expert. The court may issue orders necessary to facilitate the inquiry and report by the expert and may specify the form in which the expert shall make its report.

(b) A party may designate its own expert or panel of experts on an issue. The parties' experts are entitled to participate in or observe the tests, evaluations, or other procedures conducted by the court's expert. The court may order all the experts to confer with each other before presenting their opinions. The parties' experts may submit their own opinions to the court in the same form as the report made by the court's expert.

(c) Unless the court orders otherwise, the fees and expenses of the court's expert will be provisionally compensated by the party requesting the investigation, or by the plaintiff when the investigation is required by the court. Each party pays for an expert whom that party has retained.

21. Evidentiary Privileges

(a) Evidence cannot be admitted of information covered by the following privileges:
  (1) Legal profession privilege.
  (2) Communications in settlement negotiation.

(b) Evidence cannot be admitted of information covered by other privileges recognized by the law of the place where the communication occurred, unless the court determines that the need for the evidence to establish truth is of greater significance than the need to maintain confidentiality of the information. Such evidence shall be produced in closed session of the court but in the presence of the parties and their lawyers. The court shall order protection of the secrecy concerning the privileged material.

(c) A claim of privilege made with respect to a document shall describe the document in detail sufficient to enable another party to challenge the claim of privilege.

(d) A privilege may be waived by or on behalf of the person who is entitled to take advantage of it. A party waives a privilege by omitting to make a timely objection to a question or discovery demand seeking a privileged communication. The court in the interest of justice may relieve a party of waiver of a privilege.

22. Plenary Hearing

(a) Receipt of evidence shall be concentrated in a single hearing, or hearings on consecutive judicial days, except when the court orders otherwise for the convenience of the parties or persons giving evidence or the administration of justice.

(b) Evidence at plenary hearing will be received according to the following rules:

(1) A person giving evidence must affirm to tell the truth. The court will determine the terms of the affirmation.

(2) A person giving evidence is directly questioned by the lawyer of the party who called the person. The lawyers of the other parties are then permitted to ask supplemental questions. Further direct and supplemental questioning may be permitted by the court. The court shall exclude, on objection or on its own motion, irrelevant evidence and improperly leading questions. The court shall prevent embarrassment and harassment of persons giving evidence.

(3) The court may at any time conduct questioning in order to clarify the testimony, including supplemental questions after the questioning by the parties.

(4) A person called to give evidence by the court may be examined by the court first. The person then may be questioned by the lawyers for the parties.

(5) Direct questions may deal with any relevant issue in the case. Supplemental questioning may deal with any issue addressed in the direct questioning, unless the court permits a more extensive scope.

(6) Statements made by a person outside of the record against that party's own interest are admissible as evidence.

(7) The credibility of a witness or an expert can be disputed by means of questioning by a party or consideration of prior inconsistent statements or other evidence that may affect the credibility of the witness. Any party may impeach any witness. The court may ask questions that affect the person's credibility. Impeachment is allowed only concerning material issues and only if it tends to cast serious doubt about the reliability of testimony.

(8) The court may permit similar contest of the authenticity or accuracy of a document or an item of real and demonstrative evidence.

(9) The court may control the reliability of scientific and technical evidence and may determine the procedure and techniques for such purposes.

(10)The court shall determine whether testimony of an expert is sufficiently reliable to be admitted in evidence.

23. Powers and Remedies Concerning Evidence

The court may on its own motion or motion of a party:

(a) Exclude irrelevant or redundant evidence, or evidence whose presentation involves excessive cost, burden, or delay.

(b) Draw adverse inferences from a party's failure to give testimony, or to present a witness, or to produce a document or other item of evidence that the party was in a position to present.

(c) Impose a fine on or hold in contempt of court any person who without justification, on being lawfully ordered to do so, fails to attend to give evidence, fails to answer proper questions, fails to produce a document or other item of evidence, or who otherwise obstructs the administration of justice.

(d) In the interest of justice, relieve a party from a failure to comply with the rules concerning evidence.

24. Orders Directed to a Third Person

(a) The court may order persons subject to its jurisdiction who are not parties to the proceeding:
  (1) To comply with an injunction issued in accordance with Rule 12(a);
  (2) To retain funds or other property the right to which is in dispute in the proceeding, and to disburse the same only in accordance with an order of the court;
  (3) To give testimony in discovery or at the hearing;
  (4) To produce documents or other things as evidence.

(b) The court may require a party seeking an order directed to a third person to provide indemnification for the costs of compliance.

(c) An order directed to a third person may be enforced by imposition of a monetary penalty for noncompliance and by other legal compulsion authorized by the court, such as contempt of court or direct seizure of evidentiary material or other things. See also Rule 32.

25. Record of the Evidence

(a) A summary record of the proceeding shall be kept by the court's clerk under the court's direction.

(b) A verbatim transcript of the proceeding or an audio or video recording shall be kept upon the demand of any party, who shall pay the expense thereof.
(c) A party may arrange for a verbatim transcript at its own expense.

26. Final Discussion and Judgment

(a) After the presentation of all evidence, each party is entitled to present a written submission of its contentions. With permission of the court all parties may present an oral closing statement. The court may allow the parties' lawyers to engage with each other and with the court in a brief oral discussion concerning the main issues of the case.
(b) The court shall state its judgment orally or in writing at the end of the final hearing. Issues of fact shall be determined according to the applicable law governing burden of proof. When necessary the court may retire in chambers to deliberate prior to stating its judgment. When necessary because of the complexity of the case, the court may adjourn and schedule a new hearing to state its judgment.
(c) The court will then publish, without undue delay, a written justificatory opinion including the findings of fact based upon the relevant evidence and the supporting inferences, and the principal legal propositions supporting the decision.

27. Costs

(a) Each party initially pays its own costs and expenses, including court fees, attorney's fees, and incidental expenses.
(b) The prevailing party shall be reimbursed of its costs and expenses from the losing party, but determination of costs may be stayed with a stay of enforcement as provided in Rule 32(c). The prevailing party shall within 30 days after rendition of the judgment submit a statement, certified by the party or its attorney, of its costs and expenses. The losing party shall promptly pay the amount requested except for such items as it disputes. Disputed items shall be determined by the court or by such other procedure as the parties may agree upon.
(c) The court may limit recovery of costs and expenses against a losing party who had reasonable factual or legal basis for its position. The

court may impose a penalty not to exceed twice the amount provided by Subsection (b) against a party whose disputation the court determines was not conducted in good faith.

(d) If there is appellate review, the rules and procedure stated above shall apply to costs and expenses incurred in connection with the appeal.

(e) If it is authorized by the law of the forum, the court may require a nonresident party to give a security for costs and expenses.

C. Subsequent Proceedings

28. Appellate Review

(a) Except as stated in Subsection (b), an appeal may be taken only from a final judgment of the court of first instance.

(b) An order of a court of first instance granting or denying an injunction sought under Rule 12 is subject to immediate review. The injunction remains in effect during the pendency of the review, unless the reviewing court orders otherwise.

(c) Orders of the court other than a final judgment and an order appealable under Subsection (b) are subject to immediate review only upon permission of the court of first instance or upon order of the appellate court. Such permission may be granted when an immediate appeal will resolve an issue of general legal importance or of special importance in the immediate proceeding.

(d) Appellate review is limited to the claims, defenses, and counterclaims asserted in the court of first instance. No additional previously available evidence should be admitted except to prevent manifest miscarriage of justice.

29. Further Appellate Review

An appeal or other form of review may be taken from the decision of a court of second instance in accordance with the law of the forum. The review performed by the court of second appeal will deal only with issues of substantive or procedural law. The facts in issue will not be reconsidered. No evidence or additional claims or defenses will be admitted.

30. Challenge of Judgment in Subsequent Proceedings

A judgment may be nullified only through a new proceeding and only upon showing that the applicant acted with due diligence and that:

(a) The judgment was procured without competence over the subject matter or without jurisdiction over the party seeking relief; or
(b) The judgment was procured through fraud on the court; or
(c) There is evidence available which was not previously available that would lead to a different outcome; or
(d) The judgment constitutes a manifest miscarriage of justice.

31. Finality

Except as stated in Rule 30, a judgment is not subject to reexamination for procedural regularity or substantive propriety upon expiration of the time for appellate review of such a judgment.

32. Enforcement of Judgment

(a) A final judgment, including judgment for a provisional remedy, is immediately enforceable, unless it has been stayed as provided in Subsection (c). In particular, a final judgment may be enforced through attachment of property owned by or an obligation owed to the judgment obligor.
(b) If a person against whom a judgment has been entered does not comply within the time specified, or within 30 days after the judgment becomes final if no time is specified, the court may impose enforcement measures on the obligor. These measures may include compulsory revelation of assets and a monetary penalty on the obligor, payable to the opposing party or to whom the court may direct.
  (1) Application for such a sanction may be made by a person entitled to enforce the judgment.
  (2) The penalty for noncompliance will include the cost and expense incurred by the party seeking enforcement of the judgment, including attorney's fees, and may also include a penalty for defiance of the court, not to exceed twice the amount of the judgment.
  (3) If the person against whom the judgment is rendered persists in refusal to comply, the court may impose additional penalties.
  (4) No penalty shall be imposed on a person who demonstrates to the court financial or other inability to comply with the judgment.

(5) The court may order third parties to reveal information relating to the assets of the debtor.

(c) The trial court or the appellate court, on motion of the party against whom the judgment was rendered, may grant a stay of enforcement of the judgment pending appeal when necessary in the interest of justice.

(d) The court may require a suitable bond or other security from appellant as a condition of granting a stay or from respondents as a condition of denying a stay.

33. Judicial Assistance

The courts of a state that has recognized these Rules shall, and courts of other states may, enforce orders in aid of proceedings in another state.

Proyecto de normas transnacionales del proceso civil(1)

Redactado por
Profesor Geoffrey C. Hazard, Jr.
Profesor Michele Taruffo

A. Competencia y Jurisdicción Personal

1. Procesos a los que aplican estas normas (Ámbito de aplicación normativa).-

(a) Sujeto a las disposiciones constitucionales, y a las de derecho interno que no contravengan expresamente las disposiciones previstas por estas normas, los Tribunales de Justicia de un Estado parte, las presentes normas deberán ser aplicadas de modo vinculante y preferente en todo proceso que surja en su ámbito de competencia territorial en toda compra-venta, arrendamiento, préstamo, inversión, o cualesquiera otra modalidad o denominación jurídica de

[1] Versión libre revisada (30.abril.99) por el Dr. Aníbal Quiroga León, Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y Editor General de la Revista «DERECHO-PUC» -con la autorización del Prof. Antonio Gidi, ***Assistant Reporter,*** sobre la base de la traducción preparada por la Prof. Evaluz Cotto de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, quien en esta tarea recibió la valiosa colaboración de su asistente de investigación, la estudiante de Derecho Srta. Cindy Badano. Favor enviar sus críticas y sugerencias en español o en inglés a la siguiente dirección:

THE AMERICAN LAW INSTITUTE
Transnational Rules of Civil Procedure
4025 Chestnut Street
Philadelphia PA 19104-3099
Fax: +1(215) 243-1664
Transrules@ali.org
http://www.ali.org/ali/transrules.htm

todo negocio comercial o mercantil, cuando se presenten cualesquiera de los siguientes supuestos alternativos:

(1) En los que un demandante o un demandado sean residentes habituales de diferentes Estados; o
(2) Cuando la pretensión demandada se refiera a bienes, muebles o inmuebles, localizados en un Estado, en relación con los cuales un demandante que es residente habitual de otro Estado hace un reclamo judicial de propiedad o de gravamen mobiliario a su favor.

(b) Una corporación o persona jurídica, cualesquiera sea su clase o denominación, tal como sociedad anónima, sociedad anónima abierta, sociedad anónima cerrada, sociedad de hecho, asociación no incorporada, asociación sin fines de lucro, sociedad u otra entidad organizada se considerará residente habitual del Estado en el cual se constituyó, registro u organizó, o del Estado donde mantiene sus oficinas administrativas principales.
(c) La participación de terceros legitimados, sea como parte demandante, parte demandada, o tercero litisconsorte, se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2.
(d) Salvo acuerdo expreso de las partes que no sean residentes habituales del Estado que determine la aplicación de estas normas, el proceso deberá llevarse a cabo de acuerdo con la ley procesal ordinaria del foro que les corresponda conforme a su ley interna.
(e) La ley interna puede incorporar expresamente a la competencia legislativa de estas Normas otros asuntos civiles no originalmente previsto por estas disposiciones, las que se constituirían en imperativas en el Estado de que se trate.

2. Jurisdicción Personal y Acumulación

(a) Se podrá iniciar válidamente un proceso bajo estas normas en los Tribunales de Justicia de un Estado si:

(1) Ello ha sido expresamente convenido por acuerdo previo entre las partes;
(2) El demandado está sujeto a la autoridad judicial por imperio de

la ley interna que regule la jurisdicción personal o por convención internacional de la cual el Estado sea signatario;
(3) Donde el bien inmueble esté localizado cuando la competencia se basa en lo dispuesto en el Art. 1(a)(2).

(b) Se podrá extender la jurisdicción de estas normas sobre una persona cuando:

(1) Tiene un legítimo interés legal en el proceso, pretensión o asunto de que se trate, y solicite expresamente intervenir en este; o
(2) Debe participar en el proceso en interés de que se alcance una decisión justa y eficaz, si:
A) La persona interesada está sujeta a la autoridad judicial del Estado; y
B) El Tribunal Judicial determine que la decisión no se hará efectiva hasta que la persona de que se trata no esté presente, o que la participación de esa persona será útil a los intereses de la justicia.

(c) Una persona deberá ser considerada como parte del proceso:

(1) Si el Tribunal Judicial tiene jurisdicción sobre esa persona. La persona debe ser debidamente emplazada según lo dispuesto en el Art. 7.
(2) Si la persona no está sujeta a la jurisdicción del Tribunal Judicial, deberá ser adecuadamente notificada con una copia de la demanda y otras alegaciones, y citada a comparecer en plazo razonable.

(d) La aplicación de estas Normas no se verá afectada por la participación de terceros, cualesquiera su denominación u origen, excepto según lo dispuesto en el Art. 1(d). Si de modo previo a la audiencia plenaria se permite la acumulación subjetiva de un tercero cuya presencia como litisconsorte sea necesaria, la norma 1 será de plena aplicación en el proceso, aplicándose imperativamente estas Normas, a menos que el Tribunal Judicial ordene lo contrario en interés de la adecuada Administración de Justicia.
(e) Cualquier persona, pública o privada, podrá presentar un testimonio verbal o escrito *amicus curiae,* en calidad de perito, y que in-

cluya datos, información, comentarios y consideraciones que puedan ser relevantes a la controversia de que se trate y que tenga por finalidad el alcanzar una decisión justa.

3. Competencia

El proceso se iniciará ante el Tribunal de primera instancia de la localidad que corresponda según las Normas de competencia del derecho interno del correspondiente Estado.

4. Composición del tribunal

El Tribunal Judicial estará integrado según se prevea en la ley interna del Estado de que se trate, excepto cuando:

(a) El Tribunal Judicial estará compuesto por tres jueces, cuando menos, si el derecho interno lo permite;
(b) El Tribunal Judicial, con el consentimiento de las partes, podrá designar no más de dos peritos imparciales, que podrán ser expertos en la materia o asunto en disputa. Al escoger a los peritos, el Tribunal Judicial deberá escuchar previamente a las partes. Los peritos tienen voz, pero no tienen voto; pero en sus deliberaciones el Tribunal Judicial puede consultar con ellos en las deliberaciones reservadas. Los honorarios o gastos de estos peritos serán pagados por las partes de modo proporcional, o según disponga el Tribunal Judicial.

5. Principios de interpretación

(a) Estas normas se interpretarán de manera tal que se propenda de modo favorable a la justicia sustantiva y procesal, tomando en cuenta en lo que fuere pertinente el medio cultural y los usos y costumbres legales de los litigantes.
(b) A cada parte se concederá el derecho a presentar su caso de modo apropiado, dentro de un plazo razonable y tendrá derecho a recibir igual trato en el proceso([2]).

[2] En realidad debería considerarse la norma del «debido proceso legal» cuyo concepto

(c) Los procesos tendrán por finalidad esencial satisfacer las expectativas razonables de justicia solucionando el conflicto de intereses de modo inmediato y procurando la paz social en la comunidad de modo mediato, debiendo ser resueltos dentro de un plazo y costo razonables, sin dilaciones indebidas , ni gastos innecesarios ([3]).
(d) El Tribunal Judicial requerirá de todos los partícipes del proceso una conducta procesal apropiada, profesional, conforme a los principios de la buena fe y lealtad procesal.
(e) Las restricciones procesales y las penalidades contra las partes, los terceros y los demás intervinientes en el proceso se aplicarán de modo razonable y de acuerdo a su finalidad.

6. Procedimiento para determinar el foro y la autoridad general del tribunal

De conformidad con las disposiciones del Art. 5, la ley procesal del foro interno del Estado de que se trate se aplicará a los asuntos que no estén atendidos por estas Normas, entre ellos, los plazos o términos de vencimiento previstos para los asuntos procesales. Además de la autoridad expresamente delegada por estas Normas, el Tribunal Judicial tiene plena autoridad para dirigir el proceso de que se trate y para tomar las decisiones más adecuadas a fin de cumplir con los intereses de la justicia.

B. Procedimiento

7. Inicio del proceso

(a) Un proceso se estimará iniciado de acuerdo con lo que determine las Normas del foro interno del Estado de que se trate. El proceso será designado como «Proceso Transnacional».
(b) Al momento de presentar la demanda, se cumplirá con notificar al demandado, o demandados, de acuerdo con la convenio interna-

engloba lo que aquí se quiere exponer. «Las partes tendrán, en los procesos regidos conforme a estas Normas, derecho al debido proceso legal, procesal y sustantivo». (N. del Traductor Prof. Aníbal Quiroga León).

[3] Agregado por Prof. Aníbal Quiroga León. N. del Traductor.

cional aplicable. Si no existe una convenio aplicable, se llevará a cabo la notificación mediante la transmisión de la copia de la demanda y una notificación de que el demandante elige proceder bajo estas Normas. La notificación indicará el apremio de que puede dictarse sentencia en rebeldía contra el demandado si éste no cumple con hacer la contestación a la demanda y comparecer en debida forma al proceso. La notificación de la demanda se redactará en el idioma del foro interno, además del idioma del Estado del cual el demandado es residente habitual.

8. Demanda

(a) El demandante expondrá de modo conciso los hechos en los cuales basa su demanda, los fundamentos legales de ésta, y la razón por la cual se pretende el proceso bajo estas Normas. La demanda especificará, dentro de lo razonable, el momento, lugar, partes, partícipes y hechos relevantes que sean pertinentes a la pretensión del demandante. El demandante podrá modificar su demanda una vez presentada al Tribunal Judicial, de acuerdo con los términos que el Tribunal Judicial y el derecho interno disponga. El Tribunal Judicial concederá plazo razonable para enmendar la demanda, con conocimiento del demandado.

(b) El demandante presentará copias de todos los documentos e instrumentos públicos o privados en que fundamente su pretensión o sus reclamaciones. El demandante también enumerará a todos los testigos, sean o no parte, que se proponga utilizar para acreditar o fundamentar sus reclamaciones. La lista de testigos identificará a estas personas por nombre, ocupación, dirección y número telefónico.

(c) El demandante determinará el objeto de su pretensión jurídica, el modo de lograrlo, incluyendo el monto de la indemnización que se proponga reclamar, costas, costos, multas y penalidades, así como cualquier solicitud cautelar que la protección de su pretensión pudiere requerir.

9. Contestación a la demanda y reconvención

(a) El demandado contestará la demanda dentro de los sesenta (60) días calendarios siguientes a su notificación, admitiendo o negando las alegaciones en documento debidamente fundamentado. Ade-

más, de presentar adecuadamente su exposición de los hechos y presentará sus excepciones y defensas previas. El término para contestar se podrá prorrogar por un período razonable por acuerdo entre las partes o por decisión del Tribunal Judicial a petición del demandado. En la contestación se contendrá, cuando menos:

(1) La negación expresa de las partes de la demanda que el demandado interesa controvertir;
(2) La admisión, con fundamentación adecuada, de las alegaciones que el demandado no interesa controvertir, según lo exponga;
(3) La exposición de los hechos de cualquier excepción o defensa previa y los fundamentos legales en que la sustenta.

(b) Las disposiciones de la Norma 8 respecto a la demanda son igualmente aplicables a la contestación de la demanda.
(c) El demandado puede presentar una reconvención para solicitar una pretensión que a su derecho corresponda contra el demandado, a fin que sea también resuelto por el mismo Tribunal Judicial en el mismo proceso, y una demanda contra su coparte o contra tercero legitimado, por ejemplo, un acción de nivelación, según lo permita la ley procesal del foro. El demandante y las partes adicionales someterán contestaciones a la reconvención, demanda contra coparte o demanda contra tercero.
(d) De acuerdo con la ley procesal del derecho interno, cualquier parte puede acumular partes adicionales que estén sujetas a la jurisdicción del Tribunal Judicial.
(e) Las alegaciones que no requieran una contradicción expresa se considerarán negadas. Las alegaciones que requieran una contradicción expresa se considerarán admitidas si no son negadas expresamente. Los hechos admitidos o considerados admitidos no necesitan ser probados, excepto según lo dispuesto en la Norma 10 (b) con respecto a la sentencia en rebeldía.
(f) Cualquier parte puede solicitar al Tribunal Judicial, o éste puede ordenar *motu proprio* (o *exofficio*), la presentación de alegaciones o contestaciones más específicas si así lo considerara necesario. Si una parte no presenta las alegaciones solicitadas, el Tribunal Judicial puede eliminar las alegaciones o contestaciones de la parte sobre este asunto.

(g) El demandado puede en su contestación presentar las objeciones enumeradas en la Norma 13 (a). La presentación de una contestación o una reconvención no se implicará una renuncia al derecho a invocar dichas objeciones.

10. Sentencia en rebeldía

(a) El Tribunal Judicial expedirá Sentencia en rebeldía contra un demandado que no conteste, no comparezca, no presente una contestación sustancial, o que haya dejado manifiestamente de defenderse en alguna otra forma.
(b) Antes de expedir una Sentencia en rebeldía el Tribunal Judicial deberá:

(1) Asegurarse de que el demandado fue debidamente citado con la notificación del correcto modo legal. Si la demanda fue modificada, ésta será notificada nuevamente, bajo el mismo procedimiento, volviéndose a computar los plazos a partir de la modificación.
(2) Determinar si la demanda está bien fundamentada en cuanto a la existencia del derecho que se reclama en la pretensión, y lo que se solicita, incluyendo la determinación del monto de los daños a ser adecuadamente reparados.

(c) La prestación judicial que la sentencia en rebeldía conceda no podrá exceder los límites de la pretensión solicitado en la demanda.
(d) A una parte que comparece al Tribunal Judicial después del vencimiento del término provisto en estas Normas, pero antes de que se dicte sentencia en rebeldía, se le permitirá comparecer del modo apropiado si ofrece una justificación razonable para su tardanza.

11. Oferta de transacción en un pleito transnacional

(a) Una parte puede entregar a otra parte una oferta de transacción por escrito para transigir uno o más reclamos y los gastos relacionados con ello. La oferta se mantendrá vigente por sesenta (60) días, a menos que ésta se retire mediante un escrito entregado a quien se le hizo la oferta, previo a que esta parte entregue su aceptación.

(b) La parte que recibió la oferta puede hacer una contra-oferta, que se mantendrá vigente por lo menos durante treinta (30) días. Si no se acepta la contra-oferta, la parte puede aceptar la oferta original, si ésta aún está vigente.
(c) Una oferta que no se retire ni se acepte antes de su expiración, se considerará rechazada.
(d) Una oferta no se divulgará, ni siquiera al Tribunal Judicial, antes de que se dicte sentencia, so pena de sanciones o desestimación con perjuicio o en rebeldía.
(e) Dentro del término de diez (10) días después de dictada la Sentencia, una parte puede divulgar la oferta al Tribunal Judicial. Si el Tribunal Judicial determina que la oferta o su rechazo fue irrazonable, éste impondrá las sanciones apropiadas, tomando en cuenta todas la circunstancias relevantes del caso.
(f) La sanción consistirá del pago de los gastos razonablemente incurridos por la parte que hizo la oferta desde la fecha en que la entregó, a menos que el Tribunal Judicial determine que circunstancias especiales justifican la imposición de una sanción distinta. La sanción puede ser adicional a las costas determinadas de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 27° de estas Normas..
(g) Si los términos de una oferta aceptada no se cumplen dentro de un período de tiempo razonable, quien la aceptó puede escoger entre requerir su cumplimiento o continuar con el proceso ante el Tribunal Judicial.

12. Medidas cautelares

(a) El Tribunal Judicial tiene competencia para expedir, a solicitud de parte, medidas cautelares de innovar o no innovar a fin de prohibir o requerir cierta conducta de cualquier persona que esté sujeta a su jurisdicción, cuando esto sea necesario para preservar el *status quo* o para evitar un daño irreparable mientras esté pendiente el proceso, a fin de garantizar del mejor modo posible, y en cuanto sea posible, la integridad de la prestación demanda.

(1) Un Tribunal Judicial puede emitir una medida cautelar a petición de parte, sólo ante prueba que demuestre una necesidad urgente de esta medida (peligro en la demora), y que existe pre-

ponderancia de consideraciones de justicia que apoyen su expedición (verosimilitud del derecho). La parte o persona contra quien se expide la medida cautelar tendrá la oportunidad razonable para expresarse sobre la pertinencia o validez de la medida cautelar una vez que sea así expedida.

(2) El Tribunal Judicial, luego de escuchar a las partes interesadas, puede expedir, renovar , modificar o dejar sin efecto una medida cautelar, dado su carácter provisorio, transitivo, instrumental y variable, en los términos que sean necesarios para mantener el *status quo* o evitar daño irreparable.

(3) El Tribunal Judicial puede requerir la presentación de una fianza u otra medida adecuada como necesaria contracautela, a fin de proteger del modo más apropiado la indemnización al demandado o a la persona contra quien se expidió la medida cautelar de que se trate.

(b) Una medida cautelar así adoptada puede prohibirle a una persona, sobre la cual el Tribunal Judicial tiene jurisdicción, que transfiera bienes, independientemente de dónde éstos estén localizados, mientras esté pendiente el proceso. También el Tribunal Judicial puede requerir a una parte que divulgue, sin demora innecesaria, la localización de sus activos, esto incluye los activos bajo su control, y bajo el control de personas cuya identidad o paradero son relevantes. Esta autoridad no impide que una parte obtenga un embargo o un remedio similar permitido bajo la ley del foro, pero el Tribunal Judicial puede emitir un medida cautelar, de acuerdo con el proceso previsto en la Subsección (a), para terminar, suspender o limitar dicho embargo.

(c) Cuando lo bienes o activos estén localizados en el extranjero, el cumplimiento con la orden de medida cautelar estará regido por la ley del país donde los bienes o los activos estén localizados, y mediante una medida cautelar que deberá emitir el Tribunal Judicial competente del país de que se trate.

13. Determinaciones preliminares y comparescencia inicial

(a) El Tribunal Judicial, a petición de parte, o «exofficio», tan pronto como sea posible, determinará:

(1) Que el proceso no está regido por el imperio de estas Normas, que el Tribunal Judicial no tiene competencia para resolver el proceso, o que el Tribunal Judicial no tiene competencia sobre alguna de las partes de proceso;
(2) Que una alegación o contestación u otro proceso utilizado por una parte no cumplió con estas Normas o es de alguna forma irregular;
(3) Que la demanda o contestación de alguna parte es nula en cuanto al derecho sustantivo o no está sostenida o apoyada por prueba suficiente para permitir que se emita una sentencia a favor de esa parte. Sin embargo, el Tribunal Judicial, antes de hacer esta determinación, tiene que tomar en cuenta el derecho de esa parte a hacer descubrimiento de prueba bajo estas Normas.
(4) Otros asuntos de derecho sustantivo o procesal necesarios para poder resolver la causa.

(b) Una vez hechas las determinaciones según lo dispuesto en la Subsección (a), el Tribunal Judicial puede conceder a la parte contra quien se tomó la determinación, una oportunidad razonable para enmendar su demanda o contestación, si la deficiencia puede ser remediada mediante enmienda.
(c) El Tribunal Judicial ordenará a cada parte que divulgue la información descrita e la Norma 14.
(d) Los abogados de las partes asistirán a todas las audiencias ordenadas por el Tribunal Judicial. El Tribunal Judicial puede ordenar que las partes asistan o, en el caso de una organización o persona jurídica, que un representante habilitado de la misma asista.

14. Divulgación y exhibicion de la prueba

(a) Una parte, antes de exigir divulgación o exhibición de prueba de otra parte, divulgará todos los documentos que tenga la intención de presentar como prueba, y proveerá un resumen del testimonio de cada testigo que tenga la intención de presentar. Con este propósito, el abogado de una parte puede entrevistar potenciales testigos.
(b) Una parte puede requerir que cualquier persona, incluso un tercero según lo dispuesto en la Norma 24, actúe cualquier información

no privilegiada, que sea relevante al caso y que sea admisible en un proceso, como la siguiente:

(1) Documentos y otros expedientes de información que sean relevantes a los asuntos en controversia y que estén identificados específicamente o que pertenezcan a categorías específicamente definidas.
(2) La identidad y el paradero de personas que tengan conocimiento personal de los asuntos en controversia.
(3) La identidad de cualquier perito que otra parte tenga la intención de presentar y una declaración que contenga la opinión del perito respecto a los asuntos en controversia.

(c) Cualquier persona puede invocar la protección contra la autoincriminación que se reconozca bajo la ley del foro. Sin embargo, no se considerará un objeción válida que la información sea adversa a la parte que la provee.
(d) Cuando exista una controversia sobre la condición física o mental de una persona sujeta a la jurisdicción del Tribunal Judicial, éste puede ordenar que se someta a la persona a un examen médico razonable.
(e) El Tribunal Judicial podrá ordenar que se produzca la actuación de prueba adicional relevante a la divulgación de cualquier asunto, no privilegiado, cuya presentación sea necesaria en interés de la justicia, incluyendo la deposición de una parte u otros testigos. Dicha deposición se tomará según lo dispuesto en la Norma 15.
(f) Las peticiones de descubrimiento de prueba se harán de la siguiente manera:

(1) Las peticiones iniciales del demandante se presentarán en la demanda o dentro del término de sesenta (60) días a partir de que el demandado presente su contestación. Las peticiones iniciales de los demandados se presentarán en la contestación o dentro del término de quince (15) días a partir de la presentación de la petición de los demandantes.
(2) Se podrá hacer una segunda petición dentro del término de treinta (30) días a partir del momento en que la parte contraria haya cumplido con las peticiones iniciales.

(3) Se podrá hacer una petición adicional con el propósito de descubrir prueba cuya necesidad no pudo razonablemente ser anticipada en las peticiones anteriores.
(4) El Tribunal Judicial podrá autorizar peticiones adicionales.
(5) La contestación a una petición de descubrimiento de prueba se presentará dentro de un término de treinta (30) días, a menos que se acuerde lo contrario o el Tribunal Judicial lo ordene.

(g) A petición de parte, el Tribunal Judicial puede designar un oficial especial para presidir la toma de una deposición o supervisar la actuación de documentos o de alguna otra manera auxiliar en la supervisión del cumplimiento con esta Norma.
(h) A fin de hacer efectiva una petición de descubrimiento, el Tribunal Judicial podrá:

(1) Hacer inferencias adversas, respecto a los hechos en controversia, en contra de una parte que incumpla con la petición de descubrimiento de prueba;
(2) Utilizar las medidas autorizadas en las Normas 23 y 24;
(3) Desestimar reclamos, defensas o alegaciones para las cuales el descubrimiento de prueba es relevante;
(4) Emitir una Sentencia de desestimación con perjuicio contra un demandante o una sentencia en rebeldía contra un demandado.

15. Declaración de parte y testimonio por o declaración jurada

(a) Se podrá realizar una declaración cuando el Tribunal Judicial lo ordene en interés de la justicia según lo dispuesto en la Norma 14 (e).
(b) El testimonio se presentará bajo afirmación según lo dispuesto en la Norma 22(b)(2) y será transcrito *verbatim* o mediante grabación de audio o vídeo, según las parte lo acuerden o el Tribunal Judicial ordene. El costo de la transcripción será pagado por la parte que solicitó la deposición, a menos que el Tribunal Judicial ordene lo contrario.
(c) La declaración se tomará en el momento y lugar que las partes acuerden o el Tribunal Judicial ordene. Se notificará por escrito a todas las partes y al Tribunal Judicial, el lugar y la hora de la declaración con (30) días de antelación. El interrogatorio se llevará se-

gún lo dispuesto en la Norma 22. Previa a la declaración, el Tribunal Judicial podrá realizar preguntas suplementarias que considere necesarias para el proceso, y que deberán ser obligatoriamente absueltas por el declarante.

(d) La declaración podrá incorporarse como testimonio en el expediente del caso, si las partes así lo acuerdan o el Tribunal Judicial así lo ordena.

(e) Una parte puede presentar un affidávit o declaración jurada firmada por alguien que no es parte, que afirma decir la verdad, y que contenga declaraciones sobre hechos relevantes al proceso. El Tribunal Judicial, a su discreción, podrá considerar dichas declaraciones como si hubieran sido provistas mediante testimonio oral. Si otra parte niega la veracidad de las declaraciones presentadas mediante affidávit o declaración jurada, esa parte puede solicitar al Tribunal Judicial la comparecencia personal del autor del affidávit o la declaración jurada en la audiencia plenaria del Tribunal Judicial.

16. Órdenes protectoras respecto al descubrimiento de prueba y la divulgación

(a) El Tribunal Judicial, «exofficio», o a petición de parte o un tercero legitimado que esté obligado a hacer la exhibición de una prueba o su divulgación conforme a las Normas 14 ó 24, puede limitar o prohibir la divulgación o la exhibición de la prueba cuando sea evidente que cumplir con tal petición será oneroso, o sea improbable que se obtenga prueba relevante admisible con esta evidencia, o se requiera la presentación de prueba protegida por un privilegio o limitación legal.

(b) Cuando la información que se pretende sea divulgada es un secreto comercial o de negocio, o cuando su divulgación pública pueda causar daño o afectar el honor o la buena reputación de una persona, sea o no parte del proceso, y que puede ser evitada o mitigada mediante una medida cautelar apropiada, el Tribunal Judicial deberá conceder dicha orden cautelar *exofficio* o a petición de parte.

(c) Cuando sea útil para que el Tribunal Judicial pueda ejercer su autoridad bajo esta Norma, la prueba solicitada puede ser examinada por el Tribunal Judicial en las deliberaciones.

17. Audiencias posteriores complementarias

(a) El Tribunal Judicial puede ordenar una o más audiencias posteriores de orden complementario. El Tribunal Judicial podrá:

(1) Ordenar que se añadan, eliminen, o revisen los reclamos, defensas y controversias a la luz de las alegaciones de las partes en esta etapa de los procesos.
(2) Ordenar la consideración y decisión separada de una o más controversias en el pleito. El Tribunal Judicial emitirá auto interlocutorio sobre la controversia y su relación con el resto del proceso.
(3) Ordenar la consolidación por acumulación de los procesos pendientes, sea bajo estas Normas o las Normas del foro interno de que se trate, cuando éstos se refieran al mismo negocio o negocios relacionados, y cuando la consolidación por acumulación facilite el proceso y la decisión. La sentencia se referirá a todos los procesos así acumulados.
(4) Tomar decisiones sobre la admisibilidad y pertinencia de la prueba ofrecida.
(5) Determinar la secuencia o el orden para la presentación de testigos y peritos en la audiencia.
(6) Fijar la fecha para la audiencia plenaria.
(7) Emitir otras órdenes y resoluciones para concluir el proceso en cumplimiento del principio de la celeridad procesal.

(b) El Tribunal Judicial puede sugerir que las partes consideren la posibilidad de una transacción, total o parcial, o el uso en las mismas condiciones de mediación o arbitraje de derecho.

18. Idioma

(a) El proceso, incluyendo los documentos, instrumentos, actuaciones orales y la actuación y ejecución de la prueba, se realizarán en el idioma de la sede del Tribunal Judicial, excepto en la medida en que el Tribunal Judicial, con la anuencia de las partes, determine lo contrario.

(b) Se limitará la traducción a las partes relevantes de documentos largos o voluminosos, seleccionados por las partes o el Tribunal Judicial.
(c) El costo de la traducción será pagado por la parte que presenta la persona o el documento, a menos que el Tribunal Judicial ordene lo contrario.

19. Relevancia y admisibilidad de prueba pertinente

(a) Toda prueba relevante a asuntos en controversia será admisible en su actuación, incluso la prueba accesoria.
(b) Cualquier persona que tenga capacidad civil y jurídica estará habilitada para actuar prueba válida en el proceso, incluso las partes.
(c) Una parte puede llamar como testigo a cualquier persona cuyo testimonio sea relevante y admisible, incluso a la parte misma. El Tribunal Judicial puede *exofficio* citar a cualquier persona sujeto a las mismas condiciones.
(d) Las partes pueden presentar en la determinación de los hechos del proceso cualquier documento o instrumento jurídico relevante o prueba real o demostrativa. El Tribunal Judicial puede ordenar a cualquier parte o a un tercero presentar cualquier documento o instrumento jurídico, o prueba real o demostrativa que esté en el ámbito jurídico de esa persona.

1. Prueba pericial

(a) El Tribunal Judicial puede designar un perito o panel de peritos cuando, a su discreción, por su experiencia, ciencia u oficio el testimonio pericial sea considerado útil para resolver las controversias o las pretensiones del proceso. El testimonio pericial puede referirse a las Normas de derecho nacional de orden interno, al derecho extranjero y al derecho internacional. El Tribunal Judicial determinará las controversias o asuntos que serán discutidos por el perito, y las pruebas, evaluaciones u otros procesos que podrá utilizar. El Tribunal Judicial podrá emitir las órdenes necesarias para facilitar la investigación y el informe del perito y puede especificar la forma en que éste preparará su informa.
(b) Una parte puede designar su propio perito o panel de peritos sobre una controversia o asunto. Los peritos de las partes tendrán dere-

cho a participar en u observar las pruebas, evaluaciones u otros procesos llevados a cabo por el perito del Tribunal Judicial. El Tribunal Judicial puede ordenar a todos los peritos que discutan entre sí antes de la presentación de sus opiniones. Los peritos de las partes pueden presentar sus opiniones al Tribunal Judicial de la misma forma en que el perito del Tribunal Judicial presentó su informe.

(c) Las costas y gastos del perito del Tribunal Judicial serán asumidos directamente por la parte que solicita la investigación, o por el demandante cuando el Tribunal Judicial solicita la investigación, a menos que el Tribunal Judicial ordene lo contrario. Cada parte pagará por el perito que contrate.

21. Privilegios en la prueba

(a) No se admitirá la actuación de prueba protegida legalmente por los siguientes privilegios:

(1) Privilegio del secreto de la profesión legal; y,
(2) Comunicaciones privadasen la negociación de una transacción.

(b) No se admitirá la actuación de prueba de información protegida por otros privilegios reconocidos por la ley del lugar donde ocurrió la comunicación, a menos que el Tribunal Judicial determine que la necesidad de esa prueba para determinar la verdad es más significativa que la necesidad de mantener la confidencialidad de la información. Dicha prueba será actuada en sesión privada del Tribunal Judicial, pero en presencia de las partes, los terceros legitimados y de sus respectivos abogados. El Tribunal Judicial ordenará la protección de la confidencialidad del material privilegiado.

(c) La reclamación de un privilegio respecto a un documento describirá el documento con suficiente detalle para permitir a la otra parte controvertir el reclamo.

(d) El privilegio podrá ser renunciado por o en representación de la persona con derecho a beneficiarse del mismo. Una parte renuncia a un privilegio cuando falla en hacer una objeción oportuna a una pregunta o petición de descubrimiento de prueba que requiere la divulgación de comunicaciones privilegiadas. El Tribunal Judicial,

en interés de la justicia, puede relevar a una parte de su renuncia a un privilegio.

22. Audiencia plenaria

(a) Se recibirá la prueba en una sola audiencia, o en audiencias en días judiciales consecutivos, excepto cuando el Tribunal Judicial ordene lo contrario para la conveniencia de las partes o las personas que presentan la prueba o la administración de justicia.
(b) La prueba en la audiencia plenaria se recibirá de acuerdo con las siguientes Normas:
  (1) Una persona que presenta una prueba debe jurar, o prometer por su honor, que dirá la verdad. El Tribunal Judicial determinará los términos de la del juramento o de la promesa por el honor, cuando corresponda.
  (2) Una persona que presenta prueba será objeto de interrogatorio directo por la parte que solicitó su comparecencia. A los abogados de las otras partes se les permitirá contrainterrogar al testigo. El Tribunal Judicial puede permitir interrogatorios directos y contrainterrogatorios adicionales. El Tribunal Judicial excluirá, a petición de parte o exofficio, prueba irrelevante y preguntas manifiestamente inapropiadas. El Tribunal Judicial evitará que se afecte el honor o la buena reputación o que se acose a la intimidad de las personas que presentan prueba.
  (3) El Tribunal Judicial podrá en cualquier momento interrogar un testigo para aclarar su testimonio, incluso mediante preguntas adicionales luego que las partes hayan interrogado.
  (4) Una persona citada por el Tribunal Judicial para presentar prueba será interrogada primero por el Tribunal Judicial. Luego la persona podrá ser interrogada por los abogados de las partes.
  (5) El interrogatorio directo puede referirse a cualquier controversia o asunto relevante del pleito. El contrainterrogatorio podrá referirse a cualquier controversia o asunto discutido en el interrogatorio directo, a menos que el Tribunal Judicial permita un alcance más amplio.
  (6) Serán admisibles las actuaciones de las declaraciones hechas por una parte fuera del registro del Tribunal Judicial, si al momento que las declaraciones se hicieron eran contrarias al interés de esa parte.

(7) La credibilidad de un testigo o perito podrá ser impugnada mediante el interrogatorio de una parte o la consideración de declaraciones anteriores inconsistentes u otra prueba que pueda afectar la credibilidad de un testigo. Cualquier parte puede impugnar a cualquier testigo. El Tribunal Judicial puede hacer preguntas que afecten la credibilidad de la persona. La impugnación sólo se permite respecto a controversias o asuntos materiales y sólo si tiende a crear serias dudas sobre la confiabilidad del testimonio.

(8) El Tribunal Judicial puede permitir la impugnación de la autenticidad o corrección de un documento o un artículo de prueba real o demostrativa.

(9) El Tribunal Judicial puede controlar la confiabilidad de la prueba científica y técnica y puede determinar el proceso y las técnicas que se utilizarán con tales propósitos.

(10) El Tribunal Judicial determinará si el testimonio de un perito es lo suficientemente confiable como para ser admitido en evidencia.

23. Poderes y remedios relacionados a la admisión de prueba en evidencia

El Tribunal Judicial podrá a petición de parte o «exofficio»:

(a) Excluir prueba irrelevante, impertinente o redundante o la prueba cuya presentación imponga costo, cargo o dilación excesiva o indebida.

(b) Hacer inferencias adversas a partir de la negativa de una parte a presentar testimonio o a presentar un testigo o producir un documento u otro artículo en evidencia que la parte pudo haber presentado.

(c) Imponer una multa o hallar en desacato cualquier persona que, sin justificación, y una vez se le haya ordenado con acuerdo a la ley, no se presenta a ofrecer prueba, o se niega a contestar preguntas apropiadas, o falla en producir un documento u otro artículo en evidencia o que de otra manera obstruye la administración de la justicia.

(d) En interés de la justicia, relevar a una parte de las consecuencias de su incumplimiento con las Normas sobre la evidencia.

24. Órdenes dirigidas a terceros

(a) El Tribunal Judicial puede ordenar a personas sujetas a su jurisdicción que no son partes en el proceso:

(1) Que cumplan con una medida cautelar emitida de acuerdo con lo dispuesto en la Norma 12(a);
(2) Que retengan fondos u otros bienes cuyo título esté en disputa en el proceso, y que desembolsen los mismo sólo de acuerdo con una orden del Tribunal Judicial;
(3) Que presten testimonio en la fase de descubrimiento de prueba o en la audiencia.
(4) Que produzcan documentos u otras cosas como evidencia.

(b) El Tribunal Judicial puede requerir a una parte que solicita se expida una orden dirigida a un tercero, que provea indemnización por los gastos que implica el cumplimiento con la orden.
(c) Una orden dirigida contra un tercero puede hacerse efectiva mediante la imposición de una penalidad monetaria por incumplimiento y cualquier otra medida legal autorizada por el Tribunal Judicial, tales como desacato o la confiscación del material probatorio u otros aspectos. Véase también la Norma 32.

25. Expediente del proceso

(a) El Secretario del Tribunal Judicial conservará un resumen del proceso, si así lo ordena el Tribunal Judicial.
(b) A petición de cualquier parte que pague los gastos del mismo, se conservará una transcripción *verbatim* o una grabación en audio o vídeo del proceso.
(c) Una parte puede asumir el costo de producir una transcripción *verbatim*

1. Deliberación final y sentencia

(a) Al finalizar la presentación de la prueba, cada parte tiene derecho a presentar un resumen escrito de sus alegaciones. Con el permiso del Tribunal Judicial, todas las partes pueden realizar una exposi-

ción oral final en la audiencia que se señale para este efecto. El Tribunal Judicial puede permitir que los abogados de las partes, entre ellos y con el Tribunal Judicial, discutan de forma oral y brevemente sobre las controversias o asuntos principales del caso. Los abogados de las partes estarán obligados a responder de modo sucinto y concreto a las preguntas que les formulen los miembros del Tribunal Judicial, si así lo tienen por conveniente.

(b) El Tribunal Judicial emitirá su sentencia por escrito al final de la última audiencia, cuyas principales consideraciones y parte resolutiva será leída por el Secretario del Tribunal Judicial. Las controversias de hecho se determinarán de acuerdo a la ley aplicable que gobierna el valor de prueba requerido. Cuando sea necesario, el Tribunal Judicial deliberará en privado antes de emitir su sentencia. Cuando sea necesario por la complejidad del caso, el Tribunal Judicial puede ordenar un receso en las deliberaciones, fijando fecha para una nueva audiencia para emitir su sentencia en los términos ya indicados.

(c) El Tribunal Judicial publicará, en el plazo más breve posible, una opinión escrita en la que incluya las principales conclusiones de hecho basadas en la prueba valorada, el razonamiento en que se apoyan, y las principales normas legales en que se fundamenta la decisión.

2. Costas

(a) Cada parte pagará sus propias costas y gastos, incluyendo los gastos del Tribunal Judicial, honorarios de abogados y gastos incidentales.

(b) La parte derrotada reembolsará a la parte vencedora sus costas y gastos, pero la determinación de las costas puede suspenderse si se emite una orden de paralización del cumplimiento con la sentencia según lo dispuesto en la Norma 32(c). La parte que venció en el proceso someterá una declaración certificada por la parte o su abogado de sus costas y gastos dentro del término de treinta (30) días a partir de que se dictó sentencia. La parte derrotada pagará sin demora la cantidad solicitada, por el sólo mérito de su requerimiento, con excepción de aquellos gastos o costas que intereses cuestionar. Los gastos o costas en disputa se determinarán por el Tribunal Judicial o por cualquier otro proceso que las partes acuerden.

(c) El Tribunal Judicial puede limitar el reembolso de costas y gastos contra una parte derrotada, si sus argumentos legales o de hecho tenían base razonable. El Tribunal Judicial puede imponer una penalidad que no exceda el doble de la cantidad dispuesta en la Subsección (b) contra una parte que el Tribunal Judicial determine no tenían base razonable para cuestionar los gastos y costas.
(d) Si se revisa en apelación la sentencia, las normas y el proceso mencionados en esta Norma aplicarán de igual manera a las costas y gastos incurridos en relación con la apelación.
(e) Si la ley del derecho interno lo autoriza, el Tribunal Judicial puede requerir a una parte que no es residente la prestación de una fianza o depósito para cubrir las costas y gastos.

C. Actos procesales posteriores a la sentencia

3. La apelación

(a) Sólo la sentencia final de un Tribunal Judicial de primera instancia es apelable, con excepción de lo dispuesto en la Subsección (b).
(b) Una orden de un Tribunal Judicial de primera instancia que conceda o niegue un medida cautelar solicitada bajo la Norma 12, está sujeta a revisión inmediata en vía de apelación parte. El medida cautelar se mantendrá en efecto durante el trámite de la apelación, a menos que el Tribunal Judicial apelativo ordene lo contrario.
(c) Las órdenes del Tribunal Judicial, que no sean una sentencia final o una orden apelable según la Subsección (b), sólo estarán sujetas a apelación inmediata si así lo permite el Tribunal Judicial de primera instancia o mediante orden del Tribunal Judicial apelativo. Se podrá conceder dicho permiso cuando una apelación inmediata resuelva una controversia o asunto legal de importancia general o de importancia especial para el proceso inmediato.
(d) La revisión vía de apelación estará limitada a los términos de la misma, a los reclamos, defensas y reconvenciones presentadas ante el Tribunal Judicial de primera instancia. No se admitirá ninguna nueva prueba que haya estado disponible de modo previo, excepto si ello es necesario para evitar un fracaso manifiesto de la justicia.

4. Trámite posterior a la apelación

De acuerdo con la ley del derecho interno del Estado de que se trate, excepcionalmente se podrá recurrir o impugnar de alguna otra forma extraordinaria la decisión de un Tribunal Judicial de segunda instancia. La revisión del segundo Tribunal Judicial impugnativo atenderá únicamente las controversias o asuntos de derecho sustantivo o procesal. Las controversias de hecho no serán consideradas nuevamente. No se admitirá nueva prueba, ni reclamos o defensas adicionales. El segundo Tribunal de Justicia impugnativo se reservará, conforme a su ley interna, la admisibilidad por el fondo y por a forma de una segunda revisión impugnativa.

5. Impugnación de la sentencia en procesos posteriores

Una sentencia sólo podrá anularse mediante un nuevo proceso y sólo si se demuestra que el solicitante actuó con la debida diligencia, y que, además:

(a) La sentencia se emitió sin competencia sobre la materia o sin jurisdicción sobre la parte que solicita la anulación; o
(b) La sentencia se obtuvo mediante fraude al Tribunal Judicial; o
(c) Existe prueba disponible que no lo estaba previamente y que llevaría a una decisión distinta; o
(d) La sentencia constituye una clara violación al debido proceso legal y/o fracaso manifiesto de la justicia.

6. Finalidad

Una sentencia no está sujeta a ser reexaminada en cuanto a cumplimiento con las normas procesales o sustantivas una vez expire el plazo ordinario para su revisión en vía de apelación, a excepción de lo dispuesto en la Norma 30.

7. Cumplimiento y ejecución de la sentencia

(a) Una sentencia final, incluso una orden de medida cautelar cualquiera sea su denominación o alcances, será ejecutada inmediatamente, a menos que su efectividad haya sido suspendida según lo

dispuesto en la Subsección (c). En particular, una sentencia final puede ser ejecutada de inmediato mediante el embargo de bienes pertenecientes a, o de una obligación debida a, la persona contra quien recayó la sentencia.

(b) Si una persona contra la cual recayó la sentencia no cumple con ésta en el período de tiempo especificado, o dentro de treinta (30) días a partir de que la sentencia advino final y firme si no se especificó un período, el Tribunal Judicial puede imponer las medidas coercitivas pertinentes que determine el derecho interno del estado de que se trate para requerir el cumplimiento eficaz con la sentencia. Estas medidas pueden incluir la exhibición obligatoria de los activos y una penalidad pecuniaria al obligado, a pagarse a la parte contraria o a quien el Tribunal Judicial determine.

(1) La persona que tenga derecho a exigir el cumplimiento de la sentencia, puede solicitar esta sanción.
(2) La penalidad por el incumplimiento incluirá las costas y gastos incurridos por la parte que solicita el cumplimiento con la sentencia, incluso los honorarios de abogados, y puede también incluir una penalidad por desacato al Tribunal Judicial, que no exceda el doble de la cantidad impuesta en la sentencia.
(3) Si la persona contra quien se emitió la sentencia persiste en su negativa a cumplir, el Tribunal Judicial podrá imponerle penalidades adicionales.
(4) No se impondrán penalidades a una persona que demuestre al Tribunal Judicial incapacidad financiera o de algún otro tipo para cumplir con la sentencia.
(5) El Tribunal Judicial puede ordenar a terceros que divulguen información relacionada con los activos del deudor.

(c) El Tribunal Judicial de primera instancia o el Tribunal Judicial de apelación pueden, por solicitud de la parte contra quien se emitió la sentencia, emitir una orden de suspensión del cumplimiento de la sentencia mientras dure la apelación, si ello es estimado necesario por el Tribunal Judicial en aras del interés de la justicia.

(d) El Tribunal Judicial puede exigir una fianza razonable u otra garantía suficiente al apelante como condición para emitir una orden de suspensión de la sentencia recurrida, como condición para denegar la solicitud de paralización.

8. Deber de cooperación de jurisdicción

Los Tribunales Judiciales de un Estado que ha reconocido estas Normas deberán, y los Tribunal Judiciales de otros Estados podrán, cumplir y hacer cumplir tantas órdenes como se requieran para la adecuada cooperación de jurisdicción en los procesos en otro Estado parte.

14 de enero de 1999

La teoría general del proceso

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

La teoría general del proceso puede definirse como «el conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento»[1]. Más específicamente, es «la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales»[2].

Concebir la Teoría del Proceso como una disciplina unitaria contribuye a resaltar el carácter científico del Derecho Procesal, puesto que es mucho más compatible con los fines de la ciencia pensar en un cuerpo de conocimientos generales, que en varios cuerpos particulares (uno por cada rama del Derecho Procesal, por ejemplo), con proposiciones a veces contradictorias entre rama y rama. En este punto es preciso recordar que la teoría es un conjunto de principios explicativos de uno o más sectores de la realidad que resumen el conocimiento existente, proporcionan una explicación para los acontecimientos observados y pueden permitir, incluso, predecir la ocurrencia de acontecimientos no observados. Si bien esta caracterización corresponde más bien a la ciencia experimental, también es posible su aplicación a las ciencias humanas, a condición –como hemos dicho- de tener un adecuado nivel de generalidad y un razonable

1 Niceto Alcalá Zamora. «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal», en: **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México, UNAM, 1974, t. I, p. 585, cit. p. José Ovalle Favella. **Teoría General del Proceso**. México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, 1991, nota 25, p. 52.

2 L.c., p. 52.

número de investigaciones. Como es sabido, la investigación ayuda a comprobar y a desarrollar la teoría, aclara conceptos y puede llevar a la reformulación o extensión de la teoría.

Esto fue claramente percibido por Carnelutti, quien afirmó lo siguiente: «Estoy seguro de no equivocarme al afirmar que la ciencia del derecho procesal no alcanzará su cima hasta que no se haya construido sólidamente una parte general, en que los elementos comunes a cualquier forma de proceso encuentren su elaboración».[3] Los elementos comunes más allá de toda duda son la acción, la jurisdicción y el proceso. La idea de una teoría unitaria se impone con naturalidad tan pronto se profundiza sobre estos conceptos. El problema que hemos encontrado en la literatura consultada, sin embargo, es que los autores, una vez que han identificado estos elementos comunes, al tratarlos separadamente, no nos ofrecen nada que no sea distinto a lo que plantean los autores que ignoran esta preocupación por establecer una teoría común.

Para evitar dicha situación, este trabajo pretende expresamente identificar elementos comunes en los procesos propiamente dichos, en las elaboraciones teóricas de la disciplina procesal y en la vida misma de las instituciones procesales en la realidad.

I. Los tipos de proceso

En cuanto a los procesos específicos, no cabe duda que aquellos que parecen más opuestos son el civil y el penal. Para algunos autores, como Montero Aroca, sólo existe un criterio de distinción entre procesos, a saber, si con el proceso el tribunal tiende a imponer una pena o si no es esta la función del tribunal. Estamos así entre pena y no pena, que es lo mismo que decir entre proceso penal y proceso civil. Ellos existen en tanto expresión de dos grandes principios, el de necesidad que informa el proceso penal y el de oportunidad, que informa el proceso civil.[4] Por cierto que el Derecho moderno es testigo de los avances que cada uno de estos principios hace en el proceso gobernado por el otro. Ahora bien, si

3 L.c., p. 53.

4 Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos y Juan Luis Gómez Colomer. **Derecho Jurisdiccional. Parte General.** Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1991, p. 468.

estos procesos aparecen tan delimitados y opuestos ¿qué pueden tener en común?

1. En ambos procesos las partes dependen de un participante heterónomo que va a realizar una adjudicación. Utilizamos aquí la fructífera distinción entre formas autónomas y heterónomas de resolución de conflictos.[5] Todo proceso parte del supuesto de la imposibilidad, y aún la ilegalidad, de la autotutela. La justicia con mano propia está prohibida, por lo que la definición del *status* de alguien acusado de haber dañado un bien jurídico protegido por el Derecho, o la determinación de qué derecho prevalece en caso de controversia, o la declaración respecto a la producción de un hecho al cual el Derecho le asigna una consecuencia relevante, tiene que estar a cargo de un tercero. Este tercero suele ser el juez. En el campo penal no cabe la aplicación de pena fuera de proceso, ni cabe que alguien que no es un juez predeterminado por la ley decida el caso. Por ello no es posible llevar un caso penal a arbitraje. En el terreno civil, el Derecho acoge la intervención del árbitro como un adjudicador, pero permite el arbitraje sólo en determinados casos, como aquellos en los cuales las partes tienen facultad de libre disposición y los de naturaleza ambiental (Ley General de Arbitraje N° 26572).

Este tercero que pronuncia el Derecho debe tener ciertas características, fundamentalmente las de independencia e imparcialidad. La independencia se define en función de los otros poderes del Estado, mientras que la imparcialidad en función de las partes. El juez está separado de los otros poderes del Estado y por encima de las partes.

2. En ambos procesos las partes deben estar dispuestas como adversarios, es decir, cada una debe estar en posición de enterarse de los planteamientos de la otra y en aptitud de refutarlos puntualmente con todos los medios de defensa a su alcance. Esta característica, común a los distintos procedimientos, es la que permite apreciar las debilidades de un sistema penal estrictamente inquisitivo, como aquel en el cual el propio juez instructor realiza la investigación y decide. Mucho más lógico y justo es el sistema llamado de igualdad de armas, en que el juez decide a partir de los planteamientos de la acusación (Ministerio Público) y de la defensa, sin involucrarse en la investigación del caso.

5 Niceto Alcalá Zamora. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.

3. En ambos procesos hay que mostrarle al juez que los hechos ocurrieron de determinada manera. Algunas personas no llegan a entender que los hechos juegan un papel similar en importancia tanto en lo civil como en lo penal. La rama civil del proceso ha dependido más bien de las lucubraciones doctrinarias de los abogados, sin llevarse a la práctica lo que se enseña en las Facultades de Derecho desde el primer año, es decir, que la norma jurídica comporta la asignación de una consecuencia a determinada conducta, y que para encontrarle significado jurídico a dicha conducta se necesita aprehenderla con la mayor claridad. Y ésta es una cuestión de hechos, que nos conduce invariablemente a una cuestión de prueba. A esta percepción se debe la notable flexibilidad que se observa en los Códigos procesales civiles modernos precisamente en materia de prueba, donde las enumeraciones de los medios probatorios no son taxativas sino enunciativas, se ha eliminado la prueba tasada, se ha dotado al juez del máximo de iniciativa en materia de ofrecimiento de medios probatorios y se ha consagrado el principio de la libertad en la apreciación de la prueba.

4. En ambos procesos funciona de igual manera el razonamiento del juez. Él debe reconstruir los hechos como cree, en efecto, que ocurrieron. En este sentido el juez es como un historiador, que desecha ciertas fuentes y que con las que acepta, con las que considera valederas, se forma una imagen mental de lo que ocurrió. En este proceso las pruebas son fundamentales. El juez no puede dar por existente ningún hecho si no ha sido adecuadamente probado. Y esto vale por igual para los sistemas donde existe la institución del jurado. Una vez que en la mente del juez cristaliza una imagen de lo que ocurrió, procede determinar si esos hechos corresponden a los contemplados por la norma jurídica y a los cuales ella asigna consecuencias específicas. Este proceso admite hasta tres momentos dentro de él, tal como lo desarrolla con mucha precisión Hitters, y son la fijación, la interpretación y la calificación de los hechos. Este último comprende la operación llamada de subsunción.[6]

II. Las elaboraciones teóricas de la disciplina procesal

En cuanto a las elaboraciones teóricas, algunos temas ya han sido adelantados, toda vez que el acercamiento de los dos grandes tipos de proceso,

6 Juan Carlos Hitters, **Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación**. La Plata, Argentina, Librería Editora Platense, 1994, pp. 298 y ss.

el civil y el penal - hasta el punto de poder postularse hoy que participan de una misma lógica- ha sido el producto de ideas y conceptos que han procedido de teorizaciones que se han encarnado después en propuestas legislativas concretas o, al revés, estas ideas y conceptos han ascendido hasta el terreno de la doctrina a partir de descubrimientos hechos en la realidad, y han regresado de nuevo a la realidad como principios orientadores, tal como lo especificamos líneas arriba al tratar el tema de la relación entre teoría y observación.

1. Un primer aspecto que me interesa destacar es que una teoría del proceso común comprende principios y garantías que también son comunes y que pueden, de esta manera, beneficiar a los distintos procesos específicos. Piénsese, por ejemplo, en la garantía del debido proceso. Es sólo recientemente, y fruto de esta percepción común que estamos desarrollando, que se introduce con mucho vigor el concepto de debido proceso en el proceso civil y en los demás tipos de procesos, incluyendo aquellos que se realizan ante la administración pública. Los elementos integrantes del debido proceso fueron creciendo paralelamente al desarrollo de los derechos humanos y a su consagración en las constituciones políticas de los Estados y en los convenios internacionales. El inciso 1 del artículo 8° del Pacto de San José, por ejemplo, al regular las garantías judiciales prescribe que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**»

El concepto de debido proceso ha sido acogido vigorosamente por nuestro Código Procesal y está asociado a las más importantes consecuencias procesales. Así por ejemplo, el tradicionalmente sacrosanto carácter de la cosa juzgada cede en importancia ante el debido proceso, pues un proceso que se ha seguido en contravención de este principio puede ser cuestionado según lo dispone el artículo 178° que regula la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. De igual modo, es causal para interponer el recurso de casación la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (Art. 386°, inc. 3°).

2. Un segundo aspecto es que la unidad de una teoría del proceso hace posible que se adopten con mayor facilidad en uno u otro tipo de proceso los grandes principios rectores del otro, que antes se pensaban infranquea-

bles por ser privativos de cada proceso. Un ejemplo muy interesante es el que se da con la utilización creciente del principio de oportunidad en el proceso penal, que supone determinados grados de negociación entre las instituciones encargadas de la represión del delito y los acusados, a quienes se les ofrece determinados beneficios con la condición de desplegar el máximo de información sobre el hecho delictivo, especialmente la que involucra a otras personas. Entre nosotros es conocida la Ley N° 25499, llamada ley de arrepentimiento, referida al delito de terrorismo y que otorgó los beneficios de reducción y exención de pena a quienes proporcionaran información «que permita conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen». También es de sumo interés la Ley N° 26320, referida al delito de tráfico ilícito de drogas, que llega a regular la situación de un posible acuerdo entre el fiscal y el procesado «acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer». Esta disposición es bastante similar a la institución que existe en el Derecho de los Estados Unidos y que se conoce como *plea bargaining*.

3. Un tercer aspecto que conviene precisar, y que en mi opinión surge de esta unificación de la lógica y de los principios de los diversos procesos, es la clara percepción que se tiene hoy día respecto al carácter instrumental de la norma procesal, puesto que ella «asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento. Es una norma prevista para hacer efectiva otra norma. Es derecho para el derecho»[7] Este reconocimiento es absolutamente necesario para superar el excesivo formalismo que se ha impregnado desde siempre al Derecho Procesal, en especial al Civil.

Nuestro Código Procesal Civil acoge esta «sustantivización», desde el pórtico representado por el Título Preliminar. En efecto, en el Art. III nos dirá: «El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia». Sabemos, sin embargo, que no bastan las declaraciones para lograr los fines que las

7 Juan Monroy Gálvez, **Introducción al Proceso Civil**. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1996, p. 156.

mismas albergan, sino que se requiere un desarrollo a través de normas específicas. Afortunadamente nuestro Código Procesal Civil es consecuente con la postulación programática contenida en el Preámbulo. Para poner algunos ejemplos, se consagra paralelamente el principio *iura novit curia*, según el cual el juez debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (Art. VII); se asigna al juez la facultad de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos y se le permite ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos (Art. 51°); se tipifican como actos de temeridad o mala fe procesal determinados comportamientos que han sido comunes en la actividad procesal del pasado, como demandar, contestar o impugnar careciéndose de modo manifiesto de fundamento jurídico, o las partes no asistan a las audiencias sin justificación alguna, generando dilación (Art. 112°). Uno de los capítulos donde más se manifiesta esta preocupación por concentrar el proceso en las cuestiones de fondo es el referido a la nulidad del acto procesal, terreno muy favorecido por los abogados del pasado para demorar el proceso e, inclusive, lograr su total desmoronamiento con una declaración de nulidad de actuados. El Título correspondiente privilegia, en la línea de lo que venimos desarrollando, la finalidad del acto jurídico procesal y la conservación del mismo.

4. Un cuarto aspecto de carácter general, que nos obliga a revisar los efectos de algunos de los temas ya tratados, tiene que ver con la unificación respecto al fin del proceso. Desde hace muchos años han existido dos posiciones relativas a este tema: la subjetiva o privatista, según la cual el fin del proceso es resolver un conflicto intersubjetivo, determinándose a quién corresponde el derecho disputado, o declarándose la existencia de un hecho al cual la ley otorga consecuencias jurídicas; y la objetiva o publicista, que sostiene que el fin del proceso es la actuación de la ley, el mantenimiento del imperio del Derecho. También hay, por cierto, posiciones eclécticas, que sostienen que la verdad no reside en ninguna de las dos escuelas considerada separadamente, sino en una combinación de ambas. Para los fines de la presente exposición, encuentro sumamente pertinente la manera como Carnelutti aborda el problema. Su posición es la siguiente:

> «La conclusión de la investigación hasta ahora efectuada, puede resumirse en esta fórmula: *el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio.*
> "Paz con justicia" podría ser, de ese modo, el lema del Derecho procesal. Nada de paz sin justicia, porque el proceso, como se ha visto, no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el Derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto: *supra partes*, no *inter partes*; a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés.
> Según esa fórmula, el quid novi de la función procesal consiste en la combinación de los dos elementos: *paz y justicia*».[8]

Dice Carnelutti que el proceso no compone el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Esta afirmación me permitirá, mostrando precisamente la utilidad de una visión general e integradora, comentar el principio de oportunidad asumido crecientemente por el proceso penal, y la figura de la conciliación extrajudicial.

Una de las manifestaciones más típicas del principio de oportunidad es la institución que el Derecho Penal de los Estados Unidos conoce como *plea bargaining*, la que puede ser definida como «el proceso por el cual el acusado y el acusador en una caso criminal elaboran una disposición del caso mutuamente satisfactoria, sujeta a la aprobación de la corte. Usualmente supone la admisión de culpa por parte del acusado respecto a un delito menos grave, o la admisión de un solo cargo cuando el delito de carácter múltiple supone varios, a cambio de una sentencia más benigna que la que de otro modo correspondería».[9]

Mike Mc Conville ha demostrado que el nacimiento de esta institución está más bien vinculada a motivaciones de tipo político, que a la búsqueda de la justicia en los términos de la cita de Carnelutti. Así, nos dice que en un determinado momento la oficina del Fiscal de Distrito asumió la tarea de luchar por la efectividad del control del crimen y, de este modo, la tasa de culpabilidad se convirtió en un tema de su respon-

8 Francisco Carnelutti, **Sistema de Derecho Procesal**. Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, Tomo I, p. 286.

9 *Black's Law Dictionary*. 5° edición. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, p. 1037. La traducción es nuestra.

sabilidad. De esta manera, la oficina del Fiscal de Distrito abandonó paulatinamente sus esfuerzos de lograr una condena por la totalidad del delito, a cambio de ofrecer a los inculpados una sentencia más benigna si admitían su culpabilidad por un crimen menor.[10]

Entre nosotros es posible realizar una reflexión similar si nos detenemos en el número de personas que han sido indultadas por una manipulación indebida de la ya mencionada ley de arrepentimiento, y en el número significativo de personas que aún esperan beneficiarse del indulto.

Un tema que sugiere reflexiones en este mismo rubro es el de la conciliación prejudicial. Fomentada últimamente como una forma de aliviar el congestionamiento de los juzgados y tribunales, no garantiza necesariamente que la solución del problema se realice con respeto cabal de la justicia, aún cuando sí puede lograr la paz, que es la mitad de la proposición de Carnelutti. Esto es particularmente relevante en jurisdicciones como la norteamericana que depende del sistema del *stare decisis* para incrementar el arsenal de proposiciones jurídicas del sistema legal. Al resolverse muchos casos fuera de los cánones del proceso, las cortes de apelación se ven privadas de realizar el proceso de creación de principios jurídicos propio de este sistema.[11]

III. Proceso y realidad

Finalmente, y para concluir, deseo referirme muy brevemente a la utilidad que puede derivarse de una teoría general del proceso para la operación específica de las instituciones procesales en la realidad. Quienes reflexionan sobre las exigencias que plantea al Derecho Procesal el inminente acceso al nuevo milenio, plantean la conveniencia, y aun la necesidad, de hacer aterrizar a la teoría en las necesidades específicas de los seres humanos de hoy, que presencian cómo el Estado tiende a abandonar su rol en la creación de un mínimo de condiciones de bienestar general, y cómo sus derechos fundamentales existen en equilibrio precario entre las amenazas

10 Mike Mc Conville, «*The Origins of the Institutionalised Guilty Plea in the United States: Some Lessons from History*», en: **Derecho PUC**. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre de 1995, N° 49, p. 96.

11 Stephen Yeazell, «*The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process*», en ***Wisconsin Law Review***. Volumen 1994, N° 3.

que provienen del mundo de la política y las que proceden de la economía, la ciencia y la tecnología.[12]

En el Perú la preocupación por vincular al Derecho con la realidad se planteó hace más de treinta años con la reforma de los estudios jurídicos que se llevó a cabo precisamente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La agenda de la reforma que entonces se propuso mantiene su vigencia y puede ser asumida hoy en su integridad. Dicha agenda comprendía las siguientes proposiciones:

- «El Derecho es ante todo una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en Códigos y leyes más o menos organizados lógicamente, más o menos concordados. El Derecho no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social, vive entretejido en ellos y es, al mismo tiempo, causa y efecto de ellos. Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social».
- «El Derecho no puede ser analizado *in abstracto* como un razonamiento matemático, sino reinterpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado».
- «Es preciso confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no sólo concuerda formalmente en el interior de su propia racionalidad, sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve».
- Cabe también preguntarse si «el orden legal vigente es el mejor de los órdenes jurídicos posibles dentro de la situación socio-histórica en la que se realiza. Por consiguiente, no basta explicar el Derecho vigente: es preciso también cuestionarlo».[13]

12 Véase Roberto Omar Berizonce, «Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio», en **Derecho PUC**, N° 51, diciembre de 1997.

13 Fernando de Trazegnies, Jorge Avendaño V. y Lorenzo Zolezzi Ibárcena. «Nuestra Reforma de la Enseñanza del Derecho», en **Derecho**. Lima, N° 29, 1971, p. 136.

La casación civil: mito y realidad. Proyecto de ley modificatorio

Aníbal Quiroga León

«Abolidos por el Código Napoleónico la absurda prohibición de interpretación judicial y el *referé legislatif*, y puesta la interpretación de la ley en orden al caso singular controvertido entre los oficios esenciales del Juez, la Casación –que tomó el nombre de *Cour*, en lugar del de Tribunal, a partir del Senado Consulto del 28 Floreal del año XII-, extendió su control, que antes se limitaba a la contravención expresa de la ley, a la interpretación errónea y a la falsa aplicación de la ley, hasta llegar a los errores de derecho *In Iudicando*».

Piero Calamandrei
La Cour de Cassation

I. Antecedentes

El Recurso Extraordinario de Casación tiene su verdadero origen en el Derecho francés, y no en el Derecho romano, como algunos sostienen, con evidente error llevados por el desconocimiento y engañados por el antecedente etimológico latino (*Casare*=anular); pues surge a finales del siglo XVIII con la instalación del *Tribunal de Cassation*[1], donde la pacífica doctrina del Derecho Procesal encuentra antecedentes en el antiguo *Conseil des Parties*, cuya finalidad era la de ser un organismo que otorgaba a los ciudadanos la garantía del pleno respeto a la ley como máxima expresión de la voluntad popular.

Esta institución fue impulsada desde los albores de la Revolución francesa y en la plena formación del *moderno Estado de Derecho*, y

1 Leonardo Prieto – Castro.- **Derecho Procesal Civil**; Vol 1; Ed. Tecnos, Madrid, 1984, 3ª Ed. pp. 262 y ss.

tenía en aquella época una naturaleza marcadamente política, puesto que fue creada como un órgano del Poder Legislativo a fin de ejercer la función de control de los jueces anulando las sentencias en *dernier ressort* (último grado). De allí la denominación de «Recurso Extraordinario», sobre el principio de que al contener la sentencia judicial una contravención expresa de la ley no podía subsistir por encima de ésta. Al ser un órgano político en su origen, nunca pudo ingresar a conocer el mérito del asunto (el fondo o *Meritum Causae*), de modo que necesariamente se producía el reenvío del fallo de la instancia política a la justicia ordinaria para su reformulación sobre una distinta interpretación de la ley, cuya pauta era entonces marcada por el *Tribunnel de Cassation.* El objetivo era evitar que los jueces del Poder Judicial se excedieran en sus funciones jurisdiccionales, aunque esto fuera considerado como una invasión en los fueros parlamentarios y con ello se perdiera el respeto a la ley. Así, su principal función fue la de «fiscalizar las infracciones que atacaban a las leyes, las que negaban la existencia o incumbencia de una ley *(contravention exprese au texte de la loi)*»[2]. En efecto, como señala De la Rúa[3] :

> «El *Tribunal de Cassation*, al igual que el *Conseil des Parties*, representaba la suprema garantía de justicia frente a la violación de la ley. Sobre esto no cabe diferencias entre éllos. Desde luego que el Tribunal de Cassation, no fue exactamente idéntico al Conseil: "Nuevos eran los tiempos, nueva la idea del Estado, de la ley, de los sujetos, y nuevo debe ser necesariamente el órgano que concurriría a la afirmación de aquélla idea" ».

Por su parte, Calamandrei[4] enseña que:

> «El Tribunal de Cassation fue creado por Decreto de 27 de noviembre/1ero. de diciembre de 1790, para prevenir las desviaciones de los Jueces frente al texto expreso de la ley, lo que era

2 Referido a la «*Contravención expresa al texto de la ley*». N. del A.

3 Fernando De la Rúa.-**El Recurso de Casación**; Zavalia, Bs. As., 1968; pp.33 y 34.

4 Piero Calamandrei.- **Casación Civil**; EJEA, Bs. As., 1959. Ver también: Bruno Marchese,.- «La Casación de los Procesos Civiles por la Corte Suprema de Justicia»; Tesis, Mimeo, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima, 1987.

> considerado como una intromisión en la esfera del Poder Legislativo, capaz de quebrantar la separación de los poderes que era piedra angular de la nueva concepción del Estado de Derecho; tal es así que en los primeros años de la Revolución se dio una ley que prohibía a los Jueces de interpretar las leyes, aún con eficacia limitada al caso concreto.»

También Rivarola[5] establece que:

> «La Constituyente francesa, tuvo profunda influencia el pensamiento de Motesquieau, para quien "los jueces de la Nación no son más que la boca que pronuncia la palabra de la ley [...], de la que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor". En el gobierno republicano, -decía tambien Montesquieau- es propio de la Constitución que los Jueces se atengan a la ley literalmente [...]. Si los Tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo, a tal punto que no importe otra cosa que un texto preciso de la ley.
> Si representara una opinión particular del Juez, se viviría en una sociedad sin saber los compromisos que en élla se contraen».

El Recurso de Casación nacido en el así en el Derecho francés de la era moderna (cuyo antecedente histórico más remoto quizás pueda ser forzado en el Derecho Romano Intermedio en la *Querella Iniquitatis* y en la *Querella Nullitatis*), con el paso del tiempo fue adquiriendo características diferentes, y prontamente fue asimilado por Poder Judicial desde el Poder Legislativo sobre mediados del siglo pasado, por medio de la metamorfosis del *Tribunnel de Cassation* a la *Cour de Cassation* (Corte de Casación), como bien lo explica De la Rúa[6]:

> «En la práctica antes que en la ley, se fue afirmando la verdadera fisonomía de la institución. El Tribunal fue transformándose en un verdadero Organo Jurisdiccional colocado en la cúspide de las jerarquías judiciales.»

5 Mario Rivarola.- **Enciclopedia Jurídica OMEBA**; Driskill, Bs. As., 1954, T. II; p. 787.

6 Fernando De la Rúa.- *Op. cit.*

Por su parte, y a este respecto, dentro de los alcances de la legislación comparada, Calamandrei[7], señaló que:

> «Para seguir la difusión de la casación en el mundo, pueden dividirse las legislaciones civiles en tres grupos: uno, el de las legislaciones europea y extraeuropea, a las cuales el sistema ha continuado siendo totalmente extraño (Inglaterra, Dinamarca, Danzing, Suecia, Noruega, Filandia, Rusia, Estados Unidos [...]; otro grupo acaso el más numeroso, en el cual la casación ha sido cogida fielmente en su forma francesa (Bégica, Holanda, Estonia, Luxemburgo, España, Grecia, Polonia, etc.); y finalmente un tercer grupo [...] para el que la dogmática del instituto es tal vez el más interesante, en los cuales, si no se han adoptado el nombre y las formas del recurso de casación concebido como querella de nulidad, se ha adoptado, sin embargo, un sistema que tiende, con formas procesales más modernas, a los mismos fines de unificación de la jurisprudencia, y para los cuales la casación es hoy en día viva y vital. Este es el sistema de la Revisión germánica (Alemania, Austria, Hungría, Suiza, etc.) [...]».

Los antecedentes del Recurso de Casación en el Perú se remontan, sin duda alguna, a su inicial inclusión en la Ley de Enjuiciamientos Civiles de 1852[8] donde se le legisló sobre la base del «Recurso de

---

7 Piero Calamandrei,.- *Op. cit.*p. 39.

8 «También en dicho período se da inicio a una reorganización administrativa, municipal y judicial, existiendo consenso respecto de la necesidad de dotar al país de Códigos Nacionales -al mejor estilo europeo luego de la promulgación de los Códigos Napoleónicos- [...]. La nueva codificación, pues, permitiría un adecuado marco legal para las transacciones privadas. Llegado el año 1851, se aprueban por Ley de 29 de diciembre, expedidas por el Presidente Rufino Echenique, los Códigos Civil y de Enjuiciamientos en Materia Civil, luego de que una Comisión Bicameral del Congreso nombrada al efecto el 7 de junio del mismo año había formulado sus propuestas. Se ordenaba la promulgación y publicación de los mismos a partir del 28 de julio del año siguiente, siendo su vigencia desde el día siguiente a su publicación.» En: Aníbal Quiroga León y Juan Monroy G.- «Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa. Proyecto Modificatorio»; Tesis, Facultad de Derecho; PUC del Perú, Mimeo, Lima, 1982; p. 183. «[...] es bien interesante, como señala Basadre, que dos de los Códigos más importantes [...] se dan durante el período presidencial de Echenique (1851-1854), hijo de uno de los grandes hacendados de la costa y de tendencia conservadora, pero convencido de la necesidad del progreso material [...]» en: Fernando de Trazegnies,.- **La Idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX**; Fondo Ed., PUC del Perú; Lima, 1980; p. 162.

Nulidad» español que se adoptara el Real Decreto de 04 noviembre de 1838, al haberse traducido literalmente el término francés *Casser* por su acepción española de «anular»[9], y el *Recurs de Cassation* por su versión española literal de «Recurso de Anulación» o «Recurso de Nulidad», como finalmente lo denominó la Ley de Enjuiciamiento Civiles de España del siglo pasado, impronta de nuestro Código de Enjuciamientos Civiles de 1852. Sin embargo, este simple esfuerzo de entendimiento no siempre es adecuadamente realizado, y se trata de buscar diferencias donde hay más similitudes, instituciones diversas donde hay simplemente un problema de traducción legal e idiomática[10].

Posteriormente, cuando en noviembre de 1911 se promulga el Código de Procedimientos Civiles, vigente desde el 28 de julio de 1912 hasta la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil (que tiene un *Texto Único Ordenado*) hace sólo poco más de seis años, se continuó bajo la misma denominación de Recurso de Nulidad que es, en puridad, una mera traducción del francés del Recurso de Casación, como sucedió con la legislación española de 1938, por lo que cabe afirmar que son en realidad **conceptos sinónimos**, constituyendo en esencia en el origen la misma institución procesal que hoy tenemos legislada en los arts. 384º y siguientes del Código Procesal Civil de 1993.

Como ya lo señaláramos, la principal finalidad de este Recurso Extraordinario consiste en procurar corregir los errores del juzgamiento y los errores en el procedimiento (error *in iudicando* y error *in*

9 «*La cassation est l'annulation d'un jugement d'un arret*» (La casación es la anulación de un juzgamiento o de una sentencia), en: **Diccionario Larousse**, París, 1981, p.98.

10 «Etimológicamente *casación* proviene del latín. En su segunda acepción en el Diccionario de la Lengua Española es la derivación de *cassare*, de *cassus:* vano, nulo; y significa la acción de anular, abrogar, derogar. Denota, en definitiva una aplicación procesal como recurso, la acción y efecto de recurrir en juicio u otro procedimiento ara reclamar contra resoluciones , ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna potra. El moderno recurso de casación es el que se interpone ante un Tribunal de orden Supremo contra los fallos definitivos o laudos dictados por una instancia inferior, en los cuales se presumen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna de las formas que dan garantías esenciales al procedimiento». En: Aníbal Quiroga León,.- «La Casación Civil y la Tutela Jurídica de las personas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español»; **Thémis** Revista de Derecho No. 15, Ed. por estudiantes de la Fac. de Derecho de la PUC del Perú; Lima, 1989; pp. 15 y ss.

procedendo que de modo unánime se refiere la doctrina) que se hayan cometido en agravio de los justiciables por los tribunales judiciales bajo la premisa de la violación o la desnaturalización del texto expreso de la ley, cuando en revisión hayan resuelto un proceso con la expedición de una sentencia definitiva o una sentencia interlocutoria que ponga fin a un proceso, cualesquiera sea el tipo de proceso judicial que la Teoría del Proceso reconoce en el moderno Derecho Comparado, a saber: (i) de conocimiento; (ii) ejecutivo; o (iii) cautelar[11].

II. Definición conceptual de la casación

El Recurso de Casación, como ya se ha expuesto, no nace en Roma, ni en el Derecho Romano, sino en la Francia post-revolucionaria, con la finalidad de controlar la legalidad de los fallos judiciales, al entender que un fallo judicial alejado del texto de la ley sugería una inaceptable intromisión del Poder Judicial en el Legislativo, ya que de ese modo el juez con error en el juzgamiento (error *in iudicando*) se convertía, al interpretar de modo equívoco la ley, en «extraoficial e incompetente» legislador, produciendo un acto nulo. Como señala Calamandrei[12], la Casación se propone como una *querella nullitatis* del Derecho Estatutario en la que el recurrente es el «accionante» de la Casación de modo diverso al recurso de apelación. El recurrente «combate» la sentencia nula con el instrumento de la Casación en la mano, y de allí la formalidad y las altas exigencias, así como la «carga de la prueba» con la que la ley grava a este medio extraordinario de impugnación. Siendo ambos recursos de impugnación -Apelación y Casación- medios de gravamen, el primero será «ordinario», ineludible para la ley y siempre exigible por el justiciable; en tanto que el segundo será extraordinario, discrecional para la ley y para el propio Tribunal de Casación. De hecho, el acceso a la Casación, o al Supremo Tribunal de Justicia no está reconocido en el Perú, ni en ningún tratado internacional en materia de Derechos Humanos como una garantía

11 Mauro Cappelletti.-**El Proceso Civil en el Derecho Comparado**; Breviarios de Derecho, EJA, Bs. As., 1973

12 Piero Calamandrei.- **Estudios sobre el Proceso Civil**; Bib. OMEBA, Bs.As., 1961, pp. 453 y ss.

constitucional de la Administración de Justicia o como un Derecho Fundamental.

El original *Tribunnel de Casation*, que había reemplazado al antiguo *Conseil des Parties*, fue creado por Decreto del 27 de noviembre de 1790 para prevenir las desviaciones de los jueces frente al texto expreso de la ley, lo que fue considerado como una invasión del fuero judicial en el fuero parlamentario, único soberano de la ley. Esta intromisión quebrantaba la separación de poderes, por lo que la Revolución Francesa creó este Tribunal dentro del Poder Legislativo como un modo de control político de la actividad judicial. El culto a la ley, máxima expresión de la voluntad soberana del pueblo, justificaba el control parlamentario sobre la legalidad de las sentencias judiciales, de manera tal que detectada una nulidad (una casación), se disponía la remisión de la causa a la Corte de Justicia para su reformulación (reenvío).

Así, en su más remoto origen francés, como ya se ha señalado, el Tribunal de Casación era un órgano del Poder Legislativo, y ejercía sus funciones anulando las sentencias en último grado (finales, de último grado o de *dernier ressort*) que tuviesen una contravención expresa al texto de la ley y sin pronunciamiento de fondo, disponiendo el reenvío al Tribunal de Justicia como ya queda dicho, teniendo por tanto como principal función en este control de la legalidad, una función de control negativo[13].

> «El carácter puramente negativo de este Tribunal, así como la plena libertad del Juez de reenvío de rebelarse contra sus censura, fueron lógicas consecuencias del carácter no judicial de este órgano de control, cuyo influjo positivo sobre el ejercicio de la jurisdicción hubiera aparecido como una extra-limitación en el terreno de la función judicial y, por consiguiente, como una violación del principio de la separación de poderes, de que fueron los revolucionarios rígidos custodios».[14]

Este carácter negativo se entendía por el carácter puramente devolutorio vía reenvío que hacía este Tribunal del control de la lega-

13 Piero Calamandrei.- **La Casación Civil**; Bib. Jurídica, Bs.As., 1959, pp. 22 y ss.
14 *Op. cit.* p. 34.

lidad, señalando desde afuera de la labor jurisdiccional cuál era el «verdadero» sentido de la ley, en tanto que por carácter positivo se entendía el Tribunal con facultad de pronunciamiento sobre la materia de la controversia.

Lo que sucedió en la práctica, con el paso del tiempo, fue que el Tribunal de Casación fue afirmando su verdadera fisonomía, y transformándose en verdadero órgano jurisdiccional colocado en la cúspide del vértice superior de las jerarquías judiciales[15].

Así, son dos las características judiciales que adoptó el Recurso de Casación:

1. El control de la legalidad en el juzgamiento, o el *error in-iudicando*, que se define también como el error en la falsa o errónea interpretación de la ley o error en el juzgamiento por la aplicación de la norma material; y,
2. El control de la legalidad en el procedimiento, o *error in-procedendo*, que se define como el error por quebrantamiento esencial de forma y que constituya violación del debido proceso legal.
3. Asimismo, siendo lo anterior las fuentes del recurso de casación, además del control de la legalidad, una es la ulterior finalidad del Supremo Tribunal cuando actúa como Corte de Casación: la *nomofilaquia* o la necesaria unificación del criterio jurisprudencial a nivel nacional en la aplicación de la ley material y ley procesal.

Por ello mismo es que la Casación es siempre subsecuente y ulterior al recurso ordinario de apelación, siendo por tanto extraordinaria, y dos son los requisitos esenciales de la misma:

1. La fundamentación explícita del agravio, y sus verdadera existencia; y,
2. La admisibilidad discrecional que de su procedencia haga, en función de lo anterior, por parte del Tribunal o Corte de Casación.

La Casación, también, ha evolucionado en su fase jurisdiccional de su forma tradicional (control de legalidad y posterior reenvío), a una

15 De la Rúa.- **El Recurso de Casación**; Zavalia, Bs. As., 1968; p. 38

suerte de **Casación Moderna**, esto es, al Recurso de Casación sin Reenvío (*Cassation sans reenvoi*), que se dispondrá discrecionalmente por el juzgador, permitiéndole a éste, sin ser instancia, ingresar en la relación material o en la relación procesal materia del juzgamiento, y producir la adecuada corrección sin proponer el reenvío en aras de la celeridad y la economía procesal.

Finalmente, la Constitución de 1993 (Art. 202°, Inc. 2) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Art. 41°) ha generado una nueva denominación para este Recurso de Casación moderna, al denominarle -de modo impropio, creemos- «Recurso Extraordinario de Revisión de Fondo», sin reenvío, a esta «Casación Constitucional» que por sobre la apelación judicial impone la «Jurisdicción Negativa de la Libertad», al decir de Cappelletti[16].

III. Causales de procedencia del Recurso de Casación

El Art. 384° del Código Procesal Civil define lo antes señalado, al referir que los fines de la Casación son básicamente dos: la correcta aplicación e interpretación del «derecho objetivo» (sic), es decir, de la ley material; al mismo tiempo que lograr con ello, y por ello, la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República. Así, el Art. 384° ya citado dice a la letra:

> «Art. 384°.- Fines de la casación.- El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.»

Por otro lado, el Art. 385° del propio Código Procesal Civil señala las resoluciones judicial que pueden ser objeto del Recurso de Casación, precisando lo siguiente:

16 Mauro Cappelletti; cit. Aníbal Quiroga León.- «Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo peruano»; En: **Sobre la Jurisdicción Constitucional**, Aníbal Quiroga León – Compilador; Fondo Editorial, PUC del Perú, 1990; pp. 147 y ss.

> «Art. 385°.- Resoluciones contra las que procede el recurso.- Sólo procede el recurso de casación contra:
> 1 Sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores;
> 2 Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y,
> 3 Las resoluciones que la ley señale. »

Cabe anotar que, salvo la disposición que expresamente refiere como norma de conexión a una disposición legal imperativa, el principio general es que la procedencia del Recurso de Casación sólo resultará procedente frente a un fallo de segunda instancia (sea sentencia final , sea sentencia interlocutoria) en que se ponga fin a la instancia y, por ende, al proceso, conforme lo establece el principio contenido en el Art. 11° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que a la letra dice:

> «Art. 11°.- Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior.
> La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable.
> **Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada.** Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley». **(resaltado agregado)**

Asimismo, lo anterior se complementa con el funcionamiento del Supremo Tribunal en la Casación sobre la base del propio texto constitucional (es una actividad jurisdiccional prevista en la Constitución Política del Estado) y desarrollada por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, como a la letra se señala:

> «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO:
> **Art. 141°.- Corresponde a la Corte Suprema** fallar en casación, **o** [...]»
> «LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL:
> Art. 28°.- La competencia de la Corte Suprema se extiende a todo el territorio de la República. Su sede es la Capital de la misma.
> [...]

> Art. 32°.- La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.» **(resaltado nuestro).**

Sin embargo, siendo lo anterior correcto, sobre los alcances de estas disposiciones se están presentando serios problemas de interpretación, paradójicamente de la propia ley material, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República en lo referido a los procesos cautelares, respecto de los cuales se ha negado, y se niega, a conceder como procedentes los recursos de casación interpuestos contra sendas providencias cautelares, impuestas o ratificadas de modo terminal por las cortes superiores luego de los correspondientes recursos de apelación, bajo la alegación que al ser «procesos cautelares» prevalece la interpretación de que dichas providencias no son de las que ponen fin a la instancia a tenor de lo dispuesto en el Art. 612° del Código Procesal Civil, en cuanto señala que es características de éstas ser «provisorias, instrumentales y variables» (sic); desconociendo lo expresamente dispuesto en la concordancia de los Arts. 611° y 635° del mismo texto legal, en cuanto se señala el contenido y objeto de una medida cautelar, su naturaleza «autónoma para el que se forma un cuaderno especial», dejando de lado la necesaria interpretación sistemática y teleológica respecto del Recurso de Casación, su base constitucional, y el hecho de ser el mecanismo de revisión natural y necesario por parte del Supremo Tribunal de Justicia del país. Más aún, tal proceder abstensivo y restrictivo terminaría vulnerando la propia ley procesal al determinar, por la vía de la interpretación restrictiva que esboza, una suerte de abrogación legislativa, ciertamente impropia, de modo tal que el contenido material del Art. 384° del Código Procesal Civil, es decir, los fines esenciales de la Casación en la correcta aplicación de la ley material y de la unificación de la jurisprudencia por el más alto tribunal de justicia del país es procedente en todo el ámbito judicial, sin distinciones, **con excepción de los procesos cautelares** respecto de los cuales, por decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República, ni hay control de legalidad, ni de la correcta aplicación de la ley material - aún si se violan preceptos constitucionales en medidas cautelares, lo que no es ni imposible, ni infrecuente, ni, lastimosamente, hay a la fecha jurisprudencia unificada de la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicho de otro modo, en todo lo que es la aplicación e

interpretación de los Arts. 608º a 687º -Título IV del Código Procesal Civil referido al Proceso Cautelar- no existe, ni existirá de proseguir este criterio -que no encontramos acertado- jurisprudencia unificada de nuestro más alto tribunal de justicia.

Al lado de esto, el Art. 386º del Código Procesal Civil, establece las causales por las que resultará procedente el Recurso de Casación. Así:

> «Art. 386º.- *Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:*
> 1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
> 2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o
> 3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.
> Está incluida en el inciso 1. la causal de aplicación indebida del artículo 138 de la Constitución».

Es pertinente anotar que en el caso de la causal señala en la parte final de esta norma legal, a la fecha debe considerarse referida al Art. 138º, 2da. parte, de la Constitución Política del Estado, desde que se abrogó la referencia al Art. 236º de la Constitución de 1979(D) como se consigna en la norma original, debido a la entrada en vigencia de la actual Constitución de 1993.

Esta norma legal también adolece de una seria construcción jurídica y sistemática, al «haber creado» tres causales donde la unánime doctrina del Derecho Comparado, y los orígenes del Recurso de Casación -incluyendo en ello la definición del Art. 384º de su propio texto legal- hallan solamente dos.

En efecto, la norma del Art. 386º del Código Procesal Civil parece inferir la existencia de tres causales, y la propia Corte Suprema de Justicia de la República todos los días se halla en serios problemas para dotar de contenido teórico e interpretativo a estas tres causales, pues una de ellas carece de sentido lógico. Veamos por qué.

No queda duda, para empezar, que los dos primeros incisos se refieren a errores *in iudicando* (error en el juzgar, la falsa o errónea

aplicación o interpretación de la ley. En el inciso tercero es obvio que se refiere al error *in procedendo* (el quebrantamiento de la forma esencial del proceso). Dentro de los dos primeros, el Código Procesal Civil hace una escisión ilógica, pues resulta que es diferente el supuesto del inciso primero, referido a la aplicación o interpretación indebida (acción positiva) de una norma de derecho material; en tanto que en el inciso segundo se refiere a la inaplicación (acción omisiva, prefijo «in» de orden negativo) de una norma de derecho material. Pero resulta que en el quehacer judicial cotidiano, cuando se aplica indebidamente una norma de derecho material, resulta obvio que es por que se ha dejado de aplicar la norma de derecho material correcta, y es ello lo que precisamente otorga fundamento a la procedencia del Recurso de Casación. Y al mismo tiempo, cuando se inaplica la norma de derecho material correcta, como reza el inciso Segundo, es obvio que ello se ha hecho a costa de aplicar una norma incorrecta de derecho material. En definitiva, son el mismo supuesto normativo y no se ha hecho otra cosa que una escisión artificiosa de lo mismo, presentándose como diferentes lo que es igual, tan sólo por el engaño de utilizar en una parte un supuesto positivo y en la otra un supuesto negativo que, al final de cuentas, bien visto, no hacen otra cosa que dar el mismo resultado jurídico. De allí los problemas, serios por cierto, de la Corte Suprema de Justicia de la República y de los justiciables recurrentes para encontrarles significados diferentes y de hacer teoría en base al error.

Finalmente, se ha dicho en repetidas oportunidades que la gran diferencia entre el Recurso de Nulidad del Código de Procedimientos Civiles (D) y el Recurso de Casación del Código Procesal Civil está en que, en el primer caso, siempre se hacía una revisión del fondo de la cuestión controvertida (lo que no necesariamente era cierto), en tanto que en el segundo caso el examen de legalidad jamás toca el juzgamiento de fondo materia del recurso, incluyendo en ello la imposibilidad de revisar los criterios de valoración legal de los medios probatorios aportados al proceso.

Tal diferenciación tampoco es necesariamente cierta. En efecto, la versión final del Art. 1133º del Código de Procedimientos Civiles (D)[17] decía:

17 En su versión modificada por la Ley Nº 24670.

> «Art. 1133°.- Cuando la Corte Suprema declare haber nulidad, fallará al mismo tiempo sobre lo principal; pero sí la nulidad proviene de algunos de los vicios que anulan el juicio por constituir violación de alguna de las garantías de la administración de justicia y siempre que haya sido alegada en instancia inferior por la parte afectada, se limitará a reponer la causa al estado que corresponda».

En tanto que la versión del Art. 396° del Código Procesal Civil, en su Inc. 1ero. dice a la letra:

> «Art. 396°.- Sentencia fundada y efectos del recurso.- Si la sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la **nulidad** de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión de la siguiente manera:
> Si se trata de las causales precisadas en los puntos 1. y 2. del artículo 386°, resuelve además según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior.
> [...]» (subrayado nuestro)

En tanto que la previsión de todo el Inc. 2 de esa misma norma legal es de quebrantamiento de forma con reenvío, con excepción del Inc. 2.5., que es de reenvío con rechazo liminar de la demanda.

Aparece evidente, pues, que por expreso mandato del Inc. 1ero. del Art. 396° del Código Procesal Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso de aplicar cualesquiera de los Incs. 1 y 2 del Art. 386° del mismo texto legal -lo que demuestra con mayor contundencia aún su implicancia absoluta-, el supremo tribunal deberá resolver según corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior (esto es, sin reenvío); reemplazando lo juzgado por los tribunales inferiores, por el nuevo juzgamiento de la ley aplicable del modo adecuado del supremo tribunal, con la consecuencia que ello traerá en las conclusiones legales en y el mismo fallo, es decir, resolviendo el fondo de la cuestión controvertida, qué duda cabe.

Conforme a lo previsto en el Inc. 3 del Art. 386° del Código Procesal Civil, el Recurso de Casación también puede estar fundado en el

defecto de forma o quebrantamiento de las formas esenciales del proceso (nótese del hincapié en el carácter necesariamente esencial de las formas quebrantadas), lo que en nuestro Derecho implica tanto la afectación al Debido Proceso Legal o a la Tutela Judicial Efectiva -como conceptos equivalentes-[18], y ahora contenidos en el Inc. 3 del Art. 139° de la Constitución Política del Estado, y que a la letra dice:

«CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3.- **La observancia del** Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional. **(Subrayado nuestro).**

[...]»

«CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Art. 384°.- *Fines de la casación*.- El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por Corte Suprema de Justicia.

Art. 385°.- *Resoluciones contra las que procede el recurso*.-

[...]

2.- Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y;

[...]

Art. 387°.- *Requisitos de forma*.- El recurso de casación se interpone:

1.- Contra las resoluciones enumeradas en el Art. 385;

2.- Dentro del plazo de 10 días, contados desde el día siguiente de notificada la Resolución que se impugna, acompañando el recibo de pago de la tasa respectiva; y,

[...]» (Subrayado agregado)

18 Aníbal Quiroga León.- Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia»; en: **La Constitución Diez Años Después**; Fund. F. Naumann y Constitución & Sociedad. Eds., Lima, 1989; pp. 289 y ss.

IV. El proyecto

4.1. Exposición de motivos

El principal objetivo de este proyecto importa -además de procurar aclarar el contenido de las normas en cuestión sobre la base de una adecuada aplicación dogmática- en primer término, y casi al mismo tiempo, la limitación del acceso del recurrente al supremo tribunal a los casos estrictamente necesarios, en la medida que se concibe al Recurso de Casación de naturaleza excepcional, discrecional para la ley, al margen de que además algunos asuntos deben ser excepcionalmente elevados en vía de consulta o *ex-officio*. Porque la regla general, con lo que se cumple plenamente la garantía constitucional de la instancia plural, es la del acceso irrestricto a un Tribunal de Alzada o Corte de Apelación, y no a una Corte de Casación, cuya génesis, desarrollo y finalidad son sustancialmente diferentes.

Tal tarea pasa necesariamente por la redefinición jurisdiccional del rol de la Corte Suprema de Justicia de la República. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 141° de la Constitución Política del Estado, corresponde al supremo tribunal conocer en casación las causas que, por arbitrio de la ley, le son elevadas de las cortes superiores. Pero también, por mandato de esa misma norma, le corresponde al supremo tribunal conocer en vía de instancia, sea de segunda instancia de las causas conocidas en primera instancia por las cortes superiores, sea en vía de primera instancia en las causas que le son originarias que, por excepcionalidad constitucional o legal, le compete conocer al propio supremo tribunal de modo directo y primigenio. No cabe duda que en estos dos últimos casos, el supremo tribunal no funciona como Corte de Casación, sino como Corte de Instancia.

Esa es, pues, nuestra primera tarea de reordenamiento. Al redefinir el rol verdadero de la Corte Suprema, al poder distinguir siempre y en cada lugar cuándo la Corte Suprema actúa como Corte de Casación -rol natural y de orden discrecional; y cuándo la Corte Suprema actúa como Corte de Instancia -rol excepcional y obligatorio-, podremos entonces controlar de mejor modo el número de los asuntos, y por ende de las causas, que llegarán por vía de Casación, de apelación o de primera instancia al supremo tribunal.

Sobre esto, hasta la fecha ha habido mucha inconexión y superposiciones. Hay casos naturales de Casación que han sido trata-

dos como de instancia, y hay casos de instancia que han sido tratados como de Casación, y otros notoriamente omitidos y olvidados, dejando la puerta abierta a la saturación innecesaria del supremo tribunal.

Una Corte de Casación debe ser, por sus propia naturaleza y finalidad, excepcional, discrecional, informadora y controladora. Así, no todas las causas judiciales «deben» acceder al supremo tribunal para su control de legalidad. Tampoco existe, como garantía constitucional de la Administración de Justicia, el «Derecho a la Casación», pues tal no existe. La garantía constitucional del debido proceso se cumple con el agotamiento de la instancia plural, conforme lo preceptúa el Art. 11° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La función de la Casación es fundamentalmente otra. Pero al lado de ello, y por ello mismo, se hace necesario distinguir con técnica y puntualidad los casos en que necesariamente, por la vía excepcional, la Corte Suprema deja su rol natural de Corte de Casación e ingresa a la vía de la «instancia» o a la vía de la «Suprema Revisión Administrativa», excepcionalmente las menores, pero necesarias de manejo y adecuada regulación.

Una de las principales causas del recargo en la labor jurisdiccional del supremo tribunal radica, sin duda alguna, y al lado del volumen aritmético de causas, en el desorden de las competencias que le han sido asignadas, a la par que el desconocimiento y falta de sistematicidad en las competencias asignadas. Así, se confunde el rol de la casación, con el de la instancia - tanto si es segunda o primera -, y con el de la revisión administrativa, por lo que se hace necesario dividir ello con claridad, de modo tal que de inmediato reordene este trabajo jurisdiccional, delimite los canales competenciales correspondientes y redefina qué y cómo debe actuar cada sala jurisdiccional del supremo tribunal en cada momento y lugar.

Se ha considerado que es indispensable empezar por esta necesaria redefinición normativa y conceptual para poder ordenar el trabajo que se habrá de distribuir. En ningún caso se trata de dar o derogar dos o tres normas que limiten o puedan válidamente regular el funcionamiento jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República, pues con ello nada se solucionaría en estricto sentido y el resultado final sería aún insuficiente. De este modo, consideramos más útil al supremo tribunal y al necesario acceso ciudadano en la búsqueda del servicio jurisdiccional eficaz.

Es por ello que este proyecto normativo, que pretende ser un instrumento de trabajo antes que una propuesta definitiva, abarca no sólo el tema de las distintas competencias del supremo tribunal, sino que necesariamente, por su rol piramidal, la redefinición del rol del supremo tribunal arrastra, si queremos ser consecuentes, la redefinición de los roles de las cortes superiores, de primera instancia y de las leyes procesales de las que se nutre principalmente el trabajo jurisdiccional del supremo tribunal. Por ello, además de las naturales referencias a la Ley Orgánica del Poder Judicial, necesariamente nos remitiremos también al Código Procesal Civil, a la Ley de Garantías Constitucionales, al Código de Procedimientos Penales, al Código Tributario, etc.; siempre en conexión con el rol y el funcionamiento jurisdiccional del supremo tribunal.

Ciertamente este proyecto es, como ya se ha dicho, una propuesta integral que pretende ser material de trabajo a la discusión clara, técnica y profunda que permita arribar a una normatividad acorde con el necesario mejoramiento normativo de la distribución del trabajo jurisdiccional de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República.

En el Art. 1º del Proyecto, se establece una definición del sentido de la «Ley de Casación» y del rol adecuado que corresponde a la Corte Suprema como Corte de Casación, principalmente, y excepcionalmente como Corte de Instancia cuando la ley así lo señale expresamente. Nos parece muy importante la primera expresión «Declárese de interés [...] » que debería marcar la pauta de la interpretación de todo el Proyecto.

El Art. 2º del Proyecto establece la modificación de los numerales de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se consideran necesarios para la adecuada adaptación del Proyecto de modo integral, conforme se desarrollará más abajo.

La modificación del Art. 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se justifica en la necesidad de mejorar y adecuar la regulación de la *judicial review* que, por su propio mecanismo constitucional, termina siendo siempre actividad controlada por el Supremo Tribunal. Es necesario perfilar su contornos para evitar el error en sus aplicación, los abusos en la misma, y la corrupción que una anómala aplicación de ello ha producido en no pocas oportunidades. Por ello se especifica al final que, fuera de esas posibilidades, no se puede hacer «control judicial de la constitucionalidad de las leyes», mucho menos aún en medidas cautelares.

El Art. 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial procura terminar con la inacción de la Corte Suprema, en su labor jurisdiccional, en la aplicación de una suerte de *Stare Decisis* (decisiones jurisprudenciales de cumplimiento obligatorio), esto es, de jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Suprema y para todo el ordenamiento jurídico nacional, evitando que por ello mismo el juez pueda ponerse, por error o por razones interesadas, por encima de la ley, cerrando el paso al funcionamiento de la «Sala Plena», y dejando la actividad de docencia por medio de la jurisprudencia en las propias salas jurisdiccionales.

El Art. 30° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la división flexible del trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema, tomando como base la actual división del trabajo, pero dejando al margen del órgano de gobierno sus alteración a través de una «cláusula abierta» en razón al mejor funcionamiento del servicio judicial del supremo tribunal.

El Art. 31° de la Ley Orgánica del Poder Judicial define los tres principales vías de acceso a la Corte Suprema por vía de la Casación, sea por el error en el juzgamiento, por el error en el procedimiento o quebrantamiento de forma, sea por mandato del «control judicial de la constitucionalidad".

El Art. 32° de la Ley Orgánica del Poder Judicial define el funcionamiento excepcional de la Corte Suprema como Corte de Instancia, sea de segunda o primera instancia.

Los arts. 33°, 34° y 35° de la Ley Orgánica del Poder Judicial definen con prolijo detalle todos los órdenes de competencia del supremo tribunal por razón de Casación, de Segunda Instancia y de Primera Instancia, en las diferentes especialidades vigentes y según se hallan conformadas a la fecha.

Los arts. 39°, 40°, 41°, 42° y 43° de la Ley Orgánica del Poder Judicial definen lo mismo, por necesaria conexión con la labor del Supremo Tribunal, de las cortes superiores. Debe destacarse en este caso la atribución por razón de la especialidad del denominado «Amparo Laboral» y del «Amparo Agrario».

Los arts. 46°, 47°, 48°, 49°, 50°, 51°, 52° y 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial definen lo mismo, por conexión con las cortes superiores que a su vez alimentan a la Corte Suprema, de sus distintos órdenes competenciales, debiendo destacarse la uniformidad de sus denominación (eliminándose la sobrecalificación de «especializados»

seguidos de la propia nomenclatura de la especialidad), la adecuación a la nueva terminología al Código del Niño y del Adolescente, y al Proyecto de Nuevo Código del Trabajo que, por lo demás, elimina la incertidumbre y dualidad en la competencia de los juzgados de Trabajo sólo para las reclamaciones de los trabajadores, y dejando aparentemente fuera las reclamaciones de los empleadores, así como las acciones contencioso-administrativas en materia laboral y agraria.

Los arts. 54°, 55°, 57° y 59° de la Ley Orgánica del Poder Judicial procuran racionalizar el trabajo de los juzgados de paz letrados, eliminándose de ellos la competencia laboral que tanta confusión ha traído, junto con la inseguridad y la ruptura de la especialidad laboral, dejando ello para el Juez de Trabajo de nivel de primera instancia. Hay una redefinición del rol del Juez de Paz Letrado.

El Art. 290° de la Ley Orgánica del Poder Judicial procura traer una definición más clara que su predecesora, que algunas confusiones y no pocas desventuras han ocasionado en el Poder Judicial, generando inseguridad e incertidumbre por dualidad de interpretaciones, adoptándose una definición que involucra a la Corte Suprema con el Recurso de Casación, y que por lo demás ha sido la mayoritaria adoptada precisamente por el supremo tribunal hasta la fecha.

En el Art. 3° del Proyecto, por necesaria subsidiariedad a los fines de este Proyecto, se propone la modificación de los arts. 384°, 385°, 386°, 390°, 391°, 394°, 398° y 542° del TUO del Código Procesal Civil, para adecuarlo a la misma definición del Proyecto en cuanto al rol casatorio del Supremo Tribunal, concordando la concesión, inadmisibilidad y procedencia del recurso de casación, sus finalidades y aclarando sus necesaria redacción. Ello pasa por la eliminación del denominado «Pleno Casatorio» -en orden a la eliminación de la «Sala Plena» del supuesto de hecho normativo del Art. 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejando la posibilidad de publicar jurisprudencia ilustrativa, antes que vinculante, a las propias Salas Jurisdiccionales. Ello incluye una redefinición de las competencias de los Juzgados, Cortes Superiores y Corte Suprema en las acciones contencioso-administrativas que tienen basamento constitucional. Asimismo, y de modo objetivo, se limita en principio el Recurso de Casación para los Procesos de Conocimiento, Abreviado de Conocimiento y de Ejecución, y dejando para los demás cerrada las puertas del Supremo Tribunal a menos que éste, discrecionalmente, determine su procedencia por la vía de que Queja de Derecho.

En el Art. 4º del Proyecto se propone la derogación de los Arts. 4º, 375º, última parte del 377º, 400º y la Décima Disposición Final del del Código Procesal Civil, por su manifiesta falta de fundamento, sobrecarga de trabajo que termina llegando al Supremo Tribunal, y ausencia de contenido técnico.

El Art. 5º del Proyecto propone la modificación de los arts. 15º, 17º, 28º, 289º, 290º y 292º, así como la inserción del Art. 292º BIS, del Código de Procedimientos Penales, en tanto entre en vigencia el Código Procesal Penal, a fin de colaborar con el rol de la Sala Penal de la Corte Suprema. Su texto se explica por sí mismo, y redefine el rol del Supremo Tribunal como Corte de Casación -proceso sumario-, y Corte de Apelación -proceso ordinario-.

El Art. 6º del Proyecto procura adaptar los procesos penales en actual giro, y su denominación en el Código de Procedimientos Penales, a la que trae el propio Proyecto.

El Art. 7º del Proyecto procura hacer lo propio respecto de los procesos laborales en actual giro, luego de la modificación de las competencias en dicha materia en los juzgados de paz letrados.

Los arts. 8º y 9º del Proyecto procuran la adaptación a la metodología y terminología del Proyecto de la normatividad procesal en materia de las acciones constitucionales de garantía, proponiendo la modificación de los arts. 14º de la Ley Nº 25398, y 1º, 21º, 22º, 35º y 36º de la Ley Nº 23506, además de propender a su actual denominación en la vigente Constitución de 1993.

En el Art. 10º del Proyecto se propone la modificación de la regulación defectuosa del Código Tributario, pese a su modernidad, que habrá necesariamente de confundir y recargar el trabajo del Supremo Tribunal al mezclar los conceptos de la acción contencioso-administrativa, demanda contenciosa-administrativa y recurso extraordinario de revisión. Para ello se propone la eliminación del recurso extraordinario de revisión (que no tiene rango constitucional) y la racional normatividad que debe regir la acción contenciosa-administrativa contra los actos particulares de la administración tributaria, luego de la intervención del Tribunal Fiscal. Se propone un proceso ágil, sumario, de puro derecho y, sobre todo, sin la desnaturalización que importa la legitimación que actualmente se confiere para ello de modo impropio a la administración tributaria.

El Art. 11° del Proyecto procura corregir el error de regulación que traen la primera parte del Art. 41° y la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dejando la presencia jerárquica del Supremo Tribunal de orden constitucional, y que permita su control sobre las acciones de garantía a nivel nacional, eliminándose una de las principales fuentes de corrupción judicial actual, al haberse omitido inconstitucionalmente el control jurisdiccional del Supremo Tribunal.

Los arts. 12° y 13° del Proyecto establecen la derogación tácita de rigor y la vigencia del Proyecto de Ley, así como la regulación de los Recursos Extraordinarios de Revisión que, ya concedidos, se hayan pendientes de ser resueltos, en tanto se instale el Tribunal Constitucional.

4.2. Texto del proyecto de Ley

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA;
POR CUANTO:
El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1°.- Declárese de interés para el Poder Judicial la racionalización y distribución ordenada del trabajo jurisdiccional de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cumplimiento del mandato constitucional de que constituya, fundamentalmente, una Corte de Casación y, excepcionalmente, una Corte de Instancia en los casos previstos en el texto expreso de la ley de la materia.

Artículo 2°.- Para el mejor cumplimiento de lo anterior, modifíquense los arts. 14°, 22°, 30°, 31°, 32°, 33°, 34°, 35°, 39°, Incs. 6 y 7 del 40°, Incs. 1 del 41°, 42°, 43°, 46°, 47°, 48°, 49°, 50°, 51°, 52°, 53°, 54°, 55°, 57°, 59° y 290°, modificado por la Ley N° 26624, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los que quedarán redactados del siguiente modo:

"**Artículo 14°.- De conformidad con la segunda parte del Art. 138° de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en la sentencia o resolución que ponga fin al instancia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentran que hay incompatibilidad insalvable entre su inter-**

pretación de una disposición constitucional y una con rango de ley que resulte necesariamente aplicable a la causa, resuelven esta con arreglo a la primera declarando al mismo tiempo la implicación de la norma legal en cuestión

La sentencias y resoluciones así expedidas serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en la que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra éstas no quepa recurso de Casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

El mismo procedimiento regirá en el caso de normas de inferior jerarquía, siempre que tengan alcance general.

Fuera de estos específicos casos, incluyendo las providencias cautelares de cualesquiera naturaleza o denominación, los Magistrados están prohibidos de hacer revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, bajo responsabilidad."

"**Artículo 22°.- Las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de las sentencias expedidas en casación, sean estas fundadas o infundadas, de los autos en que se declare la inadmisibilidad dicho recurso, y como de las sentencias expedidas en segunda instancia, las mismas que fijarán los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema.**

Los principios de alcance general que aparezcan de los mismos, en cuanto no se opongan a la interpretación de la ley, podrán ser invocados por los Magistrados de todas las instancias, cualquiera sea su especialidad, así como por las partes que intervengan en los procesos de que se trate.

Las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República podrán apartarse de los principios precedentes en nueva interpretación de la ley en sentencias debidamente motivadas y que constituyan nuevos principios de alcance general."

"Artículo 30°.- El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en cinco Salas de cinco Vocales cada una, presididas por el de mayor antigüedad, dos en la especialidad Civil, dos en la especialidad Penal y una en la especialidad Constitucional y Social.

El órgano de Gobierno del Poder Judicial podrá, en uso de su facultad reglamentaria, por Resolución motivada, crear más Salas jurisdiccionales, cambiar su especialidad, denominación y orden de competencia, y así alterar el número de Vocales que componen el colegiado en atención a los requerimientos del servicio y eficiencia jurisdiccional.

"Artículo 31°.- La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de recurso extraordinario de casación con arreglo a lo establecido en la presente ley y en las leyes procesales respectivas.

Como Corte de Casación, cualquiera sea la especialidad o materia del proceso de que se trate, son fines esenciales de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. La unificación del criterio jurisprudencial en la aplicación de la ley, corrigiendo los errores que en las Cortes Superiores o en los Juzgados de Primera Instancia se incurran en la falsa o errónea interpretación de la norma material que requiera ser aplicada al caso bajo juzgamiento;
2. La corrección de los errores de procedimiento, por quebrantamiento esencial de forma, que constituyan real afectación de las garantías constitucionales de la administración de justicia, del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva, y siempre que no sea posible su subsanación sin la afectación de los principios ya enunciados; y,
3. **La revisión del control constitucional de orden difuso de que trata la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Art. 14° de esta ley, y que de modo exclusivo y excluyente compete al Poder Judicial.**

Ninguna otra autoridad, fuera de la jerarquía jurisdiccional del Poder Judicial, de cualquier índole o especialidad, rango o jerarquía o materia, podrá hacer uso de esta facultad de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, bajo sanción de nulidad y de la responsabilidad funcional que corresponda por irrogarse facultad que no le ha sido atribuida por la Constitución. Esta facultad se aplicará exclusivamente por las autoridades del Poder Judicial, en actuación jurisdiccional, en los términos que imperativamente indica la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y que desarrolla el Art. 14° de la presente ley."

"Artículo 32°.- La Corte Suprema conoce, excepcionalmente, como órgano de primera instancia y de fallo, o de segunda instancia y de grado, los siguientes procesos:

a) De primera instancia:
   1. Los originarios de la propia Corte Suprema que la ley expresamente señale; y,
   2. Los demás señalados por ley expresa.
b) De segunda instancia:
   1. Los iniciados en primera instancia en las Cortes Superiores;
   2. Los procesos penales ordinarios cuyo juzgamiento oral se halla realizado en las Cortes Superiores; y,
   3. Los demás señalados por ley expresa."

"Artículo 33°.- Las Salas Civiles conocen:

a) Como Corte de Casación:
   1. De los recursos de Casación de su competencia concedidos con arreglo a ley por las Cortes Superiores, contra las sentencias y demás resoluciones expedidas por éstas en Segunda Instancia y los que la propia Sala determinen discrecionalmente por la vía de la Queja de Derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31° de la presente Ley;
   2. De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad, conforme al Código Procesal Civil;
   3. De la revisión del control constitucional de orden difuso de que trata la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Art. 14° de esta ley en vía de casación o de consulta en los procesos civiles, de familia, de menores, del niño y del adolescente, mercantiles, y demás que correspondan a su competencia conforme a ley.
b) Como Corte de segunda instancia de grado:
   1. De los procesos iniciados y fallados por las Cortes Superiores en las materias de su competencia; y,
   2. De los procesos sentenciados en primera instancia originaria en la Sala Constitucional y Social de la propia Corte Suprema.
c) Como Corte de primera instancia de fallo:
   1. Los procesos por responsabilidad civil contra los Vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores y contra Vocales del Consejo Supremo de Justicia Militar, Fiscal de la Na-

ción, Fiscales Supremos y Superiores, y otros funcionarios, conforme a la Constitución y las leyes;
2. De los demás procesos que señale la ley."

"Artículo 34°.- Las Salas Penales conocen:
a) Como Corte de Casación:
1. De los recursos de casación de su competencia concedidos con arreglo a ley por las Cortes Superiores, contra las sentencias y demás resoluciones expedidas por éstas en segunda instancia y los que la propia Sala determine discrecionalmente por vía de la queja de derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31 de la presente ley;°
2. De las contiendas de competencia, transferencia de competencias y de los conflictos de autoridad, conforme a la ley procesal penal de la materia; y,
3. De la revisión del control constitucional de orden difuso de que trata la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Art. 14° de esta ley en vía de casación o de consulta en los procesos penales de su competencia conforme a ley.
b) Como Corte de segunda instancia de grado:
1. De los recursos de apelación concedidos por las Cortes Superiores contra las sentencias y resoluciones expedidas éstas en primera instancia en los procesos ordinarios y en los juzgamientos orales;
2. De la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en los arts. 99° y 100° de la Constitución, Fiscales y Vocales Superiores, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que excepcionalmente señale la ley;
3. De las extradiciones activas y pasivas; y,
4. De los demás procesos previstos en la ley."

"Artículo 35°.- La Sala Constitucional y Social conoce:
a) Como Corte de Casación:
1. De los recursos de casación de su competencia concedidos con arreglo a ley por las Cortes Superiores, contra las sentencias y demás resoluciones expedidas por éstas en segunda instancia en las acciones contenciosa-administrativas y las que la propia Sala

determine discrecionalmente por vía de la queja de derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31° de la presente ley ;

2. De los recursos de casación constitucional de su competencia concedidos con arreglo a ley por las Cortes Superiores, contra las sentencias y demás resoluciones expedidas por éstas en segunda instancia de las acciones constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento y los que la propia Sala determine discrecionalmente por vía de la queja de derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31° de la presente ley;
3. De los recursos de casación en materia Laboral y Agraria concedidos por las Salas Laborales y Agrarias de las Cortes Superiores, cuando la ley expresamente lo señala y los que la propia Sala determine discrecionalmente por vía de la queja de derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31° de la presente ley;
4. Del recurso de casación en las acciones de expropiación, cuando ello sea concedido por las Cortes Superiores, conforme a ley, sin perjuicio de la facultad discrecional que la propia Sala determine por vía de la queja de derecho en atención a lo dispuesto en el Art. 31° de la presente ley; y,
5. De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad que le son propios;
6. De la revisión del control constitucional de orden difuso de que trata la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Art. 14° de esta ley en vía de casación, casación constitucional o de consulta en los procesos administrativos, constitucionales, laborales, agrarios y de cualquier otra especialidad que además correspondan a su competencia conforme a ley.

b) Como Corte de segunda instancia de grado:

1. De los recursos de apelación concedidos por las Cortes Superiores contra las sentencias y resoluciones expedidas éstas en primera instancia en los procesos constitucionales de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, Acción Popular y en las acciones contencioso-administrativas que ellas conocen en primera instancia conforme a la ley de la materia;
2. De los recursos de apelación contra las sentencias y demás resoluciones concedidos por la Sala Civil de la Corte Suprema en los procesos por responsabilidad civil en los casos señalados en el inciso c), apartado 1 del artículo 33° de esta ley;

3. De los recursos de apelación contra las sentencias y demás resoluciones concedidos por la Sala Penal de la Corte Suprema en los procesos penales de que trata el Inc. b), apartado 2 del Art. 34° de esta ley; y,
4. En los demás asuntos que establece la ley para los efectos de la segunda instancia de las causas administrativas, constitucionales, laborales, agrarias y sociales.

c) Como primera instancia de fallo:
1. En primera instancia de las acciones contencioso-administrativas, en los casos que la ley de la materia así lo establezca;

d) Como última instancia de revisión administrativa:
1. De los recursos de revisión administrativa frente a las resoluciones del Tribunal Fiscal, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General de la República, Banco Central de Reserva y demás instituciones administrativas, autónomas o no, respecto de las cuales la ley conceda expresamente recurso de revisión, el mismo que se denominará y conocerá como "Recurso de Revisión Administrativa".

En tales casos, la Sala Constitucional y Social procederá como suprema instancia administrativa, decidiendo el proceso administrativo según corresponda.

Resuelto el mismo, queda expedito el derecho del reclamante para proceder conforme a lo dispuesto en el Art. 148° de la Constitución, y en concordancia con lo dispuesto en el Art. 23° de esta ley, y ante la autoridad judicial competente, conforme a ley."

"Artículo 39°.- Las Salas de las Cortes Superiores resuelven en segunda y última instancia, con las excepciones que establezca expresamente la ley para el recurso de casación."

"Artículo 40°.- Las Salas Civiles conocen:
[...]
6. De los recursos de apelación contra las resoluciones expedidas por los Ejecutores Coactivos, conforme a ley; y,
7. De los demás procesos que establece la ley."

"Art. 41°.- Las Salas Penales conocen:
[...]

1. Del juzgamiento oral y sentencia en primera instancia de los procesos ordinarios y los establecidos por la ley [...];"

"Art. 42°.- Las Salas Laborales conocen:
1. En grado de apelación, las causas resueltas en primera instancia, por los Juzgados de Trabajo;
2. En grado de impugnación de los laudos arbitrales expedidos en un procedimiento de negociación colectiva;
3. En primera instancia, las acciones contencioso-administrativas y de la acción popular, en materia laboral, conforme a ley;
4. En primera instancia de las acciones constitucionales de Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, cuando la afectación de los derechos provenga de una orden judicial de un Magistrado Laboral, cualquiera sea su jerarquía, los archivos se encuentren en la especialidad laboral del Poder Judicial o la autoridad que deba cumplir lo que se le requiere pertenezca a la especialidad laboral del Poder Judicial, conforme al Art. 1° de la Ley N° 26301;
5. De las contiendas de competencia promovidas entre Juzgados de Trabajo del mismo Distrito Judicial y entre éstos y otros Juzgados de distinta especialidad de su jurisdicción territorial;
6. De los conflictos de autoridad entre los Juzgados de Trabajo y autoridades administrativas en los casos previstos por la ley;
7. De las quejas de derecho por denegación del recurso de apelación;
8. De las contiendas de competencia elevadas por el Juez de su circunscripción, que hubiere promovido un Juez de otro Distrito Judicial; y,
9. De los demás asuntos que establece la ley."

"Artículo 43°.- Las Salas Agrarias conocen:
1. En grado de apelación, los procesos resueltos por los Juzgados Agrarios;
2. En primera instancia, las acción contencioso-administrativa y la acción popular, en materia agraria, conforme a ley.
3. En primera instancia de las acciones constitucionales de Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, cuando la afectación de los derechos provenga de una orden judicial de un Magistrado Agrario, cualquiera sea su jerarquía, los archivos se encuentren en la especialidad agraria del Poder Judicial o la autoridad que deba cum-

plir lo que se le requiere pertenezca a la especialidad del Poder Judicial, conforme al Art. 1° de la Ley N° 26301;
4. De los conflictos de autoridad entre Juzgados Agrarios y autoridades administrativas, en los casos previstos por la ley;
5. De las contiendas de competencia entre Juzgados Agrarios o entre éstos y otros Juzgados de distinta especialidad de su jurisdicción territorial;
6. De las quejas de derecho por denegatoria del recurso de apelación; y,
7. De los demás asuntos que señala la ley."

"Artículo 46°.- Son Juzgados de primera instancia, las siguientes especialidades:
1. Juzgados Civiles;
2. Juzgados Penales;
3. Juzgados de Trabajo;
4. Juzgados Agrarios; y,
5. Juzgados de Familia.

El órgano de gobierno de la Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros Juzgados de primera instancia de distinta especialidad a los antes señalados, definiendo su competencia.

En los lugares donde no hay Juzgados de una determinada especialidad, el despacho es atendido por un Juzgado Mixto, con la competencia que señale el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Los Juzgados de primera instancia se denominan: "Juzgado [...]" sucediéndole directamente la denominación de la especialidad de que se trate y la provincia de su ubicación, antecediéndole el cardinal que corresponda salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, en cuyo caso se denominará "Juzgado Mixto de [...]" con la mención a la provincia de su ubicación.

Todos los Juzgados antes señalados tienen la misma jerarquía."

"Artículo 47°.- En cada Provincia hay cuando menos un Juzgado de especialidad determinada o Mixto. Su sede es la Capital de la Provincia y su competencia provincia, salvo disposición distinta de la ley o del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Si son más de uno de la misma especialidad, se distinguen por numeración cardinal correlativa.

El órgano de gobierno Distrital organiza el sistema de distribución de causas entre Juzgados de la misma especialidad."

"Artículo 48°.- Hay Jueces de primera instancia de especialidad determinada o Mixtos, y supernumerarios en las Provincias, a razón de uno por cada seis Jueces de esa jerarquía, a quienes reemplazan en caso necesario."

"Artículo 49°.- Los Juzgados Civiles conocen:

1. De los asuntos en materia civil, familiar y mercantil que no sean de competencia de otros Juzgados de especialidad determinada ;
2. De las Acciones de Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, conforme a ley, que no sean de competencia de otros Juzgados de especialidad determinada ;
3. De los asuntos que les corresponden a los Juzgados de Familia, de Trabajo y Agrario, en los lugares donde no existan éstos;
4. De los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los Distritos Judiciales;
5. En grado de apelación los asuntos de su competencia que resuelven los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Paz No Letrados, donde no existan aquéllos, conforme a ley; y,
6. De los demás asuntos que les corresponda conforme a ley."

"Artículo 50°.- Los Juzgados Penales conocen:

1. De los procesos penales de su competencia, con las facultades y los trámites señalados por ley;
2. De las Acciones de Hábeas Corpus;
3. En grado de apelación, los asuntos de su competencia que resuelven los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Paz No Letrados en los lugares donde no existan aquéllos; y,
4. De los demás asuntos que les corresponda conforme a ley."

"Artículo 51°.- Los Juzgados de Trabajo conocen:

1. Las acciones derivadas por pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos plantean los trabajadores o los empleadores, dentro del régimen laboral de la actividad privada, con vínculo contractual vigente o disuelto, o como consecuencia jurídica del mismo, conforme a la ley de la materia;
2. De las acciones en materia de Seguridad Social;

3. De las diligencias preparatorias destinadas a obtener la prueba de algún derecho de carácter laboral;
4. De la ejecución de resoluciones administrativas, laudos arbitrales, que señala la ley; y,
5. De los demás asuntos que les correspondan conforme a ley."

"Artículo 52º.- Los Juzgados Agrarios conocen:
1. De los procesos ordinarios, sumarios, especiales o de cualquier otra denominación que correspondan a su especialidad, conforme a ley de la materia;
2. De los procesos de expropiación de predios rústicos;
3. De los procesos ejecutivos, por préstamos otorgados con fines agropecuarios o de comercialización de productos agrarios; y
4. De los demás asuntos que les correspondan conforme a ley."

"Artículo 53º.- Los Juzgados de Familia conocen:
1. De la investigación, protección y asistencia de menores en estado de abandono, peligro moral y otras situaciones que señala la ley;
2. De la investigación y aplicación de medidas de protección en favor de menores, por actos reprobados por la ley; y
3. De los demás asuntos preventivos y tutelares que determina el Código del Niño y del Adolescente y conforme a ley."

"Artículo 54º.- Hay Juzgados de Paz Letrados para conocer asuntos civiles y penales en los Distritos que solos o unidos a otros, alcancen los volúmenes demográficos rurales y urbanos y reúnan los requisitos que establezca el órgano de gobierno del Poder Judicial. La sede del Juzgado es determinada por el órgano de gobierno Distrital respectivo."

"Artículo 55º.- La competencia territorial de los Juzgados de Paz Letrados la establece el órgano de gobierno del Poder Judicial.

El órgano de gobierno Distrital fija, además, el sistema de distribución de procesos entre los Juzgados de Paz Letrados cuando sea necesario.

Asimismo el órgano de gobierno Distrital, puede disponer la especialidad determinada de los Juzgados de Paz Letrados, cuando así convenga para la mejor administración de justicia, y lo justifique la carga procesal.

Los Juzgados de Paz Letrados se denominan; "Juzgado de Paz Letrado de [...]" seguido del Distrito en que se halle ubicado, y antecedido del ordinal cuando ello corresponda."

"Artículo 57°.- Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

a) En materia civil:
   1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el órgano de gobierno del Poder Judicial;
   2. De las acciones de desalojo conforme a la cuantía que establezca el órgano de gobierno del Poder Judicial;
   3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros que establezca el órgano de gobierno del Poder Judicial;
   4. De las acciones relativas al derecho alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el órgano de gobierno del Poder Judicial;
   5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Civil o Mixto que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;
   6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establezca el órgano de gobierno del Poder Judicial;
   7. De los procesos de ejecución hasta la cuantía que señale el órgano de gobierno del Poder Judicial; y,
   8. De los demás que señala la ley.

b) En materia penal:
   1. De los procesos por faltas, expidiendo fallo apelable ante el Juez Penal o Mixto que corresponda; y,
   2. De los demás asuntos que señala la ley."

"Artículo 59°.- Las resoluciones de Juzgados de Paz Letrados y Juzgados de Paz, son conocidas en grado de apelación por los respectivos Juzgados de la especialidad determinada o Mixtos, según corresponda."

"Artículo 290°.- En todos los procesos, sin necesidad de intervención directa de su cliente, el Abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos que autorice el ejercicio de una representación judicial general, con excepción de aquellos que impliquen el ejercicio de actos de disposición para los que se requiere poder expreso, especial o general, conforme a la ley de la materia.

No se incluye en esta representación judicial la facultad de interponer recursos ordinarios o extraordinarios de impugnación que, conforme al Art. 11° de esta ley, constituye acto de disposición del justiciable sólo delegable por poder expreso."

Artículo 3°.- Asimismo, modifíquense los arts. 384°, 385°, 386°, 390°, 391°, 394°, 398° y 542° del Código Procesal Civil, los que quedarán redactados del siguiente modo:

"**Artículo 384°.- *Fines de la casación*.- Son fines de la casación en los procesos que regula el presente Código, los señalados en el Art. 31° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**"

"Artículo 385°.- Resoluciones contra las que procede el recurso.- Solo procede el recurso de casación contra:

1. Las sentencias expedidas en segunda instancia por las Cortes Superiores en los procesos de conocimiento, procesos abreviado de conocimiento y proceso de Ejecución.
   En los demás procesos, sólo se podrá conceder recurso de Casación por vía de la Queja de Derecho, siempre que, denegado el recurso por la Corte Superior, se declare fundada la correspondiente Queja de Derecho por la Corte Suprema en uso a la facultad discrecional de que está investida de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1) del Inc. a) del Art. 33° de la Ley Orgánica del Poder Judicial;
2. Las resoluciones expedidas por las Cortes Superiores que, en grado de apelación, ponen fin al proceso; y
3. Las resoluciones que la ley señale."

"Artículo 386°.- Causales.- Son causales para interponer Recurso de Casación:

1. El error en la aplicación indebida o inaplicación debida, o la falsa interpretación, de la norma de derecho material que corresponda, y que constituya insalvable error en el juzgamiento en al caso bajo juzgamiento;

2. Los errores de procedimiento, por quebrantamiento esencial de forma, que constituyan real afectación de las garantías constitucionales de la administración de justicia, del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva, o esencial para la eficacia y validez de los actos procesales, y siempre que no haya sido posible su subsanación sin la afectación de los principios ya enunciados; y,
3. **La revisión del control constitucional de orden difuso de que trata la segunda parte del Art. 138° de la Constitución y el Art. 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial."**

"Artículo 390°.- *Concesión del recurso.-* La Corte Superior ante la que se interpone el recuso, apreciará el cumplimiento de los requisitos de forma de que trata el Art. 387° y lo concederá procediendo a la elevación de los actuados en el término de diez días. El incumplimiento o ausencia de alguno de ellos dará lugar a la denegación del mismo."

"Artículo 391°.- *Admisibilidad del recurso de casación.-* Concedido el recurso de casación por la Corte Superior, y elevados los actuados, la Sala que corresponda de la Corte Suprema decidirá en el auto correspondiente su admisibilidad o inadmisibilidad, apreciando de oficio o a petición de parte, con plena facultad discrecional, el estricto cumplimiento de los requisitos de fondo de que trata el Art. 388°. El incumplimiento de alguno de ellos, o la ausencia de razonabilidad de los fines de la Casación conforme a lo dispuesto en el Art. 384°, dará lugar al auto de inadmisibilidad debidamente motivado y la devolución de lo actuado por ante la Corte Superior de donde provenga, teniéndose por ejecutoriada la resolución contra la cual se interpuso el recurso."

"Artículo 394°.- *Actividad procesal de las partes.-* Durante la tramitación del recurso ante la Corte Suprema, la actividad procesal de las partes se limitará a la presentación de informes escritos y la acreditación del cambio o designación de la representación procesal o de apoderados, la prueba de la ley extranjera y su sentido, cuando ello sea pertinente.

Se permitirá la presentación de textos legales, de doctrina o de jurisprudencia. Se prohibe la presentación de nuevos medios probatorios en la Corte Suprema en el trámite del recurso de casación.

Para la determinación discrecional de la admisibilidad o

inadmisibilidad del recurso de casación no podrán las partes, ni sus abogados, solicitar informe oral.

La intervención del Ministerio Público, cuando ello sea pertinente, sólo se dispondrá una vez admitido el recurso de casación."

"Artículo 398°.- ***Multa por recurso no concedido, inadmisible o infundado.***- **Si el recurso fuese denegado por no haber sisado concedido o por ser declarado inadmisible, la Sala respectiva condenará a la parte que lo interpuso al pago de una multa no menor de tres ni mayor de diez unidades de Referencia Procesal.**

Si concedido y admitido el recurso, la sentencia en grado no fuese casada, el recurso será declarado infundado en todos sus extremos, disponiéndose la ejecutoriedad del fallo recurrido y la parte que la interpuso pagará una multa equivalente a una Unidad de Referencia Procesal. Si la resolución materia del grado confirmaba en todos sus extremos la de primera instancia, la multa será de dos unidades de referencia procesal.

Si se declara fundado en todo o en parte el recurso, y por lo tanto, se casa en todo o en parte la sentencia materia del grado, la parte que lo interpuso quedará exonerada de toda multa.

El pago de la multa será exigido de oficio por el Juez de la ejecución del fallo."

"Artículo 542°.- *Competencia.*- Es competente el Juez Civil del lugar donde se produjo el acto o se dictó la resolución administrativa de carácter particular.

Cuando la resolución objeto de la acción contencioso-administrativa es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter municipal o regional, o por los Organos del Gobierno de las Cortes Superiores, por las Salas Superiores en Facultad Administrativa, es competente en primera instancia la Sala Civil competente de la Corte Superior de Justicia del lugar que corresponda a donde se produjo el acto o se dictó la resolución administrativa de carácter particular.

Cuando la impugnación se refiere a Resolución Suprema de efectos particulares, o resoluciones de efectos particulares emanadas de las Asambleas Regionales, del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Fiscal o de los órganos de gestión de la Corte Suprema, o de los propios órganos jurisdiccionales de la Corte Supre-

ma en función administrativa, es competente en primera instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República."

Artículo 4º.- Deróguense los arts. 4º, 375º, último párrafo del Art. 377º, 400º y la Décima Disposición Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

Artículo 5º.- Asimismo, modifíquense los arts. 15º, 16º, 17º, 28º, 289º, 290º y 292º del Código de Procedimientos Penales, y agréguese a dicho texto legal el Art. 292º-BIS, los que quedarán redactados del siguiente.

"Artículo 15º.- La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conocerá de las resoluciones expedidas por las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia, contra las que se este concede el recurso de apelación o de casación, según sea el caso. Resolverá, igualmente, las quejas, cuestiones de competencia y de extradición, conforme a las leyes."

"Artículo 16º.- Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, y previas las formalidades que determina este Código en el Título respectivo, resolver el Recurso de Revisión Penal; y ejercitar administrativamente las facultades especiales de vigilancia en materia penal, sin perjuicio de las otras atribuciones que les acuerda la Ley Orgánica del Poder Judicial."

"Artículo 17º.- Para la instrucción y juzgamiento de los delitos a que se refiere el Inc. 4to. del Art. 34 º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema observará el procedimiento establecido en este Código, constituyéndose para el efecto en la Sala Penal del Supremo Tribunal la Sala Penal Especial con tres Vocales que sigan en antigüedad al Vocal Penal de Instrucción, y designando como tal al Vocal Supremo menos antiguo de dicha Sala Penal.

Tales designaciones corresponden al Presidente de la Sala Penal del Supremo Tribunal, quien no intervendrá en este Juzgamiento.

El recurso de apelación contra las decisiones del Vocal Penal de Instrucción serán conocidas y resueltas por la Sala Penal Especial.

El recurso de apelación contra las decisiones de la Sala Penal Especial serán conocidas y resueltas por la Sala Constitucional y Social, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial."

"Artículo 28º.- La Sala Penal dirimirá la competencia o resolverá la excepción de jurisdicción, sin más trámite que la audiencia al Fiscal

Superior. Si las copias remitidas se consideran insuficientes, puede el Tribunal pedir, por un breve término, la instrucción.

De la resolución de la Sala Penal, en caso de competencia o declinatoria de jurisdicción, procede el recurso de apelación.

Cuando se establece competencia entre jurisdicciones de diverso fuero, sobre el juzgamiento de un mismo delito o de delitos conexos, corresponde dirimirlas a las Salas Penales, si se trata de jueces instructores del mismo Distrito Judicial, y a la Sala Penal de la Corte Suprema, si se trata de jueces instructores de diverso distrito judicial o de competencias entabladas a la misma Sala Penal de que se trate."

"Artículo 289°.- Leída la sentencia, el acusado o el Fiscal Superior, podrán interponer recurso de apelación, pudiendo hacerlo en el acto o reservarse ese derecho hasta dentro de tres días siguientes de expedido el fallo, oportunidad en que sólo podrán hacerlo por escrito."

"Artículo 290°.- La parte civil puede interponer recurso de apelación, sólo por escrito, en el mismo término señalado en el Art. anterior y únicamente en cuanto al monto del a reparación civil, salvo el caso de sentencia absolutoria."

"Artículo 292°.- Procede el recurso de apelación la Sala Penal de la Corte Suprema:

1. Contra la sentencias expedidas por salas penales de las salas superiores en los procesos ordinarios; y,
2. Contra las resoluciones expedidas en primera instancia de las Salas Penales de las Cortes Superiores, y
3. Contra las demás resoluciones que permita la ley."

"Art. 292°.- BIS. Procede recurso de apelación ante las Sala Penales de la Cortes Superiores:

1. Contra la sentencia expedida en los Juzgados penales;
2. Contra la concesión de la condena condicional;
3. Contra los autos que resuelven excepciones, cuestiones previas, o prejudiciales;
4. Contra los autos o resoluciones definitivas expedidas por los jueces penales que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o la instancia;
5. Contra las sentencias expedidas por los juzgados penales en las acciones de Hábeas Corpus;
6. En los casos que la ley confiere expresamente dicho recurso.

En casos excepcionales de error en el juzgamiento o quebranta-

miento de forma esencial que implique violación del debido proceso no subsanables, la sala penal de la Corte Suprema por vía de recurso de queja, podrá disponer que se conceda recurso de casación de las sentencias y resoluciones de las salas penales expedidas en segunda instancia, o de la aplicación de la segunda parte del Art. 138° de la Constitución según lo desarrollado en el Art. 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 6°.- En tanto entre en vigencia el Código Procesal Penal, toda referencia al recurso de nulidad a que haga mención el Código de Procedimientos Penales como medio de impugnación de la sentencias y resoluciones expedidas por las Salas Penales en primera instancia, deberá entenderse como recurso de apelación.

Toda referencia que el Código de Procedimientos Penales haga a los *"Tribunales Correccionales"* deberán entenderse a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Artículo 7°.- Los procesos laborales que se hallen sustanciando los Juzgados de Paz Letrados, serán elevados en el día y bajo responsabilidad a los Juzgados de Trabajo, en el orden de competencia que indique la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial dentro del tercero día de vigencia de la presente ley.

Artículo 8°.- Modifíquese el Art. 14° de la Ley N° 25398, el mismo que quedará redactado del modo siguiente:

"Artículo 14° .- Cuando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los arts. 6° y 37° de la ley, o por su manifiesta improcedencia en cuanto al fondo o finalidad, o por falta de agotamiento de las vías previas, o por ausencia de legitimidad en el obrar, o por la ambigüedad de la demanda, el Juez debe rechazarlas de plano bajo responsabilidad. En tal caso, procede recurso de apelación con efecto suspensivo."

Artículo 9°.- Agréguese al Art. 1° de la Ley N° 23506 el siguiente párrafo:

"Artículo 1°.-

[...]

Son acciones constitucionales de garantía, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Amparo , la acción de Hábeas Data, y la acción de Cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el Art. 200° de la constitución."

"Artículo 21°.- El plazo para interponer el recurso de casación constitucional, es de dos días hábiles de notificado el fallo de la Corte Superior y sólo procede contra la denegación del Hábeas Corpus."

"Artículo 22°.- La Sala Penal de la Corte Suprema fijará para la vista de la admisibilidad del recurso de casación constitucional dentro de los cinco días hábiles siguientes de recibidos los autos, y escuchados del Procurador Público, de ser el caso, del actor y sus defensores, y la parte emplazada. El plazo para la resolución no podrá ser mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad."

"Artículo 35°.- Contra la resolución de la Corte Superior se puede interponer recurso de casación constitucional, dentro de los tres días de expedida la resolución Superior, dicho recurso, si cumple con los requisitos de forma y de fondo, será concedido y elevado el expediente a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República."

"Artículo 36°.- Elevados los autos a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, se seguirá el mismo trámite y se observarán los mismos plazos que los indicados en el Art. 22° de la presente ley, con la excepción de la solicitud de Vista Fiscal una vez admitido el recurso de casación constitucional el Fiscal Supremo deberá emitir dictamen en un plazo no mayor de 5 días hábiles, bajo responsabilidad."

Artículo 10°.- Modifíquense los arts. 102°, 157°, 158°, 159°, 160° y 161° del Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo N° 816, los que quedarán redactados del siguiente modo:

"Artículo 102°.-*Jerarquía de las normas. Conflicto normativo.*- Al resolver el Tribunal Fiscal deberá observar los principios de validez, legalidad y constitucionalidad de las normas aplicables al caso concreto, encontrándose vinculado a las mismas hasta que no sean controladas en la forma y modo que la Constitución establece.

En caso de conflicto normativo por razón del tiempo, materia, especificidad o jerarquía, el Tribunal Fiscal aplicará los criterios de interpretación e integración normativa comúnmente aceptados.

[...]

TITULO IV

DE LAS ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE EL PODER JUDICIAL

Artículo 157°.- *Acción Contencioso-Administrativa.*- Lo resuelto por el Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, constituyendo su resolu-

ción final una que causa estado a los efectos del Art. 148° de la Constitución.

Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal sólo el deudor tributario podrá interponer acción contencioso-administrativa, la que se regirá por las normas contenidas en el presente Título y, supletoriamente, por las del Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial; salvo el caso del Art. 112° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

La demanda sólo podrá ser presentada por el deudor tributario, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la notificación certificada de la resolución del Tribunal Fiscal al deudor tributario. Este plazo es de caducidad.

La demanda deberá contener tener peticiones concretas. Las que carezcan de estas, sean manifiestamente confusas o continentes de pretensiones absurdas deberán ser inadmitidas de plano, en resolución debidamente motivada. Su presentación, admisión y tramitación en ningún caso interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

La demanda se interpondrá ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, debiendo recaudarse a la misma, además de los requisitos de la ley de la materia, los establecidos en el Art. 158° del presente Código y la constancia de la fecha cierta de sus notificación. Las que se interpongan fuera del plazo de caducidad indicado en el párrafo anterior, será no serán admitidas de plano señalándose esta causal. Cuando la determinación de la fecha de notificación deba ser objeto de prueba, determinada por la Sala que la demanda se interpuso vencido el plazo de caducidad, en resolución motivada se dará por concluido el proceso en el estado en que se encuentre o se determinará la improcedencia de la demanda si su estado es el de emitirse sentencia.

Tribunal Fiscal, en caso que el demandante cumpla con los requisitos de admisibilidad establecidos en el presente Título, a requerimiento de la Sala Constitucional y Social, solicitará la remisión de lo actuado a la autoridad a la Administración Tributaria correspondiente, la que elevará todo lo actuado dentro del plazo improrrogable de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha cierta del requerimiento oficial, bajo responsabilidad funcional y administrativa. El Tribunal Fiscal remitirá lo actuado ante la Corte Suprema.

La interposición de la demanda contencioso-administrativa determina la improcedencia por causal de vía paralela de cualesquiera Acción de Garantía Constitucional contra la Resolución del Tribunal Fiscal o por sobre los hechos o actos tributarios materia de su conocimiento.

Artículo 158º.- *Requisitos de admisibilidad. Del deudor tributario.*- Para la admisión de la demanda contencioso-administrativa es, además, requisito esencial que el deudor tributario acredite el previo pago de la deuda tributaria o presente carta fianza bancaria por el monto de la misma, incluyendo gastos e intereses prudenciales.

Cuando se presente carta fianza bancaria, podrá solicitarse a la Sala Constitucional y Social oficie a la Administración Tributaria para la suspensión de la cobranza por el plazo de la misma, debiendo renovarse la carta fianza bancaria de modo previo a su vencimiento cada seis (6) meses por el mismo monto, debidamente actualizada a la fecha de la renovación.

La falta de renovación semestral de la Carta Fianza, de modo oportuno y antelado, dará lugar a la conclusión del proceso en el estado en que se encuentre y a la caducidad de la acción contencioso administrativa. En tal caso, la Sala Constitucional y Social en el día y de pleno derecho pondrá ello en conocimiento de la Administración Tributaria.

Artículo 159º.- *Tramite, medios probatorios y medidas cautelares.*- Admitida la demanda a trámite por la sala Constitucional y Social, se oficiará al Tribunal Fiscal para la remisión de los actuados administrativos que dan origen a la causa, y se correrá traslado a la Administración Tributaria, sustanciándose la causa como Proceso Sumarísimo de puro derecho. Sin embargo, las partes podrán presentar, en cualquier estado del proceso, medios probatorios instrumentales públicos y privados, los que serán valorados con arreglo al Código Procesal Civil.

La defensa de la Administración Tributaria correrá a cargo del Procurador Público habilitado al efecto, a menos que se trate de entidad pública con personería jurídica propia, en cuyo caso la demanda deberá entenderse con su representante legal, sin perjuicio de notificarse, además, en tal caso al Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Economía y Finanzas.

En todos los casos, además, deberá ponerse en conocimiento del Tribunal Fiscal la resolución admisoria o inadmisoria, la de caducidad del proceso y la sentencia que expida la Sala Constitucional y Social mediante oficio con transcripción de la resolución de que se trate.

En esta acción judicial sólo se podrán solicitar y obtener, bajo sanción de nulidad, y responsabilidad funcional, medidas cautelares de naturaleza registral o inscribibles. En ningún caso podrá concederse como medida cautelar la exoneración total o parcial de la deuda tributaria materia del proceso.

Artículo 160°.- *Informe oral y alegatos.*- Concluida la Audiencia Única, las partes dispondrán de diez (10) días hábiles para formular sus alegatos escritos y solicitar el uso de la palabra a fin de informar oralmente, lo que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 161°.- *Dictamen Fiscal, resolución y apelación.*- La Sala Constitucional y Social, expedita que sea la causa para ser sentenciada, solicitará dictamen fiscal ilustrativo.

Emitido dictamen fiscal, expedirá resolución en un plazo no mayor a treinta (30) hábiles con posterioridad a la vista de la causa.

Expedida sentencia, podrán las partes recurrir en apelación a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el término de cinco días de notificada con fecha cierta.

La Sala Civil expedirá sentencia en segunda instancia, sin más trámite que el correspondiente dictamen fiscal y el plazo de alegatos e informe oral, si fuera solicitado, conforme a lo previsto en el artículo anterior.

La Sala Civil expedirá sentencia en segunda instancia, definitiva y con calidad de cosa juzgada material, en el mismo plazo que el señalado en el segundo párrafo del presente artículo.

Contra lo resuelto por la Sala Civil no cabe recurso ni acción ulterior alguna, ni le es aplicable lo previsto en el Art. 178° del Código Procesal Civil.

Artículo 11°.- Modifíquense la primera parte de Art. 41° y la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobada por Ley N° 26435, la misma que quedará redactada en los términos siguientes:

"Artículo 41°.- El Tribunal Constitucional conoce del Recurso Extraordinario Constitucional que se interponga en última y definitiva instancia contra las resoluciones de la Corte Suprema denegatoria de las acciones de garantía de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. Pueden interponer el recurso el demandante, los terceros legitimados con apersonamiento previamente ad-

mitido en el proceso, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo. (..)"

"CUARTO.- En tanto se aprueben las leyes orgánicas que regulen las acciones de garantía constitucionales previstas en los incisos 1, 2, 3 y 6 del Art. 200° de la Constitución los procesos judiciales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento se rigen por las leyes N° 23506, sus modificaciones y complementarias, y N° 26301, en concordancia con las siguientes disposiciones:

1. Las acciones de garantía constitucional se interponen ante el Juzgado Civil o Penal según corresponda.

2. La Corte Superior conoce los procesos constitucionales de garantía en segunda y última instancia, en vía de apelación. Contra la resoluciones denegatorias de esta en materia de Hábeas Corpus, procede el recurso de casación constitucional ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Contra la Resolución de la Corte Superior, estimatoria o denegatoria, en materia de Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento procede recurso de casación constitucional que prevee el Art. 35° de la Ley N° 23506, en los términos allí expresados.

3. Tratándose de la Acción de Hábeas Corpus, si la afectación de Derechos se origina una orden judicial el proceso se tramita conforme a lo previsto en el Art. 15° de la Ley N° 23506, con las modificaciones que contiene la Ley N° 25398. Contra la resolución que expide la Sala Penal procede recurso de apelación ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

4. Tratándose de las acciones de Amparo, Hábeas Data, y Acción de Cumplimiento, si la afectación de derechos se origina en una orden judicial, el proceso se tramita conforme a lo dispuesto en el Art. 29° de la Ley N° 23506. Contra la resolución que expida la Sala Civil de la Corte Superior, procede recurso de apelación ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

5. Contra las resoluciones denegatorias que expida la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en materia de acción constitucional de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, procede el Recurso Extraordinario de Revisión, de orden constitucional, ante el Tribunal Constitucional, que prevé el Art. 41° de esta ley."

Artículo 12º.- Deróguense o déjese en suspenso, según sea el caso, toda disposición legal en cuanto se oponga la presente ley.

Artículo 13º.- La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano». Será de aplicación inmediata a los procesos en trámite, aun cuando hayan sido sentenciados, en tanto no se encuentren ejecutoriados.

Los Recursos Extraordinarios de Revisión concedidos por las Cortes Superiores o la Corte Suprema ante el Tribunal Constitucional permanecerán allí hasta su instalación definitiva y correspondiente resolución .

DADO EN LA CASA DE GOBIERNO EN LIMA ,
A LOS [...] DIAS DEL MES DE [...]
EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA
POR TANTO
MANDO SE PUBLIQUE Y CUMPLA
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS DE LA PRESIDENCIA
MINISTRO DE JUSTICIA

****

Breves notas sobre el concepto de acción

Carlos Alberto Matheus López

«La justicia es una señora, que el que
con ella canta, pronto llora»
Antiguo refrán español

I. Nociones previas

Realmente existen contados temas en el ámbito del Derecho Procesal Civil, en el que existan opiniones tan contrapuestas y diversas como en el concepto de acción, razón por la cual su explicación relativamente compleja y dificultosa[1], ha contribuido a oscurecer el desarrollo pleno de su contenido. En tal sentido, podemos afirmar con Pekelis, que la instintiva y espontánea falta de certeza, como la unidad del uso del término acción, parece contener en sí misma la diversidad e incertidumbre de las diversas concepciones que se disputan aún en nuestros días el campo de los estudios jurídicos.[2]

Es por todo lo antes expresado, que algún sector de la doctrina ha preferido renunciar a la determinación de este concepto, señalando la irrelevancia práctica de la idea de acción sobre la que tanto se ha discutido, sin haberse preguntado antes en qué medida influiría en las consecuencias jurídicas el concebirla de una u otra manera, o aun tan sólo hacer referencia a ella.[3]

---

1 Jaime Guasp Delgado, **La Pretensión Procesal**, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 49; en este sentido Nicola Jaeger, ***Diritto Processuale Civile***, Seconda edizione aggiornata, Unione tipografico-editrice torinese, 1943, pp. 93-94, afirma que «pocos problemas de derecho procesal han provocado tanta abundancia de opciones y argumentaciones».

2 Alejandro Pekelis, «Acción» en **Revista de Derecho Procesal**, N° 2, Ediar editores, B. Aires, 1948, p. 116.

3 Enrico Allorio, **Problemas de Derecho Procesal**, Vol. I, Trad. De Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, B. Aires, 1963, p. 117; de igual modo Enrico Allorio, «Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal» en **Revista de Derecho**

Ante tal opción teórica, no nos queda otra alternativa más que rechazarla pues, como bien señala Morón en relación a este concepto, «su fijación, o al menos el intento de lograrla, es tarea que el jurista no debe abandonar, porque está en juego no un concepto jurídico cualquiera sino un concepto jurídico referido a la libertad de la persona en un sistema politico democrático y de libertades».[4]

Por otro lado, dada tal indeterminación en la doctrina, surgió una tendencia encabezada por Calamandrei, dirigida a relativizar el concepto de acción dado que, a su parecer, las diversas teorías que todavía luchan en torno a este último concepto, encuentran su justificación histórica en el momento presente, puesto que cada una de ellas debe entenderse relativa a una de entre las diversas concepciones de las relaciones entre Estado y ciudadano, por lo que las distintas teorías no pueden considerarse, en sí mismas, ni absolutamente verdaderas ni absolutamente falsas, dado que recogen desde distintos puntos de vista diversas porciones de verdad[5].

Se acepta con ello «la historicidad del concepto de acción y [...] que los contenidos a los cuales viene referido no pueden ser considerados de manera independiente dada la concreta estructura de los singulares ordenamientos positivos y de las conceptualizaciones que lo acompañan».[6]

Pese a lo antes señalado, a nuestro parecer, si bien es cierto que el legislador podrá modificar la regulación concreta de la acción, dándole un alcance mayor o menor, suprimiéndola o concediéndola con mayor amplitud, lo que no puede hacer jamás es modificar su concepto,[7] razón por la cual no podemos aceptar de modo alguno tal relatividad conceptual.

Procesal, Ediar S.A. editores, B. Aires, 1951, p. 91, propugna el carácter estérilmente teórico de la acción.

4 Manuel Morón Palomino, **Derecho Procesal Civil**, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 134.

5 Piero Calamandrei, «Sobre la relatividad del concepto de acción» en **Estudios sobre el Proceso Civil**, Trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial bibliográfica argentina, B. Aires, 1945, p,. 139; en contra Allorio, Problemas [...], *op.cit.*, p. 117, nos señala que la constatación de la relatividad de la acción no puede quedar como fin en si misma, debiendo mas bien desembocar en la convicción del carácter estérilmente teórico de este concepto.

6 Ricardo Orestano, «L'azione in generale» en **Enciclopedia del Diritto**, Vol. IV, Giuffrè-editore, Varese, 1959, p. 821. Nos señala adicionalmente el autor que «solo refiriéndose a ordenamientos concretos es posible, a nuestro parecer, tratar de la acción».

7 Manuel Serra Dominguez, **Estudios de Derecho Procesal**, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, p. 123. Con tal parecer, afirma adicionalmente que «el concepto de acción debe ser

II. Primeros esfuerzos doctrinales

Debemos inicialmente señalar, que en la concepción romana la acción y el derecho subjetivo son una misma cosa y precisamente en ese orden, primero la acción, y luego el derecho subjetivo,[8] no existiendo por ello en esta época teoría alguna que busque explicar el alcance y contenido de la acción.

Recién con Savigny, al invertirse los términos hasta entonces aceptados desde el Derecho romano, pasando así a primer lugar el derecho subjetivo, y apareciendo sólo despues el derecho de acción,[9] es que se inicia la tentativa de autonomizar el concepto de acción, respecto al derecho subjetivo, conceptuando este autor a la acción como el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su lesión, esto es, el derecho en estado de defensa, considerado como momento en el proceso de la vida de los derechos no como derecho por sí mismo,[10] negándose así en todo momento a la acción la calidad de derecho autónomo.[11]

Es a mitad del siglo XIX que Windscheid, al contraponer el ordenamiento jurídico romano con aquel vigente entonces en Alemania, y deducir la incompatibilidad entre la *actio* romana y la *klagerecht* germánica,[12] pone de relieve el error de interpretación realizado anteriormente por Savigny en relación a esta primera institución, con lo que genera la repulsa inmediata de Muther, la cual se centra esencialmente en la interpretación histórica realizada, desembocando en una concepción de la acción que aún perdura, de una u otra manera, hasta nuestros días.[13]

---

por necesidad único, y no son precisamente los avatares políticos, sino las discusiones científicas las que han complicado el problema, ocultando su aparente sencillez».

8 Juan Montero Aroca, **Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano**, Enmarce E.I.R.L., Lima, 1999, p. 131.

9 Montero, *op. cit.*, p. 132.

10 Pekelis, *op. cit.*, p. 141; en similar sentido Serra, *op. cit.*, p. 124, nos indica que Savigny entiende por acción el derecho a la tutela judicial derivada de la violación de otro derecho; con igual parecer Morón, *op. cit.*, p. 136, afirma que para Savigny la acción no es mas que el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su violación; finalmente, con el mismo criterio Montero, *op. cit.*,p. 132, nos señala que la acción para Savigny, es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado, constituyendo un momento del derecho subjetivo.

11 Pekelis, *op. cit.*, p. 145.

12 Joaquín Silguero Estagnan, **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos**, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 60-61.

13 Serra, *op. cit.*, pp. 124-125.

En tal sentido, para Windscheid la *actio* no es la facultad de invocar tutela para un derecho sino sólo la facultad de imponer la propia facultad en vía judicial, y el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de los derechos, sino de las pretensiones judicialmente perseguibles[14] y, en tal sentido, en Roma lo decisivo no era tener derecho sino poder accionar.[15] Por ello, en cualquier caso, el derecho subjetivo y la acción siguen siendo una misma cosa, manteniéndose en el campo del derecho privado.[16] De esta manera, este autor puso las bases para configurar a la acción como un poder dirigido a la obtención de tutela judicial.

Por su parte, Muther considera que el derecho y la *actio* son dos derechos distintos, de los cuales uno es presupuesto del otro, si bien pertenecen a diversas esferas jurídicas, puesto que uno es público y el otro privado. En tal sentido, el ejercicio de la acción supone dos derechos: el del ofendido frente al Estado para la concesión de la tutela, que viene a ser el verdadero derecho de acción; y el del Estado frente al autor de la lesión, para la eliminación de ésta, donde ambos derechos, el privado y el público, no coinciden ni en su contenido -pues uno va dirigido a la restitución y el otro al respeto material del derecho- ni en el sujeto pasivo, que en la acción es el juez, como representante de la justicia estatal, y en el derecho es el obligado.[17] Corresponde así a este autor, el desarrollo de las bases para el posterior desarrollo de la autonomía de la acción, así como la consideración de su carácter público.

---

14 Serra, *op. cit.*, p. 125; con tal parecer Silguero, *op.cit.*, p. 62, nos destaca la existencia de un doble significado de la pretensión: como acto y como objeto de tutela por el derecho; siendo únicamente en este último sentido, como pretensión judicialmente perseguible, que puede concebirse a la acción.

15 Silguero, *op. cit.*, pp. 61-62. Con tal parecer nos señala el autor, que el hecho de que los romanos hablaran de *actio* en ese sentido, se explica principalmente en que en Roma, el ciudadano no recibía lo, que le asignaba el derecho, sino lo que le asignaba el *iudicium*. Por ello, lo verdaderamente decisivo era tener a su favor, no el derecho, sino el *iudicium*, esto es, no el tener un derecho, sino el poder accionar; de igual modo Serra, *op. cit.*, p. 125, afirma que para los romanos lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que señalaba el magistrado.

16 Montero, *op. cit.*, p. 133. En este sentido, debemos observar que se puede encuadrar a Windscheid aún dentro de una perspectiva monista de la acción.

17 Serra, *op. cit.*, pp. 125-126; con similar parecer Silguero, *op. cit.*, p. 64, nos señala que al ser el estado el sujeto obligado de la acción, ello nos lleva a configurar el derecho y la «*actio*» como dos derechos distintos, de los cuales uno es presupuesto del otro, si bien el primero es privado y el segundo es de carácter público.

III. Teorías sobre el concepto de acción

Dentro ya de la diversidad de planteamientos doctrinales en torno a la acción, y a efectos de su adecuado análisis, dividiremos en dos grupos las teorías existentes, en tanto busquen explicar la esencia misma de la acción, o traten de determinar el carácter de ésta.

3.1 Basadas en la esencia de la acción

Sin ánimo exegético alguno, podemos señalar las siguientes teorías:

A. Acción como derecho potestativo

Constituye mérito de Chiovenda, el desarrollo de una de las teorías más originales esbozadas en torno a la acción dentro de la doctrina procesal, basada principalmente en dos afirmaciones: 1) que la acción no es un derecho frente al Estado, sino frente al adversario, y 2) que aquella no es un derecho a una prestación, sino que es un derecho meramente potestativo, esto es, un poder jurídico de producir efectos jurídicos.[18] En tal sentido, la acción es el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional frente al adversario,[19] esto es, el derecho de una parte de provocar frente a otra la actuación jurisdiccional de la ley, generando en esta última no un deber sino una sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación.[20]

Por otra parte, si bien reconocemos los méritos de esta teoría,[21] consideramos que aquella resulta insuficiente para explicar el complejo fenómeno que la acción representa, y en tal sentido, esta no nos explica cuál es la relación del Estado con el derecho potestativo que se ejercita, ni cuál es el fundamento de la actuación de aquél en el proceso,[22] lo que sumado al hecho que esta última categoría doctrinal resulta hoy casi abandona-

18 Pekelis, *op. cit.*,p. 157; en igual sentido, Serra, *op. cit.*, p. 127.

19 Chiovenda, Giuseppe **Principios de Derecho Procesal Civil**, Vol. I, Cardenas editor y distribuidor, Mexico, 1989, p. 70 y ss; del mismo modo Serra, *op. cit.*, p. 127.

20 Calamandrei, *ob,.cit.*, p. 147.

21 Donde el mérito mas grande de esta teoría es el haberse basado en el concepto de poder jurídico (Pekelis, *op. cit.*, p. 159).

22 Calamandrei, ob,.cit., pp. 147-148; de forma similar Pekelis, *op. cit.*, pp. 157-158.

da,[23] nos hacen desistir definitivamente de cualquier posible adhesión a esta opción teórica.

B. Acción como derecho subjetivo público

Existe, por otro lado, un sector de la doctrina que con Rocco entiende que la acción no es un derecho potestativo, sino más bien un derecho público de obligación, esto es, un derecho que tiene por objeto una prestación de derecho público, y precisamente la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional.[24] Se entiende así, que la acción es un derecho subjetivo público y, por tanto, un derecho frente al Estado, el cual a través de sus órganos jurisdiccionales realiza la prestación de tutela con que tal derecho se satisface, constituyendo un derecho totalmente distinto a los derechos subjetivos privados.[25] Y con tal parecer, D'onofrio considera a la acción como un derecho subjetivo público dirigido hacia el Estado con efectos hacia la contraparte, el cual como consecuencia de su naturaleza pública es irrenunciable.[26]

Debemos, sin embargo, señalar que la opción teórica comentada parte de la premisa, a nuestro entender errónea, de equiparar el derecho subjetivo al poder jurídico, negando la existencia autónoma de poderes jurídicos fuera del ámbito del derecho subjetivo, y olvidando que «los dos términos interfieren, coordinándose o contraponiéndose, pero no se sobreponen o se destruyen».[27] Del mismo modo, si bien el derecho subjetivo público se adecúa correctamente a las relaciones de derecho público

23 Luis Diez Picazo Ponce de León; Antonio Gullón, **Sistema de Derecho Civil**, 5° edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 429-430. En este sentido, nos señala el autor que «en buena parte se quiere comprender bajo la rúbrica de «derechos potestativos» lo que son sólo reflejos de la capacidad general de obrar de la persona o de la autonomía privada», por lo que, «estas razones inducen a abandonar una categoría que, sin embargo, goza del favor de algún sector de la doctrina y jurisprudencia»

24 Ugo Rocco, **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Vol. I, Temis-De Palma, Bogota-B. Aires, 1983, p. 251 y ss.; del mismo modo Pekelis, *op. cit.*, p. 162.

25 Andrés De la Oliva; Miguel Angel Fernández, **Derecho Procesal Civil**, Vol. I, 4° edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, pp. 173-175.

26 Paolo D'onofrio, **Lecciones de Derecho procesal Civil**, Trad. José Becerra Bautista, Editorial Ius, Mexico, 1945, p. 118.

27 Angelo Lener, «Potere» en ***Enciclopedia del Diritto***, Vol. XXXIV, Giuffrè-editore, Varese, 1985, p. 636; con tal parecer Diez Picazo, *op. cit.*,p. 426, nos señala que «el derecho subjetivo se da dentro de una relación jurídica básica, lo que permite escindir la situación de poder de la misma y considerarla como una unidad independiente».

que pueden existir entre Estado y ciudadano, tal término únicamente se aplica en estricto a los derechos de los que sea titular la persona frente al Estado, no así al poder de acción, el cual se ejerce no sólo frente al Estado sino también frente a los demás sujetos que participan en el proceso.[28]

C. Acción como poder jurídico

Por otro lado, una gran parte de la doctrina conceptúa correctamente a la acción como un poder jurídico, entendiendo que aquella constituye el poder atribuido a los justiciables de provocar una sentencia por parte de los tribunales.[29] Y con tal parecer entiende Micheli a la acción, como un poder de iniciativa, cuyo ejercicio viene dirigido contra el órgano jurisdiccional, cuyo deber institucional de impartir justicia se hace concreto precisamente por el ejercicio del poder mismo, no siendo posible vincular al ejercicio mismo de este poder, el nacimiento de un deber de conducta por parte del adversario, el cual sufre la iniciativa procesal ajena.[30] De igual modo, Attardi define a la acción como el poder jurídico de poner en movimiento las condiciones para una decisión de comprobación sobre la existencia de la correcta voluntad de la ley invocada por el actor, sobre la fundamentación o no de la demanda.[31]

Por todo lo antes señalado, consideramos que la acción es un poder jurídico, más tal afirmación nos obliga a determinar qué entendemos por este concepto, y en tal sentido, podemos afirmar que el poder jurídico

28 En este sentido Diez Picazo, *op. cit.*, p. 428, afirma que «la calificación debe reservarse únicamente para los derechos de que es titular la persona frente al estado o administración pública».

29 Guasp, *op. cit.*,p. 52. Constituyendo para el autor un poder puramente político o administrativo si se quiere.

30 Gian Antonio Micheli, **Curso de Derecho Procesal Civil**, Vol. I, Trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, B. Aires, 1970, pp. 15-21.

31 Aldo Attardi, ***Diritto Processuale Civile***, Vol. I, Cedam, Padova, 1997, pp. 54-56. Resulta necesario señalar que el concepto antes indicado, lo entiende el autor referido principalmente para el proceso de cognición, variando ligeramente su concepto en los procesos de ejecución y cautelar, resultando la acción así en el primero, el poder de poner en movimiento las condiciones para proceder a la ejecución forzada, y en el segundo, el poder de poner en movimiento las condiciones para conseguir una medida que tutele el derecho afirmado del perjuicio que pueda verificarse por la duración del proceso.

constituye una situación jurídica abstracta y potencial, reconocida a todos los sujetos o a determinadas categorías de sujetos en orden a la satisfacción de un interés, propio o ajeno, jurídicamente relevante.[32]

Debemos adicionalmente diferenciar, dentro de las diversas categorías de poderes jurídicos que existen, el derecho subjetivo, la potestad y la acción.[33]

El derecho subjetivo constituye una situación jurídica concreta, la cual presupone una relación entre dos o más sujetos que toma el nombre de relación jurídica y que muestra por una parte al titular (o titulares) de la situación jurídica activa, y por otra al titular (o titulares) de la situación jurídica pasiva.[34]

Por su parte, la potestad se encuentra circunscrita únicamente a los supuestos en que el titular se encuentre investido de autoridad, y en este sentido podemos hablar de potestad jurisdiccional dado que aquella constituye una función de la soberanía, pudiéndola oponer al poder jurídico de acción, el cual no exige a los sujetos jurídicos, el ejercicio de funciones de autoridad.[35]

Por último, de todo lo expuesto, al ser la acción un poder jurídico, queda evidenciado que aquella se dirige contra el Estado, en su calidad de titular de la potestad jurisdiccional,[36] explicándose así que del ejercicio del

---

32 Temistocle Martines, ***Diritto Pubblico,*** Terza edizione riveduta e aggiornata, Giuffrè-editore, Milano, 1995, pp. 38. Señala adicionalmente el autor, que el poder es una figura jurídica subjetiva que pertenece tanto al campo del derecho privado, como al del derecho público, ubicando justamente en este segundo ámbito el poder de actuar en juicio para la tutela de los propios derechos subjetivos e intereses legítimos, con lo cual vendría a calificarse a la acción como un poder jurídico público.

33 Silguero, *op. cit.,* pp. 70-72; de forma similar Diez Picazo, *op. cit.,* pp. 425-426.

34 Martines, *op. cit.,* p. 39. Observa el autor como de la abstracción del poder jurídico, entendido como una situación jurídica potencial (donde resulta una situación abstracta y potencial dado que no se encuentra ligada a un interés actual, y que necesite por ello, una especificación en el momento en el cual el sujeto pretende perseguir o realizar su interés), se pasa a la concretitud del derecho subjetivo, comprendido como una situación jurídica actual (dado que la situación jurídica deviene actual, resulta necesario que el ordenamiento reconozca en cabeza de un sujeto la titularidad de un interés y el concreto poder de tutelar y hacer valer dicho interés en frente de los otros sujetos, lo cual se sustancia en la pretensión de un sujeto, reconocida y garantizada en vía directa por el ordenamiento jurídico, a que, a efectos de la realización o de la tutela de un interés, los otros sujetos pongan en movimiento un comportamiento comisivo u omisivo).

35 Silguero, *op. cit.*, p. 70.

36 Enrico Tullio Liebman, ***«L'azione nella teoria del processo civile»*** en ***Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti,*** Vol. II, Padova, Cedam, 1950, p. 447.

poder de acción se deriven obligaciones o cargas por parte del órgano jurisdiccional[37], pudiéndose observar que la acción constituye un poder pre-existente al proceso,[38] cuya naturaleza sobrepasa el ámbito de la ciencia procesal misma,[39] y se ubica en aquella área fronteriza existente entre el derecho y el proceso.[40]

3.2 Basadas en el carácter de la acción

Admitida la autonomía de la acción, la doctrina se ha inclinado a discutir si ésta posee un carácter concreto o abstracto[41], observándose así dos posiciones claramente diferenciadas.

A) Teoría concreta de la acción

Para Wach, propulsor inicial de esta corriente doctrinal, la acción constituye la pretensión o derecho a la tutela jurídica, entendida como el derecho al pronunciamiento de una sentencia favorable, pre-existente a la proposición misma de la demanda judicial, dirigida contra el Estado y también frente al adversario.[42]

Siendo seguido en tal parecer por algunos autores, como Calamandrei, quien entiende a la acción como un derecho subjetivo autónomo y concreto, es decir, dirigido a la obtención de una sentencia favorable.[43]

Sin embargo, pese a lo interesante de la presente opción doctrinal,[44]

---

37 Silguero, *op. cit.*, p. 72. Con tal parecer, ante el ejercicio de una facultad contenida en el poder de acción, como es la presentación de la demanda, se derivará por parte del órgano jurisdiccional la obligación de calificar tal demanda, admitiéndola o rechazándola, de ser el caso.

38 Liebman, *op. cit.*, p. 444.

39 De la Oliva, *op. cit.*, p. 174.

40 En contra Serra, *op. cit.*, pp. 141-142, considera que debe observarse la relación entre derecho y proceso, a partir del concepto de jurisdicción; por su parte Lorca Navarrete, Antonio María **Introducción al Derecho Procesal**, 2° edición, Madrid, Tecnos, 1991, p. 24, entiende a la acción como un hecho extraprocesal de naturaleza constitucional; y Fairen, *ob,. cit.*, p. 197, lo identifica con el derecho constitucional de petición.

41 Ricardo Orestano, **Azione. Diritti Soggettivi. Persone Giuridiche**, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 45; del mismo modo Zanzucchi, *op. cit.*, pp. 52-53.

42 Azione Orestano, **Diritti** [...], *op. cit.*, pp.39-40; del mismo modo Liebman, *op. cit.*, pp. 442-443.

43 Calamandrei, *op. cit.*, p. 135 y ss.

44 Consideramos que la teoría concreta de la acción, si bien tiene como objetivo la admirable intención del logro de la justicia en el proceso, por lo cual le resulta inconcebible que

no podemos adscribirnos a la teoría esbozada, puesto que concebir a la acción como el derecho a una sentencia favorable nos debería llevar a concluir, con esta misma lógica que la acción es el derecho de conceder razón aun cuando ésta no se tenga.[45] Además, esta teoría no explica la existencia previa de la acción en relación al proceso.[46]

B) Teoría abstracta de la acción

En esta perspectiva teórica la acción viene concebida como el derecho de las partes a acudir al órgano jurisdiccional, con el correspondiente desarrollo de un proceso y la obtención de una sentencia, independientemente del contenido de esta última.[47]

Con tal parecer, entiende Zanzucchi que la acción posee naturaleza abstracta e ideal porque es distinta de las pretensiones y de los derechos materiales a cuya realización tiende. Es más, al prescindir de estas pretensiones resulta del todo autónoma, pues ejercitado mi derecho de acción, el juez prestará necesariamente su actividad jurisdiccional, independientemente que estime o desestime mi pretensión.[48]

Y, por su parte, Ortells Ramos afirma que la existencia de un derecho a la actividad jurisdiccional no puede hacerse depender, ni de que la pretensión procesal sea favorable, ni de la certeza del derecho a la tutela jurisdiccional concreta afirmada, ni de la realidad del estado de hechos al que corresponde una actuación jurisdiccional del derecho.[49]

Y por todo lo antes expuesto, consideramos plenamente coherente y útil la presente opción teórica, a la cual nos adherimos, pues la concep-

---

una parte que posea el derecho no obtenga, a su vez, una sentencia estimatoria, olvida a su vez no solo la autonomía de la acción, sino la naturaleza instrumental del proceso, y la posibilidad efectiva de la falibilidad jurisdiccional, todo lo cual no priva necesariamente de justicia al proceso en sí mismo. Y en este sentido, «la posibilidad de que en el proceso se ejerciten acciones injustas con resultados positivos, no es problema que afecte a la acción sino a la jurisdicción» (Serra, *op. cit.*, p. 157).

45 Alessandro Levi, «*La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*» en ***Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti,*** Vol. I, Padova, Cedam, 1950, p. 93.

46 Con similar parecer Liebman, *op. cit.*, pp. 443-444; del mismo modo Silguero, *op. cit.*, p. 79.

47 Serra, *op. cit.*, pp. 129-131.

48 Marco Tullio Zanzucchi, ***Diritto Processuale Civile,*** Vol. I, Giuffrè-editore, Varese, 1947, p. 50.

49 Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos; Juan Gómez Colomer, **Derecho Jurisdiccional**, Barcelona, Bosch, 1994, p. 421. Reconociendo también los autores, el valor del contenido concreto que requiere la acción para su efectiva utilización.

ción abstracta de la acción, entendida como un poder jurídico de provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, con independencia del resultado mismo del proceso,[50] nos entrega una noción única de la acción, y por tanto válida para todo proceso jurisdiccional,[51] observándose además la clara distinción de este concepto frente al de pretensión, puesto que queda claro que la acción es un poder meramente procesal, mientras que la pretensión es una declaración de voluntad, la cual posee un obvio contenido sustancial.[52]

IV. Conclusiones finales

Podemos, finalmente, como producto del análisis de las diversas concepciones propugnadas en torno a la acción, y en aras de la determinación de un concepto que busque ser no solo técnico sino también adecuado, afirmar que aquella constituye el poder jurídico de naturaleza pública reconocido a todos los sujetos de derecho, para solicitar la actuación de la potestad jurisdiccional, a través de sus órganos respectivos.[53]

50 Jaeger, *op. cit.*, pp. 92-93.

51 En este sentido, el concepto de acción es único y válido para todos los campos de la actuación jurisdiccional, no pudiéndose por ello hablar de acciones particulares, tales como «acción petitoria de herencia», «acción reivindicatoria», «acción de nulidad», etc. Siendo plenamente posible hablar de pretensiones diversas, las cuales si son múltiples y específicas, mas ello no sucede con la acción, la cual es única.

52 Zanzucchi, *op. cit.*, p. 57.

53 Debe por ello entenderse el concepto de acción contenido en el tenor del artículo 2° de nuestra norma procesal, como referido en estricto al poder jurídico, a efectos de lograr la plena coherencia conceptual de la figura.

Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso

Nelson Reyes Ríos

I. Concepto jurídico de alimentos

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua,[1] constituyen alimentos cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos.

Sin embargo, toda persona humana, como sujeto de este derecho esencial, requiere además de subsistir, desarrollarse como tal, para lo cual necesita de otros factores esenciales como: salud, educación, vivienda, recreo, entre otros, y es en razón de ello que en el campo del Derecho se ha elaborado un concepto jurídico con un sentido más amplio, que es recogido por las legislaciones de cada país.

En el caso del Perú, el artículo 472° del Código Civil,[2] aplicable en forma genérica para adultos, ha sido modificado para los casos de menores por el Código de los Niños y Adolescentes[3] (artículo 101°), con el siguiente texto: «Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se consi-

1 Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 1992. Vigésima Primera edición. Editorial Espasa Calpe Sociedad Anónima.

2 **Código Civil**: Editora Normas Legales Sociedad Anónima. Tercera Edición – abril de 1997. Trujillo - Perú

3 Edwin Sevillano Altuna, Victoria Mendoza Otiniano: **Código de los Niños y Adolescentes.** Editora Normas Legales Sociedad Anónima . 1994 – Trujillo Perú.

dera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post- parto».

Por consiguiente, existe un concepto jurídico de los alimentos, como se comenta en la Enciclopedia Jurídica OMEBA,[4] indicando que «comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra - por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción».

Este criterio está sustentado en la Declaración de los Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, normas internacionales que el Perú suscribió, convirtiéndolas en ley interna, como se consagra en el artículo 55° de la Constitución Política[5] «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

En cuanto a la Declaración de los Derechos Humanos[6], suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A, y aprobada en el Perú por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959, establece en su artículo 3°: «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». El artículo 25°, inciso 1: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.» Inciso 2°: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.»

En cuanto a la Declaración sobre los Derechos del Niño[7], proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 por Resolución N° 1383, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990 y aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278 con fecha

4 **Enciclopedia Jurídica Omeba**: Tomo I, p, 645, Driskill Sociedad Anónima- 1986. Buenos Aires - Argentina.

5 **Constitución Política del Perú**.- Edición Oficial 1993.

6 **Declaración de los Derechos Humanos**.- suscrita y proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

7 **Declaración de los derechos del Niño** proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

3 de agosto del mismo año, ratificada por el señor Presidente de la República con fecha 14 de agosto de 1990, entra en vigencia en el Perú como ley interna con fecha 2 de setiembre del referido año. Este instrumento internacional contiene disposiciones expresas sobre el derecho de alimentos de los niños, sobre la base de los siguientes principios:

> Principio 2: «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá, será el interés superior del niño.»
>
> Principio 4: «El niño debe gozar de los beneficios de la Seguridad Social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán brindarles tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y post-natal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados».

En consecuencia, los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico mental y psicológico, por cuya razón considero que toda omisión en su cumplimiento es un verdadero atentado contra los Derechos Humanos.

II. Naturaleza jurídica de los alimentos

Con el análisis de este tema tratamos de precisar las propiedades, principios o reglas jurídicas aplicables a los alimentos. ¿Cómo considerar a los alimentos en el campo del Derecho? Dentro del campo genérico, se le considera como una obligación, si fuera así, surge la pregunta de rigor ¿serán validas las reglas del derecho de obligaciones, se le puede considerar como una obligación común, especial o mixta? En definitiva, ¿de qué naturaleza jurídica está considerada los alimentos? .

Por lo tanto, habiéndose analizado el concepto jurídico de alimentos, también resulta necesario precisar su naturaleza jurídica. Al respecto, la Enciclopedia Jurídica Omeba[8] señala lo siguiente: «Uno de los significados fundamentales que presenta la palabra «naturaleza» en el vocabulario filosófico es el de esencia de un género. Este es definido como una clase, es decir como un conjunto de objetos que poseen, todos ellos y solamente ellos, determinados caracteres comunes. Referido al mundo jurídico, esto significa establecer la equivalencia entre la naturaleza del Derecho y su esencia. Dicho de otro modo, la naturaleza del Derecho es el conjunto de propiedades que permiten definir, entre los objetos, un sector que presenta características comunes (la juricidad), y al cual llamamos lo jurídico».

El Instituto Interamericano del Niño abordó este tema en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. El Dr. Didier Opertti Badan, profesor de Derecho Internacional Privado de Montevideo, se encargó de preparar la exposición de motivos del proyecto de Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores (Montevideo, Uruguay, 1988). En aquella oportunidad se hizo referencia que: «reconociendo su calidad de instituto de protección del menor -sobre el que no existe duda- no se adopta una posición doctrinaria categórica en orden a la definición de su naturaleza». Muchos autores consideran al respecto lo siguiente :

- Que se trata de una obligación legal, *ex delito*, por lo que en el ámbito de los tratados de Montevideo se les colocaría dentro del alcance de las también llamadas obligaciones extracontractuales. A nuestro juicio, señala el profesor Opertti, «la obligación alimentaria contiene siempre como base una cierta relación jurídica del derecho de familia -puede variar su carácter- con lo cual no podría identificarse con la responsabilidad delictual y cuasi-delictual; en ciertos casos el nacimiento es el producto de un acto delictivo (forzamiento o violación, engaño etc.) pero ello no sustrae el tema, en estos aspectos, del campo del derecho de familia».
- Que es un efecto de relaciones jurídicas del derecho de familia (en caso de menores, efecto de la filiación, o de las relaciones de los padres con

8 **Enciclopedia Jurídica Omeba**: Tomo XX, p, 74, Driskill Sociedad Anónima- 1986. Buenos Aires - Argentina.

los hijos, o de la protección de los incapaces, o de la adopción –según cita del Dr. Opertti; Alfonsín Quintin en su obra sobre **Sistema del Derecho Civil Internacional**, vol.1, ed. Montevideo, 1961, expone estas distintas posturas.

- Eduardo Vaz Ferreyra, también citado por Opertti, en su obra sobre obligación alimentaria en Argentina, se pronuncia en favor de la autonomía científica de ésta. Por lo tanto, se trata de un derecho humano o autónomo -en sentido amplio- y como tal de una categoría jurídica específica.
- Que se trata de una obligación dineraria más, u ordinaria. En aplicación de esta posición, se llegó a sostener que en los casos de incumplimiento no procedería la sanción de la pena privativa de la libertad. Vaz Ferreyra, en su obra referida, argumenta en contra de tal calificación, señalando que el derecho de alimentos no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía y su carácter irrenunciable lo sustrae del comercio de los hombres para convertirlo en un derecho tutelado aún contra la voluntad del titular.

De todo lo expuesto, se considera que el derecho alimentario es un derecho que corresponde a toda la humanidad, como un derecho natural, originado por las necesidades de la propia naturaleza humana, por lo tanto puede ser considerado como un derecho humano de primera categoría, por su repercusión en todos los seres humanos, cuya omisión o limitación, como se dijo, no solo los llevaría a su aniquilamiento, si no además a la disminución en su formación. Se trata de un derecho de categoría especial, que forma parte, como todo el contenido del derecho de familia, del Derecho Social.[9]

III. Obligados a la prestación de alimentos : casos generales y especiales

Como se mencionó, la obligación alimentaria se origina dentro de las relaciones de orden familiar, por lo tanto, nacen recíprocas obligaciones y derechos. En nuestra legislación se ha establecido como obligados recí-

9 **Constitución Política del Perú**: Edición oficial. 1993

procos a los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos. Así está considerado en el artículo 474° del Código Civil:[10] «Se deben alimentos recíprocamente: 1. Los cónyuges. 2. Los ascendientes y descendientes. 3. Los hermanos.»

Con respecto a esta regla debemos hacer algunas precisiones. Para los casos en que resulten varios obligados a la vez, como puede suceder entre los cónyuges con los descendientes o ascendientes, y en otros casos cuando existen varios hermanos, la ley establece una prelación como se señala en los artículos 475° y 476° del C.C. (Art. 475°: «los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente : l. Por el cónyuge. 2. Por los descendientes. 3. Por los ascendientes y 4. Por los hermanos». Art. 476° «entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista». Por ejemplo, cuando hay hijos y nietos, heredan en primer lugar los hijos. En el caso de los hermanos, se precisa: Art. 477° «cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales el Juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda»

3.1 Obligación de asistencia recíproca entre los cónyuges

El fundamento de esta obligación se origina en el deber fundamental de asistencia que tienen los cónyuges por efecto del matrimonio. Así, se establece de manera genérica en el artículo 288° del C. C. que «los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia». Lógicamente el presupuesto es que el vínculo matrimonial se encuentre vigente.

Sin embargo, aun vigente el vínculo matrimonial cesa la prestación de alimentos entre cónyuges en caso de abandono. Así se establece en el segundo parágrafo del artículo 291° del C. C. cuando señala «Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin causa justa y rehusa volver a ella. En este

10 **Código Civil**: Editora Normas Legales Sociedad Anónima. Tercera Edición – abril de 1997. Trujillo - Perú

caso el Juez puede según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos». La explicación es lógica, sustentado en el deber de hacer vida común de los cónyuges, como se establece en el Art. 289° del C. C. que señala: «Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El Juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia».

Otra forma de suspender la vida común de los cónyuges es mediante el trámite de la separación de cuerpos, como lo señala de manera expresa el Art. 332° del C. C.: «la separación suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial». En este caso, será en dicho proceso en el que habrá de fijarse la pensión de los cónyuges, de acuerdo al Art. 342° del C. C., que dice: «El Juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.»

También debe indicarse que en caso de insolvencia del cónyuge, la obligación pasa en el orden señalado a otros parientes, según lo dispuesto en el Art. 478 del C. C. «si teniéndose en cuenta las demás obligaciones del cónyuge deudor de los alimentos, no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia existencia, según su situación, están obligados los parientes antes que el cónyuge».

3.2 Casos de excepción sobre la obligación alimentaria entre cónyuges

3.2.1 Situación de los ex-cónyuges

Si bien no existe observación sobre la obligación alimentaria recíproca entre los cónyuges estando vigente el vínculo matrimonial, sin embargo, por excepción, y con un carácter esencialmente humanitario y solidario, se permite que subsista dicha obligación en los casos de ex-cónyuges. Para este caso, según nuestro sistema, se considera como sanción, por lo que siempre será necesario que se determine la culpa del obligado. Así, se establece en el Art. 350° del C. C.: «Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales

suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex–cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso».

Del texto del artículo citado se puede extraer dos ideas muy claras sobre los alimentos. La primera es el criterio de capitalización de la pensión alimenticia, para lo cual debe haber un pensión establecida, en cuyo caso se debe acreditar las causas graves como, por ejemplo, una enfermedad o una intervención quirúrgica inminente.

El otro aspecto que merece un esclarecimiento, es el caso de reembolso cuando desaparece el estado de necesidad, al que se refiere la última parte del mencionado artículo. Claro está que procederá tal reembolso cuando haya mediado mala fe en el petitorio, por cuanto los actos de buena fe producen consecuencias jurídicas válidas, no así los de mala fe, ni el ejercicio abusivo del derecho, como se establece en el Art. II del T. P. del C. C. que señala «la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

3.2.2 Situación de los concubinos

Nuestra legislación admite la regulación del concubinato de manera restringida sólo para ciertos efectos, como son los de carácter patrimonial y para el caso de la filiación. Sin embargo, también establece el derecho de alimentos en una forma muy especial, solo bajo ciertas condiciones, como la falta de impedimentos matrimoniales, el tiempo establecido de convivencia, así como la culpa de la ruptura de la unión, en cuyo caso el culpable queda obligado a favor del inocente o abandonado con una pensión de alimentos o, en su defecto, con una alternativa, con una suma alzada por concepto de indemnización. Así se estipula en el Art. 326º del C. C.: «La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar

finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido».

3.2.3 Situación de las madres solteras

Las madres que tienen hijos extramatrimoniales, reconocidos por los padres o declarados judicialmente, que no estén bajo el amparo del concubinato, también tienen un derecho de alimentos, limitado a un tiempo determinado de 60 días anteriores y 60 días posteriores al parto. Este derecho se justifica toda vez que en dichas etapas la madre se encuentra generalmente imposibilitada de trabajar y requiere de un sustento. Al respecto, consideramos que el límite de tiempo es corto y que debe ser ampliado según las circunstancias y la necesidad de atención del hijo. En todo caso, el Art. 414° del C. C. señala: «En los casos del artículo 402°, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos o pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante».

3.3 Obligacion alimentaria de los ascendientes

Como se indicó anteriormente, frente a la obligación de los ascendientes nace el derecho de los descendientes para percibir la prestación de alimentos, según la prelación del orden sucesoral. Es decir, que los más próximos excluyen a los mas lejanos. Y, de esta manera, los hijos tienen prioridad sobre los demás descendientes. Esta obligación nace como consecuencia o efecto del vínculo de filiación establecido jurídicamente, que puede ser matrimonial, extramatrimonial o de adopción. Este vínculo o lazo, a su vez, origina deberes y derechos de los padres, dando lugar a lo que se conoce como la patria potestad, que se ejerce hasta que los hijos cumplan la edad de 18 años. Así, se establece en el Art. 418° del C. C.: «Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores». Asimismo, el Art. 423° C. C. dice: «son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: [...] inc. 1) proveer al sostenimiento y educación de los hijos».

Por otro lado, el Art. 82° del C. de los N. y A. establece: «Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos los siguientes: [...] b) proveer su sostenimiento y educación.» La obligación concluye cuando termina la patria potestad o se extingue, como se establece en el Art. 461° del C. C.: «La patria potestad se acaba [...] 3) por cumplir el hijo 18 años de edad».

De acuerdo al Art. 84° del Código de los Niños y Adolescentes «la patria potestad se extingue [...] b) porque el adolescente adquiere la mayoría de edad».

3.3.1 Obligación alimentaria de los demás ascendientes

Es necesario considerar un primer caso, en el que la obligación alimentaria no pasa a los demás ascendientes. Tal es el caso de los llamados hijos alimentistas, es decir, en el que los acreedores alimentarios no tienen establecido jurídicamente el vínculo de filiación. El Art. 480° del C. C. dice: «la obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme a lo dispuesto en el Art. 415°, no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna». En la redacción de este dispositivo se presenta la interrogante ¿los llamados padres que para la ley no lo son,

pueden reclamar alimentos del hijo que tampoco lo es? Solo se ha establecido para aquellos que hayan mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción.

En cambio, es diferente la otra situación que puede presentarse, es decir, la de los padres que por causa de pobreza no pueden sufragar los alimentos de sus hijos. Ante tal circunstancia, es justo y lógico que los demás ascendientes, los abuelos, asuman dicha obligación de acuerdo a sus posibilidades. El Art. 479° del C.C. señala: «Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue».

El Código de los Niños y Adolescentes establece de manera especial un orden para cumplir con la prestación alimentaria en ausencia de los padres. Según su Art. 102° «Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente: 1. los hermanos mayores de edad; 2. los abuelos; 3. los parientes colaterales hasta el tercer grado; 4. otros responsables del niño o adolescente». En este último caso se encuentran los tutores, guardadores y otros. Como se establece en el Art. 526° del C. C.: «El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona». Asimismo, el Art. 108° del Código de los Niños y Adolescentes «Son deberes y derechos del tutor los mismos que prescribe el presente Código y la legislación vigente respecto de los padres del niño y adolescente». Por otro lado, en el Art. 111° del mismo Código se dice: «El guardador tiene los mismos deberes y derechos que los estipulados en el presente Código y la legislación vigente para los padres».

3.3.2 Situación de los hijos mayores de edad

En situación excepcional, subsiste la obligación alimentaria para los hijos mayores de edad, cuando no se encuentren en posibilidades de sufragar su sostenimiento o cuando se encuentren cursando estudios. Aun cuando la ley señala que deben considerarse los estudios superiores y con éxito, consideramos que debe tenerse en cuenta sólo la situación de estudios en general, como se ha establecido en varias resoluciones jurisprudenciales. El Art. 424° del C. C. señala: «subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de 18 años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender su subsisten-

cia». Asimismo, el Art. 473° establece lo siguiente: «El mayor de 18 años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia. Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos».

3.3.3 Pérdida del derecho de alimentos del alimentista indigno

Por razones de consideraciones ético moral, el alimentista declarado indigno o desheredado por las causales que señala la ley, lógicamente pierde el derecho de alimentos de manera general. El Art. 485° del C. C. señala: «el alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir».

3.4 Obligación alimentaria de los descendientes

De manera recíproca existe este derecho entre los descendientes y ascendientes como se indicó anteriormente. El sustento para establecer la obligación alimentaria de los descendientes a favor de los ascendientes, es idéntico al señalado para los descendientes, los que se basan también en la relación de la filiación y la paternidad o maternidad. Sin embargo, es necesario considerar algunos casos especiales.

3.4.1 Pérdida del derecho alimentario de los padres

Por excepción, quienes son jurídicamente padres, pierden el derecho de alimentos y sucesorales, cuando practican el reconocimiento de un hijo extramatrimonial mayor de edad sin su consentimiento o no mediando posesión constante de estado de hijo. En este caso es válido el reconocimiento, sin embargo, por razones de orden ético moral, social y jurídico, para que el reconocimiento de un hijo mayor de edad, surta efecto plenos, por lo menos debe existir su consentimiento, y evitar que el reconocimiento se realice solo para sacar ciertas ventajas económicas en algún caso. El Art. 398° del C. C. afirma: «el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace dere-

chos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento».

Cuando la filiación de los hijos extramatrimoniales ha sido declarada judicialmente, el padre pierde el derecho alimentario del hijo, situación que es justificada por la negativa para el reconocimiento. El Art. 412° del C. C. dice: «la sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso se confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio».

3.4.2 Obligados o acreedores alimentarios de hijos no reconocidos

Este caso se conoce con el nombre de hijos alimentistas. Pues se trata de los hijos reconocidos tan solo por la madre no así por los padres, quienes jurídicamente sólo están obligados a prestar alimentos. Esta figura se ha establecido en el C. C. de 1936,[11] así como en el actual C. C. de 1984, originándose por el sistema restrictivo, sobre el establecimiento de la filiación extramatrimonial. Como una forma de compensar dicho sistema, se ha establecido que están obligados a la prestación de alimentos los que hayan mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Así se estipula en el Art. 415° del C .C.: «Fuera de los casos del Art. 402°, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental».

3.5 Derecho y obligación alimentaria entre los hermanos

No debe perderse la idea del principio de prelación, tanto para cumplir con la obligación así como para reclamar el derecho de los alimentos, que para este caso se rige por el orden sucesoral, como se indicó en el análisis de los arts. 475° y 476° del C. C. En estos casos,

11 **Codigo Civil de 1936** . Edición oficial.

se pueden presentar la prestación de alimentos entre hermanos, en tal situación la obligación debe prorratearse, de acuerdo a la capacidad económica y necesidades de éstos, conforme a las reglas que establecen los arts. 481° y 482° del C. C. Así, se estipula en el Art. 477° del mismo C. C.: «Cuando sean dos o más obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda».

IV Forma y modo de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria

4.1 Formas:

En lo que respecta a la forma de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria, existe en la práctica serias dificultades, pese a que nuestra legislación positiva señala que la pensión puede fijarse en : A) Efectivo, mediante una pensión. la misma que puede ser fijada en suma determinada o en porcentaje, y B) En forma diferente al pago de una pensión (entrega de especies), debiendo tenerse en cuenta las posibilidades del obligado.

Con estos criterios, no debería existir en la práctica dificultades para fijar la pensión de los alimentos, ya que para tomar en cuenta las posibilidades del obligado, se debe partir del principio de que éste debe asumir dicha obligación *a priori*, puesto que la responsabilidad de los progenitores es compartida. Asimismo, debe tenerse presente el principio de presunción *juris tantum*, que el obligado sí puede asumir tal obligación, además de otros datos adicionales como su condición personal (profesional), o la referencia que aporta la parte reclamante de la parte reclamada sobre alguna actividad que este realizando (artista, comerciante, u ocupado en cualquier otro oficio). Por último, no resulta necesario investigar rigurosamente los ingresos del que debe prestar los alimentos. Con los elementos que se tiene y tomando en cuenta las necesidades reales y elementales del alimentista (edad, salud, grado de instrucción etc.) debe fijarse la pensión.

Estas consideraciones están señaladas en nuestro ordenamiento sustantivo, lo que falta es un poco más de criterio para asumir en fijar la pensión que corresponda, invirtiéndose la carga de la prueba, para que el obligado acredite su imposibilidad o grado de posibilidad. Así, el Art. 481° del C. C. indica: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos». Por otro lado, el Art. 482° del mismo C.C. señala: «La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones».

Con respecto a la interpretación de este dispositivo, cabe mencionar algunas precisiones. Primero, se debe orientar su interpretación bajo el principio del llamado interés superior del niño, todo lo más conveniente o favorable al niño o menor, que establece la Convención sobre los Derechos del Niño. Segundo, se ha pretendido sostener que no procede otro juicio cuando la pensión ha sido fijada en porcentaje, por cuanto el reajuste es regulado automáticamente. Esta posición resultaría favorable, siempre y cuando el porcentaje fijado halla estado de acuerdo a las necesidades y posibilidades del alimentista y obligado; en consecuencia, el reajuste se regularía automáticamente. Sin embargo, en el caso de que existan nuevas necesidades, el porcentaje podría resulta ínfimo. No habría, por tanto, dificultad para que se inicie un proceso de aumento de alimentos y así obtener un mayor porcentaje al señalado. Por ejemplo, si originalmente se fijó en el 40%, no existe inconveniente para que posteriormente se fije en 45 o 50%, provocando así como se procede para los aumentos de la pensión fijada en una suma alzada.

En cuanto a la forma diferente de la pensión, es permitido que ésta se realice en especies -por ejemplo,: en víveres, medicinas, estudios, etc.-, teniendo en cuenta que debe existir el acuerdo de los obligados, y que se proporcione según la mayor necesidad del alimentista.

4.2 Modos de hacer efectivo la pensión alimentaria

A nuestro criterio, este es el aspecto central del problema sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria en el Perú. En el ámbito procesal son novísimas las disposiciones que contiene el Código de los Niños y Adolescentes en el que se establece un proceso único y breve. El Art. 106° señala: «El proceso de alimentos se tramitará conforme a las disposiciones contenidas en el proceso único del presente Código». Más aún, en el nuevo Código Procesal Civil se le ha incluido dentro de los denominados procesos sumarísimos, por la brevedad del trámite. No obstante ello, en una investigación de campo realizada en los Juzgados de Familia, sobre la tramitación y ejecución de los procesos de alimentos, se ha podido verificar que:

1. La mayoría de las acciones concluyen mediante conciliación en cuanto a la fijación de la pensión. Sin embargo, el 90% de dichos procesos se encuentran sin poder ejecutar dicho compromiso. Para estos casos, se dice que con la aplicación de la ley de conciliación se van a considerar como títulos ejecutivos los mismos. Es decir, un nuevo proceso.
2. En muchos otros casos, después de admitida la demanda no puede notificarse al obligado por deficiencia del domicilio, lo que origina la paralización del proceso.
3. En un trámite normal un proceso de alimentos puede concluirse (con sentencia o conciliación) en el plazo de 5 ó 8 meses, empero la demora se ocasiona en la ejecución de la obligación
4. De los procesos que se encuentran con sentencia, un promedio del 80% no se pueden ejecutar por insolvencia del obligado.
5. Se ha comprobado que se demora en averiguar los ingresos del obligado, sea por que no tiene trabajo dependiente o en su defecto los centros de trabajo del obligado no cumplen con evacuar el informe solicitado. En otros casos los distorsionan, incurriendo con ello en actos delictivos.
6. Un 90% de los que reclaman alimentos muestran su disconformidad con la forma en que se lleva el proceso. No existe efectividad, los justiciables no entienden las formas que tienen que cumplir para hacer efectivo de inmediato su reclamo.

7. La mayoría de los obligados sostienen que en la práctica están cumpliendo con su obligación, pero no pueden acreditarlo (viven en el mismo domicilio, etc.).
8. El 60 % de las acciones sobre tenencia de los menores son para contrarrestar una demanda de alimentos.
9. Gran parte de los obligados alegan estar desempleado, no tener trabajo estable y tener otras obligaciones.

Si bien es cierto que las normas procesales para reclamar la pensión de alimentos es breve, no se ha tomado en cuenta que la ejecución de dicha obligación se rige bajo las normas establecidas en el Código Procesal Civil, como si se tratara de cualquier obligación, teniendo que recurrir a las medidas cautelares como es el embargo, de los bienes muebles o inmuebles del obligado -si los tuviera- y después proceder al remate en caso necesario. Esto implica que los modos para ejecutar la obligación alimentaria deben hacerse mas viables, tomando en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

Como ilustración de la dificultad existente, se ha preparado un informe respecto al proceso de alimento:

Conforme a lo antes expuesto, podemos afirmar que el grave problema por el que atraviesan nuestros niños y adolescentes, es el incumplimiento de las obligaciones alimenticias de sus progenitores (padre), por tal motivo en la actualidad tanto en las dependencias de la Defensoría del Niño y Adolescente (DEMUNAS), así como en los juzgados especializados de Familia del Distrito Judicial de Lima, se observa que la mayor parte de denuncias son por alimentos.

Entre enero y noviembre de 1999, se ha registrado que la mayor cantidad de demandas ingresadas se refieren a pensiones alimenticias.

Cuadro 1
Enero – noviembre 1999
Materias

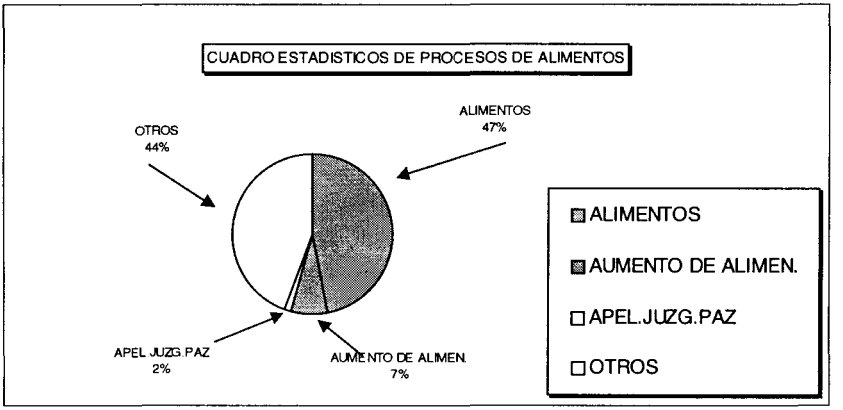
MESES	ALIMENTOS	AUM. ALIMEN	APEL. J. PAZ	OTROS
Enero	154	15	93	653
Febrero	615	134	10	468
Marzo	2575	400	37	470
Abril	457	89	13	361
Mayo	380	52	15	360
Junio	324	46	5	351
Julio	297	38	3	290
Agosto	350	51	3	731
Setiembre	405	47	3	692
Octubre	334	29	7	697
Noviembre	261	23	10	743

Del cuadro 1 se puede desprender que de enero a noviembre de 1999, ingresaron 13,091 demandas (alimentos, aumento de alimentos apelaciones de procesos de alimentos de juzgado de paz letrado, impugnación de la partida de nacimiento y otros relacionados con el aspecto familiar), de las cuales 6,152 son demanda de alimentos; 924 demandas de aumento de alimentos; 199 procesos de alimentos elevados en apelación de la sentencia, lo que da un total de 7275 procesos de alimentos.

Cuadro 2
Monto global de ingresos de demandas en los juzgados de familia

Materias	Monto Anual	Porcentaje
Alimentos	6,152	46.99 %
Aumento de Alimen.	924	7.05 %
Apel. Juzg. Paz	199	1.54 %
Otros	5,816	44.42 %
Total	13,091	

Propuesta mundial para brindar mayor atención a la niñez.



Cumbre para la infancia de 1990. Propuestas para el 2000

En 1991, James P. Grant, director ejecutivo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en una publicación[12] titulada **El estado mundial de la infancia 1991**, dio a conocer la situación de la infancia en la década de los 90, sobre la base de la cumbre mundial a favor de la infancia de 1990, anexado a la declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, así como de un plan de acción para la aplicación de dicha declaración.

Al respecto, señaló que «El domingo 30 de setiembre de 1990 se hizo una gran promesa a la infancia de los años noventa. Setenta y un presidentes y primeros ministros se reunieron en dicha fecha en la primera Cumbre Mundial en favor de la Infancia, la mas amplia asamblea de jefes de Estado y de gobierno de toda la historia. El resultado final de la Cumbre constituye un compromiso sin precedentes pués se derivo en la decisión de poner fin a los actuales niveles de mortalidad y desnutrición infantiles antes del año 2000 y de velar por la protección del desarrollo físico y mental normal de todos los niños del mundo. Esta meta global se desglosó en más de veinte objetivos específicos recogidos en el Plan de Acción aprobado en la Cumbre. Todos los gobiernos revisarán sus planes y presupuestos y elaborarán programas nacionales de acción antes de finales de 1991».

12 James P. Grant **Estado mundial de la infancia 1991.**. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Es así que los fines globales 1990-2000, elaborados como objetivos para el año 2000, se hicieron propuestas reales con toda precisión, hallándose entre las principales:

- Reducción de un tercio de las tasas de mortalidad de los menores de cinco años (o una reducción hasta niveles inferiores al 70 por 1000 nacidos vivos, si ello representa una mayor reducción).
- Reducción a la mitad de las tasas de mortalidad materna.
- Una reducción de la desnutrición moderada y grave de los menores de cinco años en todo el mundo.
- Agua potable y saneamiento ambiental para todas las familias.
- Educación básica para todos los niños y terminación de la enseñanza primaria por al menos el 80% de todos los niños y niñas comprendidos entre los seis y once años.
- Reducción a la mitad de la tasa de analfabetismo adulto e igualdad de oportunidades educativas para hombres y mujeres.
- Protección de los numerosos millones de niños en circunstancias especialmente difíciles y aceptación y observancia en todos los países de la Convención sobre los Derechos del Niño, recientemente adoptada. En particular, los años noventa deberían ser testigos de una rápida aceptación de que los niños merecen una especial protección contra los efectos directos e indirectos de los conflictos bélicos.

En cuanto al plan de acción para la aplicación de la Declaración Mundial, especialmente en el decenio de 1990, se consideran como medidas específicas relacionadas con la supervivencia la protección y el desarrollo del niño, los siguientes:

1. Convención sobre los Derechos del Niño,
2. salud infantil,
3. alimentación y nutrición,
4. función de la mujer, salud materna y planificación de la familia,
5. función de la familia,
6. educación básica y alfabetización,
7. niños en circunstancias especialmente difíciles,
8. protección de los niños en situaciones de conflicto armado,
9. Los niños y el medio ambiente,

10. Mitigación de la pobreza y reactivación del crecimiento económico.

V Análisis del plan de acción a nivel nacional

En el Perú encontramos avances considerables sobre algunos aspectos de protección a la niñez. En todo caso, la interrogante es ¿estamos en el nivel deseado? Considero que no. Sin embargo, en cuanto al primer compromiso del plan con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha cumplido al haberse ratificado sin ninguna observación. Sin embargo, tenemos un gran margen de preocupación con respecto al derecho de los alimentos, conforme se aprecia en las estadísticas elaboradas por una dependencia de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia (Demunas), en el que se observa que el incumplimiento de mantener a los hijos es generalizada. Es así que entre 1995 y abril de 1999, las Demunas de Lima y Callao atendieron 34,842 casos (38% del total) vinculados a la pensión alimenticia, por lo que podemos afirmar que esta obligación es la causa principal de denuncias (Diario El Comercio, 19 de noviembre de 1999).

5.1 Hipótesis de trabajo

Frente a esta realidad, *ad portas* de un nuevo milenio, con una globalización galopante, en plena vigencia de la Convención de los Derechos del Niño suscrito por el Perú, y por lo tanto ley interna de rango constitucional, ¿qué soluciones de corto, mediano o largo plazo se puede proponer, convenir y aplicar? Realmente la tarea sigue siendo ardua, pero no imposible, aunque pues se requiere la participación de todos los sectores. Por lo que tomamos sólo algunas de las posibilidades como hipótesis de trabajo:

1. Acciones tendientes para asumir responsabilidades por convicción.
2. Programas educativos en todo nivel. Sector Educación.
3. Programas sobre generación de empleos. Sector Trabajo.
4. Programas de salud y planificación familiar. Sector Salud.
5. Programas tuitivos de protección a la familia. Promudeh.
6. Cambio radical de normas y procedimientos sobre procesos de alimento Sector Justicia.

6.- Difusión e implementación de la autonomía del Derecho Familiar y de la niñez (menores), en el ámbito de su estudio , como derecho Social,. En el ámbito legislativo, con un código de familia sustantivo y procesal, totalmente desformalizado a cada realidad social, geográfica, económica etc. En el ámbito jurisdiccional, especialización y cambio de paradigmas de los jueces de familia.
7. Intensificar los programas de mediación y conciliación en materia familiar, sobre actos disponibles.
8. Evitar la impunidad de los actos dolosos sobre omisión a la asistencia familiar.

5.2 Acciones prioritarias

Las acciones propuestas deben ser evidentemente priorizadas en su atención. Sin embargo, encontramos que todas tienen igual importancia por lo que, como metodología de investigación, deben realizarse trabajos indispensables en busca de soluciones, ya sea planteando una secuencia o, en otros casos, en forma simultánea. Por ejemplo, como consecuencia del proceso de alimentos, se debe coordinar una fuente de trabajo inmediato con los municipios, empresas u otros sectores. Sobre este aspecto nos complace comentar sobre un caso real; en un gabinete consultivo de una corte superior de provincia, donde participaban distintos representantes, como el sub-prefecto de la provincia, el alcalde, el fiscal y la Policía Nacional del Perú, entre otras organizaciones, se realizó una visita de inspección a un juzgado de familia, en el que se llevaba a cabo una audiencia de un proceso de alimentos con asistencia de la demandante, su hijo de ocho años, el obligado y el juez. El obligado demandado manifestaba que no tenía trabajo estable, por lo que sus ingresos eran mínimos y de modo temporal, pero afirmaba que cuando mejore su situación no tendría ningún inconveniente de pasarle lo que el niño necesitaba, por una suma superior al 50% de sus ingresos, por ejemplo el 80%. En ese momento se hizo intervenir al alcalde que salía del gabinete y se le consultó si podría dar trabajo al demandado, quien aceptó y a partir de ese momento se sentó el acta, estipulando la cantidad requerida para el alimentista. Entonces, me pregunté si estábamos distorsionando el proceso. Considero que no. Toda vez que se ha tomado en cuenta el interés superior del niño y, sobre todo que no hay afectación para ninguna de las partes, en consecuencia el proceso tiene valor.

Otro caso, digno de señalar, para desformalizar el procedimiento sobre alimentos, fue aquel en el que el demandado afirmaba no tener ingresos para cubrir la pensión adeudada, cuando se estaba en la etapa de ejecución de la sentencia. El juez, en una feliz iniciativa, citó para ese mismo día a un deudor del padre e hizo efectiva la deuda pendiente, entregando el monto directamente al demandante de alimentos. Igual que el caso anterior, se preguntó el juez, que si el trámite sería el adecuado.

En otro caso muy singular, la madre demandante de los alimentos para su hijos, estaba de acuerdo con la suma que ofrecía el demandado, pero consultado con su abogado, sostuvo que no estaba conforme, por lo que apelaba la resolución. Se elevó el expediente al revisor, esta instancia superior, confirmó el monto señalado. La pregunta es ¿el tiempo y gasto invertido cómo se compensa?

5.3 Propuesta de trabajo para desformalizar los procesos de alimentos

Para este fin, teniendo en cuenta la prioridad del resultado en las acciones sobre alimentos la situación económica tanto de los reclamantes como de los demandados, sugerimos como propuesta de trabajo que los procesos de alimentos para menores (niños y adolescentes), cuya filiación se encuentra debidamente acreditada, puedan tener las siguientes características:

- Mantener la competencia territorial de los juzgados de paz o de paz letrado, a elección del reclamante.
- La demanda puede ser presentada por escrito o mediante acta, siendo optativa la intervención del abogado.
- Recibida y calificada la demanda, el juez debe adecuarla a derecho, y en la misma resolución se fijará la pensión provisional en base a la información racional proporcionada por la demandante. La pensión provisional no podrá ser inferior al sueldo mínimo legal, notificando al obligado para que señale bienes o garantice la pensión, bajo apercibimiento de embargo, señalando a la vez para la audiencia de esclarecimiento y conciliación en su caso, la que no se llevará a cabo sin pago total o parcial de la asignación provisional. En caso de incumplimiento, se expedirá copias para la denuncia por omisión alimentaria en la vía penal.

- La carga de la prueba en la audiencia estará a cargo del demandado, para que acredite su real capacidad económica, y su conducta procesal servirá para expedir el fallo, otorgándole el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.
- En la audiencia el juez debe tener la amplia libertad para establecer de manera efectiva y real la pensión, pudiendo realizar convenios con empresas públicas y privadas para crear fuentes de trabajo.
- En el campo penal, establecer sanciones drásticas en caso de mala fe. Si fuese el caso. en la pena privativa de la libertad establecer la obligación de trabajo interno o externo para el cumplimiento de la pensión.

5.4 Sanciones por incumplimiento del pago de la pensión alimenticia

Como hemos mencionado anteriormente, el problema central del incumplimiento de la obligación alimentaria radica en el hecho de que no se puede ejecutar el mandato judicial que dispone el pago de una pensión de alimentos, incumplimiento que en muchos casos es originado intencionalmente por el obligado.

A fin de evitar las omisiones de incumplimiento de obligación alimentaria de los obligados, y con el fin de proteger al niño o adolescente es que nuestro nuevo Código Penal ha establecido sanciones a fin de evitar dicha omisión, y de esa manera evitar que se siga eludiendo la obligación. Así lo establece en su artículo 149°, que señala: «El que omite cumplir con su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años en caso de muerte. Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte»

Sin embargo, estas sanciones impuestas por nuestro ordenamiento sustantivo no son lo suficientemente drásticas para evitar que este problema que atenta contra Los niños y adolescentes disminuya o se evite.

6.- Ejecutorias sobre la obligación alimentaria.

Sólo como muestra, presentamos algunas sumillas y transcripciones de ejecutorias sobre la forma como se considera los distintos aspectos tratados sobre la pensión alimentaria en el Perú.

EJECUTORIA 34-A[13]

Divorcio absoluto:

Abandono injustificado del hogar conyugal. conducta deshonrosa.

Procede amparar la pretensión de divorcio absoluto por abandono injustificado del hogar conyugal cuando éste se produjo con la intención manifiesta de sustraerse de las obligaciones conyugales.

Constituye conducta deshonrosa la realización de actos continuos y permanentes de parte de uno de los cónyuges que sobrepasen los límites del mutuo respeto y la consideración que debe existir entre ambos.

ALIMENTOS: Subsistencia de la obligación alimentaria a favor del cónyuge culpable.

El accionante queda liberado de la obligación alimenticia a favor de la demandada en vista de haber perdido ésta su derecho por ser la causante del divorcio y al no aducir que carece de medios de vida.

EXPEDIENTE N° 612-97 – HUARAZ.

EJECUTORIA 49-A

Alimentos

Los alimentos deben regularse de acuerdo a la posibilidad de quien debe prestarlos y a las necesidades del alimentista, de manera que éste pueda atender sus obligaciones sin mayor apremio.

Causa Civil N° 46-97

EJECUTORIA N° 36[14]

Alimentos

Los alimentos se regulan en proporción a las necesidades de quien debe recibir y a las posibilidades de quien deba brindarlos y a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor.

13 **Serie de jurisprudencia Nro. 1**: Academia de la Magistratura. Editorial Desa S.A.

14 Marianella Ledesma Narvaáez: **Ejecutorias con aplicación del nuevo Código Procesal Civil** Editorial Cultural Cuzco – 1995. Tomo 2.

Teniendo la actora capacidad económica mayor que la del demandado, ésta puede atender su propia subsistencia.
EXPEDIENTE N° 781-95

EJECUTORIA N° 37
Alimentos
La pensión de alimentos de una menor no puede ser materia de renuncia por la madre de ésta, toda vez que se trata de un derecho de la menor y no de la madre, quien legalmente, si puede renunciar por su propio derecho a los alimentos que le corresponde como cónyuge.
EXPEDIENTE N° 1419-95

EJECUTORIAS N° 38
Alimentos
Si bien el demandado aduce estar desocupado, sin embargo tiene la obligación conjuntamente con la actora de velar por el sostenimiento del hogar según sus posibilidades.
EXPEDIENTE N° 1114-95

EJECUTORIA N° 39
Alimentos
No puede basarse el demandado, en no tener trabajo estable para proponer una suma que no está de acuerdo con las necesidades de su menor hijo.
EXPEDIENTE N° 1074-95

EJECUTORIA N° 40
Hijo alimentista
El hijo extramatrimonial sólo puede reclamar pensión alimenticia del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción.
EXPEDIENTE 1055-95
SEXTA SALA – AÑO: 95

EJECUTORIA N° 41
Hijo alimentista
El hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones con la madre durante la época de la concepción a una pensión alimenticia hasta la edad de 18 años.

EXPEDIENTE N° 703-95
SEXTA SALA – AÑO: 95

TRANSCRIPCION DE ALGUNAS EJECUTORIAS

EJECUTORIA N° 38
Alimentos

Si bien el demandado aduce estar desocupado, sin embargo tiene la obligación conjuntamente con la actora de velar por el sostenimiento del hogar según sus posibilidades.

EXPEDIENTE N° 1114-95
SEXTA SALA – AÑO: 95

Lima, nueve de Junio de mil novecientos noventicinco.- VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el Señor Seminario Valle; por sus fundamentos; de conformidad con la opinión de la Señora Fiscal Superior de fojas setentitrés; y CONSIDERANDO: además, que según el acta de audiencia única de fojas treintisiete y treintiocho, las partes llegaron a la conciliación que sea la madre quien siga teniendo en su poder a sus tres menores hijos, lo que es aprobado por el juzgado con respecto a la tenencia a favor de la demandante; que prosiguiendo el trámite del proceso en el extremo de los alimentos, se aprecia que si bien no está plenamente demostrado que el demandado tenga trabajo estable con sueldo fijo, aduciendo más bien estar desocupado, sin embargo tiene obligación conjuntamente con la actora al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades; que la suma fijada por la juez es equitativa y justa, en vista del número de menores alimentistas; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas cuarentitrés a cuarenticinco, que declara fundada en parte la demanda interpuesta por doña Bertha Irma Cisneros Núñez contra don Víctor Benjamín Gonzáles Sánchez sobre alimentos; en consecuencia ordena: que el obligado debe atender al sostenimiento de sus hijos Liubica Miluska Massiel, Hans Fischer Winston y Mirella Yesabella Gonzáles Cisneros de tres, dos y un año de edad respectivamente, así como para la esposa con la suma de doscientos cincuenta nuevos soles, correspondiéndole a cada hijo setenta nuevos soles, y a la madre la suma de treinta nuevos soles, en forma adelantada; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- Señores FERREYROS PAREDES / SEMINARIO VALLE / MIRANDA CANALES.

EJECUTORIA N° 39

Alimentos

No puede basarse el demandado, en no tener trabajo estable para proponer una suma que no está de acuerdo con las necesidades de su menor hijo.

EXPEDIENTE 1074-95

SEXTA SALA – AÑO: 95

Lima, diez de mayo de mil novecientos noventicinco.- VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el Señor Seminario Valle; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO: además, que es deber de los padres acudir con alimentos, vestido, habitación y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia, correspondiéndole a ambos padres; que, el demandado no puede basarse en no tener trabajo estable para proponer una suma que no está de acuerdo con las necesidades de su menor hijo matrimonial, quien tiene nueve años de edad; por lo que estando al artículo cuatrocientos ochentidós del Código Civil; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas treinta a treintidós, su fecha veintidós de Diciembre de mil novecientos noventicuatro, en la parte que ordena al demandado don Juan Agapito Gonzáles Torres acudir a la actora y a su menor hijo con una pensión alimenticia mensual y adelantada; REVOCARON la propia resolución en el extremo que fija dicha pensión alimenticia, la misma que fijaron en doscientos cincuenta nuevos soles, correspondiéndole doscientos nuevos soles al menor alimentista y cincuenta nuevos soles a la esposa; con lo demás que contiene; y los devolvieorn.- Señores FERREYROS PAREDES / SEMINARIO VALLE / VALCARCEL SALDAÑA.

EJECUTORIA N° 40

Hijo alimentista

El hijo extramatrimonial sólo puede reclamar pensión alimenticia del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción.

EXPEDIENTE N° 1055 – 95

SEXTA SALA – AÑO 95

Lima, veintiocho de Junio de mil novecientos noventicinco.- VISTOS; interviniendo como Vocal ponente el Señor Ferreyra Paredes; con lo expuesto por la Fiscalía Superior en su dictamen de fojas dos-

cientos seis; y, CONSIDERANDO: que la partida de nacimiento de fojas uno demuestra que la demanda de fojas tres se refiere a la pensión de un hijo alimentista; que por consiguiente la acción se sitúa en lo dispuesto por el artículo cuatrocientos quince del Código Civil, en cuya virtud el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar pensión alimenticia del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción; que en ese sentido no se ha acreditado en autos que el emplazado haya tenido tales relaciones con la actora durante dicha época; que debe tenerse en cuenta que la constancia de fojas ciento catorce, que no está autenticada ni reconocida, que ha sido remitida por el administrador del hostal «Hong Kong» se refiere al día dos de febrero de mil novecientos noventitrés, en la que aparecen registrados los coaccionantes en la mencionada fecha en el citado hostal, hecho que resulta irrelevante para establecer la época de la concepción de la menor Lisset Estefanía Moreno Vilcapoma, nacida el nueve de Diciembre de mil novecientos noventa, después de dos años, lo que no prueba que las relaciones sexuales hayan sido en la época de la concepción; REVOCARON la resolución apelada de fojas ciento setentiocho, su fecha dos de Marzo último, que declara fundada en parte la demanda de alimentos de fojas tres interpuesta por Antonia Beatriz Vilcapoma Vilcapoma una pensión alimenticia; MODIFICANDOLA declararon infundada dicha demanda y lo demás que contiene; y los devolvieron.- Señores FERREYROS PAREDES / SEMINARIO VALLE / PALOMINO THOMPSON.

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar *

Carmen Julia Cabello Matamala

I. Importancia del tema

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras es un tema de interesante discusión jurídica, que ha merecido un tratamiento distinto en el tiempo y en las principales legislaciones rectoras del Derecho Internacional Privado.

En el caso peruano, la legislación civil y procesal civil han sufrido notables cambios en esta materia, particularmente en lo relativo al estado y capacidad de los nacionales.

Así, podemos observar que en cuanto a las normas sobre jurisdicción, el derogado Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 1158°, establecía que «No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú».

En el caso de los nacionales, la competencia de los tribunales peruanos era exclusiva, por cuanto el factor de conexión nacionalidad excluía cualquier posibilidad de conocimiento por parte de otro Estado de asuntos de esta materia, mientras que en el caso de los extranjeros la exclusividad sólo operaba en tanto domiciliaran las partes en el país.

* Ponencia de la autora presentada en el Pleno Jurisdiccional de Familia 1999, realizado en la ciudad de Lima los días 29, 30 y 31 de enero del 2000.

Como puede advertirse, la posición nacional era bastante restrictiva para la admisión de los *exequatur*, los que en su mayoría eran declarados de plano improcedentes.

El Código Civil de 1984 derogó esta norma, disponiendo respecto de la competencia internacional directa, esto es cuando los jueces nacionales conocen de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado, capacidad y relaciones familiares; los siguientes criterios:

- Por razón del territorio: el artículo 2057° contiene la norma general de competencia, señalando que los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.
- Por razón de la materia: el artículo 2062° instituye dos casos de competencia facultativa, disponiendo a modo de excepción, que nuestros tribunales son competentes en estos juicios, aún contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando:
  - El derecho peruano es el aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.
    En lo relativo a este supuesto, debe comentarse que se ha invertido el método tradicional, al sujetarse la determinación de la competencia del juez al hecho de que sea su ley la aplicable, cuando lo usual es establecer primero el tribunal competente y luego la ley que se ha de aplicar.
  - Prórroga convencional y tácita de la competencia territorial, la que opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República, observándose que el criterio de la territorialidad se subordina al de la materia. Vinculación requerida y que se materializa por hechos como la nacionalidad de alguno de los cónyuges, ser el lugar de celebración o registro del matrimonio, nacimiento o domicilio de los hijos habidos de la relación, encontrarse los bienes de la sociedad conyugal ubicados en el territorio de la República, etc. Como puede apreciarse, la labor de los magistrados en la valoración del elemento vinculante con el territorio de la República y no sólo con la legislación nacional resulta fundamental, por cuanto de no apreciarse tal vinculación, el órgano jurisdiccional debe sustraerse del conocimiento de la causa, al encontrarse frente a un caso de competencia negativa.

Como vemos, se consagra de modo general el criterio del domicilio como factor de conexión, abandonándose el de nacionalidad para los peruanos, innovación que ha aliviado los graves inconvenientes que generaba para los nacionales tener que litigar necesariamente en el país, no obstante domiciliar en el extranjero y contar en muchos casos con derechos válidamente declarados o instituídos en procesos judiciales extranjeros; al establecerse la competencia facultativa en esta materia, los interesados pueden solicitar la homologación de los mismos ante los tribunales nacionales.

Es a través del proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras tradicionalmente denominado *exequatur*, que se inviste a la sentencia extranjera, tal como ha sido dictada, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales, sin necesidad de entrar a la revisión del juicio. Es pues, en principio, una revisión de formalidades procesales universalmente consagradas, que garantizan la observancia del debido proceso, reservándose el orden local un poder de control o de revisión de excepción, antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento, ejerciendo nuestra judicatura una competencia internacional indirecta.

Sentís Melendo expresa «lo que se examina, no es, pues, el litigio, sino la sentencia; mejor dicho la materia litigiosa en el juicio de reconocimiento es la propia sentencia.» [1]

El Código Procesal Civil señala con relación al reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, que el proceso al que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer (Art. 837º). Se establece así el criterio de competencia en razón del territorio, turno y materia, dispositivo cuya aplicación aislada podría restringir el derecho de quienes domiciliando en el país pretenden homologar una sentencia extranjera en la que el otro cónyuge domicilia en el extranjero, por cuya razón, además de esta norma, debe contemplarse la aplicación de los criterios generales de competencia del Código Procesal Civil, que comprende la prórroga convencional o tácita, posibilitándose el accionar en supuestos como el descrito.

1 Santiago Sentís Melendo, **La sentencia extranjera**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, p.132.

Asimismo, el Art. 838º del citado cuerpo de leyes estatuye un importante principio consagrado por la doctrina jurisprudencial nacional, la presunción relativa respecto a la existencia de la reciprocidad, norma que favorece el sistema de homologación imperante.

Como puede advertirse los cambios jurídicos son notables, la regla de declarar improcedente las solicitudes de *exequatur* de los nacionales, ha sido sustituída, y los casos relativos al estado y capacidad de éstos no son de competencia peruana exclusiva, sino facultativa y por tanto es posible la homologación de fallos en esta materia.

¿Qué efecto real han producido estos cambios legislativos en la carga del Despacho Superior de Familia en el Distrito Judicial de Lima?

Los datos que ha continuación se presentan han sido levantados de la Mesa de Partes de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, de los libros Toma Razón correspondientes a los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

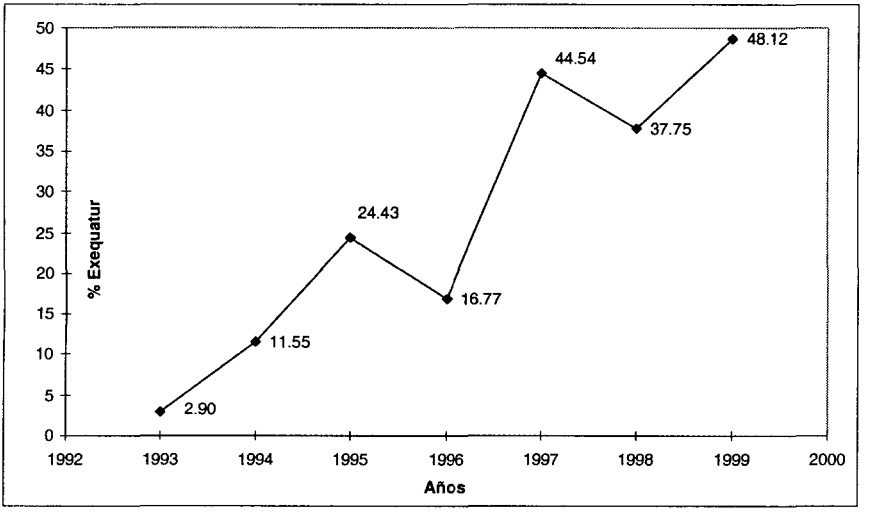
En el caso del año 1998, se trabajó además con una muestra aleatoria de expedientes; de las 169 causas que sobre *exequatur* se ventilaron en la Sala se examinaron y ficharon 146 expedientes, lo que constituye una muestra de 86%, información que nos permitirá aproximarnos a una lectura y reflexión de la realidad de esta institución.

Cuadro 1: Incidencia de *Exequatur* en Derecho de Familia (unidades por Mil) Sala especializada de familia de la Corte Superior de lima. Periodo: 1993 - 1999

Años	Carga Procesal	Exequatur	%
1993	4489	13	2,90
1994	5194	60	11,55
1995	3520	86	24,43
1996	3756	63	16,77
1997	3525	157	44,54
1998	4477	169	37,75
1999	3678	177	48,12

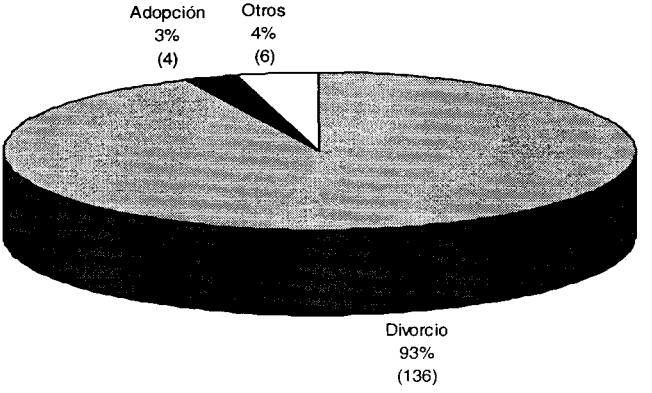
Fuente : Sala de Familia - Corte Superior de Justicia de Lima
Elaboración: Carmen Julia Cabello Matamala

Gráfica 1: Incidencia de *Exequatur* en Derecho de Familia
(porcentajes)
Período: 1993 - 1999



Fuente : Sala de Familia - Corte Superior de Justicia de Lima
Elaboración: Carmen Julia Cabello Matamala

Cuadro 2: Distribución porcentual de *Exequatur* de divorcio según lugar de procedencia de la sentencia extranjera
Período: 1998



Fuente : Sala de Familia - Corte Superior de Justicia de Lima
Elaboración: Carmen Julia Cabello Matamala

Gráfica 2: Distribución porcentual de *Exequatur* según materia en una muestra de 146 casos. Período: 1998.

País	Casos	Porcentaje
Estados Unidos	79	58,09
Alemania	14	10,29
Suiza	14	10,29
República Dominicana	5	3,68
España	5	3,68
Japón	3	2,21
Venezuela	3	2,21
Canadá	3	2,21
Argentina	1	0,74
Otros	9	6,62
Total	136	100,00

Fuente : Sala de Familia - Corte Superior de Justicia de Lima
Elaboración: Carmen Julia Cabello Matamala

Cuadro 3: Distribución porcentual de *Exequatur* según pronunciamiento judicial peruano. Período: 1998.

Pronunciamiento	Casos	Porcentaje
Fundado	65	47,79
Infundado	1	0,74
Inadmisible	61	44,85
Improcedente	5	3,68
Desestimiento	4	2,94
Total	136	100,00

Fuente : Sala de Familia - Corte Superior de Justicia de Lima
Elaboración: Carmen Julia Cabello Matamala

Las cifras presentadas nos permiten apreciar los efectos de la significativa apertura legislativa que se ha dado para la homologación de sentencias extranjeras en asuntos familiares, especialmente en el divorcio, que constituye el porcentaje casi total de las causas. Cambios legislativos que han tenido un impacto en la realidad, particularmente los introducidos por el Código Procesal Civil al establecer la presunción relativa a favor de la existencia de la reciprocidad, cuya probanza era cuasi imposible, razón por la cual a nivel jurisprudencial se fue generando una corriente interpretativa aunque no uniforme a su favor, modificatoria que creemos ha conducido a un incremento progresivo de su incidencia en el Distrito Judicial de Lima.

Es evidente que la tasa de casos como estos irá *in crecendo*, pues razones de orden socio-económico han favorecido que en las últimas dos décadas el movimiento migratorio se haya intensificado no sólo dentro de nuestro país, sino que también ha operado en la traslación de nacionales al extranjero en búsqueda de nuevas oportunidades.

Nos encontramos pues, frente a una realidad concreta con cifras crecientes, tal vez numéricamente no determinantes, pero que sí ameritan definiciones jurídicas importantes por la sencilla razón de que el juez nacional viene reconociendo la eficacia de divorcios que antes denegaba de plano, a lo cual, como operador de justicia peruano con un sentido territorialista en su quehacer habitual, deberá asumir posiciones concretas frente a tendencias jurídicas en esta materia, en donde el impacto social de sus fallos, posibilitará la medición de ¿hasta dónde el juez peruano admitirá estos divorcios?; cuestión que genera en más de uno, preocupaciones por la posible o eventual afectación del orden público o de intentos de generar fraude a la ley nacional, temas que serán motivo de desarrollo a propósito de los problemas que se van a proponer en esta unidad temática.

Habiendo delineado algunos aspectos de relevancia jurídica y de realidad en este tema, corresponde profundizar respecto al objeto materia del juicio de reconocimiento, esto es la sentencia extranjera.

II La sentencia extranjera y sus efectos

Como lo señalan Ruchelli y Ferrer: «La sentencia, como producto natural del poder de soberanía, que se manifiesta mediante la jurisdic-

ción, queda limitada, en cuanto a su eficacia, dentro de la soberanía que se ejerce.

Sin embargo, para poder comprender la validez y eficacia de la sentencia extranjera fuera de la jurisdicción que la ha creado; en otras palabras, para analizar la extraterritorialidad de la sentencia extranjera, debemos tomar posición en cuanto al análisis de la misma, teniendo presente las distintas eficacias jurídicas de la sentencia extranjera».[2]

¿A qué eficacias jurídicas nos estamos refiriendo? Los efectos definitivos de una sentencia firme son: fuerza de cosa juzgada, fuerza probatoria y fuerza ejecutoria.

2.1 Fuerza de cosa juzgada

La sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando no es posible interponer recurso impugnatorio alguno contra ella; significa así, la eficacia definitiva y obligatoria de la declaración de derecho contenida en dicha sentencia.

Al ser la sentencia el resultado de la resolución de la controversia, queda firme cuando no se ha impugnado dicha resolución o cuando habiéndolo hecho se confirma la resolución apelada, teniendo entonces el carácter de cosa juzgada, esto significa que no se puede iniciar un proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto ya que eso fue discutido y no existe incertidumbre jurídica que amerite un nuevo proceso; de darse este caso se puede interponer la excepción de cosa juzgada.

La excepción de cosa juzgada para Rigaux es «un medio de defensa que deriva de la fuerza obligatoria de una decisión, permite a la parte que la utiliza obstaculizar la iniciación de una nueva acción entre las mismas partes con el mismo objeto y la misma causa. Esta excepción no puede, sin embargo, invocarse respecto de algunas decisiones cuya fuerza está conectada a la persistencia de las circunstancias de hecho en que han sido dadas: así, una decisión que establece una pensión alimenticia o decide sobre la guarda de un niño es susceptible de ser revisada si la situación de las partes se modifica.»[3]

---

2 Humberto Ruchelli y Horacio Ferrer, **La sentencia extranjera**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 10.

3 Francois Rigaux, **Derecho Internacional Privado parte general**, Madrid, Edit. Civitas S.A., 1985, p. 1988

La invocación de la cosa juzgada como excepción, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado nacional, puede hacerse valer en la vía de excepción si cumple con los requisitos establecidos para el *exequatur;* sin necesidad de someterla previamente a este trámite.

2.2 Fuerza probatoria

La Dra. Delia Revoredo, señala que el artículo 2109º del Código Civil «se refiere al valor probatorio de las sentencias extranjeras legalizadas regularmente en el país de procedencia. Para efectos puramente probatorios, no requieren del procedimiento de *exequatur.*

Otro asunto es cuando la sentencia extranjera se intenta ejecutar en el territorio peruano, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. Para estos efectos no basta la legalización, sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial conforme a las demás normas del título IV».[4]

Como lo refiere Mortara citado por Sentís Melendo, «la presentación de una sentencia extranjera como prueba no significa que el magistrado nacional deje de tener el poder de decidir la controversia según la propia convicción, pues la sentencia no es, en tal caso, instrumento de ejecución, sino elemento de convicción.»[5]

Por tanto la fuerza probatoria de la sentencia extranjera es la de un documento probatorio de un hecho realizado, que si bien ha sido obtenido en otro país y bajo otras leyes, eso no es obstáculo para que pueda tener la calidad de prueba documental y será ameritada por el juez que ve la causa en el conjunto del caudal probatorio. Esta es la opción legislativa asumida por nuestro Código, concediéndole en este aspecto similar valor que a las sentencias nacionales cuando éstas se presentan como prueba ante una autoridad peruana.

2.3 Fuerza ejecutoria

La ejecución de las sentencias extranjeras se llevará a cabo de acuerdo a los requisitos y formalidades que establezca la legislación interna de

4 Delia Revoredo, «Exposición de motivos y comentarios» del libro **Derecho Internacional Privado**, Lima, p. 1036

5 Santiago Sentís Melendo, *op.cit.*, pág.95

cada país. Es importante recordar que no hay ejecución sin reconocimiento. Para que la sentencia tenga fuerza ejecutoria, que es el efecto extraordinario que puede tener la sentencia extranjera en nuestro país, es necesario el proceso de *exequatur*, porque primero debe existir un reconocimiento del órgano jurisdiccional nacional en cuanto a la sentencia expedida por tribunal extranjero; este reconocimiento no significa la revisión del fondo como ya se dijo, sino de la forma, ya que debe examinarse el cumplimiento del artículo 2104º del Código Civil.

III Diferencia entre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Weinberg señala que; «en el reconocimiento, el juez acepta un derecho consagrado por la sentencia, como, por ejemplo, la existencia de un divorcio; en la ejecución, el titular del derecho consagrado por la sentencia extranjera exige el concurso de la fuerza pública local por intermedio del juez para obtener la satisfacción material, como por ejemplo, la ejecución de bienes promovida por un acreedor».[6]

La diferencia entre ambos términos surge precisamente del carácter de las sentencias o decisiones, de aquellos que no necesitan ejecución por ser declarativas o constitutivas.

Un sector de la doctrina considera innecesario el procedimiento de *exequatur*, en el caso de las sentencias declarativas y constitutivas porque el reconocimiento debería operar *ipso jure*, mientras que otros sostienen que se requiere del *exequatur* si existe oposición de los particulares o funcionarios para la ejecución de la sentencia en mención.

IV Sistemas de reconocimiento de sentencias extranjeras

4.1 Reconocimiento restrictivo de fallos extranjeros, este es el caso de países europeos y asiáticos.

En este sistema, existe un reconocimiento de los fallos extranjeros pero bajo ciertas condiciones; por ejemplo, en Bulgaria, Holanda y la India

6 Inés Weinberg de Roca, **Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras**, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1994, p. 55.

sólo procede el *exequatur* cuando existe tratado. En Canadá, es la Corte quien determina al final del proceso si la sentencia del país extranjero está de acuerdo o viola la ley canadiense; en el caso del Japón diremos que sí existe reconocimiento mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, considerándose además una evaluación de manera casuística y subjetiva, esto último debido a la concepción de moral pública y buenas costumbres en dicho país.

4.2 Reconocimiento de fallos extranjeros en países más liberales, como los Estados Unidos de América y países latinoamericanos

El sector predominante de la legislación considera necesaria para la extraterritorialización de las ejecutorias la existencia de reciprocidad. Este sistema contiene otra limitación referida a la posible ofensa al orden público internacional de cada país donde se intente, con lo que se reduce el ámbito de ejecutividad de la sentencia extranjera. Esta limitación de orden público, no corresponde solamente al sistema de la reciprocidad, sino que constituye una limitación de carácter general y de aplicación a todos los sistemas. Al representar el sistema de la reciprocidad un dispositivo de seguridad, no de la aplicación del derecho extranjero sino de la aplicación del propio en forma extraterritorial, muchos países de concepciones amplias en materia de Derecho Internacional Privado prefieren adoptar este sistema que, en definitiva, aparece como el más apto desde el punto de vista práctico para asegurar el resultado de las sentencias dictadas en los propios territorios, de tal manera que no resulte burlado el derecho subjetivo declarado en el proceso. En este sistema, al no existir tratados entre los países, es a través de la reciprocidad existente entre los mismos que se puede reconocer y ejecutar fallos; por ello, en nuestro país la reciprocidad se presume y sólo quien la niegue deberá probarlo.

No se reconocen las sentencias dictadas en otro país, como es el caso de países árabes y musulmanes. En estos países no se reconoce a la sentencia extranjera y como consecuencia, la decisión existente en ella no será reconocida y tampoco podrá ser ejecutada.

Cuadro comparativo de la legislación internacional sobre la materia

	PAÍS	REQUISITOS
PAÍSES MÁS LIBERALES	Alemania,	Requisitos convencionales
	Países latinoamericanos,	Requisitos convencionales
	Austria,	Requisitos convencionales
	Bélgica,	
	Brasil,	requiere *exequatur*
	Corea,	
	China,	
	España,	
	Estados Unidos de América,	
	Francia,	
	Grecia,	requiere *exequatur*
	Israel,	
	Italia,	Requisitos convencionales
	México,	Requisitos convencionales
	Nicaragua,	Requisitos convencionales
	Panamá,	Requisitos convencionales
	Polonia.	Requisitos convencionales
PAÍSES MEDIANAMENTE LIBERALES	Bulgaria	requiere estricta reciprocidad
	Canadá	se debe iniciar proced. Local
	Egipto	prefiere convenio bilateral
	Hungría	
	Japón	la acepta, pero es muy subjet
	Luxemburgo	requiere *exequatur*
	Marruecos	requiere *exequatur*
PAÍSES MÁS RESTRICTIVOS	Australia	no acepta
	Dinamarca	no acepta, sólo der. de familia
	Finlandia	no acepta, sólo países europeos
	Gran Bretaña	no acepta
	Holanda	sólo si hay convenio bilateral
	Indonesia	no acepta
	Malasia	sólo si hay convenio bilateral
	Nueva Zelandia	no acepta
OTROS PAÍSES	Paraguay	Poder Judicial no sabe si es posible

*Requisitos convencionales: reciprocidad, tribunal competente, sentencia ejecutoria, notificación del demandado, fallo extranjero consistente con la ley local, etc.
Fuente: Ejecución y Reconocimiento de sentencias extranjeras, Ministerio de Relaciones Exteriores. Perú. 1995, p. 91.

V Sistema peruano de reconocimiento de sentencias extranjeras

El Código Civil, por primera vez de modo sistemático, trata la materia de Derecho Internacional Privado, la cual antes se encontraba dispersa en la Constitución de 1933 y en la de 1979, en el título preliminar del Código Civil de 1936 y en el Código de Procedimientos Civiles, en leyes especiales y en decretos leyes. Al respecto, al clarificarse

los casos de jurisdicción peruana exclusiva así como los de negativa, admitiéndose que para ciertos asuntos la jurisdicción peruana positiva es facultativa, se reconoce expresamente que en estos asuntos son competentes los jueces peruanos como los extranjeros, por tanto las sentencias o fallos extranjeros resultantes deben ser reconocibles en el Perú y es precisamente el Título IV sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros, el que establece las condiciones y formas que deben observarse para otorgar eficacia a dichos mandatos judiciales.

VI Requisitos de procedencia

El artículo 2104° establece los requisitos de procedencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, puntualizando ocho requerimientos:

1. Que no resuelvan asuntos de competencia peruana exclusiva.
2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.
8. Que se pruebe la reciprocidad.[7]

7 Modificado por el artículo 838° del Código Procesal Civil:Se presume que existe

Dichos requisitos se encuentran ilustrados en los fallos superiores y supremos que se han presentado en el material de lectura para información de los presentes, más; serán motivo de reflexión en este evento tres puntos centrales de diálogo:

- El primero vinculado al objeto de la solicitud de *exequatur*, esto es la sentencia extranjera que detente la autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; y ello a propósito de las reiteradas solicitudes de reconocimiento formuladas por connacionales que pretenden la homologación de una resolución administrativa municipal, que dispone la disolución del matrimonio celebrado en el Japón e inscrito en los registros consulares peruanos.
- El segundo relativo a la afectación o no al orden público en los casos de homologación de una sentencia extranjera que declare el divorcio por una causal no prevista en la ley nacional.
- El tercero relativo a la oportunidad desde la cual surte efectos en nuestro país la sentencia extranjera: ¿de la fecha de expedición de la sentencia de *exequatur*? o ¿declarada la homologación, los efectos de la sentencia extranjera se retrotraen en el Perú a la fecha de su expedición por el tribunal extranjero?

6.1 Objeto de la solicitud de *exequatur*

En relación con el primer tema relativo a la homologación de sentencias extranjeras con carácter de cosa juzgada, es necesario precisar el alcance terminológico de la expresión sentencia.

Sentencia o decisión judicial extranjera son los términos que usualmente se emplean para señalar a la materia del procedimiento de *exequatur*. Como bien lo define la Convención de la Haya en su artículo 2º; se entiende como decisión judicial a la que sea reconocida y declarada ejecutoria en el país requerido, y que a la vez no puede ser objeto de un recurso extraordinario en el país de origen. Surge entonces la necesidad de distinguir la sentencia extranjera y el auxilio judicial internacional.

reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

- Auxilio judicial internacional

«Las cartas rogatorias constituyen el ruego y apoderamiento que dirige un juez o tribunal de otro país para que realice determinados actos procesales. (Ej.: notificación de una decisión, interrogatorio de un testigo, etc.)»[8]

Lecompte señala que «los exhortos o comisiones rogatorias son las diligencias mediante las cuales los jueces se suplican entre sí para llevar a cabo ciertas actuaciones judiciales como notificaciones, práctica de pruebas, etc; ya sea dentro del territorio del estado en el cual administran justicia o hacia los que ejercen jurisdicción en otros.»[9]

De lo que se colige que a pesar de que sean emitidos por un órgano con poder jurisdiccional no son materia de reconocimiento, al tratarse meramente de actos judiciales de carácter administrativo.

¿En este aspecto podrían ser objeto de *exequatur* las resoluciones expedidas en procesos no contenciosos, de jurisdicción voluntaria?

- Resoluciones judiciales expedidas en procesos no contenciosos

Lagarmilla dice «que en los actos de jurisdicción voluntaria no se trata de contradecir derecho alguno, ni de obligar a terceros sino que se va a la autoridad judicial a autenticar un acto unilateral, en el que no se concibe la existencia de parte demandada, tratándose de procedimientos judiciales»[10]

Mortara señala: «la providencia de jurisdicción voluntaria no es, en realidad, un acto de función jurisdiccional soberana; por lo mismo, no puede adquirir autoridad de cosa juzgada y no puede ser ejecutada forzosamente sobre los bienes o contra la persona de quien se oponga a ello.»[11]

Calamandrei afirma que «la llamada jurisdicción voluntaria no es tal jurisdicción sino que es administración ejercida por órganos judiciales.»[12]

---

8 Ministerio de Relaciones Exteriores, «Ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras», **Gaceta Jurídica**, 1995, p.11

9 Alvaro Lecompte Luna, **Derecho Internacional Privado**, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 122

10 Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*, p.51

11 Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 56

12 Santiago Sentís Melendo, *op. cit.* , p.52

De ahí que nuestra ley expresamente en el segundo párrafo del artículo 2108° del Código Civil señale que las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren *exequatur*.

Explica la Dra. Revoredo que «las sentencias extranjeras sobre asuntos de jurisdicción graciosa, no requieren de *exequatur*, quedando sus efectos limitados a los de un medio probatorio.»[13]

Otra discusión que se plantea es en torno a que si el amparo judicial de la resolución sólo debe comprender a las de carácter jurisdiccional, o corresponde incluir a las resoluciones que expidan o autoricen funcionarios administrativos ajenos al ámbito jurisdiccional. Santiago Sentís señala: «Los actos jurídicos no han de contemplarse desde el punto de vista del país en que se pide el exequatur, sino del país de origen. Un acto será judicial o administrativo según lo regule la legislación del país en que se ha producido, sin que en el extranjero sea posible cambiar su naturaleza jurídica. El que un acto sea judicial o administrativo, lleva consigo no sólo un origen diferente, sino procedimiento distinto y garantías más o menos sólidas. Si los actos judiciales merecen una determinada consideración y ser objeto de tratados o legislación interna en un determinado sentido, no es lógico extender el contenido de estos tratados o preceptos a unos actos que, aún cuando por su naturaleza hubieran debido ser judiciales, sin embargo, se desarrollaron en la órbita administrativa.»[14]

De similar opinión Ruchelli y Ferrer afirman categóricamente que «deben excluírse en principio las resoluciones que realicen o autoricen funcionarios administrativos ajenos al ámbito jurisdiccional.»[15]

Existen precedentes internacionales importantes; en el caso de la Comunidad Europea, en el año 1998 se ha suscrito el Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, el cual incluye en el ámbito del Convenio a las acciones judiciales civiles, así como a otros procedimientos no judiciales admitidos para el ámbito matrimonial en determinados Estados; se refiere entonces a procedimientos administrativos que son oficialmente reconocidos por un Estado miembro. En el caso de Di-

13 Delia Revoredo, *op. cit.* p. 1035

14 Santiago Sentís Melendo, *op. cit.* pp.38-39

15 Humberto Ruchelli y Horacio Ferrer, *op. cit.*, p. 27

namarca, por ejemplo, existe junto a la vía jurisdiccional, la vía administrativa y para poder acudir a ella es necesario que haya una causa de divorcio, que exista un acuerdo entre las partes no sólo sobre el divorcio sino además sobre temas vinculados a él. Las resoluciones dictadas por el órgano administrativo pueden ser recurridas ante el Ministerio de Justicia, cuya decisión se encontrará sujeta a revisión judicial en la vía ordinaria.

Por tanto, como puede establecerse a nivel de la Comunidad Europea, es admisible el reconocimiento de resoluciones judiciales como administrativas en el ámbito matrimonial y de relaciones parentales.

Cierto es que son cada vez más frecuentes, por lo menos en la Corte Superior de Lima, las solicitudes de *exequatur* de resoluciones administrativas que declaran el divorcio, provenientes particularmente de peruanos que han contraído matrimonio en el Japón, que lo han inscrito en los registros consulares respectivos, cuyo domicilio conyugal ha tenido como sede el Japón y que mediante acuerdo han logrado la disolución administrativa autorizada expresamente en la ley de Koseki. Al respecto, el Consulado General del Japón informó a la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, mediante documento de fecha 20 de enero de 1997, que de acuerdo al Código Civil de Japón los divorcios pueden ser por mutuo acuerdo (artículo 763°) o mediante proceso judicial (artículo 770°). Señala que en el primer caso si los cónyuges están de acuerdo en divorciarse, deberán tramitar el divorcio según la ley de Koseki (Ley del Registro Familiar), ante los municipios.

En el segundo caso, cuando exista sentencia de divorcio el asiento de ésta deberá tramitarse, según la referida ley, ante los municipios. En ambos casos los alcaldes de los municipios están facultados para expedir certificados de divorcios, resultando sumamente lógico para las partes que si nuestros registros admitieron la inscripción del matrimonio, admitan en consecuencia la inscripción de la disolución.

Al respecto, se plantean dos posiciones a debatir; de un lado, la observancia de las formalidades requeridas por las normas de Derecho Internacional Privado nacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que han sido en parte descritas en la explicación precedente y, de otro lado, la razonabilidad del pedido formulado ante el órgano jurisdiccional nacional, de justiciables que invocan su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio

de un derecho legítimamente constituido en el extranjero, a un juez nacional que no puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, que por mandato de la misma debe aplicar los principios generales del derecho, preferentemente los que inspiran el derecho peruano.

6.2 Orden público internacional *versus numerus clausus* de las causales de divorcio

Con relación al segundo tema, orden público *versus numerus clausus* de las causales de divorcio en la ley nacional, existen dos posiciones planteadas. La primera que sostiene que las normas relativas al matrimonio y familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público y de cumplimiento obligatorio y, en consecuencia, en el Perú las causales para demandar el divorcio absoluto son *numerus clausus* no admitiéndose, por tanto, la homologación de sentencias de divorcios por causales distintas a las establecidas por la ley nacional. En contra de la posición descrita se formula la siguiente: no hay afectación al orden público internacional por cuanto la ley peruana, modificando el sistema anterior, ha admitido que los nacionales puedan ser divorciados ante un tribunal extranjero sujetándose a la ley del domicilio conyugal, modificando la jurisdicción que era de carácter exclusivo a facultativo.

El tema de orden público internacional es de difícil comprensión; intentaremos aproximarnos a él deduciéndolo de la comparación entre la justicia conflictual y diferencia de la justicia sustancial.

En las relaciones jurídicas de carácter nacional, por el principio de territorialidad, los asuntos de competencia y ley aplicable se encuentran claramente definidos en la legislación interna, cuya estructura lógica tiene los siguientes elementos: el supuesto, que es la hipótesis que de ocurrir desencadena una consecuencia; la consecuencia que es el efecto atribuído por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad y el nexo lógico-jurídico que es el elemento lógico vinculante.

De otro lado, en cambio, la justicia conflictual debe resolver los conflictos generados en una relación jurídica de carácter internacional aplicando a cada relación jurídica en cuestión la ley material del país que, de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado, tienen competencia para regirla. Es así que la estructura de la norma de

Derecho Internacional Privado, denominada también normas conflictuales, sea distinta a la norma material interna, presentando como elementos: la categoría genérica abstracta, que es el concepto que pretende englobar en su enunciado toda posible relación que sea comprendida en ella; y el punto de contacto o elemento de conexión, que establece cual es la ley aplicable, ya que señala qué sistema jurídico va a regular esa situación jurídica.

Se presenta así muchas veces una incomprensión de la justicia conflictual *versus* la justicia sustancial que ignora el problema conflictual.

Cuando la divergencia es tan grande que implica una absoluta incompatibilidad entre los criterios del derecho extranjero y los principios fundamentales de justicia de la *lex fori*, el juez debe excluir las disposiciones correspondientes del derecho extranjero (Artículo 2049° del Código Civil).

Es necesario distinguir la noción de orden público interno de la de orden público internacional. Al respecto, las normas del derecho peruano de carácter imperativo, que no pueden modificarse a la voluntad de los individuos, son de orden público interno; en tanto que el orden público internacional tiene que ver con la naturaleza de normas peruanas y que no pueden ser descartadas por la aplicación de leyes extranjeras.

Alfonsín afirma: «Esta distinción pone de manifiesto que si bien todo precepto de orden público internacional es *a fortiori* de orden público interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta que una norma sea de orden publico interno para fundar en ella una excepción de orden público internacional.»[16]

El tema que en este punto se plantea es si las causales de divorcio previstas en la ley nacional ameritan sustentar la excepción de orden público, que excluiría la aplicación de la legislación extranjera en materia de divorcio en asuntos de conocimiento por parte del juez peruano o, como en el caso de *exequatur* cuando se trata de reconocer situaciones jurídicas ya creadas.

Como lo distingue Sánchez-Covisa, la cláusula de reserva o de orden público internacional debe tener un campo de aplicación más restringido cuando se trata de reconocer situaciones jurídicas válida-

16 Quintín Alfonsín, **Teoría del Derecho Internacional Privado**, p. 570

mente creadas en un sistema jurídico extranjero, que cuando se trata de crear situaciones jurídicas en el seno del sistema jurídico nacional.

Se hace necesario así discriminar la noción de orden público en el terreno de creación de los derechos y la noción de orden público en el terreno de la eficacia de los derechos. En el primer caso, se trata de crear en el propio país derechos y situaciones jurídicas mediante la aplicación directa de la ley material extranjera, en tanto que en el segundo, se trata simplemente de reconocer derechos adquiridos y situaciones jurídicas definitivamente constituídas en el extranjero. Ello ha venido a denominarse: doctrina de efecto atenuado del orden público. En el mismo artículo el autor nos refiere como la jurisprudencia francesa desde mediados de este siglo ha venido imponiendo la siguiente tesis:

> La tesis fue claramente consagrada en el famoso caso Rivière sentenciado por la Corte de Casación en el año 1953. Se trataba de un divorcio por mutuo consentimiento decretado por un tribunal ecuatoriano entre una mujer francesa y un marido de origen ruso domiciliados en Ecuador. A pesar de que el divorcio por mutuo consentimiento no está consagrado en la legislación francesa y se considera - en cuanto tal- contrario al orden público internacional francés, la Casación reconoció la validez del divorcio. Arguyó que «la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según que imponga obstáculos a la adquisición de un derecho en Francia o según que se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude, en el extranjero y de acuerdo con la ley a quien el derecho internacional privado francés otorga competencia.»
>
> «La doctrina del efecto atenuado del orden público cuando se trata de reconocer derechos válidamente creados en el extranjero puede hoy considerarse incorporada a la doctrina y a la jurisprudencia francesa. Ha recibido aplicación en una serie de campos, como, por ejemplo, para admitir el reconocimiento en el extranjero de un hijo adulterino o para admitir que una de las mujeres de un extranjero polígamo reclame alimentos en Francia a su marido».[17]

17 Joaquín Sánchez-Covisa, **Orden público internacional y divorcio vincular**, 1970, p. 112

Se admite de este modo que la sentencia dictada en el país del domicilio será reconocida en los demás países.

En los países del *Common Law* el control del orden público se ha concentrado en forma prácticamente exclusiva en el control de la regularidad procesal del juicio.

Por naturaleza, el *exequatur* es un simple reconocimiento u homologación, un simple dar fuerza ejecutoria a lo decidido por el juez extranjero, y no un nuevo juicio o una nueva valoración de los hechos por el tribunal nacional. Por ello, es necesario distinguir el ámbito de la excepción del orden público, que como tal debería ser restringido y no extensivo; supuesto distinto es la improcedencia de la homologación porque se trata de sentencias extranjeras procesalmente irregulares, porque hayan sido dictadas por un tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia internacional o porque se hayan infringido los principios que aseguran su regularidad procesal, como son los vinculados a la citación del demandado, su razonable posibilidad de defensa que posibilite una real controversia judicial.

La posición que sustenta que no se afecta al orden público al homologar sentencias de divorcios por causales no previstas en la ley nacional, acusan como se dijo, que el divorcio ya no es una materia de competencia exclusiva del Perú, estableciendo expresamente el artículo 2082° del Código Civil que las causas de separación de cuerpos y divorcio se someten a la ley del lugar del domicilio conyugal, deduciendo que la voluntad de la ley peruana es autorizar que un matrimonio celebrado en el Perú o inscrito en el Perú pueda ser disuelto aplicándose la ley extranjera, invocándose causales previstas en la ley del domicilio conyugal, por tanto, no habiéndose trasgredido principios fundamentales del ordenamiento constitucional peruano, ni evidenciándose la intención de provocar un fraude a la ley nacional, no resultaría suficiente para amparar la excepción de orden público internacional.

6.3 Eficacia en el Perú de la sentencia extranjera

Con relación al tercer tema vinculado a la efectividad del fallo extranjero en el país, es necesario precisar algunos alcances respecto a la naturaleza procesal de la acción de *exequatur* y de la sentencia de *exequatur*.

En principio, respecto al carácter de la acción, se trata de una acción autónoma, la materia litigiosa a diferencia de la sentencia extranjera no lo constituye la relación jurídica sustancial sobre la cual se ha pronunciado el fallo extranjero; en el caso del *exequatur*, la materia litigiosa está constituída por la misma sentencia independiente de la *litis* que le ha dado origen.

La acción se fundamenta en el principio de soberanía nacional que establece el efecto territorial de los fallos, razón por la cual es necesario que el juez nacionalice la sentencia extranjera, convirtiéndola en un elemento jurídico nacional, luego de verificado los requisitos que la ley establece para estos efectos.

¿Que carácter ostenta la sentencia de *exequatur*?

Un sector de la doctrina sostiene que tiene un carácter constitutivo por cuanto sólo mediante la intervención del juez nacional se puede obtener en el país los efectos de la sentencia extranjera; de otro lado, quienes sostienen su carácter declarativo consideran respecto a la naturaleza de la sentencia de reconocimiento, que el juicio de delibación y reconocimiento no crea la sentencia sino que la declara ejecutoria, por cuanto ésta no pronuncia un mandato de contenido idéntico al de la sentencia extranjera sino un mandato aceptando la idoneidad de ésta para producir efectos en el propio Estado.

De ahí que quienes sostienen la segunda posición postulen que no se trata de efectos de la sentencia nacional de reconocimiento, sino de efectos de la sentencia extranjera, argumentando que la sentencia es una sola y sus efectos son los mismos cualquiera que sea el lugar donde haya de producirse y, en ese entendido, otorgando a la homologación los efectos de la sentencia extranjera en el país, se retrotraerían a la fecha en que fue expedido el fallo materia de reconocimiento; mientras que quienes sostienen el carácter constitutivo de la sentencia de *exequatur* postularían que la sentencia extranjera recién genera efectos en el territorio nacional cuando se ha expedido ésta, como requisito indispensable para el valor y eficacia de la sentencia extranjera que sólo mediante dicho procedimiento los adquiriría.

Como puede advertirse la materia de cuestionamiento e inquietud jurídica en esta temática es profusa, nos hemos permitido proponer tres temas puntuales de diálogo no obstante como podrá advertirse de

los materiales entregados, los diez casos presentados ofrecen a su lector un caudal importante de reflexión y cuestionamiento y es que tal vez, como Ruchelli y Ferrer lo plantean en el fondo lo que existe es el enfrentamiento de «dos concepciones fundamentales en el campo del Derecho Internacional Privado, la universalista que tienden a facilitar la extraterritorialidad de la sentencia, evitando al mismo tiempo la intervención estatal que frustre o dificulte el agotamiento de la relación jurídica y la nacionalista que convierte los requisitos para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, en la exigencia de un acto que las incorpore al ordenamiento nacional. No se aplicaría en consecuencia ni decisión extranjera ni derecho extranjero sino el propio.»[18]

Cierto es que los estudiosos de esta especialidad podrán converger o diverger con estos planteamientos interpretativos, más, seremos los magistrados quienes a través de nuestros fallos orientaremos su sentido y alcance, impulsando jurisprudencialmente el desarrollo de ésta importante área del derecho privado internacional.

18 Ruchelli y Ferrer, *op. cit.*, p.228.

La protección del accionista minoritario en las Sociedades Anónimas Abiertas

Alonso Morales Acosta

I. Competencia del Comité

1.1 Aspectos Generales:

La Ley Nº 26985 titulada «Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas» regula la actuación de las sociedades anónimas abiertas, señaladas en la Ley General de Sociedades - Ley Nº 26887 (en adelante LGS), respecto de ciertos derechos de los accionistas minoritarios.

En ese orden de ideas, la LGS, en su Art. 249º, se refiere a las sociedades anónimas, calificándolas como abiertas, por reunir una o más de las siguientes condiciones:

> «1. Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;
> 2. Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;
> 3. Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;
> 4. Se constituya como tal; o
> 5. Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen»

La doctrina sintetiza mejor estas características al definir su concepto de la siguiente manera:

> «La Sociedad Anónima Abierta al público -que, como veremos, no es más que un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables- es una institución jurídico-pública, instituida por ley, para recoger el ahorro, con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica.»[1]

Los accionistas minoritarios son descritos por la ley como aquellos que no tienen acceso al ejercicio de los derechos derivados de sus acciones, dado que desconocen de su titularidad (por falta de información)[2] o por que la Sociedad Anónima Abierta (en adelante la S.A.A.)[3] no se las reconoce.

Es decir, se pretende informar (a través de publicaciones que es la razón principal de la Ley N° 26985) que existen personas naturales o jurídicas titulares de acciones o dividendos de S.A.A. que no están ejerciendo sus derechos (probablemente por desconocimiento de los mismos). Asimismo, se establece un procedimiento en sede administrativa para resolver los reclamos de los que se consideran titulares de las acciones o dividendos dinerarios y que, en base a una decisión aparentemente arbitraria de la S.A.A., se les desconoce dichos derechos o dividendos dinerarios («denegatoria de la entrega de sus títulos y/o dividendos»).

Vale decir, se regula un aspecto parcial de los derechos que conciernen a los accionistas minoritarios: los relacionados con la información sobre la existencia de sus derechos, el reconocimiento de los mismos y un debido procedimiento administrativo para canalizar los reclamos.[4]

---

1 **Ngo Bà Thành** citado por Enrique Elías Laroza **en** Ley General de Sociedades Comentada, Trujillo. Ed. Normas Legales S.A., 1999; p. 509.

2 El inciso 2.3. del artículo 2° de la Ley N° 26985 señala: «[...] La Sociedad procederá a publicar [...] el listado de accionistas que no hubieren reclamado sus títulos representativos de acciones y/o de aquellos que no hubieren cobrado sus dividendos».

3 El inciso 7.1. del artículo 7° de la Ley N° 26985 indica: «El solicitante al que se le hubiere denegado la entrega de sus títulos representativos de acciones y/o dividendos, de modo expreso o ficto, podrá reclamar este hecho ante la CONASEV».

4 La Ley N° 26985 no trata de otros derechos como: derecho de información sobre asuntos a tratar en Junta General y otros aspectos societarios, aplazamiento de la Junta General, elección del directorio por voto acumulativo, convocatoria a Junta General solicitada por acciones que representen al menos el 5% del capital social, derecho de separación, distribución mínima de dividendos, entre otros, de conformidad con los arts. 130°, 131°, 200°, 231°, 255°, 261° y 385°.

De otro lado, es menester precisar que las acciones en general pueden ser representadas mediante certificados provisionales o definitivos y anotaciones en cuenta. Los certificados de acciones se caracterizan por su representación en hojas de papel. Vale decir, se trata de documentos de papel actualmente regulados entre otras disposiciones por los arts. 84°, 87°, 92° y 100° de la LGS. Asimismo son considerados como títulos nominativos según los arts. 29° al 32° de la Ley de Títulos Valores vigente (Ley N° 16587).

Las anotaciones en cuenta representan valores desmaterializados tal como lo define el Art. 2° del proyecto de ley de Títulos Valores[5] y tal como se hallan reguladas en los arts. 209° al 217° de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo N° 861). En otros términos, las acciones no constan exclusivamente en documentos de papel sino también en documentos electrónicos.

Su registro y contabilización se efectúa a través de una institución de Compensación y Liquidación de Valores- ICLV (como CAVALI), bajo el recurso técnico de las «anotaciones en cuenta». El registro tendrá una función equivalente a la matrícula de acciones representadas mediante certificados (de papel) y las constancias de las anotaciones efectuadas en el registro equivaldrán a los certificados de acciones (de papel) provisionales o definitivos.[6]

5 Texto publicado por el diario oficial «El Peruano» el 3 de noviembre de 1999.

6 No debe llevar a confusión la referencia de certificados provisionales o definitivos, valores materializados en papel, con las constancias derivadas de los registros de anotaciones en cuenta, aún cuando éstas constancias son también denominadas por la Ley del Mercado de Valores como «certificados». (Véase el artículo 216° Ley del Mercado de Valores - Decreto Legislativo N° 861).

Art. 216°.- Certificado.- La titularidad para la transmisión y el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por anotaciones en cuenta o de los derechos limitados o gravámenes constituidos sobre ellos pueden ser acreditados con certificado otorgado por la correspondiente institución de compensación y liquidación de valores, indicando la finalidad para la cual fue expedido y su plazo de vigencia.

El certificado a que se refiere el párrafo anterior no confiere más derecho que en los que en él se indica. El acto de disposición del certificado es nulo.

No puede expedirse más de un certificado para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos.

Es prohibido a las instituciones de compensación y liquidación de valores y a los miembros de los mercados de valores dar curso a transferencias o gravámenes, así como practicar las correspondientes inscripciones, en tanto el interesado no haya restituido los certificados expedidos a su favor, a menos que estos hubiesen caducado.

No obstante lo mencionado, la LGS es categórica al indicar que sea cual fuere la representación de las acciones, estas confieren los mismos derechos a los accionistas

> «Art. 84º de la LGS.- [...] Los derechos que corresponden a las acciones emitidas son independientes de si ellas se encuentran representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la Ley».

Como se puede apreciar no existe una diferencia de derechos que derive de la forma de representación.

1.2 Problema

La Ley Nº 26985 en armonía con la finalidad que hemos expuesto en el punto anterior, establece un procedimiento para efectuar publicaciones y reclamos por denegatoria de la entrega de «Títulos».

En la Ley se refiere constantemente a «títulos representativos de acciones», lo cual obviamente obliga a preguntarse qué debe entenderse por «títulos». Vale decir si se refiere a el: «origen, causa, razón o fundamento de un derecho u obligación o al documento materializado que prueba una relación jurídica, sea esta una deuda pública o un valor mercantil»[7].

Es vedad que existen argumentos en favor de ambas posiciones, pudiendo considerarse que el término «título» es un concepto abstracto y genérico, que invoca a la «acción» (como alícuota del capital social o aporte que confiere derechos políticos y económicos al socio), al margen de si su representación se traduce en un «certificado» o en una «anotación en cuenta».

No obstante lo mencionado, la consideración que se refiere sólo a título valor, vale decir a certificados provisionales o definitivos, hallaría sustento en las siguientes normas:

7 Guillermo Cabanellas, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Argentina. Ed. Heliasta, 1989, Tomo VIII, p. 103.

1.- En la Ley del Mercado de Valores (D. Leg N° 861) se alude al término «Título» como «Título Valor» reiteradamente y se le distingue de las anotaciones en cuenta, conforme puede apreciarse en los arts. 9° inciso b), 80°, 81°, 103° inciso i), 209° segundo, tercero y cuarto párrafos, 213° segundo párrafo, 214°, 217° segundo párrafo, 239°, 250° inciso a) y 253° primer párrafo.
2.- En segundo término, en la Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas se alude reiteradamente a que la sociedad «entregará» los títulos representativos de acciones (inciso 3.1.y 3.2. del Art. 3° y el inciso 7.1. del Art. 7° de la Ley N° 26985), lo que alude a su aparente materialización en un documento de papel, puesto que sólo los «certificados» (título valor) son objeto de entrega por la sociedad.

En materia de anotaciones en cuenta la sociedad no entrega títulos sino, en todo caso, reconoce todos los derechos de los accionistas derivados del conjunto de acciones que se encuentran registradas en una institución de compensación y liquidación de valores (v. gr. CAVALI). En ese orden de ideas, la Resolución CONASEV N° 038-99-EF/94.10, que no ha sido impugnada, optó por referirse a la «entrega de [...] certificados»; indicando, además, que bajo dicho término se comprende los certificados de acciones provisionales o definitivos, aludiendo con ello a la representación de acciones mediante documentos de papel de conformidad con el Art. 84° de la LGS.

1.3 Solución al problema

Existen dos vías para solucionar este problema: una mediata (una ley); y, una inmediata (resolución complementaria del Directorio de CONASEV).

La primera sería una ley de precisión que obviamente tendría que pasar por un proceso de debate y aprobación en el Congreso de la República.

La segunda vía consiste en que el Directorio de CONASEV, al amparo del Art. 2° incisos a) y b) y el Art. 11° incisos b), m) y r) de la Ley Orgánica de la CONASEV (D. L. N° 26126), así como de la Quinta Disposición Final de la Ley N° 26985 (Ley de Protección al Accionista Minoritario en S. A. A.), dicte normas complementarias

para que se cumpla con una tutela efectiva del accionista minoritario, pues no existe un fundamento legítimo para diferenciar la protección por razón de la forma.

En efecto, la normatividad citada reconoce las siguientes prerrogativas y facultades:

> Ley orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (D.L. Nº 26126):
> «Art. 2º.- Son funciones de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores las siguientes:
> a) Estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado,
> b) Supervisar a las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley General de Sociedades y a las sucursales de empresas extranjeras que se hallen dentro de los límites que la propia Comisión fije, así como a las cooperativas.
> Art. 11º.- Son funciones y atribuciones del Directorio, además de las que se le asignan en la Ley del Mercado de Valores o en otras normas legales, las siguientes:
> b) Dictar las normas que regulen las operaciones en el mercado de valores, así como aquéllas a que deben sujetarse las personas naturales o jurídicas sometidas al control y supervisión de CONASEV;
> m) Aprobar el Reglamento de Organización y Funciones de la CONASEV, así como los demás reglamentos internos.
> r) Establecer los procedimientos, con delegación de facultades y definición de instancias, para que se resuelva de manera expeditiva los asuntos de competencia de CONASEV.
> Ley de protección a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas abiertas (Ley Nº 26985):
> Quinta.- Expedición de normas complementarias por la CONASEV-
> La CONASEV será el organismo encargado de dictar las normas complementarias que sean necesarias para la mejor aplicación de la presente ley.»

En base a las normas citadas, se podrían aprobar normas complementarias que permitan una mejor aplicación de la Ley Nº 26985,

cumpliendo con dar información suficiente y oportuna sobre la existencia de acciones representadas por Anotaciones en Cuenta, así como los dividendos derivados de estas acciones y que por desconocimiento no se pueden cobrar. De igual manera, se contemplaría el derecho de estos accionistas a reclamar por el desconocimiento injustificado o arbitrario de sus derechos sea por haberse brindado información deficiente o por negarse la Sociedad Anónima Abierta a instruir a la ICLV (CAVALI) para que corrija su registro y anote correctamente el nombre del titular.

II Procedimiento de «entrega» y «denegatoria» de títulos

Los procedimientos que se están realizando actualmente para proteger al accionista minoritario conforme a la Ley Nº 26985 prácticamente no variarían, simplemente tienen que adecuarse a la realidad del sistema de anotaciones en cuenta.

En ese orden de ideas las etapas de los procedimientos descritos en la mencionada Ley se desarrollarían del modo siguiente:

1.- La Sociedad Anónima Abierta efectuará publicaciones en la que estará obligado a incluir los certificados o las anotaciones en cuenta representativas de títulos de acciones.
2.- Las personas que se consideran titulares de valores o dividendos procederán a acreditar sus derechos ante la Sociedad Agente relacionada para el efecto con la ICLV (CAVALI) correspondiente, lo cual en buena cuenta descongestionará las oficinas de la Sociedad Anónima Abierta.
3.- Al solicitante que se le haya negado los derechos sobre sus acciones (dado que no se le permite disponer de los mismos) podrá ante la Sociedad Anónima Abierta (el emisor) solicitar que se forme un expediente con los antecedentes y elevarlo a la CONASEV.
4.- La resolución expedida en base al reclamo formulado será igualmente notificada a la Sociedad Anónima Abierta, la que tendrá que indicar a CAVALI que corrija su registro mediante el cual se dio acceso a las anotaciones en cuenta.

Por ejemplo: si COPA determinó el cambio de nombre y la entrega de títulos de acciones en favor de una persona natural, obligará a

la sociedad emisora a solicitar a la ICLV (CAVALI) que rectifique su registro, la cual procederá a efectuarlo por el simple requerimiento.

Cabe resaltar que también el cambio de titularidad podrá efectuarse directamente según lo previsto el Art. 58° de la Resolución de CONASEV N° 31-99-EF/94.10 (Reglamento de Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores) el cual establece lo siguiente:

> «Art. 58°.- Las ICLV, a solicitud del respectivo titular o interesado, o a través del participante, deben registrar el cambio de titularidad de los valores inscritos en el registro contable de forma inmediata, previa evaluación de la documentación necesaria para efectuar la respectiva inscripción, de acuerdo a lo que establezcan los Reglamentos Internos, cuando se trate de los supuestos contemplados en el Art. 11° de la Resolución CONASEV N° 027-95-EF/94.10.
>
> Las ICLV deben difundir al mercado las normas que detallen la documentación necesaria para registrar el cambio de titularidad en los supuestos a que se refiere el párrafo precedente. »

Los supuestos a que se refiere la Resolución de CONASEV N° 027-95-EF/94.10 se refieren fundamentalmente a los casos de herencia, anticipo de herencia, división y partición de masa hereditaria, donación, separación de patrimonios en una sociedad conyugal, fusión y escisión de sociedades; fusión de fondos de pensiones, fusión de fondos mutuos de inversión en valores y fondos de inversión, así como otros que resuelva favorablemente CONASEV (como las resoluciones de COPA).

Como puede apreciarse, hasta este punto, no existe mayor diferencia en el procedimiento que se ha venido siguiendo ante esta institución. Empero, si se trata de casos en los cuales la Sociedad Anónima Abierta entregó acciones por error o fraude a terceros, tendrá que cumplir con el verdadero titular adquiriendo las acciones en el mercado de valores.

En conclusión, si bien no se aprecian mayores diferencias, será necesario que la COPA coordine y adecue su procedimiento con el fin que la norma complementaria (sobre anotaciones en cuenta) que se sugiere expedir armonice con la realidad.

III Consecuencias para el accionista que no recoge sus dividendos ni sus acciones

Producto del desconocimiento los accionistas no sólo se encuentran limitados en el ejercicio de sus derechos políticos, sino que con el transcurso del tiempo pueden caducar sus derechos económicos y políticos.

En efecto, la LGS establece en su Art. 232°, tal como ha quedado modificado por la Ley N° 26985, que:

> «El derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo.
> Sólo en el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, el plazo de caducidad a que se refiere el párrafo precedente será de diez años»

Como puede apreciarse el término de caducidad de los dividendos que corresponden al accionista para reclamar sus dividendos en una Sociedad Anónima Abierta es de diez años.

Cabe precisar que aún cuando el término «dividendo» no se ha definido directamente en la ley, se puede deducir de una interpretación sistemática de los arts. 107° (segundo párrafo) y 231° de la LGS que su concepto comprende tanto el pago en dinero como en acciones (acciones liberadas), según puede verificarse a continuación:

> «Art. 107°.- Usufructo de acciones:
> [...] Puede pactarse que también correspondan al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo del usufructo.
> Art. 231°.- Dividendo obligatorio:
> Es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de detraído el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. Esta solicitud sólo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior.
> El derecho de solicitar el referido reparto de dividendos no puede

> ser ejercido por los titulares de acciones que estén sujetas a régimen especial sobre dividendos»

Cabe preguntarnos si la caducidad alcanza a los dos tipos de dividendos tanto al dinerario como a las acciones liberadas. En nuestra opinión sólo cabe la caducidad respecto de los dividendos dinerarios; puesto que sólo estos se encuentran pendientes de cobro.

En efecto, cuando se acuerda la distribución de dividendos dinerarios, la sociedad reconoce un crédito a favor del accionista. Este tiene que efectuar su cobro para tener a su disposición el importe correspondiente a dichos dividendos.

En cambio, las acciones liberadas son reconocidas por la sociedad mediante su inscripción en la matrícula de acciones, la cual justamente acredita la propiedad de las mismas (Art. 91° de LGS). Según la legislación societaria la posesión de los títulos emitidos a nombre de una persona constituye un medio probatorio de propiedad, pero la prueba fundamental y definitiva es la que se sustenta en la matrícula de acciones.

En buena cuenta, la sociedad al emitir acciones y registrarlas en la matrícula correspondiente ha reconocido los derechos inherentes al accionista y por ende su titularidad (al margen que proceda o no a emitir los títulos); salvo resolución judicial en sentido distinto.

Los dividendos dinerarios al encontrarse pendientes de cobro pueden sufrir las consecuencias de la caducidad prevista en el Art. 232° de LGS, norma que sanciona de este modo al acreedor negligente.

La norma precisa además que estos recursos que figuran en el activo incrementan el patrimonio en la cuenta de la reserva legal, salvo que habiendo llegado ésta a su límite máximo se proceda a su capitalización o a su redistribución.

> « [...) Nótese que si la reserva legal estuviese en su límite máximo, esos montos no tendrían la condición de reserva legal, a tenor del artículo 229°, por lo que, en ese caso, procede su capitalización o redistribución».[8]

8 Enrique Elías Laroza **Ley General de Sociedades Comentada**, Trujillo. Ed. Normas Legales S.A.; p. 490.

IV Las sanciones por incumplimiento

La Ley de Protección al Accionista Minoritario contempla sanciones muy rigurosas para la Sociedad Anónima Abierta que no cumple con los procedimientos y disposiciones establecidas. Estas consisten fundamentalmente en multas no menores de 50 UIT ni mayores de 100 UIT.[9]

Estas sanciones pueden ser excesivamente draconianas con la Sociedad Anónima Abierta que ha efectuado el procedimiento defectuosamente, aun cuando se halla cumplido con la finalidad de la Ley N° 26985. Ejemplos de lo mencionado pueden ser los siguientes: retrasos en las publicaciones uno o dos días de transcurrido el plazo de ley, no incluir en la cuarta publicación a todos los accionistas subsanando dicho hecho inmediatamente o por omitir indicar los gastos de difusión regularizando dicho acto en fecha posterior.

No obstante lo mencionado, si el COPA tuviera que sancionar algunos de los actos o conductas mencionadas tendría poco margen para su discrecionalidad, dado que los extremos entre los cuales oscilarían las multas son elevados. En todo caso, el legislador tiene la palabra sobre una mayor flexibilidad del COPA en el ejercicio del poder punitivo.

****

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY N° 26985

LEY DE PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS

Artículo 1°.- Ámbito de aplicación

La presente ley será de aplicación a las Sociedades Anónimas Abiertas, en adelante Sociedad o Sociedades, reguladas por la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades.

9 De acuerdo a la escala vigente, la UIT tiene un valor de S/. 2,900.00 (dos mil novecientos y 00/100 nuevos soles). En tal sentido 50 UIT es equivalente a S/. 145,000.00 (ciento cuarenta y cinco mil y 00/100 Nuevos Soles) y 100 UIT es igual a S/. 290,000.00 (doscientos noventa mil y 00/100 Nuevos Soles).

CAPÍTULO I
DEL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN

Artículo 2º.- Procedimiento de protección de accionistas minoritarios

2.1. La Sociedad, a fin de proteger efectivamente los derechos de los accionistas minoritarios, deberá publicar en un plazo que no excederá de los 60 (sesenta) días de realizada la Junta Obligatoria Anual a que se refiere el Artículo 114º de la Ley Nº 26887 -Ley General de Sociedades-, el número total de los títulos representativos de acciones no reclamados y el valor total de los mismos, según la cotización vigente en el mercado de valores a la fecha que se remite el aviso a los medios de comunicación. Asimismo, la Sociedad publicará el monto total de los dividendos no cobrados y exigibles conforme al acuerdo de declaración de dividendos indicando el lugar donde se encuentran los listados con información detallada, así como el lugar y el horario de atención para que los accionistas minoritarios puedan reclamar sus títulos representativos de acciones y/o cobrar sus dividendos.

2.2. La publicación se efectuará en el Diario Oficial y en otro de circulación nacional, cada 30 (treinta) días por 3 (tres) meses consecutivos, actualizando la información correspondiente. A criterio de la Sociedad, adicionalmente, podrán utilizarse otros medios de difusión masiva.

2.3. Transcurridos 30 (treinta) días contados a partir de la última publicación, la Sociedad procederá a publicar por los mismos medios señalados en el numeral precedente, el listado de accionistas que no hubieren reclamado sus títulos representativos de acciones y/o de aquellos que no hubieren cobrado sus dividendos. Asimismo, se publicará el monto de los gastos de difusión en que hubiese incurrido la Sociedad como consecuencia del procedimiento de protección de los accionistas minoritarios; con lo que concluirá dicho procedimiento, sin perjuicio del análisis que efectuará la Comisión Nacional Supervisora de empresas y Valores -CONASEV-.

Artículo 3º.- Solicitud de entrega de los títulos representativos de acciones y/o dividendos.

3.1. Los interesados deberán acudir al local de la Sociedad designado para estos efectos, para solicitar la entrega de los títulos represen-

tativos de sus acciones y/o los dividendos. Para tal fin, deberán presentar los siguientes documentos según se trate de personas naturales o jurídicas:

a) Documento de identidad, adjuntando copia de la misma.
b) Los poderes que acrediten al representación del titular, de ser el caso.
c) Documentos que acrediten la condición de heredero o legatario, de ser el caso.
d) Documentos que acrediten al titularidad de las acciones, cuando corresponda.

3.2. Con la presentación de los documentos a que hubiere lugar, señalados en el presente artículo, la Sociedad entregará los títulos representativos de acciones y/o los dividendos en un plazo de 30 (treinta) días. Vencido dicho plazo sin que exista un pronunciamiento de la Sociedad, se entenderá denegada la solicitud, quedando expedito el procedimiento administrativo de solución de controversias a que se refiere el Capítulo II de la presente ley.

Artículo 4º.- Supervisión de la CONASEV.

La Sociedad dentro de los 60 (sesenta) días siguientes de efectuada la última publicación a que se refiere el párrafo 2.3 del Artículo 2º de la presente ley, remitirá a la CONASEV lo siguiente:

a) Copias de las publicaciones establecidas en el Artículo 2º de la presente ley;
b) El listado de aquellos accionistas que hubieran procedido a reclamar sus títulos representativos de acciones y/o cobrar sus dividendos;
c) El listado de accionistas que no hubiesen reclamado sus títulos representativos de acciones y/o dividendos.

Artículo 5º.- Del análisis y certificación.

La CONASEV analizará la documentación recibida a que se refiere el Artículo 4º y si es conforme expedirá el correspondiente certificado que acredite que la Sociedad cumplió con el procedimiento señalado en la presente ley.

Artículo 6º.- Gastos de Difusión.

Los gastos de difusión derivados del procedimiento de protección a los accionistas minoritarios previstos en la presente ley, serán de cargo de la Sociedad, la que podrá deducirlos proporcionalmente de los dividendos no cobrados que hubieran dado origen al inicio de dicho procedimiento.

CAPÍTULO II
DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 7º.- Procedimiento de Reclamación.

7.1. El solicitante al que se le hubiere denegado la entrega de sus títulos representativos de acciones y/o dividendos, de modo expreso o ficto, podrá reclamar este hecho ante la CONASEV.

7.2. El reclamo se presentará ante la Sociedad respectiva, en un plazo de 15 (quince) días hábiles contados a partir de la notificación de la denegatoria de la Sociedad o de la denegatoria ficta. El expediente será elevado a la CONASEV, con los documentos necesarios para resolver que obren en poder de la Sociedad, en el término de 3 (tres) días hábiles. La CONASEV deberá resolver el reclamo dentro de los 30 (treinta) días hábiles contados desde que fueren recibidos los documentos remitidos por la Sociedad, sin más trámite que el análisis de los mismos. Dentro de este plazo, la CONASEV podrá solicitar cualquier documento adicional al interesado.

Artículo 8º.- Efectos de la Resolución de la CONASEV.

8.1. Notificada la Resolución de CONASEV, ésta podrá ser objeto de acción contencioso administrativa, en un plazo de 15 (quince) días hábiles. En el caso de ser declarado fundado el reclamo, la resolución tendrá carácter suspensivo.

8.2. Transcurrido el plazo a que se refiere el numeral precedente, sin ser impugnada la Resolución Administrativa de CONASEV, ésta quedará firme. De ser el caso, el accionista se apersonará a la Sociedad con la copia de dicha resolución, a fin de que ésta proceda a la entrega de los títulos representativos de acciones o los dividendos, en un plazo que no excederá de los 15 (quince) días de presentada.

Artículo 9º.- Sanciones.

En caso que la Sociedad incumpla con lo dispuesto en la presente ley, la CONASEV aplicará una sanción administrativa no menor de 50, ni mayor de 100 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Modificación del Artículo 232º de la Ley Nº 26887.

Modifícase el Artículo 232º de la Ley Nº 26887 -Ley General de Sociedades-, en los términos siguientes:

"**Artículo 232º.-** Caducidad del cobro de dividendos.

El derecho a cobrar el dividendo, caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo.

Sólo en el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, el plazo de caducidad a que se refiere el párrafo precedente será de diez años.

Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal".

Segunda.- Devolución de los Títulos Representativos de Acciones y de los Dividendos.

El Banco de la Nación devolverá a las Sociedades, en un plazo que no excederá de 3 (tres) días hábiles de la entrada en vigencia de la presente ley, los títulos representativos de acciones y los dividendos no cobrados que hubieran sido depositados por las empresas o sociedades, en el Fondo de Fideicomiso dispuesto por el Decreto de Urgencia Nº 106-97. La devolución de los dividendos no cobrados incluirá los intereses devengados por éstos.

Tercera.- Derogatorias.

Deróganse la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Ley Nº 26923 y el Decreto de Urgencia Nº 106-97.

Cuarta.- Aplicación inmediata de la norma.

Las Sociedades adecuadas o no a la Ley Nº 26887, que hubieren estado comprendidas dentro de los alcances del Decreto de Urgencia Nº 106-97, deberán iniciar la entrega de los títulos representativos de acciones no reclamadas o dividendos no cobrados, a partir del 7º día hábil de la entrada en vigencia de la presente ley.

Por única vez, dentro del plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles de la entrada en vigencia de la presente ley, las Sociedades darán inicio al procedimiento de protección de accionistas minoritarios, sin la realización de la Junta Obligatoria Anual a que hace referencia el numeral 2.1 del Artículo 2º de esta norma.

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo se impondrá la sanción pecuniaria a que se refiere el Artículo 9º de la presente ley.

Quinta.- Expedición de normas complementarias por la CONASEV.

La CONASEV será el organismo encargado de dictar las normas complementarias que sean necesarias para la mejor aplicación de la presente ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintitrés días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

VICTOR JOY WAY ROJAS
Presidente del Congreso de la República
CARLOS BLANCO OROPEZA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:
Mando se publique y cumpla.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiocho días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho.
RICARDO MáRQUEZ FLORES
Vicepresidente de la República
Encargado del Despacho Presidencial
ALBERTO PANDOLFI ARBULú
Presidente del Consejo de Ministros
Encargado de la Cartera de Economía y Finanzas
ALFREDO QUISPE CORREA
Ministro de Justicia

****

RESOLUCION CONASEV
Nº 038-99-EF/94.10

Lima, 9 de marzo de 1999

VISTOS:

El Memorándum Nº 028-99-EF/94.COPA de fecha 25 de febrero de 1999 y el Acuerdo Nº 24-99 del Comité de Protección al Accionista Minoritario adoptado en la sesión del Comité de fecha 25 de febrero de 1999;

CONSIDERANDO:

Que, la Ley Nº 26985, Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas, publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1998, encarga a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, CONASEV, conocer y resolver los reclamos que presenten los solicitantes a los cuales se les hubiere denegado de modo expreso o ficto la entrega de sus títulos representativos de acciones y/o dividendos en las sociedades anónimas abiertas, así como la supervisión del procedimiento de protección;

Que, mediante Resolución CONASEV Nº 164-98-EF/94.10 publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1998, se crea el Comité de Protección al Accionista Minoritario como órgano de CONASEV, encargándosele las funciones que le fueren asignadas por la Ley Nº 26985;

Que, asimismo, mediante la Resolución CONASEV Nº 025-99-EF/94.10 publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero de 1999, se precisa que el Comité de Protección al Accionista Minoritario es el encargado de conocer y resolver, en instancia administrativa única, los reclamos que presenten los solicitantes a que se refiere el primer considerando;

Que, la Quinta Disposición Final de la Ley Nº 26985 dispone que esta Comisión Nacional dicte las normas complementarias que sean necesarias para una mejor aplicación de la referida ley;

Estando a lo establecido en el inciso a) del artículo 2º del Texto Unico Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores aprobado por Decreto Ley Nº 26126, el artículo 249º y siguientes de la Ley General de Sociedades aprobada por Ley Nº 26887, la Quinta Disposición Final de la Ley Nº 26985, así como a lo acordado por el Directorio de esta Comisión Nacional en la sesión de 8 de marzo de 1999.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Aprobar las Normas Complementarias Procedimentales de la Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas, Ley Nº 26985, que se adjuntan como anexo a la presente resolución.

Artículo 2º.- La presente Resolución rige a partir del día siguiente de su publicación.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

Enrique Díaz Ortega
PRESIDENTE
Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

****

NORMAS COMPLEMENTARIAS PROCEDIMENTALES A LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS, LEY Nº 26985

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Del Comité

El Comité de Protección al Accionista Minoritario está encargado de conocer y resolver las reclamaciones de los interesados a los cuales se les hubiere denegado de manera expresa o ficta, la entrega de sus certificados de acciones y/o dividendos.

Asimismo, le corresponde supervisar el cumplimiento efectivo del proceso de protección de accionistas por parte de las sociedades anó-

nimas abiertas.

Artículo 2°.- Términos

Los términos que se indican tienen el siguiente alcance en las presentes normas:

a) Accionista: Accionista minoritario de las sociedades anónimas abiertas.
b) Certificados de acciones: Certificados de acciones sean provisionales o definitivos.
c) CONASEV: Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.
d) Comité: Comité de Protección al Accionista Minoritario de CONASEV.
e) Ley: Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas, Ley N°26985.
f) Ley de Procedimientos Administrativos: Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS.
g) Sociedad: Sociedad anónima abierta. Comprende también a las que al cierre del ejercicio anual cumpla con cualquiera de las condiciones establecidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 249 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, independientemente de si se ha adaptado al régimen de tales sociedades conforme al segundo párrafo del artículo 263 de la misma Ley.

TÍTULO II
TRÁMITE ANTE LA SOCIEDAD

Artículo 3°.- Requisitos de la solicitud

Los requisitos generales para solicitar a la sociedad la entrega de los certificados de acciones y/o dividendos son los siguientes:

A. Personas Naturales:

A.1. A.2. A.3. A.4. A.5. Solicitud verbal o en el formato proporcionado por la sociedad, sin perjuicio del supuesto comprendido en el

segundo párrafo del artículo siete. Original del documento de identidad del recurrente y copia simple del mismo. El original se devolverá en forma inmediata después de la presentación del mismo. Poder suficiente que acredite la representación del titular, de ser el caso. Documento que acredite la condición de heredero o legatario del titular. Documentos que acrediten el derecho que se solicita en los casos que el recurrente cuente con los mismos, y a falta de ellos los documentos que estime pertinentes para tal efecto.

B. Personas Jurídicas:

B.1. B.2. B.3. B.4. B.5. Solicitud por escrito con firma del representante legal o presentada en el Formato Único del Colegio de Notarios del domicilio del solicitante. Original del documento de identidad del representante y copia simple del mismo. El original se devolverá en forma inmediata después de la presentación del mismo. Poder en el cual conste las facultades del representante legal con los datos de inscripción en el Registro Público del domicilio social de la persona jurídica solicitante. Certificado de vigencia del poder del representante expedido por el Gerente General de la persona jurídica solicitante. Documentos que acrediten el derecho que se solicita en los casos que el recurrente cuente con los mismos, y a falta de ellos los documentos que estime pertinentes para tal efecto.

Artículo 4°.- Documentación adicional

Excepcionalmente y mediante decisión motivada, la sociedad, por escrito, podrá solicitar documentación adicional a la referida en el artículo tercero, si la documentación inicialmente presentada no genera convicción sobre la identidad del solicitante.

Artículo 5°.- Firma de abogado

Para efectos de la Ley, no constituye requisito de admisibilidad de la solicitante ante la sociedad, reclamo o queja ante CONASEV, que la misma se encuentre autorizada por abogado.

Artículo 6°.- Poderes en documentos con firma legalizada

Los poderes extendidos fuera del domicilio de la sociedad mediante carta legalizada cuando corresponda de acuerdo a la cuantía, deberán

ser autenticados por el Decano del Colegio de Notarios de la circunscripción correspondiente.

Artículo 7°.- Formatos de documentos

De conformidad a lo dispuesto por los artículos 33 y 35 de la Ley de Procedimientos Administrativos, el Comité establecerá los formatos impresos a ser utilizados por los recurrentes para las solicitudes y reclamos presentados ante la respectiva sociedad.

Asimismo, podrán ser atendidas las solicitudes y reclamos que no utilicen los referidos formatos siempre que contengan los elementos suficientes para emitir pronunciamiento.

TÍTULO III
DEL PROCESO ANTE EL COMITÉ

Capítulo I
DE LA ELEVACIÓN DEL EXPEDIENTE

Artículo 8°.- Formalidad de la elevación del reclamo

Interpuesto el reclamo ante la sociedad, ésta elevará obligatoriamente el expediente ante el Comité con un oficio de remisión, bajo responsabilidad. El expediente se remitirá debidamente foliado incluyendo el pronunciamiento motivado de la sociedad sobre la solicitud, con un informe debidamente suscrito, así como toda la documentación correspondiente.

En el supuesto de la denegatoria ficta, la sociedad deberá elevar el reclamo ante el Comité con un oficio de remisión, bajo responsabilidad. Asimismo, deberá acompañar toda la documentación respectiva que obre en poder de ella.

El oficio de elevación deberá identificar lo remitido, señalando el número de fojas con que cuenta el expediente.

Capítulo II
PLAZOS

Artículo 9°.- Plazo de contestación al requerimiento de información y/o documentación.

Recibido el expediente, el Comité, de considerarlo necesario, podrá solicitar la información y/o documentación a la sociedad y/o al reclamante, quienes contarán con un plazo no mayor de diez (10) días hábiles para responder a dicho requerimiento.

Artículo 10°.- Plazo para la resolución

Recibido el expediente elevado por la sociedad, se inicia el plazo de treinta días hábiles expresado en el numeral 7.2 del artículo 7° de la Ley para la resolución del reclamo. Excepcionalmente, en el caso que el Comité requiera información y/o documentación podrá suspender el plazo antes señalado.

TÍTULO IV
DE LAS QUEJAS

Artículo 11°.- Procedencia de las Quejas

El recurrente podrá interponer por escrito Queja de hecho ante el Comité, describiendo los hechos y fundamentando los motivos por los cuáles ésta deba ser atendida, en los siguientes casos:

1. Cuando la sociedad se niega a recibir la solicitud para el inicio del trámite de entrega de certificados de acciones y/o dividendos.
2. Cuando la sociedad se niega a recibir el reclamo al Comité una vez producida la denegatoria expresa o ficta.
3. Cuando la sociedad no cumpla con elevar a CONASEV, dentro del plazo señalado en la Ley, el expediente con el reclamo interpuesto por el solicitante.

Artículo 12°.- Trámite de la Queja

Una vez recibida la queja, la Secretaría Técnica del Comité correrá traslado a la sociedad en el plazo de dos (2) días hábiles a efectos que pueda presentar, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, los descargos correspondientes. Una vez vencido dicho término y con la documentación con que se cuente, el Comité se pronunciará en el plazo de cinco (5) días hábiles.

TÍTULO V
EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Artículo 13°.- Ejecución de la Resolución emitida por el Comité

Para solicitar la ejecución de la resolución emitida por el Comité, el solicitante deberá requerir por escrito a la sociedad la entrega de sus certificados de acciones y/o dividendos adjuntando, para tales efectos, copia de la resolución emitida por el Comité.

El plazo de quince (15) días hábiles con que cuenta la sociedad para la mencionada entrega, corre a partir de la presentación de la referida solicitud, bajo responsabilidad de la sociedad.

Artículo 14°.- Incumplimiento en la entrega del certificado de acciones y/o dividendos

Cuando la sociedad no cumpla con la entrega de las acciones y/o dividendos según sea el caso, no obstante lo dispuesto por la Resolución del Comité, una vez vencido el plazo de quince (15) días hábiles de haber solicitado el accionista la referida entrega con la formalidad establecida en el artículo precedente, el solicitante informará este hecho ante el Comité.

Disposiciones Finales

Primera.- Difusión

La sociedad, luego de efectuada la publicación a que se refiere el punto 2.1 del artículo 2° de la Ley, difundirá en el lugar que haya destinado para la entrega de certificados de acciones y/o dividendos, el procedimiento de la solicitud ante la sociedad, el derecho de reclamación en el caso de denegatoria expresa o ficta ante CONASEV y el plazo establecido en la Ley para tales efectos, debiendo tomar las medidas necesarias para la efectiva ejecución de las referidas normas.

Segunda.- De la publicación final

La obligación a que se refiere el numeral 2.3. del artículo 2° de la Ley se entenderá cumplida con la publicación de un aviso que contenga sólo la indicación del lugar en que se encuentra el listado a que se refiere dicho numeral cuando el costo de las publicaciones con el listado completo supere:

a) El cincuenta (50%) por ciento del valor nominal de las acciones cuyos títulos no se han entregado, sin que existan dividendos por pagar;
b) El cincuenta (50%) por ciento de los dividendos por pagar, sin que existan títulos representativos de acciones por entregar;
c) El cincuenta (50%) por ciento del valor nominal de las acciones cuyos títulos no se han entregado y el cincuenta (50%) por ciento de los dividendos por pagar.

Tercera.- De los dividendos

El monto de los dividendos no cobrados incluye la reexpresión o reajuste por efectos de la inflación hasta la oportunidad de la publicación a que se refiere el numeral 2.1 del artículo 2° de la Ley7 o el cierre del ejercicio anterior, según corresponda.

****

RESOLUCIÓN DEL COMITÉ DE PROTECCIÓN AL ACCIONISTA MINORITARIO
N° 85-99-EF/94.COPA

Lima, 23 de setiembre de 1999

VISTOS:

El Documento Simple N° 99/08193 presentado por Telefónica del Perú S.A.A., en adelante Telefónica, el Oficio N° 345-99-EF/94.COPA del 27 de julio de 1999, la Resolución N° 57-99-EF/94.COPA, el Documento Simple N° 99/10201 y el Oficio N° 367-99-EF/94.COPA del 17 de agosto de 1999;

CONSIDERANDO:

1.- Que Telefónica mediante escrito GGR-131-A-2637-99 del 26 de julio de 1999 solicitó la suspensión de los plazos otorgados para elevar los expedientes de las Quejas interpuestas por accionistas minoritarios de la recurrente, que han sido declarados fundados por el Comité de Protección al Accionista Minoritario de CONASEV,

en adelante el Comité, mediante Resoluciones N° 21, 22, 23, 24, 25, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41-99-EF/94.COPA; asimismo, solicitó audiencia ante el Comité para expresar sus puntos de vista respecto a la elevación de los expedientes;

2.- Que mediante Resolución N°57-99-EF/94.COPA del 5 de agosto de 1999 se otorgó por equidad la suspensión del plazo fijado en las resoluciones citadas en el considerando precedente y se concedió la audiencia solicitada, la misma que se llevó a cabo en la sesión del Comité de 5 de agosto de 1999, a la cual asistieron la doctora Cristina Pareja Pallarés y el doctor Víctor Carlos Schwartzmann Larco en su condición de Gerente Central Legal y de Regulación y Gerente Legal de Telefónica, respectivamente, quienes desarrollaron extensamente la posición de la sociedad recurrente;

3.- Que mediante informe escrito presentado el 11 de agosto de 1999, Telefónica reitera que el Comité es competente para supervisar el cumplimiento de la Ley de Protección al Accionista Minoritario, Ley N° 26985, sancionar los casos de incumplimiento y solucionar determinadas controversias entre los accionistas y la Sociedad. En opinión de Telefónica, las controversias susceptibles de ser solucionadas por el Comité, de acuerdo a la Ley N° 26985, están restringidas a las originadas en la negativa absoluta de la Sociedad de entregar los títulos representativos de acciones reclamados por los accionistas, y no se refieren al reconocimiento a favor de accionistas del derecho a tener más acciones que las registradas a su nombre en la matrícula de acciones, ni a la determinación de indemnizaciones por errores que pudieran haberse producido en los acuerdos de capitalización de aportes;

4.- Que este Comité ha verificado en los expedientes relativos a los reclamaciones interpuestas por accionistas minoritarios de Telefónica, que es práctica usual de ésta la emisión de diversos certificados a nombre de los accionistas que pueden responder, entre otras razones, a aportes de distinto origen o derivados de uno o varios servicios telefónicos, por lo que la afirmación de la Sociedad en el sentido que en muchas de las quejas declaradas fundadas ya existe un certificado a disposición del accionista y se cumple así con la exigencia de la Ley N° 26985, no descarta la posibilidad que existan otros certificados o se tenga derecho a la emisión de los mismos cuya entrega es uno de los propósitos expresados en la referida Ley;

5.- Que en muchos casos los solicitantes reclaman tener derecho a otros certificados o títulos representativos de acciones sin que Telefónica les haya brindado unan respuesta adecuada y oportuna sobre su existencia o inexistencia, no obstante ser quien tiene el control absoluto de la información pertinente;
6.- Que los reclamos respecto de los certificados o títulos representativos de acciones pueden sustentarse en diversas situaciones, tales como: a) referirse a certificados o títulos ya emitidos, incluso amparados en la matrícula de acciones, que se han extraviado o se han entregado a terceros; b) que tratándose de títulos o certificados no emitidos, no se discute el derecho y la Sociedad reconoce la titularidad de las mismas sin entregar el certificado; y, c) que la Sociedad no reconoce más derechos al accionista (negándose por tanto a la entrega de más certificados o títulos representativos de acciones) amparándose para el efecto en su matrícula de acciones o en la caducidad del derecho, produciéndose una discrepancia entre accionista y Sociedad susceptible de ventilarse ante el Poder Judicial o en sede arbitral;
7.- Que en ese sentido, habiéndose establecido que pueden existir uno o más certificados a nombre del accionista, el Comité no considera razonable interpretar que con la entrega de uno o más certificados o títulos representativos de acciones se imposibilite el derecho a reclamar la existencia de mas certificados o títulos representativos de aciones que el accionista minoritario considere pueda corresponderle en discrepancia con la Sociedad;
8.- Que la interpretación contraria implica que el proceso administrativo, diseñado para posibilitar en vía de protección que el accionista minoritario acceda a la tenencia de todos sus certificados o títulos representativos de acciones quede sujeto a un requisito que sólo depende de la emisora: el incumplimiento parcial o total en la entrega de certificados de acciones; lo cual significa negar el acceso a una solución administrativa a quienes recibieron sólo una parte de sus certificados o títulos representativos de acciones;
9.- Que Telefónica, al incumplir con la obligación legal de elevar los expedientes en las quejas que han sido declaradas fundadas, afecta la legalidad misma del procedimiento de protección al accionista minoritario de las sociedades anónimas abiertas de la Ley N°26985

y su finalidad, por cuanto niega el acceso de los accionistas al mecanismo de solución de controversias que la Ley ha diseñado, hace imposible el conocimiento de la información por parte de ello, y afecta sin duda el derecho a la tutela efectiva y el debido proceso administrativo consagrado en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú;

10.- Que Telefónica, en su calidad de administrado, carece de capacidad legal para apartarse del cumplimiento de la ley, con el riesgo de incurrir en la violación del derecho consagrado en el inciso 2) del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú;

11.- Que si Telefónica considera que un determinado reclamo no es competencia del Comité, o no se encuentra en el ámbito de la Ley N° 26985, debe igualmente cumplir con elevar el expediente con su opinión, acompañando un informe detallado de los aportes del accionista, las capitalizaciones efectuadas, las acciones a las cuales tiene derecho, su correspondencia o no con la matrícula de acciones, siendo atribución imperativa del Comité evaluar si se configura o no la denegatoria de entrega de certificado o títulos representativos de acciones. Lo contrario implicaría aceptar una interpretación abrogativa de la Ley en beneficio de un interesado, violándose lo dispuesto en los artículos 5°, 11°, 12° y siguientes del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos;

12.- Que una vez producido el pronunciamiento del Comité, Telefónica puede recurrir y cuestionar la competencia del mismo, o el fondo del pronunciamiento emitido, en la vía contencioso administrativa de acuerdo al inciso 8.1. del artículo 8° de la Ley N° 26985 y el artículo 148 de la Constitución Política del Perú;

Estando a lo dispuesto en la Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas, Ley N° 26985, la Resolución CONASEV N° 164-98-EF/94.10 y su modificatoria, así como las Normas Complementarias Procedimentales aprobadas por Resolución CONASEV N° 038-99-EF/94.10, y a lo acordado por unanimidad en sesión de Comité de 23 de setiembre de 1999;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Dar por concluida la suspensión del plazo establecido en las Resoluciones N° 21, 22, 23, 24, 25, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41-99-EF/94.COPA para el cumplimiento de la obligación legal de Telefónica del Perú S.A.A. de elevar los expedientes cuyas quejas han sido declaradas fundadas, incluyéndose en el presente artículo a las Resoluciones N° 29, 30, 31, 33, 36-99-EF/94.COPA.

Artículo 2°.- Ordenar a la Telefónica del Perú S.A.A. cumpla con elevar los expedientes correspondientes a los Oficios N° 318, 326, 324, 322, 328, 339, 341, 343, 316, 337, 302, 309, 307, 305, 311, 313, 300-99-EF/94.COPA en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de su notificación, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 9° de la Ley N° 26985.

Artículo 3°.- Notifíquese a la parte interesada, regístrese y cúmplase.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA
PRESIDENTE

JACK BIGIO CHREM
VICEPRESIDENTE

ANÍBAL QUIROGA LEÓN
MIEMBRO

ALONSO MORALES ACOSTA
MIEMBRO

Modernización del sistema registral peruano y venezolano: balance y perspectivas

Elena María Vivar Morales
Carlos Velandia Sánchez

Primera parte : el sistema registral peruano

I. Antecedentes

El tema registral no fue de gran importancia en nuestro país hace algunas décadas atrás. Lo que se sabía de la institución de los registros públicos era que se trataba de algo sumamente complejo, al que tenían que acudir diariamente miles de personas quienes previamente debían cumplir con una serie de requisitos que las normas legales exigían, y tenían que perder tiempo e incurrir en onerosos gastos en las oficinas registrales para lograr inscribir sus títulos referidos a actos y contratos inscribibles, tanto en el Registro de Propiedad, como en los otros registros que en ese entonces se encontraban dispersos en diferentes entidades estatales.

El Registro de la Propiedad se creó en el Perú mediante la Ley del 2 de enero de 1,888, una ley que tenía 19 artículos a través de los cuales se normaba el proceso de inscripción y se implantaba en el Perú los Oficios de Hipotecas que provenían de España, que se crearon, dicho sea de paso, para contrarrestar la clandestinidad de las hipotecas ocultas en el Derecho antiguo a través de la publicidad registral.

Los registros aparecen en la historia de la humanidad en el momento en que el comercio se intensificó y, según cuentan los expertos, fueron los banqueros los que apoyaron la implementación de la institución para no ser burlados por sus acreedores con hipotecas ocultas.

En el caso de nuestro país su funcionamiento e implementación eran tan precarios que luego de más de cien años de su creación, se-

guían funcionando con la misma técnica registral de inscripción y los mismos elementos que se crearon para una realidad en la que eran pocas las propiedades urbanas y rurales que se iban incorporando al registro y casi nulo el tráfico inmobiliario.

II Técnica registral tradicional

2.1 Inscripciones en tomos

En los orígenes de la institución registral las inscripciones se hacían en tomos, grandes libros que tenían de 500 a 600 fojas y de ellas, cada seis o siete páginas conformaban lo que era la Partida Registral, es decir, aquella que en virtud del principio de especialidad debía corresponder en forma exclusiva y excluyente a un solo inmueble, el cual correspondía a un propietario determinado.

Después de utilizadas las cinco o seis páginas de una partida registral, las mismas que eran numeradas con números romanos, en las páginas siguientes se iban abriendo nuevas partidas registrales hasta terminar de utilizar las 600 fojas del tomo.

Esto implicaba que si las cinco o seis páginas que tenía asignada una partida registral en ese tomo se terminaban (por haberse hecho varios asientos registrales), se tenía que continuar la historia de un predio en otro tomo que tuviese fojas por utilizar. En consecuencia, el estudio de los antecedentes registrales de un predio se tenía que hacer en varios tomos, que en algunos casos sumaban de 15 a 20 tomos, lo cual dificultaba mucho el trabajo registral.

Dichos tomos en los que aparecían los asientos registrales de los actos y contratos que constituyen, modifican, transmiten, limitan o extinguen los derechos reales sobre inmuebles, no respondían a una orden establecido en forma técnica sino que estaban enumerados en números del 1 al 2,020.

Las propiedades así dispersas en los diferentes tomos correspondían a diferentes propietarios, sin considerar ningún tipo de clasificación, ni siquiera por distritos, para poder llevar las estadísticas de predios registrados que en algún momento alguna repartición del Estado podía necesitar.

En los tomos, todos los asientos registrales se hacían en forma manual. Incluso, los números y cifras que se tenían que consignar en los asientos se hacían con letras y el trabajo lento se complicaba más aún en el caso de cometerse un error puesto que, según el mandato del Reglamento de Inscripciones, aprobado por Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 1968, se tenía que suspender y realizar uno nuevo, también en forma manual lo cual implicaba alargar más el tiempo de las inscripciones.

La culminación de todo este proceso demoraba, y como los tomos eran usados en forma indistinta por los usuarios propietarios de bienes inscritos en el mismo tomo, el trabajo se retardaba más ya que se tenía que esperar que un tomo sea desocupado por un registrador para poder practicar la inscripción de otro propietario cuyo predio estaba en el mismo tomo.

En forma paralela a la diaria demanda de tomos, éstos también eran requeridos por los registradores de gravámenes, quienes necesitaban dichos tomos para expedir las certificaciones de Copias Literales y Gravámenes que cientos de usuarios solicitaban al Registro.

Asimismo, al ser numerosos los tomos y ser requeridos diariamente en los diferentes pisos de las oficinas registrales, se necesitaba una infraestructura y gran cantidad de personas para trasladarlos a cada oficina, según los requerimientos.

De otro lado, los tomos ocupaban mucho lugar en la bóveda del registro, siendo dificultoso su almacenamiento.

En este contexto, la ex–ONARP (Oficina de Nacional de los Registros Públicos) contó con más de mil empleados en la oficina registral de Lima, que se encargaban de realizar todo el proceso de inscripción y garantizar la publicidad registral.

2.2 Utilización de las fichas registrales

El 18 de agosto de 1970 se aprobó la Ampliación del Reglamento de las Inscripciones, que establecía que el folio real se podía llevar en tomos o en fichas movibles. Se empezaron a utilizar, entonces, las fichas registrales, cartulinas que conformaban las nuevas partidas registrales y en las que los asientos registrales eran hechos a máquina de escribir, técnica de inscripción mecánica que hacía lento el proceso de inscripción ya que las fichas, antes de usarse, debían pasar por un

proceso de microfilm que alargaba el proceso de inscripción y que contribuía a congestionar más el sistema.

Como se puede apreciar, la técnica de inscripción y de archivo de títulos inscritos se iba desbordando cada vez más por la demanda diaria de los usuarios y las necesidades de una economía de mercado, que se sustentaba en la agilidad que se debía dar en la realización de las transacciones comerciales.

Este sistema mecánico no ofrecía mayor garantía de seguridad jurídica dentro del proceso, ya que tanto las inscripciones en tomos o en fichas podían adulterarse o desaparecer con la correspondiente sanción a los infractores en la vía administrativa y posterior sanción en la vía penal -si fuera el caso-, pero con el grave perjuicio para los usuarios del Registro.

Estas técnicas de inscripción en tomos y en fichas en forma paralela se emplearon hasta el año 1995, año en que se dio una disposición interna del Registro en el sentido de que se dejaran de usar los tomos y sólo se usen las fichas registrales.

III El inicio de la modernización

Pero, además de la demanda que provenía del sector formal, el Registro debió soportar gran asedio originado por los títulos de propiedad de los AA. HH.

La informalidad de la vivienda en el Perú fue un fenómeno que en sus inicios el Estado trató de ignorar, y luego reprimir; sin embargo, la realidad desbordó la falta de respuesta del Estado con una verdadera alternativa de vivienda para los pobladores de los AA. HH. que se convertían en el sector más importante y numeroso de la población en Lima.

La gran cantidad de títulos de propiedad que fueron entregados por los alcaldes en épocas electorales y que no cumplían con los requisitos legales mínimos, como tener previamente inscrito el plano perimétrico y el plano de lotización de los AA. HH. de los cuales formaba parte el propietario del título, era grande.

Al mismo tiempo, existían miles y miles de títulos de propiedad que estando bien emitidos es decir debidamente saneados tampoco podían registrarse por la deficiencia técnica registral.

El sistema tradicional trató de responder a la demanda, implementando dos secciones de propiedad dentro del Registro de la Propiedad, destinadas a inscribir exclusivamente los títulos de propiedad y planos perimétricos y de lotización de los AA. HH.

Sin embargo, el sistema no caminó, el sistema mecánico fue desbordado por el ingreso masivo de títulos al Registro provenientes del municipio o de los pobladores que la labor manual, ya no podía realizar al ritmo de las necesidades.

En este contexto, aparece en la década del 80 una institución llamada Instituto Libertad y Democracia (ILD), dedicada a la investigación de la situación de la propiedad de los informales en el Perú y de las técnicas de titulación y registro de predios, entre otras actividades.

Después de más de 10 años de investigación, el ILD logró encontrar que el desarrollo económico de un AA. HH. dependía de la legalidad de su titulación. Esta propuesta novedosa y revolucionaria, formulada por su presidente, Hernando de Soto, está expresada con meridiana claridad en los párrafos siguientes:

> «[...] de esta forma, en el momento que queda claro que el Estado no erradicará el asentamiento, los invasores comienzan a edificar con material noble. Estas edificaciones se convierten a su vez en un nuevo y poderoso sustento para el derecho espectaticio, por cuanto en el Perú es políticamente inaceptable demoler viviendas de material noble, a tal punto que puede considerárseles el primer título de propiedad sobre el terreno. El resultado de este proceso es un nivel de inversión en las viviendas que está en función del grado de seguridad legal que el Estado le confiera a los asentamientos. Así, a mayor seguridad, mayor inversión y a menor seguridad menor inversión [...]»[1]

> «[...] de esta manera, el ILD encontró que el valor de una vivienda en un asentamiento con seguridad legal era equivalente a 41 veces el de una vivienda en el otro asentamiento humano. Aún incluyendo el valor del terreno y no sólo el de la construc-

1 Hernando de Soto. **El Otro Sendero: La revolución informal.** Editorial El Barranco S.A., 1 987 p. 24 Séptima Edición (Perú) 10,000 ejemplares

> ción, la vivienda en el asentamiento con seguridad legal tiene un equivalente a 12 veces el de aquella que no la tiene. Posteriormente y utilizando una muestra mayor de 37 asentamientos humanos, que cubrían todo el espectro de posibilidades y áreas de Lima, los investigadores del ILD determinaron que el valor promedio de las edificaciones con títulos de propiedad equivale a 9 veces el aquellas que no los tienen [...]» [2]

> «[...] la importancia de los derechos de propiedad para el desarrollo ha sido subrayada por diferentes historiadores económicos que estiman que el auge de las innovaciones en occidente, y las grandes inversiones que las hicieron posible, comenzaron solamente a partir de finales del siglo XVIII, cuando los derechos de propiedad fueron perfeccionados [...]» [3]

En consecuencia, la única forma de lograr que el sector informal se incorpore al formal era a través del registro de su propiedad, ya que la consecuencia inmediata de esto era el acceso al crédito vía la inscripción de la hipoteca de su propiedad en el Registro.

El gran reto en la década de los 80 fue, para el ILD, lograr la modernización del sistema de inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú, cambiando el sistema mecánico por uno informatizado, facilitando así el ingreso masivo de información al registro y brindando seguridad total dentro del proceso de inscripción, de manera tal que no permitiera la pérdida de información registral y que rápidamente y a bajo costo realice las inscripciones de los pobladores de los AA. HH. que, según sus tipos podían albergar 10,000, 20,000 o 30,000 potenciales títulos de propiedad.

Es así como en el año 1988, por primera vez en la historia de los registros en el Perú, el ILD sugiere la creación del Sistema de Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares -hoy llamado Registro Predial Urbano-, lo que se hizo a través de los decretos legislativos 495 y 496 del 14 de noviembre de 1998. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo Nº 667 se implementó la utilización de

2 Hernando de Soto. *Op. cit.* p. 25
3 Hernando de Soto. *Op. cit.* p. 225.

este mismo sistema de inscripción de predios urbanos para los predios rurales en nuestro país.

El Registro Predial es un moderno sistema computarizado de inscripción de predios del sector informal, el mismo que el ILD lo patentó en el INDECOPI. En la expansión de este sistema hacia otros países, ha venido cambiando sus siglas y, así por ejemplo, tenemos a REGISSAL en el caso de la República de El Salvador, donde se implementó este sistema de inscripción y se logró registrar 140,000 predios en el primer año de su funcionamiento.

El Registro Predial marca un hito importante en el tema de modernización del Sistema Registral Nacional. En cuanto al Registro de la Propiedad Inmueble, tenemos que el único antecedente de registro computarizado en nuestro país era el Registro de Minería, pero que no incorporaba la nueva tecnología que traía el Registro Predial.

La modernización en el país no sólo se dio gracias a más de una década de investigación en el estudio de la situación de la propiedad en el sector informal y su exclusión del registro que realizó el Instituto Libertad y Democracia, sino que también tuvo su correlato en el ámbito legislativo.

El ILD encontró que más del 50% de predios en Lima eran de pobladores de AA. HH. y casi en su totalidad no estaban registrados. En Lima, sólo el 30% de predios urbanos estaban registrados y 8% de predios rurales a nivel nacional, es decir, la mayor parte de la propiedad en el Perú estaba fuera del registro.

En el primer año de su funcionamiento, el Registro Predial logró inscribir una gran cantidad de títulos de propiedad, pero es realmente en el año 1993, luego de celebrase un convenio con el Banco Mundial, el ILD y el Registro Predial, cuando se llegó a inscribir más de 100,000 predios, cifra que constituyó un récord mundial.

Sin embargo, pese a tener el país un moderno sistema de inscripción, el problema del acceso al Registro continuaba. Las investigaciones del ILD fueron más allá y, como resultado de la ejecución del referido Convenio con el Banco Mundial, pudo determinar que miles de títulos de propiedad no se podían registrar, ya no sólo por la falta de un buen sistema de registro sino porque los títulos de propiedad no estaban sometidos a un verdadero procedimiento de saneamiento legal de la propiedad.

Como respuesta a esta realidad, el ILD creó el PROFORM, el proceso de formalización de la propiedad informal, el mismo que también patenta en el INDECOPI y que en la actualidad se viene implementando en otros países como El Salvador, Haití, México y Egipto.

En cuanto al ámbito nacional se refiere, este sistema de saneamiento legal de predios viene siendo implementado por la COFOPRI (Comisión Nacional de Formalización de la Propiedad Informal) y es uno de los principales proyectos en materia de propiedad en el Perú. La idea central es «hacer del Perú un país de propietarios», *slogan* con el cual el ILD impulsó el trabajo del Registro Predial en 1993.

IV Un logro en Latinoamérica

Esta sala de datos técnicos que hacen referencia al proceso de modernización del sistema de inscripción registral en nuestro país, tiene como corolario un tema de calibre muy grande que ha merecido un reconocimiento intelectual en el exterior.

Recientemente la Revista ***Time*** una de las más importantes en Estados Unidos, acaba de premiar a Hernando de Soto como reconocimiento a la importancia de su pensamiento, conjuntamente con cuatro personajes importantes, por la grandeza de sus ideas, reconociéndolos como los líderes del nuevo milenio. Entre ellos figura Paulo Freire (educador brasileño), Bernardo Alberto Houssay (psicólogo argentino), Alberto Santos Dumont (aviador brasileño) y Luis F. Leloir (bioquímico argentino) todos ellos ya fallecidos.

La grandeza del pensamiento de Hernando de Soto radica en que ninguna economía de los países del tercer mundo desarrollaría si no se sustenta en la «formalización de los derechos de propiedad», esto implica el acceso al Registro y al consecuente crédito hipotecario de la banca formal.

Atribuye la pobreza en que viven miles de miles de personas a las leyes que no recogen la realidad, sino que tratan de imponer parámetros que son ajenos al derecho consuetudinario y que no son consignados en las normas. La burocracia estatal era tan fuerte que el más débil jamás podía cumplirla y, a causa de ello, permanece en su pobreza y es causa del consiguiente atraso económico de su país.

Dice Hernando de Soto, «remuevan los obstáculos legales y los pobres se ayudarán a sí mismos». Esta es una de las revoluciones más grandes del pensamiento en Latinoamérica en materia de formalización de los derechos de propiedad.

La Ley de Simplificación Administrativa Nº 25035 es una de las leyes más importantes que se dio en Perú y nació en el ILD y, conjuntamente con los decretos legislativos 495 y 496 que crean el Registro Predial, han transformado la estructura administrativa del Estado peruano, ya que son cientos de leyes que después de la promulgación de esta Ley recogen en sus considerandos sus principios y se sustentan en ella. La modernización así iniciada en el tema registral ha continuado.

V Continuación de la modernización

Después de haberse creado en 1988 un Registro de Propiedad totalmente computarizado utilizado, en principio, para la inscripción de los predios del sector informal, en el año 1994 se dio la Ley Nº 26366 que creó el Sistema Nacional de los Registros y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, como un organismo autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos del país.

La Ley dispondría la integración, bajo la competencia de SUNARP, de todos los registros jurídicos existentes en los diversos sectores públicos.

Una de las principales actividades del ente recién creado fue implementar la modernización del sistema de inscripción que se aplicaba en la Oficina Registral de Lima y Callao, ORLC, y en las oficinas registrales Regionales a lo largo de todo el país.

La técnica de inscripción en tomos a que hicimos referencia al inicio del artículo, fue utilizada en dichas oficinas hasta el año 1970, fecha en que la Junta de Vigilancia revisó esta técnica que consideró inadecuada dado la demora del trabajo, el gran espacio que ocupaban los tomos, y el costo que implicaba pagar al personal que tenía que trasladar los tomos desde la bóveda hasta las oficinas registrales para el trabajo diario.

En este contexto, el 18 de agosto de 1970 la ampliación del Reglamento de las Inscripciones, en su Art. 2º, dispuso que el folio real debía llevarse en fichas movibles.

Sin embargo, la técnica del uso de fichas tampoco brindaba seguridad jurídica ni aseguraba la intangibilidad de los asientos registrales que debían brindar los registros.

Las fichas podían desaparecer y, al ser un sistema de numeración manual, se prestaba a errores de los técnicos que al numerarlas manualmente podían repetir el número, generándose a su vez dos partidas registrales con un mismo número, lo cual anulaba el principio de especialidad registral en virtud del cual a cada inmueble le corresponde una única partida registral en forma exclusiva y excluyente.

De otro lado, el movimiento económico era cada vez mayor y las fichas, de un tamaño reducido y con casilleros pequeños para el llenado de los asientos registrales, no eran apropiadas teniendo que continuarse la partida en otras fichas. Esto hacía que la situación patrimonial de una persona en la partida registral se encontrara dispersa en decenas de fichas que eran difíciles de obtener en forma inmediata.

Al ser los asientos hechos a máquina de escribir se produjo, en algunos casos, falsificaciones de asientos por alguno de los técnicos, incluyendo la firma y sello de los registradores, lo cual era una grave anomalía que el registro permitía al no poder detectar en forma inmediata el hecho y al estar amparados estos asientos por la publicidad registral, ocasionando grave perjuicio a los terceros.

La manifestación de tomos y fichas siempre se dio accediendo los usuarios en forma personal al estudio de ellos o pidiendo copias certificadas al Registro, proceso que demoraba por la complejidad en obtener los tomos y las fichas que eran requeridas por otros usuarios al mismo tiempo.

En consecuencia, existía en el país dos registros de propiedad de predios paralelos, uno moderno en el que sólo se registraban los títulos de propiedad del sector informal y otro para el sector formal. La necesidad de la modernización del sistema tradicional era inminente.

VI Modernización del sistema de la SUNARP

Tanto la informática como la tecnología de punta son en esta época de gran importancia para el desarrollo de cualquier institución.

La SUNARP, consciente de este gran reto, que con el transcurrir del tiempo viene desarrollando cada vez con mayor intensidad y gran

dedicación, ha fijado como una de sus metas principales la total modernización del Sistema de Inscripción Registral.

Hoy en día existe en el sistema de registro de la SUNARP la partida electrónica registral. Las partidas se identifican a través de una codificación que se produce al momento que se ingresa un predio por primera vez al Registro, es decir cuando se efectúa la inmatriculación, desmembración, independización o acumulación de un predio en el Registro de Propiedad Inmueble o en cada uno de los otros registros, como el de Sociedades, cuando se constituye una persona jurídica, o en el Registro de Bienes Muebles, cuando se inmatricula un bien, produciéndose todas las inscripciones posteriores referente a la partida bajo un mismo número.

La partida electrónica se implementa en la SUNARP a partir de la expedición de la Resolución SUNARP 124-97 del 15 de agosto de 1 997, la que aprueba la sustitución del archivo registral existente en la Oficina Registral de Lima y Callao por un sistema de microarchivos y la implementación de una nueva técnica de inscripción basada en la generación de asientos electrónicos, que quedan almacenados en el sistema y que aseguran su inalterabilidad y su integridad.

El contenido de la partida registral ha sido previamente escaneado y luego grabada en los discos ópticos; además, este sistema se sustenta en un dispositivo de captura de huella digital conocido como firma electrónica.

La nueva técnica de inscripción se sustenta en la utilización de discos ópticos que son el soporte de las inscripciones.

Esta tecnología permite almacenar gran cantidad de información y se maneja a través de la computadora.

La implementación de esta nueva tecnología para efecto de la publicidad registral tiene su base legal en el artículo 234° del C. P. C., que fue modificado por la Ley N° 26612 en la que se consideraban documentos a las microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos.

Este sistema no permite la alteración de los asientos registrales y brinda una seguridad total en el proceso de inscripción. Además, tiene una gran capacidad de almacenamiento de información utilizando un pequeño espacio.

La huella dactilar es otra de las transformaciones trascendentales del nuevo sistema de inscripción, ya que los asientos registrales se

constituyen en un medio idóneo y eficaz para identificar al registrador que autorizó la inscripción, siendo un signo distintivo que no admite prueba en contrario respecto a la identidad de éste, cuya huella quedó gravada en el sistema.

La modernización ha llegado a tal punto que recientemente la SUNARP ha hecho de conocimiento público, en la revista **Panorama Registral**, la implementación del SIR, el que tiene las siguientes características:

1) Consulta al sistema. Se logra a través de cualquier computadora que esté conectada al sistema. Ofrece la ventaja de poder consultar los expedientes registrales.
2) El acceso por índices. Permite acceder a la información e imágenes de la computadora a partir de búsquedas por razón social de los nombres, direcciones.
3) Almacenamiento. Que hace directamente en la base de datos.
4) Inviolabilidad. Las imágenes de las fichas registrales se graban directamente en discos compactos con la garantía de inviolabilidad del documento registral.
5) Seguridad. El sistema cuenta con mecanismos que permiten asegurar la integridad de la información registral. Entre ellos, la huella dactilar, que permite identificar inequívocamente al respectivo registrador, evitándose de esta manera cualquier intromisión en la calificación registral.[4]

VII Un registro multiutilitario para el futuro

Un registro moderno y computarizado tiene que contar necesariamente con una fidedigna base catastral, de tal manera que la correlación que debe haber entre el catastro y el registro sea perfecto y pueda brindar mucha utilidad al Estado y a los particulares.

Al respecto, tenemos que recientemente el Consejo de Bogotá, a través de su obra conmemorativa por sus 450 años de axistencia Es-

4 Revista **Panorama Registral**, Volumen II. Oficina Registral de Lima y Callao.

quema de la Institución Catastral, nos presenta una serie de funciones que el catastro vinculado al Registro puede brindar cuando se encuentra implementado de manera adecuada.

Siguiendo tales lineamientos y vinculando su función a la labor registral, podemos afirmar que un registro moderno, con un sistema de inscripción registral computarizado, con incorporación de la base geográfica e interconectado vía módem a otros sistemas computarizados del Estado puede brindar los siguientes beneficios:

7.1 Empresas públicas

7.1.1. Servicios básicos

1) Realización de obras públicas.
2) Instalación de agua.
3) Instalación de redes telefónicas.
4) Instalación de empresas de acueductos y alcantarillado.
5) Diseños de redes eléctricas.
6) Políticas de servicios urbanos por equipamientos.

7.1.2 Ordenamiento urbanístico

7) Facilita la elaboración de un plan vial y clasificación de vías.
8) Facilita la definición de alternativas de solución al comercio ambulatorio, transporte, seguridad vial, recreación y esparcimiento.
9) Permite desarrollar las políticas urbanísticas de acondicionamiento territorial y usos del suelo.
10) Permite determinar los centros de deportes (áreas verdes).
11) Eficacia en la administración de los bienes inmuebles del Estado.
12) Políticas de planificación y gestión urbana.
13) Deslinde municipal, perímetro urbano y nomenclatura general.
14) Apoyar a los planificadores y políticos cono un instrumento útil y adecuado para tomar decisiones en política urbana y agropecuaria, arrendamiento, propiedad horizontal, etc.
15) Disponibilidad de elementos de planeación y control, en especial del desarrollo urbano.
16) Consulta y procesamiento de información en forma descentralizada por parte de entidades distritales y de organizaciones comunitarias.

17) Información operativa y confiable sobre disponibilidad de predios para urbanizaciones populares, para el mejoramiento de inquilinatos y para definir la política del gobierno distrital en materia de tierras y vivienda.
18) Facilita el control urbano, sectorización y zonificación.
19) Inventario del patrimonio histórico y su recuperación.
20) Ecología urbana.
21) Banco de datos indispensable y de necesario uso para las dependencias y organismos estatales.
22) Incremento de la eficacia administrativa por ahorro en los recursos humanos, costos y tiempos en los trámites de las entidades estatales.
23) Permite desarrollar políticas de apoyo a la generación de empleo y al desarrollo socio-económico.

7.1.3 Formación de base geográfica

24) Los mapas son necesarios en todas las etapas de un censo o encuesta, en la planificación, en la recopilación de datos y en la presentación y análisis de los resultados.
25) Datos gráficos, a través del cómputo oportuno y útil.
26) Identificación de cada uno de los predios.
27) Ubicación y numeración del predio dentro de la carta catastral nacional.
28) Plano y croquis del predio con indicación de sus colindantes.
29) Elaboración de documentos gráficos, estadísticas y listas de propietarios o poseedores.
30) Implementar un sistema computarizado que permite la creación de una base de datos cartográficos y catastral única para todos los procesos cartográficas que regulen las entidades.
31) Disminuir los tiempos en los trámites que requieren insumos cartográficos.
32) Creación de una base cartográfica, única e integral.
33) Organizar el uso adecuado de los suelos.
34) Generación de información básica sobre infraestructura y el estado físico.

7.1.4 Aspecto Fiscal

35) Determinación de las zonas homogéneas físicas y estudio del

mercado inmobiliario para determinar el valor de los terrenos y edificaciones.
36) Liquidación del autoavalúo catastral en cada predio.
37) Al fijar la base del cobro del impuesto predial (avalúo catastral) el catastro coopera en la fijación de este tributo que, al igual que los demás impuestos, debe ser justo.
38) Facilita la captación del impuesto a las rentas, del impuesto de alcabala y predial; identifica evasores.

7.1.5 Planificación estatal

39) Titularidad de propietarios e inquilinos.
40) En agricultura sirve para implementar la consolidación parcelaria.
41) Facilita la administración de terrenos agrícolas.
42) Estudio de suelos para determinar la calidad, lo cual constituye un mecanismo valioso para una mejor asignación de los recursos en el sector agropecuario y como ayuda en la Reforma Agraria, base de la política sectorial.
43) Brinda adecuada información territorial.
44) Facilita información para la operación de entidades de seguridad, defensa civil, bomberos, policía, etc.
45) Facilita la participación de arquitectos y abogados como verificadores en el ordenamiento urbanístico y agrícola.

7.2 Empresas privadas

46) Facilita la realización de contratos de asistencia técnica o de asesoría.
47) Sistematización, métodos procesamientos contables y presupuestales.
48) La programación, trámites administrativos y fiscales, formulación de cuentas y demás actividades que tiendan a racionalizar el trabajo y aumentar la eficiencia de la prestación de los servicios.
49) Integración de diferentes tipos de información, obtenidos de diversas fuentes, evitando duplicidad en los inventarios de los recursos y logrando economía en tiempos y servicios.
50) Brinda información para la ejecución y seguimiento de obras públicas.
51) Confiable información sobre terrenos y edificaciones.
52) Facilita el corretaje inmobiliario.

53) Agiliza negocios sustentados en la propiedad.
54) Permite el acceso inmediato a los actos y contratos registrados.
55) Información literal y gráfica en forma instantanea.

7.3 Ciudadanos

56) Sirve para determinar la situación patrimonial inmobiliaria de un individuo en un momento determinado.
57) Sirve para oponer frente a terceros los derechos registrados.
58) Para facilitar el tráfico jurídico inmobiliario.
59) Para legitimar al titular del derecho inscrito.
60) Ampara los derechos de propiedad y posesión de los inmuebles y los derechos reales constituidos sobre ellos.
61) Facilita el crédito inmobiliario
62) Comprueba la existencia material del inmueble con sus singularidades.

En el caso peruano, aparte de la modernización del sistema de inscripción registral, se viene poniendo en práctica el uso de la cartografía computarizada, habiéndose dado declaraciones por funcionarios del Estado que en los departamentos de Arequipa y San Martín, donde se ha realizado la titulación basada en la cartografía computarizada, las tierras han aumentado su capacidad de hipoteca en un 1,000 por ciento.

Como se puede apreciar, el Perú se encuentra en pleno proceso de modernización del sistema de titulación y registro de predios, proceso que lo ubica entre los países latinoamericanos de mayor desarrollo en el tema.

Somos consecuentes que el reto es grande pero con todos los procesos de cambio que se vienen implementando, pronto estaremos a la par de muchos países desarrollados.

VIII Reflexiones

- Después de más de cien años de existencia del Registro en el Perú; se ha determinado con claridad la importancia del Registro de la Propiedad, para el país, y la necesidad de modernización del Siste-

ma Registral que facilita la incorporación de los propietarios informales al Registro para acceder a los beneficios del crédito hipotecario

- Si bien es cierto que el uso de la informática en un sistema de registro agiliza el sistema de inscripción, lo vuelve simplificado, rápido y seguro, no sirve de sustento para una plena eficacia registral necesaria en una economía de mercado, en la que la rapidez de las transacciones son indispensables, si previo a este cambio no hay una adecuada normatividad que permita el saneamiento físico legal de los predios materia de registro, y permita la incorporación de un capital muerto a la transacción propia de la economía moderna.
- Todo proceso de modernización está sustentado en el elemento humano, elemento central del proceso. En consecuencia, la idea es seguir profundizando el nivel de capacitación intelectual, formación humana y ética de los funcionarios del Registro, lo que conduce a una calidad total en la mejora del sistema registral de cualquier país.
- La creación de un registro de bienes muebles es un complemento indispensable de nuestro actual sistema de registro, ya que en la actualidad no existe como tal, sino que solamente agrupa al Registro de Propiedad Vehicular y a todos los registros de prendas que estaban dispersos en otras entidades estatales antes de crearse la SUNARP.[5]

Segunda parte : el sistema registral venezolano

I Antecedentes

El Sistema Registral venezolano, al igual que en la mayoría de países de América Latina, tienen su origen en la Real Pragmática del 31 de enero de 1768, redactada por Campomanes y Florida Blanca, que

5 NOTA: El artículo contiene parte de las ponencias de la autora tanto, en el XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral (llevado a cabo en la ciudad de Lima en el año 1997) como en el XIV Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral (realizado en la República de Venezuela por la ASORESVEN – Asociación de Registradores Venezolanos).

instituyó en España los Oficios o Contadurías de Hipoteca, instituidos en la Gran Colombia con el nombre de Oficios o Anotaciones de Hipoteca, con el objeto de conocer las situaciones jurídicas de las fincas y los gravámenes hipotecarios sobre las mismas, y de esta manera proteger a los eventuales adquirientes de los bienes hipotecados, de la ocultación y operaciones clandestinas que eran comunes en la época.

A partir de la fecha, los instrumentos públicos autorizados por los escribanos o notarios tenían que presentarse al Oficio o Anotador de Hipotecas, sin cuyo requisito no se producían efectos en juicio o fuera de él. De esta manera, surgieron dos clases de índices: uno de Titulares, y el otro, de Fincas, señalada por el nombre de los propietarios y el Código de las Fincas, con todo lo cual, se estaban iniciando los «elementos propios de un Registro Inmobiliario» en atención al trabajo realizado por el notario concatenado con el registrador.

Sin embargo, el Oficio de Anotación o Contaduría de Hipotecas, que constituía un verdadero intento de organización viene a sufrir una verdadera crisis que produce una completa desfiguración del Sistema Notarial Registral, ya que nuestra primera Ley de Registro Público, la del 22 de mayo de 1826, de la Gran Colombia, fue dictada con propósitos netamente financieros. «Necesitados de aumentar las Rentas Nacionales (expresa la Exposición de Motivos), se incorpora a la Hacienda Pública el Oficio de Anotación de Hipotecas, que, en adelante tendrá carácter de Registro para anotar o registrar los actos civiles, judiciales o extrajudiciales, a fin de sujetarlos de un impuesto». En consecuencia, la nueva ley, lejos de servir para cumplir una exigencia histórica como lo era darle publicidad a los negocios jurídicos y en especial sobre las cargas y gravámenes, se convertía en un instrumento de recaudación de recursos fiscales dependiendo directamente de la Hacienda Pública.

Posteriormente, la Ley del 24 de mayo de 1836, que constituye históricamente el origen del actual Registro Público, se crean las oficinas principales y subalternas y se ordena transcribir en los protocolos los actos mas variados, a saber: «Nacimientos, Muertes y Matrimonios, la publicación de Leyes, los Contratos, Fianzas, Testamentos, Poderes, Protestas, declaraciones, o cuales fuera otros actos extrajudiciales o privados igualmente», los títulos o despachos de empleados, las patentes de navegación y los privilegios exclusivos (artículos 9º y 12º). Por otra parte, se suprime la institución de los escriba-

nos o notarios, lo que se tradujo en una decisión totalmente negativa, ya que el Registro se convierte en un Sistema Mixto al suprimirse las notarías y con ello las funciones notariales; se produce entonces una inevitable confusión, ya que las funciones notariales pasaron a los registradores y secretarios de tribunales, produciéndose de esta manera, un híbrido y una mixtura, que desnaturaliza, a partir de 1836, la función y esencia de un verdadero registro, en el cual se inscriben además de las operaciones sobre inmuebles, otras como, testamentos, poderes, capitulaciones matrimoniales, sociedades civiles, etc.

Esta situación se mantuvo aproximadamente hasta el año 1952, en que se concentraron las funciones notariales exclusivamente de las notarias públicas, y en aquellos lugares donde no existían notarias, dicha función se encomendó a los juzgados de municipios y pasaron a ser de la competencia del Registro Subalterno y se ha mantenido en las leyes subsiguientes el sistema de inscripción en tomos y por duplicado debiendo enviarse un ejemplar del mismo, una vez finalizado el trimestre en la oficina principal de registro competente.

En principio, cada tomo contenía 200 folios útiles, destinados a inserción manuscrita de documentos, con sus respectivas notas de apertura y cierre, firmadas por el juez civil competente y el registrador subalterno. A partir del año 1980, por Decreto Presidencial del mes de julio de 1979, se avanzó un tanto en el mecanismo, sustituyéndose el sistema manuscrito e imponiéndose en todo el país la inscripción bajo el método de fotocopiado; es decir, los documentos presentados para su inscripción son fotocopiados por duplicado y con dichas fotocopias se van formando tomos que deben contener un máximo de cincuenta (50) documentos.

Por otra parte, el legislador venezolano incorporó dos mecanismos para controlar el tráfico inmobiliario; uno es la «Nota Marginal», consagrada en el Código Civil del año 1873, pero fue en el año 1925 cuando se incorporó como exigencia en la Ley de Registro Público; y el otro mecanismo fue la incorporación del principio del «Tracto Sucesivo».

De esta manera ha venido funcionando la institución registral en Venezuela, caracterizada fundamentalmente por encontrarse dentro del marco normativo de la colonia y continuidad republicana, quedando conceptualmente al margen de la clandestinidad.

En Venezuela hemos tenido veinte leyes de registro público, las cuales han aportado pocos avances, salvo la vigente Ley de Registro Público de 1993, señalada anteriormente, la cual incorporó las siguientes innovaciones:

a) Creó el manejo de la Administración de los Registros Públicos, a través de la figura de los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, figura ésta que ha contribuido al mejoramiento y a la modernización de la mayoría de nuestras oficinas de registros públicos sin que signifique al Estado una carga presupuestaria.
b) Incorporó la elaboración de una «ficha registral», conteniendo toda la información referente a los inmuebles ubicados en cada jurisdicción registral, a fin de asentar en ella todas y cada una de las operaciones o medidas que recayeran sobre los inmuebles. En esta ficha registral se deben inscribir la operación inmobiliaria tomando en cuenta el inmueble con sus características propias, código catastral, linderos, superficie, ubicación exacta, así como la imposición de gravámenes y limitaciones sobre el mismo y sus extinciones, así como la transmisión de la propiedad, lo que sin duda alguna contribuirá a la creación de un sistema donde el inmueble sea el objeto principal de la operación y los propietarios, acreedores hipotecarios, etc., son elementos circunstanciales que pueden variar en el tiempo.
   Este avance significativo en nuestro sistema registral se ha visto trabado un tanto por la falta de un programa de control catastral, con el cual se obtendría una identificación exacta de cada uno de los inmuebles. No obstante, se ha venido implementando la ficha registral por fases, bajo sistema automatizado.
   Igualmente, este articulado reciente en la Ley de Registro Público, nos permite usar microfilms, medios magnéticos y electrónicos para la formación del tomo duplicado lo cual también representa un verdadero avance del sistema.
c) Estableció la posibilidad de incorporar en la actividad registral, el uso de los avances informáticos, lo cual sirvió de fundamento para que el Gobierno Nacional dictara un Decreto en el año 1998, mediante el cual autorizaba la sustitución del tomo duplicado por sistemas digitalizados.

d) Como se reitera, eliminó definitivamente las funciones notariales que venían ejerciendo los tribunales de municipio, en aquellas jurisdicciones que carecían de notarias públicas.

II Organización del sistema registral venezolano

La institución registral en Venezuela nace de la obligación que tiene el Estado de tomar el control de la actividad registral al tráfico inmobiliario, para así garantizar a los venezolanos la seguridad jurídica de sus operaciones, y preservar uno de los más importantes y sagrados principios democráticos establecido en nuestra Constitución Nacional, como lo es el derecho de propiedad.

Por otra parte, el Código Civil Venezolano, consagra la institución del Registro Público; y la Ley de Registro Público, como ley especial, regula la organización del Sistema Registral Venezolano. En efecto, dicha ley, prevé que las Oficinas de Registro Público se dividen a su vez, en oficinas principales y oficinas subalternas de registro.

Las oficinas principales de Registro Público, entre otras funciones, se encarga de mantener y conservar en sus archivos, un ejemplar de todas las actuaciones que se realizan en los demás registros públicos incluyendo los registros subalternos. Existe una Oficina Principal de Registro en la capital de la República y en cada una de las capitales de los estados.

En las oficinas subalternas de Registro Público es donde se ejerce el control de todas las operaciones que realizan los particulares con respecto a bienes inmuebles, a través de un funcionario investido por el Estado venezolano de dar Fe Pública, denominado Registrador Subalterno, quien al suscribir los instrumentos y emitir las certificaciones dota a los actos de efectos jurídicos contra terceros.

Las oficinas subalternas de registro se encuentran distribuidas en todo el ámbito del territorio nacional, funcionando una como mínimo, en la ciudad cabecera de los municipios de los estados. Dependiendo del desarrollo inmobiliario de las diferentes localidades, se ha ido incrementando el número de oficinas, llegando a existir en la actualidad más de doscientas en todo el territorio nacional. Es importante destacar que cada oficina subalterna de registro abarca y está sometida a la jurisdicción impuesta por la ley o decreto que las crea.

Pero la actividad de los registros subalternos no se circunscribe a la rama inmobiliaria. Tanto el Código Civil venezolano como otras leyes de la República le atribuyen a los documentos que otorgan estas instituciones, Fe Pública y defectos *erga omnes*. Así tenemos el caso de las asociaciones, fundaciones y cualquiera otra sociedad de carácter civil, cuya responsabilidad o vida jurídica la adquieren a partir de la protocolización del Acta Constitutiva ante la oficina subalterna de registro correspondiente.

Igualmente, se registran en las citadas oficinas de registro, los documentos relativos a las regulaciones especiales que adopten los futuros contrayentes en matrimonio con relación a sus bienes, como lo son las capitulaciones matrimoniales, que solo son válidas si se protocoliza el documento contenido de las mismas, antes de la celebración del matrimonio.

Otros documentos, como son los de Tutela, Curatela, Separación de Cuerpos y de Bienes entre cónyuges y otros de carácter familiar, también están sometidos a las formalidades registrales.

Los documentos contentivos de Mandato, Poder, Nombramiento de Factor Mercantil y otros en los cuales, personas naturales o jurídicas delegan su presentación en un tercero, así como sus revocatorias, renuncias o sustituciones, también adquieren efectos ante terceros, al ser protocolizados en la oficina subalterna de registro. Las manifestaciones de última voluntad, tales como testamentos abiertos o cerrados, codicilos, legados, así como sus modificaciones y revocatorias, son en su totalidad, materia de registro subalterno.

Otras operaciones de carácter especial, sometidas a la formalidad registral, son las contempladas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, que por su carácter especialísimo su control fue atribuido a los registros subalternos a los fines de dotar de seguridad jurídica plena a los acreedores de los créditos regulados por dicha ley.

III Técnica de inscripción registral

Desde los comienzos de la actividad egistral en Venezuela, en la época colonial, así como después de la promulgación de la primera Ley de Registro Público en el año 1936, se impuso y se ha seguido mante-

niendo en todas las leyes subsiguientes el sistema de inscripción en tomos, es decir, los actos que contienen las operaciones que son llevadas al Registro Subalterno, que es el Registro de bienes inmuebles, se inscriben en tomos. Esta inscripción se realiza por duplicado, debiendo enviarse un ejemplar del mismo, una vez finalizado cada trimestre a la Oficina Registral de Registro competente.

En principio, cada tomo contenía 200 folios útiles, destinados a inserción manuscrita de documentos, con sus respectivas notes de apertura y cierre, firmadas por el juez civil competente y el registrador subalterno. A partir del año 1980, por Decreto Presidencial del mes de julio de 1979, se avanzó un tanto en el mecanismo, imponiéndose en todo el país la inscripción bajo el método de fotocopiado; es decir, los documentos presentados para su inscripción son fotocopiados por duplicado y con dichas fotocopias se van formando tomos que deben contener un máximo de (50) documentos.

Este es el mecanismo que aún prevalece. Sin embargo, en las mas recientes leyes de Registro Público, desde el año 1993 en adelante, se trata de enfocar el sistema un poco más hacia la identificación propia del inmueble como tal, ya que se desarrolla un artículo referente a la inscripción mediante la creación de la «ficha egistral», donde se debe inscribir la operación inmobiliaria tomando en cuenta el inmueble con sus características propias, código catastral, linderos, superficie, ubicación exacta, así como la imposición de gravámenes y limitaciones sobre el mismo y sus extensiones, así como la transmisión de la propiedad, lo que nos hace deducir que vamos hacia la creación de un sistema donde el inmueble sea el sujeto principal de la operación y los propietarios, acreedores hipotecarios, etc., son elementos circunstanciales que pueden variar en el tiempo.

Este avance significativo en nuestro sistema registral se ha visto trabado un tanto por la falta de un programa de control catastral, con el cual se obtendría una identificación exacta de cada uno de los inmuebles. No obstante, se ha venido implementando la «ficha registral» por fases, bajo sistema automatizado.

Igualmente, este artículo reciente en la Ley de Registro Público nos permite usar microfilms, medios magnéticos y electrónicos para la formación del tomo duplicado, lo cual también representa un verdadero avance del sistema.

Para efectos de la inscripción de documentos la propia Ley de Registro Público y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión, ordenar clasificar la inscripción de los documentos de acuerdo al acto que contienen, en los protocolos 1°, 2°, 3°, 4°, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión.

En el protocolo 1°, se insertan la mayoría de las operaciones inmobiliarias como compraventa, hipotecas, cancelaciones, cesión de créditos, sociedades civiles, participación de bienes; igualmente, según el reglamento de Hierros y Señales, se inscriben las operaciones sobre animales de cría .

En el protocolo 2°, se inscriben documentos que tienen que ver con el aspecto familia, tales como, Tutelas, Curatelas, Sentencias de Divorcio, Separación de Cuerpos, Capitulaciones Matrimoniales, etc.

En el Protocolo 3°, se inscriben documentos contentivos de Mandatos, todo tipo de Poderes, Sustituciones, Renuncias y Revocatorias. Asimismo, se inscriben en este protocolo operaciones con características mercantiles donde se involucran inmuebles, tales como Aportes a Capital.

En el Protocolo 4°, se inscriben documentos que contienen todo tipo de Manifestaciones de Última Voluntad, Testamentos Abiertos y Cerrados, Revocatorias de los mismos, Codicilos, etc.

En el Protocolo de Hipoteca Mobiliaria, según la Ley Especial sobre la materia, se inscriben documentos donde bienes muebles son datos en garantía. En el Protocolo de Prenda Sin Desplazamiento de Posesión se insertan documentos donde bienes muebles son objetos de Garantía Prendaria.

IV El cambio en el sistema registral venezolano

En las pasadas elecciones, Venezuela expresó su deseo de cambio, mensaje que tiene un alcance conceptual y genérico con el cual la Asociación de Registradores Subalternos de Venezuela, que me honro en presidir, no sólo está totalmente de acuerdo, sino que, desde hace aproximadamente dos años viene trabajando en la reestructuración, modernización y fortalecimiento de las actividades que realizan las oficinas subalternas de registro, concentrando esfuerzos para la crea-

ción del Registro Inmobiliario, que hasta hoy no existe en nuestro país, porque seguimos operando con el Sistema de Inscripción mediante documentos tomos y protocolos (Folio Personal) mientras que el resto de los países del mundo mantienen la información de cada unidad inmobiliaria adoptando el sistema del Folio Real, constituyendo nuestra más clara ambición, aportarle al país ese sistema. Es de observar que nuestro procedimiento actual fue idóneo en el pasado, pero hoy resulta evidentemente obsoleto. Afortunadamente ese empeño viene produciendo frutos. En las múltiples reuniones de trabajo realizadas por los registradores subalternos, tanto en el país como en el exterior, nos ha permitido visualizar claras metas de esa transformación indispensable. En ese sentido, son muchos los Registros que vienen adelantando su automatización. Recientemente se procedió a elaborar el Manual de Normas y Procedimientos para las Oficinas Subalternas de Registro. Se autorizó la sustitución del tomo duplicado por medios electrónicos. Se instrumentó la elaboración de la «ficha registral» y se ha comprobado exitosamente, la interconexión con el Ministerio de Justicia. Todos estos objetivos se cristalizaron con el apoyo oportuno de este despacho ministerial.

ASORESVEN, hoy por hoy como asociación integrada por profesionales, con experiencia y técnicamente vinculados al desarrollo y perfeccionamiento del Sistema Registral Venezolano, aporta de manera permanente al usuario, al registrador, al ministro de Justicia y otras instituciones, ideas innovadoras y sugerencias oportunas. Igualmente, ha promovido cursos de mejoramiento profesional, planificación de talleres, congresos nacionales e internacionales que indudablemente constituyeron criterios modernos y factores de cambio en beneficio de la sociedad civil organizada, siendo éste nuestro principal compromiso.

Estamos conscientes de que ese proceso de cambio profundo debe hacerse sin alterarse la continuidad del servicio público prestado. El diseño de la nueva estructura debe hacerse en forma tal que los usuarios perciban la calidad del servicio a través de un Registro Inmobiliario moderno y transformado igual o mejor a los que existen en otros países.

Es obligatorio mencionar que el nuevo Registro no debe ser una organización aislada, sino parte de un sistema integral en el cual se encuentren incorporadas las áreas o competencias correspondiente al

Registro Civil con todo el alcance requerido por las personas naturales y las jurídicas; el Registro Mercantil como funciona hoy en día, pero con algunos perfeccionamientos indispensables y la creación de un Registro para Vehículos Automotores, Naves, Aeronaves y Maquinaria Pesada. En el entendido que la integración significa también la interconexión permanente entre estos y las notarías, con el objeto de fortalecer la seguridad jurídica que el Sistema Registral debe garantizar a la colectividad. La propiedad privada es parte fundamental de la democracia y el sistema registral integral es el garante de ella.

El sistema antes descrito presenta una forma de descentralización institucional, proceso lógico y conveniente en razón del crecimiento cuantitativo y cualitativo de la nación. Va a formar parte integral de la sociedad civil con razón de ser propia, porque el funcionamiento de las comunidades así lo requiere. Ese sistema responde a lo que es normal en los países avanzados: transparencia, eficiencia y seguridad jurídica. Será parte del sector público el que tendrá a su cargo su rectoría y control, a través de una Superintendencia de Registros y Notarías, ente especializados para cumplir esas funciones en la modernización que se propone.

Dentro de los objetivos logrados, merece especial mención el convenio de cooperación técnica suscrito el 14 de julio de 1998 entre la República de Venezuela y el Banco Interamericano de Desarrollo, mediante el cual se logró el aporte no reembolsable de US$ 150.000 con el objeto de formular un programa de modernización, automatización y fortalecimiento institucional del Sistema Registral Venezolano, labor que realiza actualmente el Ministerio de Justicia en coordinación con el BID. Dicho esfuerzo debe materializarse mediante un seguimiento adecuado.

El cambio iniciado es un proceso sistemático destinado a sustituir un sistema que tiene más de cincuenta años de atraso, por estructuras modernas que van a ser de las más avanzadas del mundo. Hoy contamos con un diagnóstico estructural claro y se estudian con detenimiento los detalles que le permitirán a Venezuela tener el Sistema Registral que el país necesita en este momento histórico.

V Retos para el próximo milenio

- Conversión del Folio Personal al Folio Real, en atención a las experiencias recibidas por ASORESVEN, en catorce jornadas nacionales y la presencia internacional en los siguientes eventos:

  - Lima, 1997
  - Panamá, 1998
  - Cuba, 1998
  - Marruecos, 1998
  - Méjico, 1999
  - XIV Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral celebrado en Margarita, Venezuela.
  - Reciente visita a Buenos Aires, Montevideo y Lima.

- Creación de la Escuela de Capacitación Registral como organismo de alta calificación técnica y operativa(carácter práctico).
- Avances de Informática (no copiar sino transformar de acuerdo a nuestra experiencia propia).
- Estandarización de los sistemas o programas de informática y futura interconexión con instituciones involucradas: SENIET, Registros, Notarías, Ministerio de Relaciones Interiores y de Justicia y otros.
- Profundización de los convenios de asistencia técnica celebrados durante el XIV Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral, celebrado en Margarita, Estado Nueva Esparta, Venezuela, con asistencia de delegados de Perú, Argentina, Uruguay, España y Brasil.

Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados

Iván Fabio Meini Méndez

I Introducción: el problema

1. En el derecho penal económico, la criminalidad de empresa, más que la criminalidad en la empresa, de un tiempo a esta parte, ha acaparado la atención de la doctrina.[1] Tal vez, esta tendencia responda al hecho que los clásicos criterios de atribución de responsabilidad penal (principalmente el entender «agotada» la imputación al recaer ésta sobre los ejecutores directos del hecho[2]), así como el monopolio que en

1 La criminalidad de empresa (*Unterenehmenskrimimalität*), en palabras de Schünemann, comprende a los delitos económicos en los que «por medio de la actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa», mientras que la criminalidad en la empresa *(Bretiebskriminalität)* comprende los comportamientos lesivos de «colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores». «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa». Trad. Brückner y Lascuraín, ADPCP, (1988-II), pp. 530 y 531.

2 Cfr. Hassemer/Muñoz Conde. **La responsabilidad por el producto en Derecho penal.** Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 174 y 175: «Lo que sí resulta aquí nuevo es la metodología utilizada, de imputar los deberes incumplidos al responsable último de la decisión (y no a quien se encuentra más próximo al hecho). La dogmática de la participación en el ámbito de la responsabilidad por el producto no se asienta, por tanto, ya en la responsabilidad del que ha provocado el daño (para luego investigar la participación o la autoría mediata «hacia arriba») sino que busca desde el primer momento quién debe responder en última instancia de ese daño», B. Schünemann, «Cuestiones [...]» *op.cit.*, p. 531, en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, «la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad». En el mismo sentido, M. Paredes «Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «Caso de la

materia de imputación de responsabilidad penal ostentan las personas naturales,[3] enseñan que no siempre se satisfacen los sentimientos de prevención: las decisiones las adoptan los órganos de administración y la llevan a cabo empleados subordinados, produciéndose en la práctica una «imputación hacia abajo» con el correlativo desmedro de efectos de prevención.[4]

Y este desmedro de efectos preventivos se origina en la fungibilidad de los subordinados habida cuenta de la particular organización empresarial (división vertical y horizontal): en el desconocimiento del significado de las consecuencias de su acción debido a la insuficiente información que poseen respecto del funcionamiento global de la empresa; y, a la escasa resistencia que pueden ofrecer frente a la llamada «actitud criminal colectiva», con arreglo a la cual al interior de una empresa se manejan valores y mecanismos de presión que pueden determinar que un miembro de la empresa a consecuencia de su vinculación al establecimiento y a la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico actúe, en palabras de Schünemann, «de un modo altruista en interés de la casa»,[5] cuando

Colza». **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**. (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 289 y ss., en especial, pp. 294 y ss.

3 El concebir que las personas jurídicas son sujetos incapaces de ser sancionados por el derecho penal es, como se sabe, una teoría que en la actualidad se pone en tela de juicio en atención a una serie de consideraciones político-criminales. Con atención a la realidad nacional, Cfr. I. Meini Méndez, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1999, pp. 143 y ss.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal». ***Ius et Veritas***, (VII-13), 1996, pp. 190 y ss., J. Hurtado Pozo, «Personas jurídicas y responsabilidad penal». **Anuario de Derecho Penal**, Lima, 1996, pp. 141 y ss.

4 C. Martínez-Buján, **Manual de Derecho penal económico**. *Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 197 y B. Schünemann, «Cuestiones...». *op.cit.*, p. 533.

5 B. Schünemann, «Cuestiones...». *op. cit.*, pp. 529 y 533; «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea». **Hacia un Derecho Penal económico Europeo** (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 571 y 572. Asumen este planteamiento, V. Militello, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia». **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal**. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, (Silva Sánchez, ed. Española), p. 411, Terradillos, J. **Derecho penal de la empresa**. Trotta, Madrid, 1995, p. 39, quien se refiere a la actitud criminal colectiva como «escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada» y J. M. Silva Sánchez, «Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas». **Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y delito en el Nuevo Código Penal**, (1997), pp. 32 y ss., para quien «[...] el empleado subalterno, el subordinado en general,

objetivamente está realizando una conducta prohibida por el derecho penal.[6]

Las mencionadas exigencias de prevención podrán satisfacerse en tanto la imputación penal recaiga, también, sobre los delincuentes en sentido criminológico, es decir, sobre los órganos de dirección de la empresa que, gracias a su ubicación privilegiada en el engranaje empresarial, tienen acceso a los medios e instrumentos necesarios para encausar el *iter* criminal, aunque lo cierto es que la consecución de este objetivo no significa que se tengan que adoptar parámetros objetivos de imputación de responsabilidad penal.

2. Ante este panorama se pueden distinguir dos ámbitos de estudio. Por un lado, la responsabilidad que le cabe al subordinado por el delito que materialmente comete, responsabilidad que no tiene porqué ofrecer problemas ya que se le podrá calificar de autor, coautor, autor accesorio, e incluso, como cómplice,[7] en caso haya participado en el delito que ejecuta el titular como autor.[8] Por otro lado, la responsabilidad omisiva del titular por el comportamiento del subordinado, lo que ofrece, a diferencia de lo anterior, problemas sustantivos derivados del hecho de que los subordinados constituyen «engranajes» en la

puede encontrase inmerso en un determinado clima (que algunos criminólogos llaman "actitud criminal de grupo") en el que la exacerbación del principio del interés de la empresa, así como la estructura organizativa jerárquica, relativicen su capacidad de oponerse a la ejecución de hechos delictivos que por otros le viene propuestos [...] las personas pierden el estímulo motivatorio para no realizar una determinada conducta, *siempre que puedan imputar las consecuencias de su conducta a un tercero al que harán psicológicamente responsable*».

6 Así, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin**, (Silva, ed. Española), Bosch, Barcelona, 1995, p. 368.

7 Incluso si se trata de un delito especial, se le puede y debe considerar cómplice del mismo aún cuando no ostente la cualificación que exige el tipo, ya que la participación es siempre colaboración en un delito ajeno, respetándose, de esta manera, la unidad del título de imputación. Cfr. Quintero/Morales/Prats, **Manual de Derecho penal. Parte General.** Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 631, D-M. Luzón Peña, **Curso de Derecho penal** I. Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 305, Arán Muñoz Conde/García, **Derecho penal. Parte General.** 3ª ed.,Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 498 y ss., B. Feijóo, **Límites a la participación criminal ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal.** Comares, Granada, 1998, pp. 4 y ss.

8 H. Achenbach, «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán». **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal.** Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1995, (Silva, ed. Española), p. 383, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad [...]». Cit., pp. 369 y ss. y C. Martínez-Buján, *Op. cit.*, p.198.

maquinaria empresarial y en la mayoría de los casos desconocen el sentido final de la operación a la cual contribuyen con una simple aportación causal,[9] situación que importa, asimismo, que la lesión del bien jurídico aparezca como resultado cumulativo de la confluencia de una serie de conductas no dolosas de dos o más personas, o aparezca como un imprudente «fallo técnico».[10]

Y como quiera que la indagación y determinación de los responsables se inicia de abajo hacia arriba, esto es, se empieza por los estratos inferiores de la empresa (empleados subordinados que serán los ejecutores materiales) y se sube por el escalafón jerárquico hasta llegar a los titulares que ostentan la dirección del ente colectivo, no parece aconsejable mantener la teoría de la «prohibición de regreso», en cuya virtud no hay necesidad de seguir escalando en busca de más responsables en tanto se haya encontrado ya alguno, sino que, por el contrario, se tiene que apelar a los criterios de imputación objetiva e imputación subjetiva, por un lado, y a las reglas sobre autoría y participación, por otro.[11]

Del mismo modo, la responsabilidad del empresario tiene que contrastarse con el riesgo implícito de toda actividad empresarial que se deriva de los propios medios y recursos que utiliza (*v. gr.* maquinaria pesada, exposición de los trabajadores a sustancias potencialmente tóxicas, colocación en el mercado de un producto de consumo defectuoso, etc. *vid, infra* III.2), de donde se deduce que éste responderá, bien por los daños que sufran las propias personas que trabajan en y para la empresa -lo que generará la responsabilidad del empresario como empleador-,[12] bien por los daños que se manifiesten en el exterior,

9 Por ejemplo, el chofer de una empresa a quien le ordenan deshacerse de las materias primas «sobrantes» y las verte en un río, sin saber que el directorio de la compañía productora de cemento para cual presta servicios cuenta con su «ciega» obediencia para deshacerse de los residuos tóxicos.

10 J. M. Silva Sánchez, **La expansión del Derecho penal. Aspectos de política-criminal en las sociedades postindustriales.** Madrid, Civitas, 1998, p. 22 y ss.

11 Así, B. Feijóo, *Op. cit.*, p. 11.

12 Piénsese, por ejemplo, en la modalidad de delito contra los derechos de los trabajadores de obligar a otro a trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad, del Art. 168.3 CP e, incluso, la atribución de una muerte a título de negligencia en la medida en que el deceso resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, ocupación o industria, del Art. 111° CP.

como los delitos contra la ecología, contra la Salud Pública o, en general, en la llamada responsabilidad penal por el producto.[13]

II El método

1 La organización interna de la empresa, en tanto cúmulo de aportaciones de todos sus miembros dirigidas por igual a la consecución del objeto social, tiene que garantizar su eficacia y competitividad, lo que genera que las diversas entidades colectivas se hayan organizado de modo altamente complejo.

En consecuencia, la estructura empresarial importa, como pilar organizativo elemental, *(i)* desde un plano vertical, la división del trabajo, la especialidad y la complementariedad, con arreglo a lo cual cada quien que interviene en el proceso de producción asume una determinada competencia funcional y realiza una aportación que complementa, y se complementa a su vez, con las aportaciones de los sujetos restantes en el contexto de un plan común; y, *(ii)* desde un plano horizontal, el respeto al principio de jerarquía, en cuya virtud las aportaciones de cada cual están sometidas a una común dirección, que puede aceptarlas, modificarlas o rechazarlas.[14] Acorde con ello, es lógico entender que en estas estructuras jerárquicas la información y decisión, que ostentan los empresarios, no coincide en la misma persona que lleva a la práctica los actos de ejecución de la conducta penalmente relevante, es decir, en los subordinados.[15]

---

13 E. Bacigalupo, «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial». **Cuadernos de Derecho Judicial: La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados**, (1994-VII), Madrid, pp. 63 y 64, Hassemer/Muñoz Conde. *Op. cit.*, pp. 56 y ss. y Mª.P. Batista «La responsabilidad penal de los órganos de la empresa». **Curso de derecho penal económico** (Bacigalupo, dtor), Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 87.

14 Por todos, J. Paredes Castañón, «Problemas...» *op. cit.*, pp. 294 y ss. y 306 y ss.; Paredes/Rodriguez. **El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos**, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 142 y ss.

15 Ya lo puso de relieve Schünemann («Cuestiones [...]». *op. cit.*, p. 533) al describir acertadamente las relaciones entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas «como consecuencia del principio de descentralización, característico en la organización de la

La secuela inmediata es que, pese a la unidad de dirección, los centros de decisión y de responsabilidad se diferencian:[16] deciden unos (los titulares) y responden otros (los empleados) y conlleva, además, la dificultad de identificar al sujeto individual responsable del comportamiento delictuoso acaecido en el seno de una persona jurídica para la cual actúa y, por ende, de imputarle responsabilidad penal.[17]

2 Así las cosas, pareciera que la categoría de la autoría mediata podría ser utilizada para imputar responsabilidad penal al titular en tanto el subordinado aparece como un «instrumento», empero, hay que tener en cuenta que muchas veces el subordinado será ya autor directo y, como tal, penalmente responsable, sin contar los supuestos en que el subordinado inmediatamente dependiente en la escala jerárquica es, a su vez, ya un autor mediato plenamente responsable.[18] Con todo, la teoría del «autor detrás de autor» que formulara Roxin sobre la base de los casos Eichmann y Straschynski de la II Guerra Mundial, en cuya función se puede afirmar la autoría mediata de quien ostenta el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder -ya no por existir un dominio por coacción o error, sino sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y en la circunstancia de que el «autor detrás del autor» puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito-[19] y, en consecuencia, sirve para abordar estos supuestos.

empresa moderna, de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la «organización de la responsabilidad» -por decirlo con una expresión tópica- amenaza convertirse en una «organizada irresponsabilidad», lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo». En el mismo sentido, J. Terradillos, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

16 J. Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 144.

17 J.M. Zugaldía, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*». **Cuadernos de política Criminal**, (1980-11), pp. 83 y ss., J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad [...]». *Op. cit.*, p. 363, C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 233 y I. Meini Méndez, **La responsabilidad** [...] *op. cit.*, pp. 150-159.

18 J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad [...]». *Op. cit.*, p. 370; «Criterios de asignación [...]» *op. cit.*, p. 39 y C. Martínez Buján, *Op. cit.*, p. 200.

19 C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal.* Trad. De la 6ª de. A cargo de Cuello Contreras y González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 267 y ss., en especial, pp. 270, 273 y 274.

Esta construcción dogmática parecería ser compatible con el diagnóstico ofrecido, en el sentido de que al subordinado no le falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, por lo que responde como autor culpable y de propia mano.[20] Lo que sucede es que «estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto a él, al centro del acontecer».[21]

Ello no obstante, se perciben ciertas dificultades para aceptar este planteamiento. Jescheck se muestra reacio a aceptar esta categoría con carácter general, ya que, como quiera que se trata de una modalidad de autoría mediata, serviría solamente cuando los propios ejecutores no puedan ser considerados como autores plenamente responsables, ya que si lo fueran el «autor de la mesa de escritorio» sería coautor al dominar la organización, siendo que el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización.[22] En similar sentido se ha pronunciado Gimbernat, al considerar cómplices a todos los sujetos intermedios que se encuentran entre quien desde arriba da la orden y el ejecutor.[23] Téngase en cuenta, además, los supuestos en que no resulta pacífico hablar de autoría

20 Ibidem. p. 270: «una organización así despliega vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va ha cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global». En nuestro concepto, este diagnóstico es perfectamente trasladable a una estructura empresarial.

21 Ibidem, p. 271.

22 H.H. Jescheck, *Tratado de Derecho penal.* Parte General. 4ª de., trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 611.

23 Autor y Cómplice en Derecho penal. Sección de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 181 y ss., en especial, p. 185.

mediata, como aquellos en que el dominio organizativo no sea tan intenso, o los casos de quienes en su calidad de eslabones intermedios en la cadena jerárquica sólo transmiten instrucciones desde la esfera superior a la inferior, o aquellos otros casos en que el superior favorezca, a título de dolo eventual o negligencia, el hecho del subordinado;[24] sin contar los supuestos de delitos de medios determinados o de mera actividad, en donde resulta conflictivo afirmar la autoría mediata.

3 En este orden de ideas, tal parece que la estructura de la comisión por omisión es la llamada a constituirse en el fundamento de la responsabilidad del titular por los hechos cometidos por sus subordinados, en tanto ostenten «una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar los factores de peligro derivada de la misma y, en consecuencia, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa».[25]

III La comisión por omisión y su traslado al ámbito empresarial

1 Marco legal

1 El Art. 13º CP, modificado por Ley Nº 26682, de 11 de noviembre de 1996, regula los delitos omisivos en su modalidad de comisión por omisión:[26]

24 Expresamente, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad [...]», *op. cit.*, p.371.

25 C. Martínez-Buján,. *Op. cit.*, p. 201.

26 En doctrina se manejan dos clasificaciones de tipos de injusto omisivos. Por un lado, la omisión pura y la comisión por omisión, siendo los primeros los equivalentes a los tipos de injusto comisivos de resultado, esto es, aquellos cuya estructura típica exige que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable de ésta espacial y temporalmente (Vid. S. Mir Puig, **Derecho penal. Parte general**. 5ª ed., PPU, Barcelona, 1998, 9/28 y 9/29, E. Bacigalupo, **Principios de Derecho penal**. Parte General. 3ª ed., *Akal Iure*, Madrid, 1994, pp. 257 y 258). Por otro lado, los tipos de injusto omisivos propios e impropios; dependiendo de si la ley los prevé expresamente (propios) o si se derivan -vía interpretación- de un tipo de injusto regulado por la ley en forma comisiva (impropios). Aunque también se han formulado otras clasificaciones sin perjuicio de las anteriores. Así, Roxin («En el límite entre comisión y omisión». Problemas básicos del Derecho penal. Trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 226 y ss.) habla de «omitir por comisión», Silva Sánchez (*El delito de omisión. Concepto y sistema.* Bosch, Barcelona, 1986, pp. 344 y ss.; «El delito de omisión. Concepto y sistema. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 344 y ss.; «La regulación de la "comisión por omisión"». *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997,

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Este precepto, al mencionar cuáles son los presupuestos para que una persona responda penalmente a título de omisión viene a concretar, parcialmente, el panorama legal de los delitos omisivos que establece el Art. 11° CP. Parcialmente porque no se refiere a todas las omisiones penalmente relevantes, sino sólo a las impropias que, con las reservas del caso, equipararemos para efectos prácticos a la comisión por omisión (*vid.* nota 26).

2 La fórmula *ex nihilo nihil fit* puede tener validez en el campo de las ciencias de la naturaleza más no en terreno jurídico, en donde la imputación de responsabilidad penal por un comportamiento omisivo jurídicamente relevante tiene que responder a criterios normativos. En otras palabras, las omisiones no siempre son ausencia de energía - por el contrario, esto sucede las menos de las veces- ya que por lo general la responsabilidad penal nacerá del hecho de haber realizado una acción distinta a la obligada. Se trata de aceptar que las relaciones del hombre con el mundo exterior se pueden producir bien por un

pp. 70 y ss.) cuando propone las «omisiones de gravedad intermedia», que serían omisiones puras generales estructuras sobre consideraciones de solidaridad en aras de las protección de bienes jurídicos individuales y Arán Muñoz Conde/García) (*op. cit.*, p 268) al hablar de delitos de «omisión y resultado». Jescheck por su parte, postula un cambio terminológico de «propio» e «impropio» por «simple» y «cualificado». ob.cit. p. 551). La equiparación que un sector de la doctrina suele hacer entre los tipos de injusto omisivos puros y de omisión propia, por un lado, y de omisión impropia y comisión por omisión, por otro, no resulta del todo certera en la medida en que los criterios de clasificación son distintos, aunque lo cierto es que la mayoría de las veces la omisión pura estará prevista expresamente por la ley y será, en consecuencia, también omisión propia, mientras que por lo general la comisión por omisión no estará prevista por la ley, pero nada obsta para que siempre sea así. Por ejemplo, el Art. 387 CP *in fine* que regula el peculado por negligencia es un delito cuya estructura típica responde tanto a la omisión propia (porque está expresamente como funcionario público) da ocasión a que otra persona sustraiga caudales y efectos públicos).

hacer -se incide en el mundo poniendo en marcha cadenas causales- bien por un no hacer -dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban-,[27] siendo del caso que en los delitos omisivos el «proceso causal y su resultado no se imputan jurídicamente al causante, que puede ser un factor natural, o no se imputa jurídicamente sólo al causante (a quien se atribuiría, por supuesto, a título de comisión activa, dados los demás requisitos) sino a quien, sin poner en marcha el curso causal (sin causar), asumió el comportamiento de actuar a modo de barrera de contención del riesgo (del proceso causal), no haciéndolo luego».[28]

Así, según la literalidad del Art. 13º CP -y habida cuenta que no existe inclusión alguna entre los dos numerales del mismo- para que se pueda sancionar a alguien por omisión éste tiene que haber omitido impedir la realización del hecho punible (i) a pesar de tener el deber jurídico de impedirlo (el hecho punible); (ii) a pesar de haber creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo (el hecho punible); (iii) o cuando su omisión corresponda a la realización del tipo mediante un hacer. Como se aprecia, el común denominador está dado por el encabezado del precepto: haber omitido impedir la realización del hecho punible.

Pues bien, si algo se puede inferir a partir de que alguien «tiene el deber de impedir la realización del hecho punible», es que ese alguien, con un comportamiento activo, es decir, con la puesta en marcha de cursos causales, ha creado un riesgo para un bien jurídico y como tal tiene el deber de evitar que el bien jurídico llegue a lesionarse (supuestos de injerencia o, lo que es lo mismo, los supuestos en que se ha creado un peligro inminente que fuera propio para producir el hecho punible), o que ha asumido la obligación de evitar que el bien jurídico se lesione como consecuencia de comportamientos de terceras personas, esto es, no pone en marcha cursos causales que interrumpan aquellos que se dirigen hacia la lesión del bien jurídico a pesar de estar obligado a hacerlo (supuestos en que se tiene el deber jurídico de impedir el hecho jurídico).[29]

27 E. Gimbernat, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento». ADPCP, (1987-III), p. 583.

28 J.M. Silva Sánchez, «La regulación [...]» *op.cit.* p. 77.

29 Al respecto, E. Gimbernat, «Causalidad, omisión e imprudencia». ADPCP, (1994-

Acorde con ello, este apartado abarca supuestos como el de la enfermera que omite suministrar el vital medicamento a su paciente a consecuencia de lo cual éste fallece, o al del salvavidas que omite el rescate del bañista, supuestos de autoría en delito omisivos, pero también aquellos como el de la persona que contempla inerte como un tercero realiza un delito de violación contra la libertad sexual sin impedirlo o dificultarlo o el de la madre que no impide o dificulta los continuos y reiterados malos tratos por parte de su esposo a su menor hijo; supuestos de participación omisiva[30] en los que se omite impedir o dificultar la realización de un delito.

3 Entre los dos numerales del Art. 13º CP no existe signo lingüístico alguno que denote inclusión ni exclusión,[31] es decir, la ley no dice si se debe tener el deber jurídico de impedir el hecho punible o si se debe haber creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo y, además, que la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer o, si por el contrario, basta con tener el deber jurídico de impedir el hecho punible o con haber creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo, o con que la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer. Cabe pues el recurso a la naturaleza jurídica de la institución.

Es doctrina unánime reconocer que la persona a la que se pretende imputar, a título de autoría, un delito cometido de manera omisiva,

---

III), pp. 58 y 59: «[...] únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionadamente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico. [...] La ausencia de una medida de precaución preceptivo ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido, siendo éste el causante, con toda seguridad, del resultado típico».

30 Así, G. Portilla Contreras, La participación omisiva en delitos comisivos. Ejemplar dactilografiado de la conferencia impartida en los XX Cursos de verano de la Universidad de Cádiz, San Roque, 1999.

31 Con anterioridad a la reforma del Art. 13.1 CP de 11 de noviembre de 1996 se establecía:

«El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el **deber moral** o jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirla; y
2. SI la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada».

Como se aprecia, la letra «y» hacía clara alusión a la necesidad de concurrencia de ambos numerales. En todo caso, felizmente, la modificación desterró a la moral como origen de deberes jurídicos.

debe ostentar determinadas características que permitan exigirle a él, y no al resto de ciudadanos, la evitación del resultado. Se trata, en definitiva, de un deber especial que consiste en garantizar la incolumidad de un bien jurídico penalmente protegido; de ahí que un sector cualificado de la doctrina entienda que los delitos de omisión son delitos que consisten en la infracción de un deber.[32] Estos deberes son las llamadas posición de deber de garante, y las únicas fuentes de estas posiciones de garante, según nuestro ordenamiento jurídico, son el contrato y la ley (deber jurídico) y la injerencia o actuar precedente (crear un peligro inminente que fuere propio para producir el hecho punible) que se recogen en el Art. 13° 1 CP.

Así las cosas, no hay base legal para hablar de otras fuentes de deber de garante que no sean aquellas que expresamente se reconocen por la ley. En otras palabras, y sin perjuicio de reconocer que el legislador ha optado por reconocer fuentes formales de deber de garante en vez de fuentes materiales, se deben descartar, por ser analogía *in malam partem*, el recurso a las fuentes de posición de garante que se fundamentan en el deber de protección de un bien jurídico o en el deber de control de una fuente de peligro que no se encuentren expresamente tipificadas.

4 La injerencia o actuar precedente apunta a que quien con su conducta pone en peligro un bien jurídico asume la obligación de evitar que éste se lesione. Y no es necesario que la conducta precedente sea ilícita, por el contrario, en la mayoría de ocasiones será lícita como tantas conductas o actividades de riesgo socialmente aceptadas. Acorde con ello, en lo que nos interesa, y habiendo señalado que la actividad empresarial puede ser considerada como una actividad de riesgo (*infra* III.2) cuya puesta en marcha crea un peligro inminente que es propio para producir resultados lesivos en bienes jurídicos, la actividad empresarial, *per se*, se subsume en la inferencia o actuar precedente como fuente de deber de garante, algo que se aprecia con claridad en las grandes sociedades mercantiles -y ni que decir de las transnacionales-.

32 Los delitos omisivos, al igual que los delitos especiales, son considerados como delitos consistentes en la infracción de un deber *(Pflichtdelikte)*. Por todos, C. Roxin, *Autoría* [...] *op. cit.*, pp. 496 y ss. D-M. Luzón Peña. *Curso de Derecho penal. Parte General I.* Universitas, Madrid, 1998, pp. 305 y 306, aunque «no se puede admitir con carácter general e independiente de la formulación típica la categoría de infracción de un deber (...) solamente habrá delitos de infracción de un deber cuando un tipo configure efectivamente en ese sentido la descripción típica».

5 Empero, la existencia de un deber que consiste en la evitación de un resultado lesivo no puede sustentar por sí mismo la imposición de una pena, ya que, de ser así, no se podría diferenciar, por ejemplo, entre una infracción civil o mercantil por incumplimiento contractual y un delito cometido por omisión en que se haya hecho caso omiso al deber jurídico de garante que se origina en la ley, un contrato o por actuar precedente.

De esta manera, tiene que realizarse un juicio de equivalencia valorativa entre la omisión realizada y la comisión, tal como está regulado por la ley, de suerte que se pueda afirmar que entre ambas existe una identidad estructural en el plano normativo-material.[33] Es esto lo que hay que interpretar cuando la ley dice «Si la omisión corresponde a la realización del tipo mediante un hacer», ya que un delito perpetrado en comisión por omisión comparte la misma estructura (normativa, no típica) que el mismo delito cometido de manera comisiva: se trata del mismo delito. Así, el juicio de equivalencia tiene que ser abordado, en primer lugar, sobre la base de las posiciones de garante que, según doctrina que se comparte, encuentra su fundamento en el dominio sobre la causa del resultado y, en segundo lugar, teniendo en cuenta que la posición de garante nada tiene que ver con la posibilidad de evitar el resultado habida cuenta que dicha posibilidad puede recaer también sobre un no garante[34] (por ejemplo, no sólo el salvavidas puede y está en condiciones de rescatar el ahogado, sino también otros bañistas que tengan noción de primeros auxilios), por lo que cabe individualizar la acción cuya omisión será portadora de lo injusto típico.[35] [36]

33 Por todos, J.M. Silva Sánchez, «La regulación [...]». *Op. cit.*, pp. 66 y ss.

34 Como ha afirmado Gracia Martín («La comisión por omisión en el derecho penal español». *Actualidad Penal,* (1995-2), pp. 708 y ss.): «...la evitación del resultado es posible a partir de la realización de una pluralidad de acciones que son susceptibles de producir efectos salvadores en diversos estadios del curso causal peligroso. La omisión de una cualquiera de ellas, sin embargo, no da lugar a comisión por omision». *Vid,* en especial, la bibliografía citada en nota 156.

35 Ibidem. pp. 709 y ss.

36 Según el derecho positivo la pena del omiso puede ser atenuada. No se hace alusión a los criterios en función a los cuales es Juez gradúa los parámetros de dicha atenuación, pero se ha de entender que la atenuación está referida a la pena que hubiera tenido el agente de

2 La actividad empresarial como actividad de riesgo

1 La concepción de la sociedad en la que cualquier contacto social

haber cometido el delito de manera comisiva, no a la pena conminada en el delito, por lo que no cabe sobrepasar el mínimo legal.

No puede dejar de llamar la atención sobre esta prerrogativa, en el sentido de ¿qué es lo que justifica que los delitos omisivos puedan ser reprimidos con una pena inferior a los delitos comisivos? Si algo puede justificar la atenuación de la pena es el desvalor de acción y de resultado, la culpabilidad del sujeto o las necesidades de prevención general y especial. Así, la respuesta a la interrogante planteada, si acaso pueda haber una que sea lógica, tiene que ser elaborada, en primer lugar, al margen del bien jurídico toda vez que éste se lesiona por igual en las modalidades omisivas que en las comisivas (La muerte es muerte y, por tanto, lesión del bien jurídico vida, tanto si se mata clavando un puñal en la cavidad toráxica de la víctima como si no se suministra los medicamentos que el médico tiene la obligación de suministrar a su paciente). Además, se tiene que tener en cuenta los efectos de prevención general de la pena, lo que equivaldría a decir que los delitos cometidos por omisión generan -según el legislador- un rechazo por parte de la colectividad inferior al que generan los delitos comisivos y, en consecuencia, no está tan interesado, desde una óptica de prevención general, en prevenirlos como a los comisivos, y teniendo en cuenta también los efectos de prevención especial, lo que equivaldría a reconocer que el omiso no tiene las mismas necesidades de resocialización que el delincuente condenado por un delito comisivo. Si bien se precisa más energía para transformar la decisión delictual en un hecho mediante una acción que mediante una omisión, es cierto también que en muchos delitos omisivos el contenido del injusto y la culpabilidad no son menores que en los correspondientes delitos comisivos, por lo que cabría pensar en que la atenuación, en tanto facultativa, una feliz regulación (respecto a esto último, H.H. Jescheck, *op. cit.*, pp. 555 y ss.).

Sin embargo, en nuestro concepto no debería existir ni siquiera la posibilidad facultativa de atenuación de la pena, dado que se parte del presupuesto de una identidad o equivalencia en el plano normativo, valorativo entre la comisión y la omisión, en cuya función el contenido del injusto típico de ambas es idéntico, de suerte que la pena de la primera no tiene porqué ser diferente a la de segunda. Claramente, en ese sentido, L. Gracia Martín, *Op. cit.*, p. 713. Tal vez, el afán de modernidad del legislador le haya hecho incorporar la posibilidad de reducir la pena en estos casos, siguiendo el 12 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y el 13 del Código Penal de Alemania Occidental de 1975 (Según la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, esos son los antecedentes legislativos que la Comisión Revisora nacional utilizó para «subsanar un importante vacío legislativo al señalar los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar ser castigada». Vid. Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, apartado sobre el Hecho Punible, Bases de la Punibilidad), pero lo cierto es que -sin perjuicio de hacer estudios de derecho comparado- más vale analizar la realidad nacional del país para el que se legisla, realidad que obedece a experiencias particulares cuya historia recoge y legislar en función a ello, que importar ciegamente preceptos que responde a una historia jurídica distinta, experiencias ajenas y coyunturas sociales de otros países que, por más avanzados que sean, no justifican la incorporación de preceptos que luego aparecen como disfuncionales frente al íntegro de nuestro Sistema jurídico-penal (Sobre las razones que llevaron al legislador alemán a incorporar la posibilidad de atenuar la pena al omiso, *Vid.* J.M. Silva Sánchez, «La regulación [...]». *Op. cit.*, pp. 53 y ss.).

entraña un riesgo -incluso cuando se actúa de buena fe-[37] constituye, sin duda, un punto de partida en cuya función se puede entender lo que en la actualidad se califica como «riesgo permitido». Como quiera que una sociedad sin riesgos no es posible o, mejor dicho, nadie se plantea renunciar seriamente a una sociedad así configurada -por los beneficios que representa-, no es factible una normativa que excluya la total ausencia de riesgos, de donde se deduce que los riesgos inherentes de la configuración social han de ser tolerados en calidad de riesgos permitidos.[38] Así, al amparo de esta genérica concepción habría que reconocer que todas las relaciones interpersonales -es decir, todos los comportamientos que potencialmente puedan influir en terceras personas: todos los comportamientos activos u omisivos- pueden ser calificados de actividades de riesgo, pero no ofrece criterio alguno que permita acotar del universo que componen los riesgos permitidos de los prohibidos. En todo caso, la sociedad actual es una «sociedad de riesgos» que se caracteriza por la constante utilización de instrumentos técnicos y el recurso a procedimientos *per se* peligrosos.

2 Para lo que nos interesa, la actividad empresarial puede ser analizada desde un plano dual, en donde una cara de la moneda está constituida por los beneficios (ahorro de tiempo, disminución de costos) y confort que representan estos avances para la humanidad. Y la otra cara la constituyen los riesgos implícitos de estos avances técnicos, referidos a daños no conmensurables que afectan a todos los miembros de la colectividad por igual.[39]

---

37 G. Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. Cancio Maliá. Civitas, Madrid, 1996, p. 117: «a través de un apretón de manos, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitable; un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello; una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión [...]».

38 Ibidem, p. 118.

39 La «sociedad de riesgos» o «sociedad del riesgo» *(Risikogesellschaft)* es propia de sociedades postindustriales. Cfr. J.M. Silva Sánchez, La expansión [...] *op. cit.*, pp. 21-24. Resulta gráficas las palabras de este autor (pp. 21 y 22): «En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, de un lado, por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como

Este planteamiento conlleva la aceptación de que la actividad empresarial, independientemente del giro o rama industrial que desarrolle, es, hoy por hoy, una actividad de riesgo, toda vez que «[...] en cuanto tarea productiva o distributiva que requiere aplicación de energía al mundo exterior para proceder a su transformación, supone, en mayor o menor medida, la generación de riesgos para bienes jurídicos ajenos. La razón por la que la sociedad permite y fomenta la referida actividad, incluso en supuestos en que desata graves peligros para bienes fundamentales, radica tanto en su utilidad general como en la perspectiva de interposición de los adecuados medios de control del riesgo por parte de sus agentes».[40]

3 El deber de aseguramiento en virtud de responsabilidades de organización o la responsabilidad por el ejercicio de facultades individuales de autoorganización

1 La existencia de un deber del titular de la empresa en cuya virtud tenga que «evitar» la comisión de hechos antijurídicos en el seno de la empresa que dirige y que se manifiestan, bien para el exterior, bien para el interior de la misma, no se cuestiona ni se pone en tela de juicio, habida cuenta que resulta lógico que aquellas personas que ponen en marcha procesos causales en mérito a los cuales se organiza y desarrolla una actividad de riesgo socialmente aceptado (e incluso, según un sector de la doctrina, una actividad que no represente *a priori* riesgo alguno), tengan que responder por los daños que en el desarrollo de dicha actividad se generen. En todo caso, lo que se discute es el fundamento, los límites de dicho deber y la manera como éste se puede ejercer.[41]

---

fenómeno social estructural. En otras palabras, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos en el manejo de los avances técnicos: riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, a energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera».

40 J.A. Lascuraín, *Op. cit.*, p. 216, E. Bacigalupo, «La posición [...]». *op. cit.*, p. 63: «La empresa mercantil es generadora de diversos peligros, provenientes de distintas fuentes de riesgos, que, afectan, a su vez, a bienes jurídicos diferentes» y C. Martínez-Buján,. Ob.cit. pp. 191 y ss.

41 Así, W. Frisch. «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. *Responsabilidad penal en el ámbito de al responsabilidad de la empresa y de al división del trabajo». Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Organos y Responsabilidad por el Producto,* Luzón/Mir Puig, ed.), Bosch, Barcelona, 1996, p. 111, J.A.

La idea de la autoorganización y las facultades y deberes que de ella se derivan, brinda un primer fundamento para la imputación de comportamiento ilícitos. Derivada del principio de libertad y del derecho al desarrollo de la personalidad, se entiende que la actividad de los seres humanos no conoce más limite que los derivados del correlativo derecho de los demás ciudadanos. [42] Acorde con ello, la responsabilidad en el ámbito de la organización encuentra su fundamento en el deber -que se deriva de una pacífica convivencia en sociedad- de asegurar que los cursos peligrosos desplegados por cada quien en su propia actividad no importen lesiones a bienes jurídicos de éstos.[43] Es lo que se conoce como «deber de aseguramiento en virtud de responsabilidad por organización».[44] Trasladado al ámbito que nos interesa esto quiere decir que, sobre la base de la autoorganización, en el ámbito empresarial se puede fundamentar la existencia de un derecho y deber que le corresponde al titular -que a estos efectos será aquel que configura y organiza la actividad con exclusión de terceros- en cuya virtud asume las consecuencias de dicha organización, sean positivos (tiene el derecho de hacerse con los beneficios que produce la actividad) como negativas (tiene el deber de responder por las lesiones para bienes jurídicos protegidos). Acorde con esto, se encuentra obligado a controlar que las conductas que se realizan en el ámbito negocial que él ha

Lascuraín, *op. cit.*, pp. 211 y ss., H. Achenbach, *Op. cit.*, p. 386. Por su parte, W. Bottke, *«Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica»*. Responsabilidad penal de las Empresas y sus Organos y Responsabilidad por el Producto, (Luzón/Mir Puig, ed), Bosch, Barcelona, 1996, p. 146 sostiene que la fundamentación y los límites no es cuestión difícil.

42 G. Jakobs, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. (Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995, 7/56: «El fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de omisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas» y J.A. Lascurain, *op. cit.*, p. 211.

43 G. Jacobs, *Derecho Penal ... Op. cit.*, 29/29: «Este ámbito de organización puede definirse, además de a través de acciones -la responsabilidad por acción es responsabilidad por la vulneración del aseguramiento, en la relación, del aparato psícofísico- a través de medios materiales de despliegue; ello conduce a los deberes de relación, es decir a los deberes de asegurar frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales».

44 G. Jakobs, *Derecho penal ... op. cit.*, 29/29, 29/30, 29/31. En el mismo sentido, W. Frisch, *Op. cit.*, p. 117, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad...». *op. cit.*, pp. 376 y ss. y Ma.P. Batista, *Op. cit.*, p. 87.

configurado (tanto omisivas como comisivas[45]) no generen resultados lesivos para bienes jurídicos protegidos.[46]

2 A pesar de ciertas circunstancias «particulares» propias de la actividad empresarial, la posición de garante en el ámbito empresarial no puede fundamentarse ni concretarse dejando de lado la naturaleza del género al cual pertenece. En otras palabras, la doctrina sobre la comisión por omisión en la criminalidad empresarial no puede ser abordada de manera diferente a la teoría general de la comisión por omisión[47] propia de la Parte General.

4 El «dominio» sobre la causa del resultado

1 En los comportamientos omisivos el sujeto tiene que haber tenido la capacidad y posibilidad psico-física de realizar la conducta prescrita, caso contrario, se sostiene unánimemente[48] que no ha tenido la capacidad de evitar el resultado por lo que se niega la tipicidad del comportamiento.[49] En cierto modo, se trata de una delimitación del círculo de poten-

45 G. Jakobs, *Derecho penal [...] op. cit.*, 7/56: «el fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas», W. Frisch, *Op. cit.*, pp. 100, 101 y 113, para quien el fundamento normativo de la posición de garante estriba en la ponderación de intereses que se deriva del principio de organización, y de la exclusión de terceros en las conductas que uno emprende y que suponen un riesgo para otros.

46 J.A. Lascuraín, *Op. cit.*, pp. 210 y ss., con matices: U.K. Kindhauser, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico». En: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo.* (Jornadas en Homenaje al Prof. Tiedemann). Madrid. 1995, p. 442 y sobre todo 450, W. Frisch, *Op. cit.*, p. 112, W. Bottke, *Op. cit.*, p.145, C. Martínez-Buján, *Op. cit.*, p. 206, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad [...]». *op. cit.*, p.371, en especial, nota 47.

47 J.M. Silva Sánchez, . «Responsabilidad [...]». *op. cit.*, p. 374, W. Bottke, *op. cit.*, pp. 137 y ss., quien sostiene que hay que recurrir a la teoría de la omisión y de la autoría y participación. Implícitamente, H. Achenbach, ob.cit. p.397 cuando sostiene que no hay unanimidad ni en la fundamentación ni en los límites de los deberes de garante del empresario, ya que no hay unanimidad en la dogmática de los delitos de omisión) y, en consecuencia, no se puede recurrir a preceptos específicos para fundamentar la naturaleza del deber de garante del empresario B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*, p. 533 y 534.

48 Por todos, J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema.* Bosch, Barcelona, 1986, pp. 26 y ss. E. Bacigalupo, *Los delitos impropios de omisión.* Panedille, Buenos Aires, 1970, pp. 124 y ss.

49 Quintero/Morales/Prats, *Op. cit.*,p. 375: «La imputación descansará en un razonamiento normativo, al que se le dotará de elementos que permitan establecer esa equiparación, como es principalmente, y al margen del dolo, el dominio o control sobre la producción del resultado», E. Bacigalupo, *Principios [...] op. cit.*, p. 260.

ciales autores. Empero, esta capacidad no debe confundirse con el «dominio» que fundamenta la posición de garante, ya que la posibilidad de evitar el resultado no es monopolio de quienes ostentan una posición de garante sino, incluso, de otras personas (*supra* nota 34).

Así las cosas, si tenemos en cuenta lo anteriormente mencionado, podemos concluir que el titular de la empresa está obligado a garantizar, cuando pueda hacerlo, que las conductas que se realizan en su ámbito de organización no lesionen intereses ajenos. Sin embargo, en nuestro concepto, no se trata únicamente de responder por aquellos resultados que desde la posición de titular que se ostente se puedan evitar sino, incluso, de responder por aquellos otros que no se puede evitar pero que, ello no obstante, desde la posición de titular que se ostenta, son exigibles que se hubieran podido controlar: se trata de una responsabilidad que se fundamente no sólo en el no evitar a pesar de poder, sino en el no alcanzar y/o mantener un estado de competencia -cuando éste se pueda exigir- en cuya virtud se hubiera podido estar en condiciones de evitar.[50]

2 El dominio propio del garante surge, en palabras de Schünemann, del dominio de la persona (en este caso del empresario) sobre la causa del resultado.[51] Se trata, por un lado, de un dominio fáctico sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento y, por otro, de un dominio sobre los trabajadores.[52]

Respecto al dominio sobre las cosas y procedimientos, y teniendo en cuenta la división del trabajo en el ámbito empresarial, cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio,[53] además, los que se encuentren más cerca de la cosa tienen que realizar actividades materiales relativas a su competencia en el establecimiento que están indicadas para el control de la fuente de peligro (deberes primarios de garante); los superiores jerárquicos que son cotitulares de la custodia se encuentran obligados a la coordinación y al control (deberes secundarios de garante).[54] El dominio de las personas que puede

50 En el mismo sentido, J.A. Lascuraín, *op. cit.*, p. 216.

51 «Cuestiones [...]». *op. cit.*, p. 536.

52 Ibidem, p.535. En un sentido similar W. Bottke, op.cit.,p. 147, J.M. Silva Sánchez, «Responsabilidad ...».*op. cit.*, p.371 C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 196 y ss.

53 B. Schünemann, «Cuestiones [...]».*op. cit.*, p. 537.

54 B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*,p. 538. En sentido similar, J.M. Silva

fundamentar también el deber de garante, se basa en el poder de mando y, sobre todo, en la información del superior.[55]

Bottke ha sostenido que el fundamento del deber de garante del empresario no puede ser la posibilidad fáctica de evitar el resultado (posibilidad fáctica que se aplica a los elementos y procedimientos peligrosos, más no hacia los subordinados), toda vez que esta capacidad fáctica no es monopolio de los titulares sino que puede ostentarla también gente que se sitúa en el mismo escalafón que el subordinado.[56] En nuestro concepto, si se tiene en cuenta lo dicho sobre los deberes de aseguramiento que se derivan de la autoorganización con exclusión de terceros, se puede sostener coherentemente que, si bien no sólo los titulares tienen una capacidad fáctica de evitar los resultados lesivos en la gestión empresarial, sólo éstos están llamados a hacerlo, habida cuenta que ellos, y no el resto, son quienes se organizan y dirigen la actividad.

De este modo, ambas formas de responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa por los hechos punibles cometidos por elementos subordinados (sobre los elementos y procedimiento y sobre las personas) significan una división de la responsabilidad penal aplicable a la práctica. «El alcance de estos tipos de responsabilidad es con ello diferente hasta el punto que el dominio material es, en efecto, «permanente ante el exceso» (*excessfest*), porque una pérdida de la custodia de la cosa contraria al cuidado fundamenta la imputación de las consecuencias derivadas de la misma; pero no es «permanente ante la descentralización» (*dezentralisierungsfest*), porque la misma posición más alta en la jerarquía de la empresa no da lugar a una responsabilidad de garantía sin que exista un dominio inmediato sobre la cosa, facilitado con tal motivo, al menos en forma de custodia. Con el dominio personal sucede justamente lo contrario, porque ciertamente

---

Sánchez, «Responsabilidad [...]». *Op. cit.*,p. 371: «la estructura jerárquica y de división del trabajo genera unos ámbitos de competencia individual De cada uno de estos ámbitos de competencia -situados a diferente nivel- se hace responsable un sujeto, quien, de ese modo, pasa a responder del *output* que surja de la correspondiente esfera de dominio, cuya organización interna le compete».

55 B. Chünemann, «Cuestiones [...]».*op. cit.*,p. 539.

56 W. Bottke, op.cit. pp. 142-146. Según este autor, el fundamento material está dado por la equitativa compensación social de los efectos internos y externos de la organización de un círculo vital específico que fundamenta el poder en un elevado grado.

no es «permanente ante el exceso» (los hechos de los subordinados en su propio interés caen desde el principio fuera de su dominio del grupo), pero sí «permanente ante la descentralización», porque sólo en el escalón más alto de la jerarquía, o sea, en la dirección de la empresa, se solapan el poder legal de mando y los diferentes canales de información, de modo que aquí -al menos desde un punto de vista teórico- se encuentra incluso la forma más intensa de dominio».[57]

3 En resumen, el deber de garante del titular se fundamenta en el hecho de haber organizado y puesto en marcha, libremente y con exclusión de terceros, una actividad empresarial (que, *per se*, conlleva riesgos) que implica el recurso y utilización, por un lado, de elementos y procedimientos peligrosos y, por otro, de personal bajo su dirección, siendo el caso que al tener un dominio sobre éstos como algo derivado de la estructura organizativa, tiene también, en consecuencia, el deber de evitar que los mismos lesionen intereses de terceros en su utilización y puesta en marcha (elementos y procedimientos, respectivamente) o comportamientos (personal subordinado) para la empresa. Con todo, el problema radica -como ha señalado Martínez-Buján- en conjugar estos dos criterios y precisar cuándo aparece y, sobre todo, cuáles son, concretamente, los deberes de garante del titular que surgen de la conexión entre las facultades de autoorganización y la actuación del subordinado.[58]

5 ¿Causalidad hipotética o incremento del riesgo?

1 En el ámbito de los delitos omisivos la relación de causalidad ha sido reemplazada por una causalidad hipotética, con arreglo a la cual una omisión será causa de un resultado si, de haberse realizado la acción, el resultado desaparece con una probabilidad cercana a la certeza; sin embargo, está claro que en las omisiones no cabe hablar de una causalidad en sentido material que nunca dejará de ser una presunción desfavorable al reo al no poder comprobarse, sino sólo de una causalidad en sentido jurídico, en cuya virtud se pueda atribuir a alguien el pro-

57 B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*, pp.540 y 541.
58 *Op. cit.*, p.206.

ceso de producción del resultado.[59] Así, si para los delitos comisivos se exige la seguridad de que el comportamiento haya causado el resultado, ya resulta dudoso que para los delitos omisivos se flexibilicen los baremos de seguridad y se exija, solamente, una probabilidad rayana a la certeza, sin contar que si en el plano teórico se exige una probabilidad rayana a la certeza, se permite en el práctico que el deseo de los jueces de no dejar impunes determinados comportamiento omisivos -o de sancionar como autor en comisión por omisión a quien en realidad es cómplice accesorio en comisión por omisión (y como tal merecen una inferior)- tenga un aval legal, habida cuenta que los criterios para determinar los límites de lo que es probable y lo que no lo es -y, en consecuencia, también los límites- nadie los conoce con precisión, siendo que ofrece poco o nada de concreción.

Además, la exigencia de una causalidad hipotética (o cuasi-causalidad) en el ámbito empresarial, amén de la confluencia de cursos causales en virtud de la división del trabajo y el respeto al principio de jerarquía, podría generar que a pesar de haberse cumplido adecuadamente con los deberes de control apareciera el resultado lesivo.[60]

2 Así, Gimbernat ha manifestado que la cuasicausalidad en los delitos de comisión por omisión no puede consistir en la hipótesis -más o menos probable- de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir la seguridad de que, como consecuencia de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado con seguridad (aspecto objetivo) e intencional o imprudentemente (aspecto subjetivo) en un resultado típico.[61] Este planteamiento ofrece la ventaja de estructurarse sobre criterios estrictos, como la seguridad de haber condicionado el resultado típico, es decir, se condice un «derecho penal democrático que -por muy fundadas que sean- rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y certe-

59 E. Gimbernat, «Causalidad [...]». *op. cit.*,p. 541. En el mismo sentido, C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 55.

60 B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*, p.541. En el mismo sentido, C. Martínez-Buján, *Op. cit.*, p. 209: «en la hipótesis más extremas de déficit de organización no se podría excluir *a priori* que las concreta lesión del bien jurídico protegido podría haber acontecido igualmente de la misma manera aun cuando se hubiesen cumplido adecuadamente los deberes de control y vigilancia».

61 «Causalidad [...]». *op. cit.*, p. 57 y ss.

za».[62] En sentido parecido se manifiesta Jescheck, cuando afirma que «las conclusiones de la teoría de la condición son aquí menos fiables que en el hacer positivo».[63]

Así las cosas, en la actualidad se prefiere recurrir a la teoría de la imputación objetiva para imputar un resultado a un comportamiento omisivo,[64] de suerte que además de la posición de garante que ostenta el autor, el riesgo creado tiene que haberse realizado efectivamente en el resultado. De esta manera, Mir Puig afirma que este juicio cabe afirmarlo en caso se compruebe *ex post* que el resultado se habría evitado (al menos con práctica seguridad) mediante la intervención omitida.[65]

Del mismo modo, se ha sostenido que la imputación objetiva del resultado en los delitos omisivos debe corresponderse, previa comprobación de identidad valorativa en términos normativos entre comportamiento omitido y comportamiento comisivo típico, con un incremento del riesgo. De esta manera, Schünemann, ha propuesto el reemplazo de la causalidad hipotética por una fórmula en función a la cual: «si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las instrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio de la misa, se aplicará también el parágrafo 13.1 StGB[66] (o bien el § 8.1 OWiG[67]) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debidos controles hubieran dificultado considerablemente el hecho».[68]

62 Ibidem, p. 27.

63 H.H. Jescheck, *op. cit.*, p. 564.

64 Ibidem.

65 *Op. cit.*, 12/78 y 12/81.

66 Cláusula de la comisión por omisión del Código Penal Alemán:
«1. El que omite un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo por un hacer.
2. La pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párr.1».

67 El § 8.1 de la Ley de Contravenciones Administrativas Alemana (OWiG) es similar al § 13.1 StBG, con la salvedad de que se refiere a «precepto que sancione con multa» y a «comisión de un ilícito administrativo» en vez de ley penal y punibilidad, respectivamente.

68 B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*, p 541. En el mismo sentido, W. Bottke, *op.cit.*, p. 131 y J.A. Lascuraín, *op.cit.*, p. 216 y C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 209.

IV Contenido del deber objetivo de garante del empresario

1 La determinación del contenido del deber de garante del empresario, esto es, los deberes en concreto que tiene el titular de la empresa, al igual que para el caso de los delitos imprudentes, tiene que hacerse a la luz de la normativa reguladora de la particular actividad empresarial que se trate, que siempre habrá de tener en cuenta criterios como la importancia del bien jurídico, recognoscibilidad del riesgo y posibilidad de actuación.[69] Pero dichas normas –que pueden regular tanto de deberes del empresario que se verifican al interior de la empresa (por ejemplo, prevención de riesgos laborales), como a extramuros de la empresa (por ejemplo, la normativa que regula la adecuada publicidad de las instrucciones de uso del producto o de los elementos o materia prima del producto o del proceso de producción del mismo) sólo ofrecen un indicio, habida cuenta que todo deber objetivo de cuidado no puede precisarse al margen de las especificidades que rodean al comportamiento analizado, las mismas que permiten calificarlo, en unas determinadas coordenadas espaciales y temporales, de socialmente adecuado. En caso de que la actividad no se halle sometida a una regulación expresa cabe recurrir a los criterios de «razonabilidad», «prudencia», «diligencia» que, no obstante, debido a su vaguedad y libre interpretación, no ofrecen criterios muy precisos de imputación.[70]

2 En este orden de ideas, cabe precisar que los deberes de garante vinculan al empresario, en el sentido de que debe evitar aquellos comportamientos que a primera vista aparezcan como «demasiados peligrosos» y, con ello, sean no tolerados socialmente, o lo que es lo mismo, sólo cabe que inicie o permita que inicien en su ámbito de dominio cursos causales que, aunque sean portadores de riesgos, sean éstos tolerados. Con todo, no sólo tiene la obligación de controlar y vigilar dichos cursos (los *a priori* peligrosos) sino que debe evitar que surjan riesgos *a posteriori* y, en caso surjan, controlarlos y evitar que generen lesiones a bienes jurídicos.[71] Así, no sólo se deberá imputar aquellos resultados lesivos que sean consecuencia de los riesgos existentes al

69 J.A. Lascuraín, *op. cit.*, p. 216 y C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p.207.
70 Loc. cit.
71 W. Frisch, *op. cit.*, p. 116 y ss.

momento de iniciar la actividad empresarial, sino que habrá que imputar también aquellos resultados que surgen en el desarrollo de la actividad empresarial que, aun cuando no se tenga la capacidad de evitarlos, sea exigible al empresario la ostentación de una capacidad para hacerlo: se trata de una responsabilidad que se fundamenta, como se dijo anteriormente, no sólo en el no evitar pudiendo hacerlo, sino no evitar aun cuando no se puede, pero es exigible, debido a los deberes de aseguramiento que surgen a costa de la organización con exclusión de terceros que efectúa el empresario, que se hubiera podido.

V Formas de ejercer el deber de garante del empresario: especial referencia a la delegación

1 La delegación de actividades mecánicas y deberes de vigilancia no sólo es posible en teoría, sino que es requisito *sine quan non* en la práctica para poder emprender con éxito cualquier actividad de naturaleza empresarial. Por ello, se ha llegado a afirmar que «no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber».[72] Acorde con ello, en mérito a la delegación, cada uno de los miembros de la empresa se encarga de una parte sin la cual el todo no sería posible, de manera que cada uno individualmente considerado no puede ser responsable (garante) del todo, siendo del caso, en consecuencia, que la responsabilidad penal se incrementará en tanto se escale por la pirámide jerárquica empresarial.

La delegación, para generar efectos en materia penal (poder afirmar que el delegado asume una nueva posición de garante) tiene que ser formal, pero sobre todo, materialmente completa; en otras palabras, no basta el formal nombramiento o encargo o delegación de funciones por parte de un órgano de dirección de la empresa a un subordinado, sino que el acto de delegación tiene que ir acompañado, por un lado, de determinada cuota de libertad (dominio) al delegado

72 E. Bacigalupo, «La posición [...]». *op. cit.*, p. 73, Ma. P. Batista, op. cit. p. 94.

y, por otro lado, de los medios y recursos técnicos y humanos que le permitan al delegado ejercer en su nuevo ámbito de autoorganización (que como tal genera deberes de aseguramiento) una nueva posición de garante que, llegado el momento, pueda fundamentar responsabilidad penal en comisión por omisión.[73]

2 La delegación, respecto al delegante, ofrece dos ámbitos de estudio. En primer lugar, tiene que seleccionar adecuadamente a las personas sobre quienes delega las funciones. A este respecto se aprecia una responsabilidad in eligiendo en tanto que el titular descargue sus deberes en personas manifiestamente incapaces, faltos de experiencia, pericia o escasos de recursos técnicos que el cumplimiento de la función delegada importa.[74]

En segundo lugar, ¿acaso la delegación a una persona idónea exonera al delegante de responsabilidad penal por los hechos que éste pueda cometer? O, en otras palabras, ¿acaso la delegación libera al delegante de su original posición de garante residual? En definitiva, la delegación de funciones no impide apreciar que la posición de garante originaria no se extingue ni permanece inalterada, sino que se modifica: sobrevive en el delegante una competencia con arreglo a la cual debe supervisar que el delegado cumpla con lo que se le ha encomendado, y si no es así, a corregirlo o cambiarlo.[75] Culpa *in vigilando* que le obliga a salvaguardar el carácter no lesivo de las funciones delegadas y le impone el deber de vigilar que el subordinado cumpla con lo que

73 J.A: Lascuraín, *op. cit.*, p. 219, C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 208, W. Frisch, *op. cit.*, p. 121. J.M. Silva Sánchez, «Criterios [...]». *op. cit.*, p. 20: «Al delegado le incumbe simplemente apercibir de la ausencia de medios y, en tanto ello no se subsana, cumplir con su deber: hacer frente al riesgo asumido con los medios existentes. Aunque no cabe duda de que el tema merece discusión, en el caso de que la producción del resultado se produjera por ausencia de medios, este punto de vista haría responsable sólo al delegante. Incluso aunque el delegado hubiera causado de modo previsible el resultado».

74 En definitiva, la responsabilidad por culpa *in eligendo* se origina pro la designación de personas idóneas para el desempeño de la función: que no tengan un determinado nivel de conocimientos acerca de los procesos productivos propios del giro empresarial, que no tengan una capacidad que pueda ser aprobada *ex-ante*, que no sean expertos, peritos, hábiles, hombres de confianza, etc. Aunque lo cierto es que en este ámbito no habrá muchos problemas habida cuenta que el buen funcionamiento de la empresa dependerá, en definitiva, de la elección del personal.

75 W. Frisch, *op. cit.*, p. 121.

76 Como ha afirmado certeramente W. Frisch, *op. cit.*, p. 116 y 117: «El deber especial que tiene el órgano directivo de realizar sus propias actividades sin lesionar bienes jurídicos

se le delegó.[76]

No obstante, no hay que olvidar que los conceptos de *culpa in vigilando* e *in eligendo* son propios del derecho mercantil, por lo que el recurso a aquellos no puede hacerse sin perder de vista las diferencias que existen entre el derecho mercantil y el derecho penal, toda vez que no es posible aplicar los mismos criterios para fundamentar responsabilidades eminentemente distintas,[77] por lo que hay que estar a las expectativas que despierta el titular, dadas sus funciones y roles en el tráfico jurídico, en torno a su actuación de control sobre los comportamientos de sus subordinados. De manera tal que se debe poder afirmar que el incumplimiento de este deber de vigilancia es una auténtica fuente de riesgo.[78]

Ahora bien, los criterios en función a los cuales se gradúe el «deber de garante residual» -que consiste en supervisar- tienen que evitar que por exceso la delegación se convierta en un mero dominio mediato y que, por defecto, quede prácticamente eliminada la posición de garantía del delegante.[79] De manera tal que la precisión de estos criterios habrá de hacerse con atención al tipo de actividad que se trate y a las características de la persona encargada de llevar a cabo la tarea delegada, de suerte que «cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y el tipo de vigencia de una concreta delegación juegan, por el contrario, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia.[80]

y eliminando cualquier riesgo cognoscible que pueda existir no finaliza con la delegación de la tarea, sino que en tales casos se convierte en un deber de preocuparse (a través de aquellas medidas organizativas, controles, e intervenciones que sean necesarios) de que dicha delegación no acaba produciendo lesiones de bienes jurídicos». Así también, V.Militello, *op. cit.*, p. 423, al comentar las pautas aceptadas pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia para afirmar la delegación, sostiene que ésta puede ser eximente de responsabilidad, tiene que ser un encargo formalmente constituido y el delegante debe vigilar que el delegado cumpla.

77 L. Zúñiga, «Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos e imputación penal» Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Ferré/ Anarte, edts.), Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 220.

78 Ibidem. p. 221.

79 Así, J.A. Lascuraín, *op. cit.*, p. 222 y C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 203.

80 J.A. Lascuraín, *op. cit.*,p. 222.

VI *Excurso*: El deber de vigilancia como delito de omisión propia (y de omisión pura)

1 El § 130 OWiG ha venido a establecer, para el derecho alemán, un deber de vigilancia, con arreglo al cual «el que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que corresponden al titular como tal, y cuya lesión esté amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia exigidas pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes».

Se trata, en definitiva, una norma administrativa que consiste, en primer lugar, en la ejecución de una conducta que constituye delito o infracción administrativa que ha sido realizada en el seno de una empresa por un operario de la misma, y que es contraria a los deberes que incumben al titular de la empresa como tal; en segundo lugar, el titular tiene que haber omitido, a título de dolo o negligencia, las medidas de control necesarias para impedir la infracción; y, en tercer lugar, tiene que acreditarse que la conducta antijurídica del operario habría podido ser evitada mediante la puesta en marcha de las medidas de control adecuadas. La imputación de esta responsabilidad (por infracción a los deberes de vigilancia) se verifica con independencia de la responsabilidad en la que pueda incurrir el órgano de dirección a título de comisión por omisión por el hecho ejecutado materialmente por el subordinado.[81]

2 La doctrina especializada ha formulado fuertes críticas contra esta regulación, tanto desde una perspectiva dogmática cuanto político-criminal.[82] [82ª] En concreto, se le critica vulnerar el principio de deter-

81 Vid. C. Martínez-Buján, *op. cit.*,p. 210 y 211.

82 Vid. B. Schünemann, «Cuestiones...» *op. cit.*,p. 547 y ss., H. Achenbach, *Op. cit.*, p. 386 y ss., W. Frisch, ob.cit. p. 122 y ss. y C. Martínez-Buján, *op. cit.*, p. 210 y ss.

82ª Se ha manifestado también (B. Schünemann, «Cuestiones [...]».*op. cit.*, p. 548) que el § 130 OWiG tiene que fracasar necesariamente ante la moderna división del trabajo y la descentralización en la empresa, «ya que los órganos de control instituidos por el propio

minación al no establecer cuáles son las medidas de vigilancia cuya inobservancia genera responsabilidad; se afirma que constituye una condición objetiva de sanción –el equivalente administrativo de las condiciones objetivas de punibilidad[83]- al no exigirse vínculo alguno entre la ausencia de las medidas de seguridad y la conducta que realiza el operario de la empresa; podría vulnerar el principio de culpabilidad si la infracción cometida por el subordinado es perpetrable únicamente a título de dolo pero la inobservancia de las medidas de seguridad por parte del titular es negligente; se cuestiona la eficacia preventiva de la sanción (multa) al poder ser ésta incorporada como costo al balance de la empresa; en todo caso, la sanción de una infracción de un deber de vigilancia no podría ser graduada, como sí lo puede la infracción de un deber de garante (según la importancia del concreto deber de garante y la importancia del bien jurídico), sino que debe resultar del mínimo común denominador de todas las infracciones imaginables del deber de vigilancia, acarreando, en consecuencia, una falta de fuerza motivadora; debido a que la infracción del deber de vigilancia se fundamenta en la inobservancia de los deberes que corresponden al titular como tal (en definitiva, una suerte de delito especial), se deja fuera de su campo de aplicación a los delitos comunes; y, al requerirse que sea un operario quien ejecuta materialmente la conducta constitutiva de delito o infracción administrativa se deja fuera del campo de aplicación del precepto, igualmente, aquellos supuestos -frecuentes , por demás, en el derecho penal de la empresa- a aquellos otros casos en que el resultado aparece como una sumatoria en donde confluyen

personal directivo no están ya comprendidos en dicho precepto, por lo que con una organización en regla de la sección interna de revisión y control del establecimiento es prácticamente imposible llegar hasta la cúspide de la empresa, sin que a su vez se pueda responsabilizar a los órganos específicos de control». Sin embargo, nosotros entendemos que si el § 130 OWiG está dirigido a «el que como titular de un establecimiento o de una empresa», se puede entender que actúa como titular no sólo quien lo es, sino también, quien no lo es pero como tal actúa, es decir, los órganos especializados de control, si bien no son titulares de un establecimiento o empresa, si quedan abarcados por el § 130 OWiG al actuar como titular. Por lo demás, el término «como» puede ser utilizado tanto como preposición equiparable a «en calidad de» y en sentido comparativo, con lo cual cabe afirmar que a todos aquellos que actúen como órgano de control instituidos y, en general como titulares de hecho, se les pueda imputar responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia. El primero es un criterio formal del término mientras que el segundo lo es material. (*Vid.* Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª de. Tomo I. Madrid, 1992. p. 519).

83 H. Achenbach, *op. cit.*, p. 387 y 388.

dos o más conductas que no responden a un plan común (una suerte de autoría accesoria).

3 Schünemann ha propuesto a modo de alternativa, un delito de peligro concreto-abstracto con el que la imprudencia del obligado a la vigilancia comprenda la contravención por él posibilitada o (según la teoría de la elevación del riesgo) facilitada, y en el que quedara comprendido el efecto de la infracción del deber de vigilancia, que va más allá de la contravención -la puesta en peligro de la seguridad en la empresa-, en forma de la «aptitud para la posibilitación de más contravenciones».[84] Así, este autor propuso que sea castigado «como cómplice (o en su caso, como actor de una contravención administrativa) el que, a través de una conducta imprudente vulneradora del deber de vigilancia que le incumbe en el seno de una empresa, conforme con el § 13 StBG (o, en su caso, conforme al § 8 OWiG), facilite o haga posible la ejecución de un hecho delictivo (o, en su caso, una contravención), de una manera tal que además posea aptitud para propiciar la comisión de ulteriores delitos (o, en su caso, contravenciones).

4 En realidad no es fácil apreciar las ventajas que tendría un precepto que sancione una pura y mera infracción del deber de vigilancia en el seno de una empresa, más aún cuando se exige, *de lege ferenda*, que el órgano directivo haya facilitado la ejecución del hecho delictivo y que esta facilitación sea abarcada por el conocimiento y la voluntad de aquel de querer contribuir a la realización del hecho cometido por el subordinado, ya que ello sería equiparable a los supuestos de participación por omisión. Acaso, la única ventaja podría ser el de trabajar con categorías de imputación de responsabilidad penal objetiva. Así, se puede afirmar que los supuestos que se verifican en el ámbito empresarial que político-criminalmente ameritan respuesta penal se sancionan, bien como autoría o coautoría en comisión por omisión por un deber de garante respecto a los hechos ejecutados por los subordinados, bien como participación activa u omisiva en el delito que realiza el operario subordinado, sin contar el elevado riesgo de caer en una responsabilidad objetiva. Además, al tratarse de una infracción de un deber de vigilancia (mera actividad) se ha de procurar restringir su aplicación.

84 B. Schünemann, «Cuestiones [...]». *op. cit.*, p. 550 y 551.

Sin embargo, en caso no sea posible llevar a cabo la equiparación legal entre comisión y mera omisión –algo que depende, en definitiva, del concepto de autor que se utilice- parece lógico que se piense en la posibilidad de configurar un tipo de omisión pura sobre la base de las categorías como «producto gravemente peligroso para la vida, la salud o el medio ambiente» o «poder impedir la introducción en el mercado».[85]

VII Conclusiones y perspectivas

1 El titular de la empresa ostenta un deber de garante que se fundamenta en el hecho de que al iniciar una actividad empresarial (configura su ámbito de dominio con exclusión de terceros) desata cursos causales respecto a los cuales tiene que evitar que lesionen bienes jurídicos y, al mismo tiempo, asume el compromiso de intervenir (controlar, contener) ante cursos causales con anterioridad a que generen lesiones a intereses penalmente relevantes. La actividad empresarial es una actividad cuyo riesgo radica en la posibilidad de que los acontecimientos que se desarrollan en mérito a ella produzcan lesiones, siendo independientes la rama o giro empresarial que se explote.

2 La responsabilidad del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados a título de comisión por omisión se fundamenta, al igual que cualquier otro delito de comisión por omisión, en el dominio que se tiene respecto a la causa del resultado. Este planteamiento, trasladado al ámbito empresarial, importa un dominio por parte del órgano de dirección sobre las personas, y sobre los procesos y elementos de la empresa. La causalidad hipotética debe ser descartada del ámbito de los delitos omisivos y reemplazada por el criterio de incremento del riesgo.

3 Los deberes de garante del empresario tienen que ser determinados en función a la concreta situación que se valora, empero, la normativa que regula la actividad empresarial ofrece un importante indicio. Del mismo modo, criterios como «razonabilidad» y «prudencia» ofrecen parámetros para concretizar dichos deberes. La delegación en

85 M. Paredes, «Problemas ...». cit., p.306.

el ámbito empresarial genera, de cara al delegado, la asunción de una nueva posición de garante; y, de cara al delegante, puede generar una responsabilidad *in eligiendo* e *in vigilando* al tener que seleccionar a personas idóneas para delegar en ellas funciones materiales y/o de control, y transforma la originaria posición de garante (posición de garante residual) estando obligado, en consecuencia, a supervisar el correcto desempeño de las funciones por parte del delegado y, llegado el caso, a corregirlo y reemplazarlo.

El adolescente infractor: de menor a pandillero

María Consuelo Barletta Villarán

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y su posterior ratificación por los Estados, ha originado la derogación de leyes preexistentes y el cambio del rol del Estado, en el tratamiento de problemáticas vinculadas al niño y a la familia.

Realizando un balance general del significado de la vigencia de la Convención en nuestra legislación, debemos reconocer que han existido grandes avances a nivel legislativo, que han brindado un marco jurídico adecuado para el tratamiento del niño como sujeto de derechos, pero estos progresos han estado acompañados de retrocesos, que han significado la vuelta a la doctrina previa a la Convención.

Confirmamos lo antes dicho, al dar lectura a los decretos legislativos N° 895 y N° 899 referidos a la «Ley de Terrorismo Agravado» y a la «Ley de Pandillaje Pernicioso» respectivamente, siendo el segundo materia del presente trabajo. Ambos textos legales, han transgredido las obligaciones asumidas por el Estado peruano al ratificar la Convención.

Para el abordaje de esta temática, quisiéramos rescatar tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, vamos a hacer referencia al objetivo de la legislación en análisis; en segundo lugar, veremos como la promulgación de la Ley de Pandillaje Pernicioso ha violado las normas y principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; y para concluir, plantearemos una propuesta para brindar seguridad ciudadana sin transgredir los derechos reconocidos a los adolescentes que infrinjen la ley.

I Análisis comparativo con la legislación de menores

Conforme lo indicaba el D. Leg. Nº 899, el objetivo estratégico de esta ley es brindar seguridad nacional. Este tema no es nuevo en el tratamiento de los menores de edad que infrinjen la ley. Revisando las conclusiones de los Congresos Panamericanos de la Infancia,[1] comprobamos que en el período de 1942 a 1968 los Estados buscaron dar solución a una preocupación, entonces constante, que consistió en propiciar estabilidad y seguridad nacional a nivel interno y externo, respondiendo así a la situación de incertidumbre, generada por las post-guerras mundiales. Como consecuencia de ello, los discursos en los Congresos Panamericanos focalizaron su interés en un sector de la infancia, aquellos que escapaban del control socio-familiar, haciéndose en consecuencia destinatarios del estigma de «menores peligrosos».

Este pensamiento reforzó el control socio-penal encubierto, ya vigente en las legislaciones de menores de Latinoamérica, desde las primeras décadas del siglo veinte. Es así que con un discurso proteccionista - asistencialista, se justificó la intervención del juez de menores, cumpliendo un rol supletor de las políticas sociales.[2]

De esta manera, la respuesta estatal se caracterizó por la aplicación de medidas correctivas excesivas, teniéndose al internamiento como la medida privilegiada, por ser necesario proteger al Estado contra este enemigo interno, «los menores», quienes amenazaban la seguridad nacional. Las llamadas «medidas de protección» cumplieron esta función, aplicándose indiscriminadamente tanto a los menores en situación irregular como a los que infrinjían la ley.

Cuando damos lectura a la Ley de Pandillaje Pernicioso, recordamos la legislación de menores y verificamos cómo se ha focalizado esta visión socio-jurídica del menor como sujeto peligroso en los adolescentes integrantes de pandillas, por lo cual, corresponde aislarlo por un período más o menos largo a través de la medida socioeducativa de la internación. En consecuencia, respondiendo al estereotipo ya creado que la pertenencia a una pandilla lo hace difícilmente recuperable,

1 Donde participaron representantes de los Estados, entre ellos del Perú, para discutir los derechos y las políticas a favor de los entonces llamados menores.

2 En nuestro país, el Código de Menores de 1962 plasmó a plenitud esta doctrina, habiendo tenido como antecedente inmediato el Código Penal de 1924.

se busca privilegiar la medida de reclusión del pandillero en un Centro Juvenil, sin ninguna medida alternativa viable, de cumplimiento en libertad. Así, el resguardo de la seguridad nacional (o ciudadana) se hace prevalecer sobre los derechos de los adolescentes infractores, derechos que le corresponden por su condición natural de sujetos en desarrollo.

II El efecto vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de los instrumentos internacionales que con anterioridad trataron la temática[3], tiene un carácter obligatorio para los Estados partes que han procedido a su ratificación. Sobre el particular, Mercedes Carreras plantea lo siguiente:

> «La naturaleza jurídica de la Declaración y de la Convención difiere sustancialmente, y lo mismo cabe decir de su fuerza ante los Estados para que se cumplan. Este tipo de declaraciones, en su función de instrumento internacional, constituye lo que se llama "Derecho suave" (*soft Law*) [...] no obliga a los Estados y constituye una mera definición del pensamiento de las Naciones Unidas respecto a los derechos del niño. Mientras que las Convenciones son el "Derecho Fuerte" (*hard Law*) y por su carácter obligatorio requieren de una decisión activa de los Estados [...] garantizar los derechos incluídos en ella y a introducir en su legislación los derechos que se han formulado [...] incluyen mecanismos para arbitrar su cumplimiento».[4]

3 Los instrumentos internacionales que precedieron la Convención sobre los Derechos del Niño tuvieron un carácter declarativo, siendo orientador pero no obligatorio para los Estados. Entre estos instrumentos encontramos: La Declaración de Ginebra (1924), La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores - Reglas de Beijing (1985), Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1991) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

4 Mercedes Carrera. «Los Derechos del Niño: De la Declaración de 1959 a la Convención de 1989».en: **Derechos Humanos**, Tecnos. Madrid, 1992. p.192.

En consecuencia, debido al carácter vinculante de la Convención, el Estado peruano[5] ha asumido, en síntesis, las siguientes obligaciones:

2.1 Respetar y garantizar la Convención sobre los Derechos del Niño

La racionalidad jurídica del «deber de respetar», consiste en evitar que el Estado y sus agentes transgredan las normas contenidas en este instrumento internacional, que en síntesis contiene los derechos humanos de los niños.[6]

El «deber de garantizar», implica un rol activo del Estado, caracterizado por la ejecución de las acciones necesarias para lograr que todos los niños de su jurisdicción sean sujetos de derechos, es decir, que tengan capacidad de goce y de ejercicio. El Estado deberá establecer los mecanismos requeridos para el reclamo de la vulneración de un derecho contenido en la Convención.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se recoge explícitamente esta obligación, cuando se indica: «Los Estados partes [...] respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, [...]».[7]

En el ámbito penal, el Estado peruano dando cumplimiento a su deber de respetar la Convención, recogió en el Código de Niños y Adolescentes (actualmente derogado por los decretos legislativos en discusión) la garantía del internamiento como última medida, considerando una internación para el adolescente infractor no mayor a tres años y otorgando a la discrecionalidad del juez la posibilidad de aplicar las medidas socioeducativas alternativas.

---

5 El Estado peruano procede a su ratificación mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.

6 Al referirnos a derechos humanos conviene que rescatemos su expresión como: «...derechos fundamentales de la persona humana. Con ello se quiere manifestar que toda persona posee derechos por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, sin ningún tipo de descriminación social, económica, cultural o sexual...existe un derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana.»
Máximo Pacheco. Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana en **Estudios Básicos de Derechos Humanos** II.Instituto Insteramericano de Derechos Humanos. T.II. San José de Costa Rica. 1995 p.67.

7 Artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

A manera de ejemplo, entre los mecanismos que el Estado incorpora en la legislación, a fin de brindar resguardo a los derechos de los niños y adolescentes, tenemos la acción de Hábeas Corpus, donde se reconoce al niño o adolescente el derecho a impugnar la orden que lo ha privado de libertad[8].

2.2 Adoptar las medidas para hacer efectiva la Convención sobre los Derechos del Niño

Obligación contenida en la Convención, que indica: «los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención».[9]

Este deber no se limita a la incorporación de las normas internacionales o en la reproducción de las mismas en la legislación interna (eliminándose las discrepancias que pudieran existir con lo contenido en la Convención), sino que adicionalmente se genera en los Estados partes la obligación de diseñar y ejecutar políticas sociales orientadas a la superación de la pobreza, a través de la consecución de la igualdad de oportunidades.

Para dicho efecto, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil, (Directrices de Riad), orientan a los Estados en la implementación de políticas sociales, que favorezcan la prevención de actos delictivos por menores de edad, considerándose que la preocupación y el interés primordial de la temática radica en la ejecución de medidas preventivas de la delincuencia juvenil, como parte esencial de la prevención del delito en la sociedad.

Las recomendaciones contenidas en las Directrices tienen como postulado el papel primordial que deben ejecutar los jóvenes como actores sociales, inspiradas en los principios de la Convención que buscan erradicar la actitud paternalista, de control o socialización por parte de los agentes estatales para con el niño o adolescente.

Para la consecución de estos objetivos, se ha de plantear, como estrategia, la formación de la personalidad del niño, debiendo el gobierno de turno formular a todos los niveles planes generales de pre-

8 Artículo 199° del Texto Unico Ordenado del Código de Niños y Adolescentes.

9 Artículo 4° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

vención, en donde el diagnóstico, la coordinación entre organismos públicos y privados, la estrecha vinculación intersectorial y la participación de los jóvenes son los pilares de cualquier gestión.

El objetivo de estos programas, como lo indican las Directrices de Riad, no debe ser otro que favorecer la socialización e integración de los niños o adolescentes, utilizando espacios socializadores como la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral. Debiendo ser concordante con el objetivo fundamental de la integración del niño y adolescente en el seno de su familia y comunidad, la política criminal del gobierno, cual deberá estar orientada a la consideración del internamiento como última medida.

2.3 Obligación del Estado de cooperar con la supervisión internacional

Esta obligación tiene su origen en el principio del Derecho Internacional que obliga a los Estados partes a cumplir los tratados de buena fe. Específicamente, comprende el deber de brindar información sobre las medidas adoptadas por el gobierno, para dar cumplimiento a la Convención.

Debiendo asumir el Estado que el conjunto de derechos contenidos en este instrumento internacional, conforman lo mínimo exigible para los Estados partes, al respecto Cecilia Medina[10] afirma: «[...] nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta o más bien todo alienta para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional», facultad que ha venido en denominarse «progresividad».[11]

La Convención además de su efecto vinculante tiene rango constitucional. El reconocimiento de este nivel jerárquico, negaba la posi-

10 Cecilia Medina. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En **Sistema Jurídico y Derechos Humanos**. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales. Santiago, 1996.p.32

11 «Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Una manifestación de esta particularidad la encontramos en una disposición que, con matices, se repite en diversos ordenamientos constitucionales, según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

bilidad de cualquier transgresión a la misma; más aún, al ser un tratado de derechos humanos no cabía la posibilidad de negar con la promulgación de una norma posterior, los derechos humanos ya reconocidos con este instrumento internacional.

III El adolescente infractor como sujeto con derechos y garantías

Debemos partir del análisis de que el principio fundamental que atraviesa la Convención: la visión sociojurídica del niño (entiéndase también adolescente) como sujeto de derechos, cambió y, junto con ella, la del adolescente infractor de ley. Este adolescente es también sujeto de derechos, condición que se manifiesta en el otorgamiento legal de garantías sustantivas[12] y procesales, las generales que pertenecen a toda persona incursa en un proceso penal[13] y las específicas que les son propias por encontrarse todavía en formación su personalidad.[14]

Estas garantías son reconocidas, en su totalidad, en el artículo 205º del Texto Único Ordenado del Código de Niños y Adolescentes. Sin embargo esto se contradice con el tratamiento que recibe el adolescente pandillero, en el mismo texto legal, el cual dista de lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño destierra la concepción del menor infractor como sujeto inimputable, reconociéndole responsabilidad frente al Estado por las infracciones a la ley penal que le sean imputables. Esta inserción del menor de edad infractor en el

Pedro Nikken. «El Concepto de Derechos Humanos». en: **Estudios Básicos de Derechos Humanos** I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. T.I. San José de Costa Rica. 1994, p.26

12 Entre las garantías sustantivas podemos considerar: de culpabilidad (no pena sin culpa), de legalidad (no hay crimen ni pena sin ley previa) y de humanidad (trato humano y digno al infractor).

13 Garantías procesales contenidas en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como son: de presunción de inocencia, de defensa, de juzgamiento por un órgano judicial competente, independiente, imparcial, entre otras.

14 Garantías como son: el respeto a la privacidad del presunto adolescente infractor, y la suspensión del proceso en cualquier momento, al respecto, nuestra legislación incorpora la remisión, estando autorizados para aplicarla el Fiscal, el Juez y la Sala. Entre otras garantías, también se considera al internamiento como última medida y el cumplimiento de la medida de privación de libertad en ambientes separados a los adultos.

ámbito penal, conllevó el reconocimiento de garantías, como escudo o resguardo que busca limitar el poder coercitivo estatal. Pero este avance en la doctrina jurídico penal trae aparejada, según Rocío Cantarero, un riesgo:

> «Considerar la responsabilidad penal de los menores y jóvenes es una garantía de limitación al poder represivo del Estado. No obstante, presenta ciertos riesgos: podría ser utilizada como arma represiva desde un planteamiento más político que garantista, utilizándose el concepto de inseguridad ciudadana».[15]

Coincidiendo con lo indicado por la citada autora, verificamos que el D. L. Nº 899 creó un nuevo tipo penal, violándose el principio de legalidad, por no ser necesario, debido a la preexistencia de figuras penales que ya contenían implícitamente este supuesto del cuál derivaba una consecuencia penal. Se ha creado, en consecuencia, un nuevo tipo penal para aplicar penas más severas.

La responsabilidad penal para el adolescente infractor a la que hacemos mención, posee una naturaleza jurídica diferente a la de los adultos,[16] en aras al resguardo del principio de igualdad, es decir, de brindar un tratamiento desigual a los desiguales, en este caso los adultos y adolescentes. Contrario a ello, las modificaciones introducidas con el D. L. Nº 899, contienen un tratamiento normativo represivo semejante al de los adultos.

Como garantías derivadas de esta responsabilidad penal especial y en salvaguarda de la aplicación de un derecho penal mínimo, encontramos al internamiento como última medida.[17] Esta garantía es explícita en la Convención, significando su incorporación la consideración de la privación de libertad como el recurso extremo y por el menor

15 Rocío Cantarero, **Delincuencia Juvenil y Sociedad en Transformación**. Editorial Montecorvo, S.A.

16 Como antecedente las Reglas de Beijing en su artículo 2 númeral 2.2 a) establecía «menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto».

17 Garantía contemplada en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el texto del artículo 250 del Código de Niños derogado, que indicaba «La internación constituye medida privativa de la libertad , y se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario que no excederá de tres años [...]»

tiempo posible. Estas limitaciones, a la aplicación del internamiento, fueron una respuesta a la aplicación indiscriminada y excesiva del internamiento en las legislaciones de menores, a las que ya hicimos mención.

Para hacer efectiva esta garantía, la Convención establece la obligación de los Estados partes de considerar en las sentencias medidas alternativas al internamiento. Así, el artículo 40.4 de la Convención señala que los Estados partes deberán incorporar en su respuesta penal, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, entre otros. En base a ello el Texto Único Ordenado del Código de Niños y Adolescentes incorpora las medidas socioeducativas aplicables al adolescente infractor. Así, entonces, se trasgrede esta garantía en el capítulo correspondiente al Pandillaje Pernicioso, por sólo incorporar la internación como única medida a aplicar, justificándose implícitamente su exclusividad en la gravedad de los hechos.

A todo lo indicado debemos agregar que la finalidad de las medidas socioeducativas ha variado. En las legislaciones de menores, las «medidas de protección» aplicables a los infractores de ley tuvieron un rol de control social, bajo el discurso de la necesidad de brindar protección a aquellos menores que, debido a su entorno socioeconómico, eran proclives al crimen. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores tienen un fin educador, tal como lo contempla el Art. 240° del Texto Único Ordenado del Código de Niños y Adolescentes.

Sin embargo, en el tratamiento legislativo del pandillaje pernicioso se otorga al internamiento un rol represivo. De esta manera, estamos cometiendo el mismo error, que caracterizó la aplicación de las legislaciones de menores, que buscaba suplir la ausencia de políticas sociales preventivas con una respuesta penal represiva.

Para el pandillero, tal como lo indica el texto legal, el internamiento tiene un fin rehabilitador, es decir, volver al adolescente a la situación moral o legal, en la que se encontraba, antes de la comisión del delito. Mientras que, por otro lado el fin educativo parte de considerar que el adolescente se encuentra en un período de aprendizaje, de formación, por no haber logrado interiorizar las normas sociales y jurídicas requeridas para comportarse de manera adecuada en la sociedad.

Otra garantía de la Convención, que no ha sido considerada, es el cumplimiento por separado de la privación de libertad por los adoles-

centes y los adultos. A partir del Decreto Legislativo N° 899, en nuestra legislación se establece que la internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, sin indicarse la obligación de recluir al adolescente en un ambiente separado al de los adultos, algo contrario, incluso, al Código de niños y adolescentes derogado, en el que se establecía explícitamente esta garantía y, adicionalmente, disponía su cumplimiento en el ente rector.

Otra modificación de importancia es que una vez cumplida la mayoría de edad, el adolescente será trasladado a ambientes especiales dentro del establecimiento penitenciario primario a cargo del INPE.

Habiendo procedido a una revisión del articulado actualmente vigente, nos resulta cuestionable que nuestra legislación contenga la responsabilidad penal especial que corresponde a los adolescentes infractores, puesto que es posible internarlo por un período prolongado y, luego de cumplida su mayoría de edad, debe abandonar el Centro Juvenil para cumplir la internación en el INPE.

IV Propuestas para discusión

El tema es bastante complejo, pero no queremos concluir este trabajo sin una propuesta, con la cual invitamos a la realización de una reflexión conjunta sobre cuáles podrían ser las herramientas a considerarse para dirigir nuestro accionar.

En primer lugar, debemos plantearnos preguntas como ¿qué buscamos con la ley de pandillaje pernicioso?, ¿cuál es nuestro objetivo? ¿la seguridad ciudadana? o ¿lograr la erradicación del pandillaje juvenil, a través de la inserción adecuada de los adolescentes en nuestra sociedad?

Si nuestro objetivo es la seguridad ciudadana, adoptaremos medidas corto placistas, sin una clara visión de futuro. Si nuestro objetivo es construir un país a partir de su capital humano, debemos entonces continuar nuestro análisis con una pregunta: ¿qué juventud queremos para nuestro país?, ¿qué capital humano necesitamos para alcanzar nuestro desarrollo?

Conocemos que con la dación de esta ley se ha puesto sobre el tapete temas como los problemas socioeconómicos y la criminalización de la pobreza. No nos es desconocido que los integrantes de las pan-

dillas son los adolescentes pertenecientes a los estratos sociales con mayores carencias, son aquellos que no han logrado insertarse adecuadamente a la sociedad, debido a la falta de una igualdad de oportunidades. No es sorprendente, entonces, que aquellos que no se sienten parte de la sociedad, que no han logrado identificar con claridad qué papel juegan en la misma, tomen una postura contraria a ella, y aquí corresponde preguntarnos ¿es la Ley de Pandillaje Pernicioso, con la medida privilegiada del internamiento, la mejor solución para insertar a aquellos adolescentes en la sociedad?, si nuestra respuesta es negativa, se coincidirá con nosotros en que lo único que logramos con ella es reforzar la exclusión social de la que estos adolescentes ya son víctimas.

Pero entonces, ¿qué hacer? ¿dónde está la solución?. Existen muchas propuestas para terminar con esta situación, pero nos inclinamos por la orientación de programas sociales a largo plazo. Debemos comenzar a trabajar con los niños y adolescentes en su comunidad, de manera preventiva, haciéndolos participar, sentirse parte de..., sentirse parte de la sociedad, porque nadie va a destruir aquello de lo que es parte. Si respondemos adecuadamente, mediante la implementación de políticas sociales preventivas, surgirá como consecuencia natural, la seguridad ciudadana tan anhelada.

La trilogía vigente en la Convención, niño-familia-Estado, cobra en este tema, especial relevancia, debido a la corresponsabilidad del Estado y la familia, en brindar atención y respeto a los derechos del niño, la cual es recogida en el preámbulo de la Convención:

> «Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad».

El Estado, en consecuencia, tiene la obligación de brindar a la familia un nivel de vida adecuado para cumplir con las funciones que le son propias. La Convención cumple un rol orientador al respecto, al enfatizar el compromiso estatal de garantizar la supervivencia del niño en condiciones dignas y en resguardo de su condición de indefensión, por ser niño o adolescente.

De esta manera, coincidiendo con las recomendaciones de Riad, debemos reconocer a la familia, como la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, a través de un ambiente de estabilidad y bienestar, debiendo el Estado proporcionar familias sustitutas, cuando el niño o adolescente, carezca de este espacio de formación, propiciándose con ello, desde temprana edad, ese sentimiento de pertenencia, al que todo ser humano anhela.

A fin de coadyuvar en el cumplimiento de su función, debemos respaldar y fortalecer iniciativas como las de UNICEF, que con apoyo de entidades públicas y privadas, conforman Sistemas de Redes de atención al maltrato infantil (implementados en la actualidad en algunos distritos). Recordemos que una relación de violencia al interior de las familias, propicia la formación de individuos cuya interrelación con los demás siempre será violenta.

En consecuencia, la familia deberá ser la primera encargada en inculcar valores como la solidaridad, el sentido de la justicia, y en transmitir valores cristianos, no sólo a través del discurso sino, sobre todo, a través del ejemplo. La sociedad en su conjunto (esto nos involucra a todos) deberá favorecer al cumplimiento de estas funciones; nuestra actitud debe ser solidaria y consciente de la necesidad de rechazar de plano el individualismo, tan imperante en nuestra época, porque de lo contrario, nosotros seremos corresponsables de las conductas delictivas de los pandilleros. Para entender todo esto a cabalidad, deberemos responder a preguntas tales como: ¿qué tanto la imagen de los pandilleros, no es más, que un reflejo de nuestra sociedad?

A nivel comunitario, hagamos programas sociales donde los niños sean escuchados, donde sus intereses formen parte de las decisiones, donde asuman responsabilidades en los proyectos que tengan como objetivo el desarrollo de su entorno social. Bastará, por ejemplo, motivarlos y generar su participación voluntaria en el arreglo de un parque de su vecindario, o de su colegio.

En cuanto a la respuesta penal estatal actual, fortalezcamos las medidas alternativas al internamiento, eduquemos al adolescente infractor en libertad. ¿Cómo les vamos a enseñar a vivir en la sociedad y formar parte de ella si los aislamos? Creo necesario poner mayor énfasis en las medidas socioeducativas de Prestación de Servicios a la Comunidad, pero no como estamos acostumbrados a hacer las cosas (como un saludo a la bandera y nada más), sino con un plan estraté-

gico que nos lleve a la realización de nuestra visión, la cual no ha de ser otra que propiciar mecanismos adecuados para generar en los adolescentes un compromiso con su comunidad. De manera complementaria y para finalizar podemos citar la Convención que en su artículo 40.1, establece cual debe ser la finalidad de toda respuesta penal estatal para los adolescentes que infrinjan la ley:

> «[...] la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad».

Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: la destreza legal

Shoschana Zusman

Razones profesionales me llevaron en el curso de este año a seguir de cerca un juicio ante un juez comercial en la *High Court of Justice* en Londres. Ello supuso asistir durante dos semanas a audiencias en las que los *barristers*, abogados de corte, examinaron a los testigos, presentaron sus alegatos y obtuvieron el pronunciamiento del juez.

La experiencia fue sin duda interesante, pero si hubo algo destacable y singular, fue la calidad profesional de abogados y jueces. Los abogados conocían el caso en detalle, manejaban el expediente con precisión, sus respectivos discursos, además de estar impecablemente estructurados, expresaban un razonamiento jurídico acabado, controlaban con maestría su expresión corporal, su tono de voz acompañaba perfectamente al discurso, manifestaban en todo momento genuina consideración por el valor del tiempo del juez y, en consideración a ello, lo inducían a revisar los documentos verdaderamente importantes, sin expresiones inútiles ni pérdida de tiempo.

El juez, por su parte, seguía con atención el desarrollo del debate, hacía las preguntas que le permitían despejar dudas, leía con atención los documentos que las partes le sugerían leer; interrogaba a los testigos y discutía con las partes cuestiones no sólo referidas al fondo del asunto sino a la mecánica de las audiencias mismas como, por ejemplo, el número de sesiones que serían necesarias o el tiempo que había que conceder a cada testigo. Vencido el plazo fijado para la terminación de las audiencias, el juez, quien, a esas alturas ya conocía el expediente a la perfección, resolvió la controversia. Y lo hizo de manera directa y precisa, con criterio comercial, imponiendo una solución justa y equitativa.

El efecto que en términos de eficiencia social tiene un sistema de solución de controversias semejante, no requiere mayor comentario. ¿Qué hace -me preguntaba- que el desempeño de todos los actores del proceso sea tan profundamente racional?

Existen sin duda, muchas respuestas válidas y no necesariamente excluyentes entre sí. Pero una de las razones de ese acabado nivel de desarrollo está, sin duda, en la enseñanza del Derecho.

Durante los últimos cincuenta años la mayoría de las escuelas de Derecho norteamericanas e inglesas vienen discutiendo el tema de la metodología de enseñanza del Derecho. Fruto de ese debate ha sido el surgimiento de una corriente orientada hacia la educación a través del desarrollo de destrezas, conocida como el *Skill movement for education in law.*

Los primeros intentos de reforma legal se ubican en Estados Unidos en 1945 con el *clinical movement*, que comenzó a dar importancia a la práctica preprofesional a través de clínicas legales. Las clínicas revelaron prontamente su insuficiencia y fueron dando paso a cursos de entrevistas a clientes, para desembocar en cursos de razonamiento legal e interpretación de la ley. Más recientemente, la atención ha estado puesta en el desarrollo de un amplio abanico de competencias profesionales, habiéndose acuñado la expresión *drain skills*: *drafting* (redacción); *research* (investigación); *advocacy* (defensa); *interviewing* (entrevistas) y *negotiation* (negociación). Esta corriente ha sido ya acogida por la barra inglesa en el año 1989 y por *Law Society* en el año 1993 y hoy nadie discute que «destreza legal» (*legal skills*) es una línea de carrera que debe ser incorporada al currículo.

Pero, ¿qué y para qué los cursos de destreza legal? Señala Barnett[1] que en la sociedad contemporánea, el conocimiento se define a través de los conceptos de habilidad, competencia, resultados, aprendizaje experimental, capacitación o empresa que, tomados en conjunto, son indicadores de que las definiciones tradicionales de conocimiento son inadecuadas para responder a los problemas de la sociedad contemporánea. Como resultado de ello, hoy se requiere una educación más profesional que académica; necesariamente interdisciplinaria; y un

[1] R.Barnett; ***The limits of competence:*** Knowledge, Higher Education and Society; 1994.

aprendizaje basado en competencias y orientado a la solución de problemas.

Esta tendencia aparece claramente recogida en la agenda para el sector Educación del Reino Unido -*Higher Education Meeting the Challenge*- (1987) donde se plantea que la educación debe servir a las necesidades de la economía, asegurando a los graduandos no sólo su formación para el empleo sino para adquirir la capacidad de estudiar y desarrollarse; para cambiar con el cambio de las organizaciones y para estar preparado a romper los moldes del pasado. Otros programas, como el *Training Agency's Enterprise in Higher Education Programme*, proponen como meta fundamental el lograr estudiantes más autónomos y con autoresponsabilidad de seguir educándose a lo largo de su vida.[2]

Hoy existe conciencia de la necesidad de desarrollar habilidades para aprender de la experiencia, asimilar rápidamente gran cantidad de información, analizar las cosas desde diversas perspectivas, desarrollar capacidades comunicativas (presentaciones orales, reportes escritos, un idioma extranjero) y desarrollar cualidades personales («*drive*», autoadministración, manejo del tiempo, habilidad para trabajar sin necesidad de supervisión, iniciativa, trabajo en equipo, solución de problemas, análisis de riesgo/costo/beneficio, entre otras). Hoy existe también conciencia de que el método de enseñanza que funda su contenido en la transmisión de conocimientos, es insuficiente porque abarca una porción mínima del conocimiento, el alumno olvida con facilidad lo que ha estudiado, lo aprendido se convierte rápidamente en obsoleto debido a los cambios en la sociedad y porque al no estar orientada a la solución de problemas, la comprensión del tema resulta siendo superficial.

Y específicamente en el ámbito de la enseñanza del Derecho, se comienza a postular que en ésta, lo académico y lo profesional deben estar unidos. Es interesante mencionar la encuesta formulada a 112 firmas de abogados en el Reino Unido, donde se les preguntó de qué carecían los abogados principiantes. Ninguna respuesta aludió al co-

[2] Referencias tomadas de Andy Boon; *Skills in the initial stage of legal education: theory and practice por transformation;* en *Teaching Lawyer Skills,* edited by Julian Webb and Caroline Maughan.

nocimiento sino, en cambio, a la habilidad para relacionarse con otros, a la necesidad de independencia, de confianza en sí mismos y de buen juicio. La mayor parte de los encuestados reclamó una mejor formación en áreas tales como comunicación con el cliente, comunicación en general, relaciones con el *staff*, redacción, negociación, manejo del tiempo e independencia.

A partir de las necesidades descritas, las escuelas de Derecho anglosajonas han diseñado una amplia gama de métodos de enseñanza de habilidades legales. Uno de los más interesantes es el método holístico, que, en oposición al atomístico, induce al alumno a aproximarse a los problemas integrando las dimensiones del conocimiento legal y extralegal y a unir el mundo del puro entendimiento con el de la acción. O dicho de otra manera, integrando el mundo de la acción al de los valores académicos tradicionales de comprensión, crítica, interdisciplina y sabiduría. Se trata de un método concentrado en el alumno (y no en el maestro) que «integra un rango muy amplio de habilidades, como son el razonamiento legal, el análisis de casos jurisprudenciales y doctrinarios, habilidades de defensa oral y escrita, responsabilidad profesional, sentido de ética legal, sensibilidad frente a los hechos, capacidad de reunión de hechos, análisis costo-beneficio, prueba de hipótesis, comprensión de la vinculación entre el Derecho y los hechos, habilidad para proyectar ideas, sentido común, juicio, destreza para trabajar con otros bajo esquemas de colaboración y una gama de habilidades interpersonales: saber escuchar, ser empático y poder integrar la mente a los afectos.[3]»

Las clases de *Legal Skills* se desarrollan en sesiones prácticas, donde se focaliza el análisis en el desarrollo de habilidades de trabajo en equipo buscando que el alumno descubra desde el inicio de su carrera, la diferencia existente entre el «cielo de conceptos» y «el pantano de problemas» y que se capacite en el manejo conjunto de los mismos, a fin de aproximarse al problema –y resolverlo- de manera integral. A través de ejercicios simples, muchos de ellos no legales, el profesor va describiendo posibles escenarios de acción de los abogados: la corte, la oficina de abogados, una dependencia pública, donde se plantea un tipo de problemas que los abogados en ejercicio definitivamente afron-

[3] Schneider, citado en *Ibidem*; p.111.

tan y que lleva a los alumnos a adquirir la convicción de que para resolver un caso, el conocimiento legal es sólo uno de los aspectos a enfrentar. El método se apoya en buena medida en proyección de videos sobre, por ejemplo, informes en la Corte, que los alumnos deben comentar, recurriéndose muy frecuentemente a la técnica de la simulación de casos y hasta a presentaciones teatrales que permitan al alumno descubrir fortalezas y debilidades. Se recomienda a los alumnos llevar un diario, donde deben anotar todo lo que piensan en relación a los ejercicios puestos en práctica, incluyendo el análisis de sus propios sentimientos y percepciones sobre cada uno de los temas tratados en clase.

Un ejercicio que se emplea para crear en los alumnos la sensación de «pantano de problemas», entrenándolos en el manejo de situaciones imprevistas, es la simulación del caso en que un cliente se presenta en la oficina del abogado y el practicante debe poder decirle que el texto del contrato que le pidió preparar, todavía no está listo. La dinámica que se establece a partir de la simulación del caso y las conclusiones sobre la buena o mala performance de los actores, constituyen instrumentos utilísimos en su futuro desempeño profesional, pues les permite reparar en la importancia del tema y analizar, a través de la actuación de los otros, sus propias capacidades y dificultades en el manejo de situaciones semejantes.

Un ejercicio que pretende capacitar al alumno en la técnica de analizar el problema en su integridad consiste en simular el caso de un contrato, en donde ambos contratantes lo interpretan en sentido distinto. Aquí el asunto no se reduce a dar respuesta legal al significado del contrato -aun cuando se pasa por ello- sino a plantear una estrategia basada en el costo-beneficio para el cliente y, de acuerdo a ello, «recomendar » el mejor curso de acción. En este tipo de ejercicios, el problema es evaluado de manera integral, tomándose en consideración todos sus elementos, que van desde la interpretación del contrato, hasta las reales posibilidades de ganar un hipotético juicio, su tiempo de duración, el monto involucrado, el significado del mismo para el cliente y la opción de una negociación. Y en el camino se induce al alumno a preguntarse por las percepciones y sentimientos que la situación les provoca: pena, rabia, simpatía, antipatía, llegándose a la conclusión de que un mal manejo de los afectos puede ser funesto para el resultado de un caso. En discusiones de este tipo, aparecen como ver-

daderas necesidades, tener que ingresar al ámbito de la economía, de las finanzas, del comercio, de las relaciones interpersonales (i.e. «no todos los socios quieren lo mismo») y hasta de la ética profesional, pues los estudiantes se plantean, por ejemplo, el dilema de que el mejor consejo para el cliente puede ser el peor negocio para el abogado.

Para el desarrollo del razonamiento legal, la metodología holística propone el ejercicio de «Perdí mi billetera» donde los alumnos deben poner por escrito todos los pasos que consideren necesarios para resolver ese problema. Eso los obliga a pensar ordenadamente a partir de un problema cotidiano, a buscar alternativas, a evaluarlas, a planificar la acción más eficiente, imaginando en el camino, todos los problemas que enfrentará. ¿No consiste finalmente en eso el trabajo profesional? Ejercicios como el descrito permiten ingresar con facilidad al terreno del razonamiento legal, pues a esas alturas los estudiantes han entendido que lo primero es identificar y diagnosticar el problema; lo segundo, generar alternativas de solución; lo tercero desarrollar un plan de acción, listando y «rankeando» las posibles alternativas; y lo último, implantar y evaluar permanentemente el plan hasta obtener el resultado propuesto. Luego se enseña cada paso del proceso, donde existen técnicas específicas para, por ejemplo, reunir información; manejarla eficientemente (a través de flujos y mapas); generar hipótesis y, finalmente, evaluarlas y desarrollarlas, incluyendo el análisis de las pruebas.

En el tema de negociación, por ejemplo, se forman grupos de 5 ó 6 alumnos quienes deben simular ser una familia que apostó en conjunto al juego de lotería y ganó. La familia discute qué hacer con el premio, asignándose a cada miembro la defensa de un determinado interés: el del padre, guardar el dinero para la educación de los hijos; el de la madre, invertirlo en la mejora de la casa; el del hijo, comprarse un automóvil y el de la hija, salir todos juntos de vacaciones. El imperativo es que cada «familia» discuta, negocie y llegue a un acuerdo en un tiempo determinado. No parece existir un mecanismo más simple y a la vez más eficiente de mostrar en los hechos la complejidad de una negociación, los intereses contrapuestos, los conflictos interpersonales, el análisis riesgo/beneficio y las técnicas específicas para alcanzar acuerdos satisfactorios.

Y para «aprender a vivir en el pantano», resultan claves dos reglas. La primera es la de «desideologización» del Derecho, que parte de la

premisa de que aun cuando el Derecho pueda ser definido según diversas corrientes de pensamiento, éste es, fundamentalmente, una herramientas que permite a los abogados resolver los retos y problemas que la profesión les impone a diario. En esa línea, se plantea a los alumnos la pregunta de cuál es su ideal como futuro abogado. Si la respuesta es «quiero ayudar a los desafortunados» o «quiero logar la libertad y la justicia para todos» o «busco reivindicar el derecho de los oprimidos» el texto plantea, no sin humor por cierto, que lo mejor es que postule al Cuerpo de Paz y no a una escuela de Derecho. Esta postura supone una propuesta de valores alternativos, absolutamente concretos, aunque no por ello menos éticos, como son el mantener estándares elevados de competencia; dar el mejor servicio al cliente o conseguir que los jueces administren una verdadera justicia.

La segunda regla es la de la enseñanza *client oriented* que induce al estudiante a plantearse los problemas legales, no en abstracto, sino a partir de las necesidades del cliente. Ello implica abandonar el análisis legal meramente especulativo y adoptar uno que se inicia en la toma de posición de acuerdo a las necesidades del cliente, exactamente de la misma manera como ocurre en la práctica profesional. En ese contexto, la pregunta sobre, por ejemplo, la toma de partido por la posición objetiva o subjetiva sobre el error en el objeto, o la teoría más convincente sobre la lesión, no es que sean irrelevantes sino que tienen valor en tanto sean útiles a las necesidades del cliente. Lo cual revela también, una idea del Derecho como disciplina esencialmente argumentativa, donde no hay verdades ni mentiras sino defensa de los intereses del cliente, en el contexto de ciertas reglas de juego y, naturalmente, dentro de los cánones éticos más estrictos.

Hay mucho más sobre el tema y bien vale la pena que las facultades de Derecho aborden la discusión sobre el aprendizaje a través del desarrollo de habilidades, no sólo por su decisiva contribución a la eficiencia institucional sino porque el postular que las personas no nacen con «rapidez», «habilidad», «talento», «labia» o «brillantez» sino que son «dones adquiribles» en el proceso de su formación como abogados, convierte a la enseñanza del Derecho en una actividad profundamente democrática e integradora.

Lima, 22 de diciembre de 1998

Acciones de interés público y enseñanza del Derecho: sobre paradigmas y utopías *

Gorki Gonzales Mantilla

I. Presentación

El presente documento intenta definir la existencia de una especial articulación entre la comprensión de lo jurídico derivada de las investigaciones en materia de acciones de interés público y el proceso que involucra el contexto de la enseñanza del Derecho. Se trata, en todo caso, de presentar las líneas interpretativas que desde las investigaciones en materia de acciones de interés público permiten identificar y postular tendencias y posibilidades.

Partimos de formular la siguiente consideración: frente a la idea del Derecho como espacio unidimensional o como simple reflejo de voluntades políticas dominantes, construido como elemental testimonio escrito del Poder del Estado, las reflexiones en materia de acciones de interés público producen, como consecuencia necesaria, el valorar aquello que permite la convivencia y la viabilidad de una comunidad de individuos en términos de tolerancia, pluralismo y democracia.

La perspectiva de la cual se pretende dar cuenta, vislumbra, aunque todavía inicialmente, la necesidad de incorporar nuevos mecanismos de aproximación a lo jurídico, para detectarlo tanto como para hacerlo viable en el mismo espacio del Derecho tradicional, para litigar con él y por último para vencerlo en su propio campo.

La reflexión y la crítica surgidas a propósito de las investigaciones en materia de acciones de interés público, brindan pautas sustantivas

* Documento presentado al Taller sobre Investigaciones en Materias de Interés Público - Santiago de Chile, 19-20 de octubre de 1999

y metodológicas vinculadas íntegramente a la noción de cómo enseñar y cómo incorporar en dicho proceso la comprensión de lo jurídico como una dimensión más compleja que la derivada del principio de legalidad. Podría decirse, sin temor a error, que las acciones de interés público son, entonces, una herramienta que permite entender lo jurídico a partir de su realidad antes que de sus formas y, por ello, se convierten en un ámbito desde el cual se puede ejercer algún tipo de énfasis en la particular estructura ideológica sobre la que descansan los postulados del derecho moderno auspiciados y difundidos desde nuestras facultades de Derecho.

II En búsqueda de nuevos paradigmas para la enseñanza del Derecho: (resumen ejecutivo del proyecto)

Las investigaciones en materia de acciones de interés público forman parte de un proyecto iniciado hace dos años y medio que tuvo como supuestos de hecho i) el debilitamiento de las instituciones representativas de la sociedad civil, como consecuencia de las denominadas medidas de ajuste económico y político; y, ii) la necesidad de articular nuevos mecanismos aptos para salvaguardar los intereses sociales e individuales emergentes de este nuevo contexto.

En su desarrollo temático se han abordado cuestiones diversas: la protección de los derechos fundamentales; la defensa del medio ambiente; el respeto de la diversidad cultural; el respeto del principio de la no discriminación; así como la eficacia de las instituciones públicas y de la función jurisdiccional como instancia privilegiada frente al tema. El marco de referencia de todas estas investigaciones ha sido el caso peruano y producto de dicha reflexión se ha propiciado un amplio espacio de discusión sustantivo y también metodológico en certámenes inter-institucionales en el ámbito local y nacional. En estos encuentros han confluido profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Nacional de San Agustín y de otras universidades nacionales y privadas del país, representantes de la Defensoría del Pueblo, investigadores del Instituto de Defensa Legal, miembros de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, magistrados del Poder Judicial, estudiantes universitarios, etc.

Como producto de la novedad que involucra la temática y su particular inserción metodológica en la comprensión de «lo jurídico» , se

ha propiciado la formación de clínicas jurídicas tanto en la PUCP como en la UNSA. Estas instituciones, formadas por profesores y estudiantes, han permitido desarrollar el discurso proveniente de las investigaciones, en busca de reconceptualizar el lugar de «los derechos», así como redefinir sus mecanismos de protección a partir de casos concretos. Tanto de este ámbito como de la incorporación temática en el discurso del grupo de referencia que confluye en el proyecto, se han desarrollado contenidos a partir de los cuales ha sido posible formular materias de enseñanza regular en la Facultad de Derecho de la PUCP.

El objetivo central de todo este desarrollo busca configurar elementos que permitan hablar de un paradigma sobre «lo jurídico» y sobre la enseñanza del derecho, superando los postulados que resumen lo primero al conjunto de normas positivas y a la transmisión de conocimientos de una realidad dada -a partir de la hermenéutica y la labor de subsunción lógica-, en el caso de lo segundo.

Las investigaciones en materia de acciones de interés público pueden asumirse, en tal sentido, como un trabajo que se inicia en el gabinete, pero que continúa a lo largo de un proceso de retroalimentación permanente: Una evolución dinámica que incide tanto en la definición de pistas teóricas sobre lo jurídico, como en la formulación de aproximaciones metodológicas para su comprensión no disociada de la realidad.

III Las acciones de interés público como ámbito de reflexión y sus implicancias en la re-definición de lo jurídico (avances, logros e impactos del trabajo realizado)

La concepción positivista-normativista es, en el proceso histórico del desarrollo cultural de occidente, la visión que más ha perfilado su presencia -por decir lo menos- en la formación de los juristas. Es ella la que se ha consolidado y generalizado como fórmula de penetración analítica y sistemática del Derecho. Más aún, en el caso peruano, el apego literal a la ley, independientemente del contexto que configura el núcleo materia de la controversia, ha sido el ámbito de influencia inevitable para quienes se han formado en la disciplina de «lo jurídico» en nuestras facultades de Derecho. Se puede sostener que no obs-

tante las críticas a este modelo, al final se nos presenta cual círculo de hierro infranqueable, pero además como una costumbre inveterada que resulta imposible dejar de lado, pues se teme caer en el vacío. Es lo que bien podría denominarse un «paradigma» compartido por la comunidad de quienes habitan el mundo del quehacer jurídico. Un paradigma fundado en la aceptación del positivismo-normativista tal cual es. En otras palabras, porque se cree en su verdad, en su validez y en su vigencia, haciéndolo nuestro como «verdad» y como instrumento de «moralidad».

Al interior de esta visión, la enseñanza del Derecho adquiere un valor «esencial» para la reproducción de los valores, percepciones y actitudes del futuro operador jurídico. Y el profesor de Derecho tiene, entonces, un papel central: es el iniciador de un rito que convoca a una comunidad creciente de jóvenes ávidos de pertenecer a esta feligresía, donde el objeto de adoración -el Derecho entendido casi habitualmente como sinónimo de ley- se «enseña» como algo dado e incuestionable desde tal perspectiva, sin ambición crítica que no sea la vinculada a su aplicación al caso concreto. La labor docente es vista como una actividad técnica: aprender la hemenéutica para analizar la norma y entender su significado que ya está dado, cual palabra divina, en la norma misma. Técnica porque no se busca teorizar sino para entender las propias particularidades del rito, hacia dentro. Importa básicamente entrenarse para no incurrir en pecado o sacrilegio. Por ello, la propia dinámica docente tiene su particular metodología o apostolado: transmitir los «conocimientos» para que sean recibidos por los iniciados.

En buena medida, la perspectiva propiciada por las investigaciones en materia de acciones de interés público ha demostrado que es posible adelgazar el círculo de hierro, desgastar el material del que está hecho y abrir espacios para escapar de su aprehensión. Y en ese tránsito, nuestro proyecto ha buscado reflejar el creciente proceso de desarticulación institucional que confronta de manera inacabable el Perú y que sesga la actuación de lo político en función de valores coyunturales, afinados al oído del régimen político que ya tiene diez años orquestando y que busca difundir su música durante un quinquenio más. En efecto, el proyecto en cuestión ha buscado poner en relieve la existencia de un conjunto de valores y necesidades de la sociedad civil que, por ser tales, es decir, imprescindibles como realidades para

su convivencia y desarrollo deben ser incorporados en la agenda política del Estado como bienes jurídicos básicos.

Hablamos de un ámbito denominado «interés público» que no se refleja ya como el del Estado, sino como aquel que deriva de las necesidades básicas, no en función de los individuos sino de la comunidad a la que pertenecen y los agrupa. En este nivel se ha podido establecer la incorporación de estas «necesidades» en el denominador «derechos fundamentales» como expresión de los acuerdos que hacen viable su satisfacción como bienes jurídicos de interés público. Conexa a esta visión, el mecanismo de tutela o protección de estos bienes jurídicos ha sido objeto de revisión para afinar la mira. Se trata de todo mecanismo o «acción», referido a la protección de un derecho fundamental, en forma directa o indirecta. No es relevante, en su comprensión conceptual, que la interposición se produzca frente al Poder Judicial u otra entidad pública con poder para decidir o para influir en la decisión que resuelva el asunto.

Las investigaciones en materia de acciones de interés público desarrolladas al interior del Proyecto, emprendiendo el reto de re-pensar lo jurídico a partir de esta perspectiva han venido construyendo una estructura flexible, atenta a los problemas sociales más críticos.[1] La protección de los derechos fundamentales,[2] la defensa del medio ambiente,[3] el respeto de la diversidad cultural,[4] la defensa del principio de la no discriminación en el ámbito laboral[5] y en el rubro de los servi-

1 Gorki Gonzales «Relatoría sobre las acciones de interés público en el Perú». En: **Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú**. Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 7, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile. (Felipe González, editor), 1997, pp. 151-197.

2 César Azabache «Acciones de interés público y derechos fundamentales en el Perú». En: **Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú**. *Ob. Cit.* pp. 201-241.

3 Carlos Chirinos Arrieta. **La defensa del medio ambiente y las acciones de interés en el Perú**. Documento, Lima, 1996.

4 Antonio Peña. **Justicia de paz y justicia comunal**. Documento, Lima, 1996.

5 Paul Paredes. «Discriminación en el empleo tras la política laboral de ajuste y estabilización de la economía (1991-1997). Justificación para más de una acción de interés público». En: **Ciudadanía e interés público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología**. Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 8, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile. pp. 63-79.

cios públicos,[6] la defensa de los derechos laborales,[7] así como la eficacia de las instituciones públicas y de la función jurisdiccional como instancia privilegiada frente al tema.[8]

Las particularidades de esta «visión», que presenta lo jurídico como instrumento cotidiano de las personas para relacionarse entre sí y establecer formas de convivencia, antes que como simple imposición estatal, han propiciado un discurso emergente encadenado a la enseñanza del Derecho. Tanto en el plano sustantivo como en el metodológico se han venido formulando estrategias para dar contenido a un nuevo paradigma.

a) El producto y la reflexión emanada de estas investigaciones han devenido contenidos lectivos de nuestra Facultad de Derecho. En el Seminario de Integración en Teoría General del Derecho,[9] semestre a

6 Alfredo Bullard. «Las acciones de interés público en defensa de la libre competencia y la protección del consumidor: el caso peruano». En: **Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú.** *Ob. Cit.* pp. 243-286.

7 Javier Neves Mujica. «Acciones de interés público en materia laboral». En: **Defensa del Interés Jurídico. Enseñanza, estrategias, experiencias.** Cuadernos de Análisis Jurídico N° 9 , Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile, 1999, pp- 127-147.

8 Gorki Gónzales. **Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú.** Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Diego Portales de Chile, 1998.

9 La presentación del Syllabus del curso Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, (dictado por primera vez en el segundo semestre de 1998) cuya coordinación estuvo a cargo del profesor René Ortiz Caballero dice: «Por la identidad de los cursos que componen el área de Teoría General del Derecho, se puede sostener que ésta concierne a aquellas perspectivas académicas de »re- flexión« sobre el Derecho en sus distintas manifestaciones; se trata de materias que reciben el carácter de jurídicas porque tienen al Derecho como objeto, sea para introducir a su conocimiento mediante la presentación de los métodos jurídicos principales, sea para examinarlo con métodos de otras disciplinas o para realizar una reflexión sobre su evolución y nuevas manifestaciones. No versa sobre unas materias específicas sino que alcanza a todos los campos del Derecho, si bien con distintos grados o matices de aproximación.

En la actualidad, el Seminario de Integración en Teoría General del Derecho ha diversificado sus horarios e incrementado el número de profesores y alumnos (cuatro profesores con 25 alumnos por seminario); sin embargo, el punto de referencia para la reflexión en clase sigue siendo básicamente el mismo: el problema que alude a la existencia de conflictos de derechos fundamentales y que involucra en su configuración indicadores que, aparentemente, están más allá de lo »jurídico«. Se plantea, entonces, el reto de estudiar en forma sistemática los diversos componentes de la interpretación y la argumentación en el Derecho en la perspectiva de entender que con la promoción de los derechos en cuestión, se defiende algo más que intereses particulares: las instituciones y principios políticos de la democracia y del Estado constitucional.

semestre, desde hace dos años y medio se debaten, entre otros, los temas anteriormente indicados; es decir, sintonizando la crítica del propio discurso de las denominadas acciones de interés público con los problemas cruciales del país, se ha producido un involucramiento de cuestiones a las que antes sólo se atendía desde el plano político o económico. El citado Seminario permite entender el Derecho como un instrumento reticular impregnado por los otros ordenamientos, cuya naturaleza, en la perspectiva positivista-normativista, no formaban parte de «lo jurídico». El Derecho en esta dimensión más integral deja de ser un círculo de hierro para convertirse en una compleja red que vincula los componentes de la vida social, impregnándolos de sentido y funcionalidad.

La función docente enfrenta, por lo tanto, un gran reto: razonar jurídicamente no sólo para entender o interpretar lo sustantivo o desarrollar la destreza técnica para formular la estrategia procesal desde las normas positivas para volver a ellas. Un conflicto de derechos, un problema de discriminación o una controversia en torno a la defensa del medio ambiente exige relativizar el principio de legalidad tan consustancial a la tradición occidental. Los valores constitucionales o aquellos que, desde la perspectiva normativista, resultan extra-sistémicos impregnan el ordenamiento social y dan sentido a la vida en comunidad. La comprensión de lo jurídico, en la función docente, se plantea la tarea de incorporar estos valores en la discusión de las reglas jurídicas y en la dilucidación de los casos. La enseñanza del derecho en el contexto propiciado por las acciones de interés público y al interior de este Seminario se plantea como una apuesta abierta a la argumentación antes que a la definición excluyente de los problemas a partir del silogismo.

Por lo mismo, la tarea docente exige la elaboración de materiales de enseñanza. Tarea que no se agota en la selección de textos para su lectura, es preciso, además, que éstos sean objeto de reflexión en el marco de casos reales propuestos para el debate; así, la dinámica metodológica no se disocia de lo que se enseña. El escenario que se presenta a los estudiantes es como sigue: la teoría ligada a la práctica, como dos partes inseparables de un todo, con preguntas que inducen a des-dogmatizar el análisis de los contenidos y que provocan la necesidad de romper la inercia reduccionista del simple razonamiento exegético. Las instituciones tradicionales del Derecho no se enseñan,

se proponen para ser discutidas. No existen verdades dadas, las nociones de vigencia o validez no son suficientes para arribar a una conclusión definitiva. Interesa formular esquemas de razonabilidad, donde el problema identificado debe ser absuelto más allá de los esquemas reglamentaristas. El alumno deberá formular por escrito el proceso que orienta su razonamiento, discutiendo los asuntos relevantes y proponiendo justificadamente la incorporación de categorías o instituciones antes no consideradas como jurídicas. La consistencia del trabajo radica en la capacidad para repensar lo jurídico, para resolver el caso en armonía con los principios constitucionales o los valores del sistema social, asumiendo las reglas legales como textura abierta.

b) Como extensión de lo anterior, las clínicas jurídicas propiciadas en el marco del proyecto global, son la sala contigua de la misma casa, lo que cambia es la finalidad particular del espacio. Los alumnos enfrentan los problemas recogidos de la realidad para asumirlos con el respaldo del profesor (en realidad el docente en este ámbito es solo un facilitador). Pero lo fundamental es que la clínica, como tal, se convierte en un valor agregado al proceso de investigación en materia de acciones de interés público. Es desde ella que se enfrentan los obstáculos impuestos por las reglas del sistema o por su carencia. Si bien es el caso concreto el que motiva el trabajo inicial, el equipo de estudiantes, bajo la orientación docente, desarrolla una función que busca trascender del caso concreto -sin perderlo nunca de vista-, pues la operación busca remediar no un mal individual sino un problema epidémico. En efecto, en la perspectiva de las acciones de interés público, es importante la relevancia social del caso, tanto como el enfoque que asume la estrategia de defensa: es fundamental que se trate de un asunto en el que se cuestionen reglas básicas del sistema o se lesionen derechos fundamentales.

El razonamiento debe encarar el caso en su contexto, incorporando en él las variables necesarias para que la solución contribuya a «enderezar» el sistema legal en cuestión: para poner en evidencia la inconsistencia de un ordenamiento que se presenta formalmente como defensor de los derechos humanos, pero que subordina la vigencia de los mismos al principio de legalidad, una legalidad impuesta por las necesidades fácticas del régimen político de turno. El objetivo es abrir espacios en el propio ordenamiento formal, si es necesario, sofisticando al extremo el método de la ciencia jurídica tradicional. Nada de ello

resulta inconsistente, si en el fondo se trata de re-conducir el instrumental teórico del positivismo-normativista en la perspectiva de una noción de lo jurídico que no se agota en éste.[10] Al final, esta manera de «ver» las cosas es el producto de un proceso de reflexión iniciado previamente, que fluye de las investigaciones en materia de acciones de interés público y que circula libremente a lo largo del trabajo al que da lugar la clínica jurídica.

De lo dicho se puede afirmar que luego de esta intensa experiencia, las herramientas de análisis, así como el contenido de lo jurídico, tendrán matices que en el imaginario del estudiante van a permitir superar el blanco y negro inculcado desde el positivismo-normativista. Y como resultado de ello, el paradigma de la dogmática jurídica atenuará su vigor. Desde las acciones de interés público la labor del jurista desborda el problema de la dilucidación teórica de las normas con el objeto de elaborar modelos dogmáticos a expensas de los pre-existentes modelos normativos. Ahora lo jurídico, incorpora en la reflexión y desarrollo operativo la necesidad de anteponer a todo planteamiento o estrategia procesal la existencia de una determinada estructura de instituciones y sistema de reglas públicas que, sin estar debidamente explícitas, definen los derechos y deberes cuya garantía es sustantiva para las personas y para el funcionamiento del sistema jurídico-político en su conjunto: exigencias morales que otorgan contenido a los derechos fundamentales y cuya revalidación jurídica no pasa necesariamente por su reconocimiento legislativo.

IV Los problemas teóricos más representativos a la luz de las acciones de interés público y su impacto institucional

Del itinerario anunciado se desprenden planteamientos de orden teórico que revisan premisas de la dogmática jurídica. Este nuevo marco conceptual permite hacer frente a las dificultades del sistema legal para la defensa del interés público, con la opción de propiciar cambios en el sistema. A continuación veamos cuáles son los principales problemas y cuáles los aportes en esta línea:

10 César Azabache.- *Op. Cit.* , p. 202.

a) La legitimidad para obrar y la defensa del interés público

Una primera cuestión radica en la plataforma jurídica que respalda la acción necesaria para defender el interés público. Al respecto, de la ciencia jurídica tradicional se desprende la idea en cuya virtud la habilitación del sistema para que las personas defiendan sus derechos depende de que el interés que motiva la acción sea considerado legítimo, es decir, positivamente reconocido[11]. Se trataría de un interés que alude a cuestiones susceptibles de valorización patrimonial, o bien de un contenido moral, pero siempre pensando en que «se trata de la defensa del propio círculo individualizado de actuación personal», esta es la perspectiva del Código Civil de 1984 que, sin duda, impedía imaginar la existencia de un interés distinto del individual y, por lo tanto, impensable el accionar para defender un interés público.

Esta situación ha sido aparentemente resuelta por el artículo 82° del Código Procesal Civil de 1993. Desde dicha norma es posible pensar en la defensa de los intereses difusos, lo que vendría a ser una parte de los bienes jurídicos comprendidos en la noción interés público, según una línea argumentativa que procede de las investigaciones en materia de acciones de interés público. El artículo en cuestión establece:

> Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

Sin embargo, precisamente, del último párrafo se desprende un elemento que ha sido utilizado en forma restrictiva por la judicatura, impidiendo la posibilidad de promover la defensa de los bienes jurídi-

11 Gorki Gónzales. »Relatoría sobre las acciones de interés público en el Perú». En: **Las Acciones de Interés Público. Argentina, Chile, Colombia y Perú.** Cuadernos de Análisis Jurídicos N° 7, p. 158.

cos aludidos. La interpretación empleada podría resumirse en los siguientes términos: son titulares del interés difuso un conjunto indeterminado de personas en función del bien en cuestión, pero se es sujeto procesal en la medida en que esta habilitación provenga taxativamente de la ley. Como puede verse, esta perspectiva se basa en una interpretación literal de la norma, que termina por anteponer la inscripción registral de la persona jurídica, a la existencia del interés público que se predica como susceptible de protección.

Como consecuencia del trabajo de investigación en esta área,[12] y producto del trabajo de extensión realizado desde la clínica jurídica de la PUCP, se ha propiciado una perspectiva que afirma, más bien, la posibilidad de crear un sistema de defensa adecuado y flexible que atienda al problema de fondo sin subordinar su solución al cumplimiento de formulismos vacíos de contenido[13].

Pero el problema es más grave aún, pues combina la existencia de un Poder Judicial sin independencia en su actuación. Las consecuencias de este particular contexto en nuestro país han configurado un cuadro de creciente desprotección de los derechos fundamentales,[14] de modo tal que no resulta extraña la actuación del décimo cuarto Juzgado Civil de Lima en el caso promovido por la clínica jurídica de la PUCP sobre Nulidad de acto de constitución de las asociaciones *The Edge Social Club* y *The Piano Social Club*, por tratarse de asociaciones creadas en un contexto en el que resulta evidente el fraude a la ley y, por lo tanto, constituidas contraviniendo el orden público.[15]

En efecto, en una primera resolución de fecha 9 de julio último, ante la demanda interpuesta por el Ministerio Público a iniciativa de

12 *Ibid.*, pp. 160-161.

13 Solicitud de Intervención litisconsorcial, presentada por la Clínica Jurídica de la PUCP al Décimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 6 de julio de 1999, p. 6.

14 Gorki Gonzáles. **Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú**. *Op. cit.*

15 En efecto, la historia previa a su constitución da cuenta de una denuncia sobre discriminación racial ejercida por las empresas que administraban estas discotecas. Con el fin de evitar que se les sancione desde el Estado por afectar derechos del consumidor, optan por cambiar su forma jurídica a la de asociación, dando por hecho que esta nueva entidad les habilitaría la posibilidad de seguir ejerciendo discriminación escondiéndose tras la libertad de asociación.

la clínica jurídica,[16] el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, reconoce la existencia de ésta como asociación de hecho; sin embargo, ante la solicitud para que se nos reconozca como litisconsorte voluntario,[17] la judicatura contradijo la citada resolución, disponiendo que, previamente, debía acreditarse el origen o creación formal de nuestra entidad. Para evitar mayores dilaciones, la clínica satisfizo el requerimiento, pero la respuesta del juzgado fue insospechable: en resolución N° 6 de fecha 26 de julio de 1999, se reconoce a la clínica bajo la forma denominada «litisconsorte coadyuvante», institución inexistente en el ordenamiento procesal y, por lo tanto, de imposibles consecuencias jurídicas. La clínica ha pedido la nulidad de dicha resolución, enderezando el propio discurso teórico de la judicatura, sin perder de vista el interés público como finalidad.

Como se aprecia, entonces, el desarrollo de las investigaciones en materia de acciones de interés público tiene una efectiva incidencia en el ámbito operativo del derecho y su contribución permite ampliar el arsenal de armas para el litigio.

b) Discriminación y economía de libre mercado

Los cambios producidos en la política y en la economía durante la última década han propiciado un cuadro de fragmentación social enfatizando las diferencias entre las personas a partir de componentes cada vez más complejos. Se asiste así a un proceso de redefinición social impuesto por la lógica de la economía de libre mercado a la peruana: los estratos sociales de menores recursos reciben los residuos del proceso económico desarrollado en las esferas de altos ingresos del país. En esta nueva realidad -en la cual se prioriza el interés individual- se profundizan las brechas culturales y, a la vez que se abren espacios de desarrollo y bienestar para un sector reducido del país, se impide su acceso a las grandes mayorías sociales del país.

16 El artículo 96 del Código Civil dice: «El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres ...»

17 Ello supone que se nos considere parte demandante del proceso conjuntamente con el Ministerio Público, pues el asunto en cuestión nos atañe en la medida que se trata de un bien jurídico de interés público.

18 Paul Paredes. Discriminación en el empleo tras la política laboral de ajuste y estabilización de la economía (1991-1997), *Op. cit.*

Los efectos devastadores del sistema han sido puestos en evidencia en diversas investigaciones en materia de acciones de interés público. Y como ejemplo reciente de ello, se tienen los trabajos de Paredes[18] y Neves[19] que dan cuenta de un contexto en el cual, producto de la política laboral de ajuste y flexibilización se ha erosionado gravemente el Estado de Derecho,[20] propiciando la precarización del empleo y ampliado el espacio para las prácticas discriminatorias. En efecto, no obstante la dación de normas como la Ley Nº 26772 y su reglamento, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo,[21] las propias investigaciones han destacado la insuficiencia de tales disposiciones para hacer frente a los problemas de discriminación en el acceso al empleo, para contrarrestar las prácticas de discriminación indirecta y para brindar disposiciones sobre materia probatoria, que impidan que la carga de la prueba recaiga sobre el afectado[22].

En esta misma dirección las prácticas discriminatorias se abren paso en diversas direcciones. Como se vislumbra desde el trabajo de Paredes,[23] el énfasis de la lógica neoliberal no considera debidamente el factor humano y, producto de este enfoque, la libertad de contratar adquiere un valor sobredimensionado: una lógica que permite subordinar el ejercicio de derechos constitucionales como el de la igualdad y el principio de la no discriminación. Precisamente, ha sido tarea de la clínica jurídica revertir esta perspectiva interpretativa para enfrentar un caso de enorme impacto social: la discriminación para el ingreso a diversas discotecas de la ciudad.

La reflexión encaminada a establecer que los derechos constitucionales no son absolutos, ha sido propuesta desde trabajos como el de Paredes.[24] Desde ahí, se ha emprendido la tarea de demostrar que el ejercicio de los derechos tiene el límite referido al contenido esencial

19 Javier Neves Mujica. *Op. cit.*, p. 147.

20 En tal sentido, Neves sostiene que: « Lo primero que se debe resaltar, desde mi punto de vista, es que el marco institucional en el Perú de hoy, se encuentra seriamente afectado. **El Poder Ejecutivo ha destruido el Estado de Derecho**, con la colaboración activa o pasiva del Congreso, a través de la intervención sobre diversos organismos autónomos, encaminada a impedir su libre funcionamiento...». *Ibid.*, p. 134 (el subrayado es nuestro).

21 En el fondo la norma en cuestión es la evidencia más clara de la existencia de prácticas discriminatorias.

22 Paul Paredes. *Op. cit.*, p. 77.

23 *Ibid*, p. 73.

24 L. cit.

de la libertad protegida y el que surge para evitar la colisión con otro derecho fundamental. La clínica jurídica ha tomado la posta en esta «empresa» y, precisamente, en el caso de la discriminación para el ingreso a ciertas discotecas de nuestra ciudad, se ha convertido en parte procesal, primero como «Tercero Coadyuvante» en un proceso constitucional de amparo promovido por las Discotecas *The Edge* y *The Piano* contra el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI). En este caso, se cuestionaba la aplicación de sanciones administrativas que esta entidad estatal había anunciado contra las mencionadas discotecas por infringir la Ley de Protección al Consumidor. La resolución judicial que puso fin al proceso, por lo demás, deplorable,[25] confirma la grave crisis por la que atraviesa el Poder Judicial en su conjunto.

En un segundo momento, la clínica ha continuado con el caso en otra instancia, perfilando, esta vez, argumentos ya trabajados en el itinerario de investigaciones en materia de acciones de interés público. Se ha desarrollado, en la perspectiva indicada, un afinamiento del concepto «orden público». Esta tarea surge a propósito del cambio de forma jurídica realizado por las discotecas en cuestión, en busca de continuar con sus prácticas discriminatorias escondiéndose tras las libertades de asociación y contratación, para evitar de este modo la presión ejercida desde el Estado a través de INDECOPI. Se trata de demostrar, en consecuencia, que dicho cambio obedece a un fin que vulnera el orden público, pues no hace sino revestir de forma jurídica una práctica lesiva de derechos constitucionales. Se trata, en suma, de afirmar el concepto «orden público» como no subordinado a la infracción de un texto legal expreso, siendo necesario que los tribunales establezcan en cada especie si el objeto de la convención o de la obligación es contrario a las necesidades del actual orden público.[26]

En la línea propuesta, se ha argumentado sobre la necesidad de circunstanciar los hechos que rodean al cambio de forma jurídica de las discotecas. De este razonamiento, deriva, entonces, que la causa del acto jurídico -es decir, la motivación que ha empujado al autor a

25 Así ha sido calificada, incluso, por Javier Neves. *Op. cit.*, p. 147.

26 En **Solicitud para la intervención del Ministerio Público para la interposición de demanda sobre nulidad de constitución y disolución de asociaciones.** Presentada por Clínica Jurídica de la PUCP al Fiscal de la Nación con fecha 18 de mayo del presente año, p. 6 del escrito.

efectuarlo- puede ser recogida a partir del contexto sociológico que rodea a la materia controvertida.[27] Esta perspectiva permite establecer, con mayor consistencia, que la motivación que está en el fondo de dicho acto es, ciertamente, contraria al orden público y por lo tanto dicho acto es nulo, desbordando, así, el análisis formalista de las normas, el cual deviene insuficiente.

Una respuesta positiva de la judicatura, en este sentido, contribuiría a ampliar los argumentos para enfrentar estas prácticas incompatibles con la tolerancia, el pluralismo y la democracia. En todo caso, como ha sido puesto en relieve por Neves,[28] la vulneración del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación, «en nuestro país es absolutamente generalizada, en el ámbito laboral y fuera de él» y el Poder Judicial, como ha sido permanentemente reiterado no ha contribuido mayormente a hacer frente a esta realidad. Queda por lo tanto, mucho por hacer en este difícil contexto y, las acciones de interés público son un instrumento estratégicamente fundamental para ello.

V Las acciones de interés público como espacio institucional y como instrumento de articulación institucional: aciertos y dificultades

Las instituciones son la base sobre la cual se articula la vida en comunidad. Para ser tales, es decir, para contar con legitimación social, deben expresar, con intensidad, las convicciones o acuerdos respecto de cómo deben ser satisfechas determinadas necesidades o de cómo es que debe ser el ordenamiento social requerido. En otras palabras, un sistema social y político debe contar con reglas claras, mecanismos idóneos que sirvan para afirmar dichas reglas y un contexto de legitimidad social, es decir, de valores, convicciones y reglas éticas compartidas -antes que impuestas- que hagan posible la verificación y el respeto de las instituciones.

El espacio configurado por el denominado interés público, alberga los componentes que hacen posible el diseño de las reglas y la formulación de los mecanismos para afirmar dichas reglas. Más aún, como se desprende de los distintos trabajos de investigación en materias de

27 Ibid., p. 10.

28 Javier Neves. *Ob. Cit.* p. 147.

acciones de interés público, el interés público se configura a partir de los valores, convicciones y reglas éticas compartidas por el grupo o comunidad. Se puede afirmar, por ello, que las acciones de interés público son un ámbito desde el cual se perfila el sentido y la calidad de las instituciones.

En el ámbito de las acciones de interés público, la enseñanza del Derecho encuentra -como ha sido dicho líneas atrás- elementos para repensar y reformular sus posibilidades en sus dos vías: qué enseñar y cómo enseñar. Es a partir, de este fenómeno que es posible, entonces, incidir efectivamente en el ordenamiento institucional, para formular propuestas de reforma en el ámbito de las reglas legales, para desarrollar pistas de interpretación que permitan encausar con mayor eficacia y justicia los conflictos de derechos, pero además para propiciar un cambio en el imaginario social que sustenta la idea de lo jurídico y de las instituciones, como entidades abstractas y susceptibles de ser impuestas. En esta tarea se ubica el trabajo desarrollado por el grupo de referencia de la Pontificia Universidad Católica.

En ese orden de ideas, el terreno de las acciones de interés público ha sido propicio para confrontar los intereses institucionales de entidades que han venido trabajando en temas semejantes a los que se enmarcan en el discurso de las denominadas acciones de interés público. Es el caso de algunas ONGs, principalmente, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y en menor medida el Instituto de Defensa Legal, y de entidades públicas como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público. En otras palabras, el arsenal teórico generado desde las reflexiones en materia de acciones de interés público, permite articular un lenguaje común respecto de intereses comunes y, en esa medida, constituye un instrumento flexible y útil para avanzar en la mejor definición de las libertades y derechos fundamentales y en el diseño de estrategias de defensa compartidas, -en la perspectiva del interés público- por un conjunto de instituciones de la sociedad civil.

Gracias a este desarrollo, la articulación regional también ha sido posible pues la reflexión derivada de las investigaciones en acciones de interés público permite un trabajo de comparación institucional sin precedentes. Es a través de esta perspectiva que los distintos cuadros de indefensión del interés público en países como Chile, Argentina o Perú -por ejemplo, la vulneración de derechos fundamentales, así como los mecanismos constitucionales para su defensa-, pueden ser entendi-

dos en función de diferencias y semejanzas respecto de lo que ocurre en cada país, de modo tal, que a partir de ello, es posible entender mejor la propia realidad. Las acciones de interés público proporcionan el contexto teórico y metodológico para hacer posible esta aproximación.

En cualquier caso, las mayores dificultades para el trabajo en red a nivel nacional o regional, provienen -en el caso peruano- de la incertidumbre general que envuelve el panorama institucional de nuestro país. Incertidumbre que impide la posibilidad de planificar en el largo o mediano plazo y que acrecienta el énfasis en lo privado como norma de vida. Junto a ello, la débil institucionalidad existente -o más bien, las pocas instituciones no intervenidas por el gobierno-, impide avizorar un horizonte claro, la máxima de este proceso parece ser simplemente «sálvese quien pueda». Este estado de cosas contamina en forma perniciosa cualquier avance democratizador desde las acciones de interés público y obstaculiza seriamente la posibilidad de generar un mayor desarrollo. Sólo pensar en la situación por la que atraviesa el Poder Judicial en el Perú, es más que un ¿pretexto? para cancelar cualquier intento de argumentación que ilumine la ensombrecida función de juzgar.

VI Redimensionado la utopía: los futuros desafíos para las acciones de interés público y la enseñanza del derecho

El derecho como instrumento producido por un legislador omnicomprensivo, hiper-racional, capaz de dar reglas a todos los habitantes de un país, sin tomar en cuenta las diferencias culturales, sin dejar espacios en blanco, es una utopía o, más bien, una anti-utopía: un lugar de ninguna parte que, en realidad, nadie quiere ni anhela. La excepción, ciertamente, se configura cuando se antepone la satisfacción de fines políticos concretos ajenos a la preservación de los valores de la democracia, el pluralismo y la tolerancia.

El derecho como una herramienta para enriquecer la interacción social y como espacio de comunidad, producido desde múltiples ámbitos de la vida social, es el lugar al que se alude en las reflexiones en materia de acciones de interés público. La valoración de instancias tales como el Poder Judicial, esperando de él respuestas que permitan

corregir los errores del sistema jurídico-político, la importancia otorgada a las entidades de la sociedad civil, como las ONGs, el papel asignado a instancias distintas del Poder Judicial, para contribuir a la solución de los conflictos, en suma, marcan una definición preliminar sobre las limitaciones del ámbito de lo jurídico y sus fuentes en la visión tradicional, y plantean la necesidad de redimensionar la utopía.

Quizás en esto último radica el sentido utópico de los futuros desafíos de las acciones de interés público y del papel que en ese sentido deberá cumplir la enseñanza del Derecho. En el Perú, se ha dicho, la institucionalidad ha sido prácticamente destruida por el actual gobierno, el punto de partida está ahí precisamente: que exista una conciencia plena de esta carencia básica, para orientar esfuerzos en pos de su re-construcción. Las acciones de interés público deberán dar mayor énfasis a las estrategias que a partir de casos relevantes propicien respuestas a la carencia institucional.

Insistir en la necesidad de obtener respuestas jurisdiccionales buscando enderezar los vacíos y errores de la legislación vigente, es un primer punto en esta agenda. La propia dinámica docente debe insistir en la importancia de la responsabilidad de los jueces en esta materia y dar el espacio para el desarrollo de una metodología de comprensión de lo jurídico que pondere, suficientemente, el trabajo argumentativo en clase. Esta estrategia tendrá un impacto inmediato en la enseñanza (qué se enseña y cómo se enseña), pero además tendrá un efecto multiplicador: propiciará las bases de una mayor conciencia respecto de la necesidad de reformar el Poder Judicial, sin intervenciones políticas que lo conviertan en un órgano dependiente, expuesto a la interferencia del Ejecutivo, tal como ocurre en la actualidad. Las investigaciones orientadas a valorar los avances en esta área son una prioridad.

Un segundo aspecto deberá incidir en el trabajo más fluido y coordinado con entidades estatales como la Defensoría del Pueblo o INDECOPI. Hay que generar las condiciones para compartir espacios que permitan fortalecer de Interés Público y, a partir de ello, desarrollar acciones en el ámbito administrativo o judicial. En este esfuerzo, habría que pensar la posibilidad de convocar a algunas municipalidades, pues en el fondo, pese al actual contexto, éstas son un espacio alternativo de la política en función del interés público que no se encuentra necesariamente contaminado por la injerencia del régimen de turno.

Una estrategia que ya se encuentra en curso es la que proviene del «Foro de Acciones de Interés Público». La idea propuesta implica perseverar en la misma lógica de cooperación con la que se ha venido trabajando, buscando reforzar la relación con organizaciones incorporadas en la línea de apoyo y promoción de los intereses públicos. De este modo, se lograría una mejor convocatoria y un mayor impacto en la comunidad. En esta dirección el trabajo de la Clínica Jurídica debe apostar a la consolidación de un grupo de referencia que permita una mayor cobertura para el aporte y diversificación de las herramientas útiles para la defensa de los bienes jurídicos de interés público, así como para el fortalecimiento de los mecanismos de protección.

Se ha logrado convocar la participación de una entidad importante en el área de la investigación y promoción de las ciencias sociales en el Perú: DESCO (Centro de Estudios para la Promoción y el Desarrollo). Esta ONG ha desarrollado importantes contribuciones en áreas del quehacer ciudadano y su relación con la política y la economía. Al margen de las varias series de publicaciones en libros, boletines y revistas, DESCO cuenta con una publicación bimestral de circulación nacional llamada QUEHACER, la cual constituye un espacio privilegiado y autorizado desde el que se tratan diversos temas de interés público en el país, aportando con opiniones críticas, ensayos y entrevistas a la mejor comprensión de los temas en cuestión. Sin duda, el aporte interdisciplinario que DESCO podría brindar al desarrollo del proyecto será fundamental, permitiendo lograr un rápido posicionamiento del Foro en el escenario del debate y la opinión pública.

Crear condiciones que hagan posible la vigencia de los derechos y libertades públicas se entrelaza con la necesidad de afianzar y construir instituciones políticas en el sistema democrático. Hay que Insistir, por ello, en la importancia de la deliberación ciudadana en la formulación de los principios sobre los que se funda el orden jurídico-político; principios que sólo serán viables en tanto las propias instituciones políticas permitan su satisfacción en la práctica cotidiana. Redimensionar la utopía significa, entonces, trabajar en esta línea como argumento contra el autoritarismo y la visión unidimensional del derecho; involucra, auspiciar desde la docencia, una visión del derecho comprometida con estas motivaciones contra la postura pretendidamente «aséptica» o «técnica» de la enseñanza tradicional.

Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú(*)

Marcial Rubio Correa

I. Introducción

Muchas veces un abogado se encuentra con un gerente que conoce mejor que él la legislación aplicable a una actividad empresarial especializada; o con un asistente social que recuerda mejor las reglas sobre familia y menores; o con un contador que sabe casi de memoria cierta ley tributaria. Sin embargo, ninguno de ellos sabe *Derecho* estrictamente hablando.

Ese mismo abogado puede recurrir también en vía de consejo a uno de sus antiguos profesores quién, aunque pueda no haber pasado

(*) El presente trabajo ha sido básicamente redactado por el Dr. Marcial Rubio Correa, y está corregido respecto de su versión original como consecuencia de su discusión, desarrollo y aportes en la Comisión de Evaluación y Diseño de un Nuevo Plan de Estudios conformada por los Profesores Principales, Srs. Drs. Jorge Avendaño Valdez, quien la presidió, Marcial Rubio Correa, Mario Pasco Cosmópolis, Javier de Belaunde L. de R. y Aníbal Quiroga León; designados por el Decano de la Facultad Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena en Julio de 1998. Expresa, como escribió su principal autor, «[...] diversas opiniones sobre en qué consistiría el aprendizaje del Derecho y, consecuentemente, sobre la significación que tales consideraciones podrían tener en el Plan de Estudios y en la Metodología del trabajo de enseñanza». Fue presentado a esta Comisión en enero de 1999, la que -en la aludida conformación- trabajó hasta Febrero de 1999, habiendo realizado diversas sesiones de trabajo, entrevistas con los Profesores de las diversas Areas del Departamento Académico de Derecho, y recibido valiosos aportes, sugerencias y críticas. Este aporte, sin duda de notoria avanzada en la enseñanza legal, se publica con la anuencia de su principal autor, del Presidente de la Comisión y del Decano de la Facultad de Derecho en el entendido que su mejor conocimiento, difusión y discusión podrá mejorarlo, lo que podrá facilitar su progresiva adecuación. Asimismo, se le da a conocer como aporte a una nueva visión de la enseñanza legal en nuestro país, consecuentes con la posición de vanguardia que en ello ha tenido, y tiene, nuestra Facultad de Derecho. Nota del Editor General.

nunca sus ojos por las leyes con las que dicho abogado trabaja normalmente, es una fuente digna de crédito una vez informado de los detalles normativos porque *sí sabe Derecho.*

Una primera constatación consiste en que el abogado debe ponerse al corriente de las normas existentes para poder actuar en el Derecho. Si las conoce de memoria podrá actuar de inmediato y, si no, deberá informarse de ellas. Pero con esto se pone al nivel de los otros. ¿Qué es lo que a partir de una información común con los demás, hace decir que *sí sabe Derecho*?

La primera respuesta, cierta pero parcial, consiste en decir que saber sólo ciertas leyes no es saber Derecho, porque éste incluye muchos otros aspectos que necesariamente deben ser conocidos por un abogado. Por ejemplo, que la legislación sobre una actividad empresarial especializada se halla dentro del Derecho Comercial; que este tiene dimensiones de Derecho Público y de Derecho Privado cada una de las cuales, a su vez, tiene principios distintos. Además, todo el Derecho legislado está sometido a la jerarquía superior de la Constitución, la que debe ser aplicada prácticamente a cada circunstancia.

A lo que el párrafo anterior alude, correctamente, es a la visión sistemática del Derecho: no existen *partes* dentro del sistema jurídico. El lenguaje tradicional de la teoría se refirió siempre a *ramas* y esta metáfora recuerda inmediatamente a un árbol, ya que la rama sólo puede ser tal si tiene *tronco.* En caso contrario, si se separa totalmente, se vuelve una estaca o un palo. La idea de los antiguos fue *sistemática* y por ello se refirieron a ramas. Los estudiosos contemporáneos prefieren hablar de conjuntos y subconjuntos, lo que no hace sino reforzar la idea de que el Derecho es un sistema.

Pero la diferencia entre el abogado que *sí conoce* Derecho y el que no lo conoce tanto, así como la diferencia entre el gerente lector de leyes y el abogado, va más allá de la explicación dada hasta aquí. Normalmente, cuando el gerente o el abogado exalumno recurren al que se supone sabe más Derecho que ellos, lo hacen luego de haberse empapado de todos los aspectos normativos (y eventualmente sistemáticos) que conocen. A pesar de haber hecho estos esfuerzos, la situación no queda clara y por eso la consulta.

Puede suceder, por ejemplo, que la posible respuesta a un determinado problema en un área especializada de la actividad empresarial sea la resolución de un contrato, o el pedido de daños, o una queja por

competencia desleal, o una reclamación administrativa, o una denuncia de naturaleza penal o, inclusive, una acción de protección constitucional. A menudo la elección de una de estas vías excluye la posibilidad de utilizar todas o algunas de las otras. ¿Cuál será la mejor para las circunstancias?

El dilema que se presentan en este caso se parece más al del maratonista que inicia la contienda, que al del velocista que está a punto de partir en una carrera de cien metros planos. El primero tiene que encarar la contienda estratégicamente: salir adelante para luego aminorar el paso; hacer lo inverso; determinar de qué competidores no puede alejarse en ninguna circunstancia; saber cual parte del camino le es más fácil y cuál es la más difícil, etc., es decir, tiene que plantearse los diversos problemas, no olvidarse de ninguno y elegir uno o varios cursos de acción. A la inversa, todo lo que el velocista debió pensar (que desde luego es mucho) queda atrás en la posición de partida: una vez llegado allí todo lo que necesita es técnica, fuerza y convicción.

De esta manera, *saber Derecho* es, también, poder manejar todas las variables de un problema determinado, encontrando sus diversas aristas jurídicas y los cursos de acción posibles para solucionarlo. Aquí aludimos a una habilidad parecida a la que tiene dibujante en las manos: tanto la idea como la capacidad de hacerla realidad son indispensables. Sin ellas, el abogado es *menos bueno.*

Desde luego, la persona de leyes podrá además escribir sobre su experiencia profesional, analizar y criticar el Derecho existente, elaborar leyes, discutir la naturaleza del Derecho, tomar posición sobre su carácter de ciencia e, inclusive, hacer prospectiva para analizar sus posibles cursos futuros. En criterio de todo ello pueden darse vías iniciales al estudiante de pregrado: algunos, los más capaces, podrán tomarlo de allí. Sin embargo, una formación de este tipo se completará con estudios de postgrado bien diseñados.

Si todo lo dicho antes es cierto, entonces la formación de un abogado de pregrado debe contener lo siguiente: el conocimiento de los elementos normativos esenciales del Derecho (en el sentido que usamos el término, *elementos normativos* no son sólo disposiciones legislativas); la idea sistemática del Derecho, y la capacidad de plantearse resolver comprehensivamente los problemas jurídicos.

1. La taxonomía de Bloom y el aprendizaje del Derecho

Benjamín Bloom contribuyó a desarrollar la clasificación y jerarquización de las habilidades fundamentales que lleva su nombre. La síntesis es la siguiente:

Los seis niveles fundamentales de la Taxonomía de Bloom

Nivel	Conductas características del estudiante
Conocimiento Comprensión	Recordar: memorizar; reconocer; recuperar. Interpretar; traducir de un medio a otro; describir con las palabras de uno mismo.
Aplicación	Resolver problemas; aplicar información para producir algún resultado.
Análisis	Subdividir algo para mostrar cómo se reúnen sus partes; encontrar la estructura subyacente a una comunicación o mensaje; identificar motivos.
Síntesis	Crear un producto único y original ya sea en forma verbal o como objeto físico.
Evaluación	Tomar decisiones de valor acerca de diferentes asuntos; resolver controversias o diferencias de opinión([1])

Por las definiciones que utilizamos, preferimos reservar la palabra conocimiento a otro concepto y sustituirla aquí por la palabra *información* que refleja mejor, en nuestro criterio, lo que se quiere decir con el primer nivel de la taxonomía expresada.

De ella se ha dicho lo siguiente:

[1] Orlich, C. Donal Kauchak, Donald P. Harder, Robert J. Pendergrass, R. A. Callahan, Richard C. Keogh Andrew J. Gibson, Harry, **Técnicas de Enseñanza.** Modernización en el aprendizaje.- México, Editorial Limusa S. A. de C. V., 1994.- p. 124.

"La taxonomía de Bloom, un trabajo clásico en el área de la enseñanza de las habilidades del pensamiento, fue bautizada con este nombre en honor a Benjamín Bloom, coautor de la taxonomía y un pensador determinante en materia educativa. El hecho de que esta taxonomía haya iniciado su cuarta década como guía de investigación en áreas tan diversas como la investigación de la enseñanza (Woolfolk, 1987), el diseño curricular (Posner y Rudnitsky, 1986), y la investigación sobre la interacción en el aula (Cazden, 1986) es un testimonio de su valor como una herramienta para el análisis de la enseñanza y el aprendizaje en el aula.

En la taxonomía de Bloom se clasifican las conductas cognoscitivas en seis categorías que van desde las más simples hasta las más complejas [...] Al igual que otras taxonomías, la Taxonomía de Bloom es jerárquica, y los aprendizajes de los niveles superiores dependen del conocimiento y las habilidades de los niveles más bajos".[2]

En el plano general del Derecho como sistema, una formación del pregrado debe cubrir necesariamente los tres primeros niveles: conocimiento (en el sentido de información ya señalado), comprensión y aplicación[3].

En otras palabras, cada curso y cada parte de él, deberían ser analizados en función de sí se está cumpliendo debidamente con estos tres niveles que, como ya se señaló, son sucesivos en el conocimiento humano: sólo se comprende cuando se tiene previamente la información; y sólo se aplica cuando se tiene la información y se la ha comprendido.

Por supuesto que, al aprender, hay ciertas cosas de las que sólo nos informamos: por ejemplo, al leer sobre un tema siempre encontramos bibliografía complementaria de la que tomamos nota sin leerla, por si acaso resulta útil más tarde; al analizar una ley podemos informarnos de que tiene conexión con alguna otra norma extranjera y sólo lo apuntamos por si luego podemos referirnos a ella, etc.

---

[2] Orlich, C. Donald Kauchak, Donald P. Harder, Robert J. Pendergrass, R. A. Callahan, Richard C. Keogh Andrew J. Gibson, Harry.-. Técnicas de Enseñanza. Modernización en el aprendizaje.- México, Editorial Limusa S.A. de C. V., 1994.- p. 123.

[3] Cuando aquí nos referimos al «Derecho como sistema» queremos decir al conjunto del Derecho, no a sus subdivisiones ni al método de trabajo jurídico. El análisis, la síntesis y la evaluación son esenciales trabajando con éstos dos últimos elementos, pero realizar estos procesos de pensamiento con el Derecho como conjunto requiere de una preparación y conocimiento superiores a la que se espera de un egresado del pregrado.

También hay ciertas cosas que sólo debemos comprender pero no aplicar: el abogado que estudia la problemática de la reproducción humana asistida tiene que comprender sus dimensiones biológicas pero no tiene que especializarse en ellas.

En síntesis, de lo que se trata es de que lleguemos al nivel que tenemos que llegar en el aprendizaje (y la enseñanza) de cada unidad de trabajo, sin exceder lo que sea necesario, pero simultáneamente sin escatimar el nivel debido. El tema de los niveles de habilidad debe ser preocupación permanente para el alumno y sobre todo para el profesor al diseñar el curso, al preparar la clase, al dictarla y, por supuesto, al evaluar.

Dentro del Derecho, el *conocimiento* (en el sentido de información que le hemos dado) puede ser equiparado al conocimiento de la normatividad existente y de los conceptos que le son relativos. Entendemos por normatividad existente tanto las normas positivas (producidas por cualquiera de las fuentes del Derecho) como los principios jurídicos. Aquí está la claridad conceptual y la información actualizada de las disposiciones existentes.

La *comprensión*, en nuestro criterio, es esencialmente sistemática en el Derecho: cada concepto y cada norma tiene un lugar en el universo jurídico y, sobre todo, los hechos que ocurren en la realidad no tienen lugar predefinido dentro del Derecho sino que tal lugar les es asignado: un cumplimiento de pago puede ser un problema civil, pero también penal, o de ambas naturalezas. Puede concluir en una negociación o en un proceso judicial (entre otras posibilidades). Es la comprensión sistemática la que permite *fabricar* el problema jurídico dentro del Derecho. Desde luego, muchas circunstancias de la vida son enmarcadas solamente en una de las posibilidades que ofrece el Derecho, pero el buen abogado no debe ser formado para resolver las cosas simples, sino para abordar los problemas complejos, de la misma manera que nadie forma médicos para curar resfríos.

La *aplicación* consiste en el desarrollo de las habilidades de solución de los problema encontrados mediante el uso de una metodología de trabajo adecuada. Es indispensable y resulta el ámbito del conocimiento donde se juega la verdadera capacidad profesional, de la misma manera que la del médico no se juega en diagnosticar sino en hacer desaparecer el mal. Desde luego, la aplicación de conocimiento dependen de la comprensión y la información (y se enriquece en rela-

ción directa con ellas), pero supone una capacidad adicional generada por el aprendizaje que debe ser buscada como un objetivo específico y no debe ser tomada como un corolario automático.

2. No se aprende (ni se enseña) una *rama*, sino Derecho

Si el objetivo es conocimiento, comprensión y aplicación, y si ello se logra mediante el aprendizaje de partes, de sistema y de habilidades para lograr soluciones, entonces nadie enseña una *rama* del Derecho. Más bien, enseña el Derecho a través de una rama.

Así, no se es profesor de *contratos* o de *constitucional* (ni de *tributario* o de *laboral*). El profesor, al buscar el aprendizaje de sus alumnos en estas *ramas*, las vincula al *tronco*. Estamos seguros que la inmensa mayoría de los buenos profesores de Derecho que creen que enseñan una rama, si analizan su trabajo verán que enseñan sistemáticamente, sólo que por diversas razones no han sido plenamente conscientes de ello. De lo que se trata es de desarrollar esta conciencia y, más aún, de aplicar la enseñanza del Derecho (y no sólo de una de las ramas) en toda circunstancia: hacer que nuestros planes de estudio, nuestros esquemas de desarrollo de los cursos y en general nuestra praxis de trabajo, lleven a ese resultado final.

2.1 Los esquemas de asimilación del conocimiento

Durante la parte final del siglo XIX y todo el siglo XX la didáctica ha sostenido que un ser humano, no importando la etapa de la vida en que esté, aprenderá mejor si antes de abordar un tema específico tiene un esquema general de conocimiento en el que dicho tema se enmarque y, también, que aprenderá mejor si al estudiar aplica simultáneamente el conocimiento que va adquiriendo.

Fueron postulados que aparecieron frente a las concepciones tradicionales según las cuales la repetición y la asociación de ideas, eran las formas de desarrollar el conocimiento.

Como resulta obvio, estas dos concepciones no sólo tienen consecuencias teóricas. La elección de una u otra determina dos sistemas de aprendizaje y de enseñanza distintos. Sobre todo, cambia el papel del alumno, quien deja de ser un receptor pasivo y se convierte en un constructor activo del conocimiento que aprende. Según las concep-

ciones contemporáneas reseñadas, el eje de la discusión pedagógica es la pregunta de *cómo se aprende*. Luego, a la respuesta correspondiente se acomodará el *cómo se debe enseñar*. En relación a las concepciones tradicionales, esto transforma tanto la función que debe cumplir el profesor, como la mayoría de las cosas que ocurren durante la clase y, en general, durante el desarrollo del curso.

John Dewey fue un autor fundamental, cuya obra se desarrolla entre 1884 y 1948. De él dice Aebli:

> «Dewey no se quedó en los enunciados generales acerca de la enseñanza. Su psicología lo condujo a formular reglas didácticas precisas, que se fundamentan en su análisis del acto de pensar. Los rasgos esenciales del método a seguir en la enseñanza, son idénticos a los del acto de reflexión. Se necesita, en primer lugar, «que el alumno se halle en situación de auténtico experimento –que se le empeñe en una actividad continua que le interese por sí misma; en segundo, que un verdadero problema surja en tal situación como estímulo de la reflexión; en tercero, que disponga de información y realice las observaciones necesarias para la solución; en cuarto, que se le aparezcan soluciones provisionales de cuya elaboración ordenada sea responsable; en quinto, que se le dé posibilidad y ocasión de someter sus ideas a la prueba de aplicarlas para determinar su alcance y para que descubra por sí mismo su validez»[4].

Esta es una afirmación que se refiere a la manera cómo aprende todo ser humano y, por consiguiente, es aplicable a todas las circunstancias de aprendizaje. De ella también puede apreciarse que los beneficios pedagógicos de la participación activa de quien aprende es un planteamiento conocido ya hace varias décadas.

Piaget, a su vez investigador y conocedor profundo no sólo de la evolución del niño sino de los procesos de aprendizaje humano válidos para todas las edades, enunció principios y elaboró elementos que han tenido una gran influencia en la psicología educativa y en la didáctica de este siglo. Si bien los autores a los que nos hemos referido

[4] Hans Aebli.- **Una didáctica fundada en la psicología de Jean Piaget.**- Buenos Aires, Editorial Kapelusz S. A., 1973.- pp. 40-41.

previamente demuestran que el aprendizaje activo y la constante reelaboración de conceptos ya se conocían desde tiempo antes, Piaget aporta una sistematización trascendental que puede revisarse con detalle, entre otros, en un trabajo publicado por Fernando Hernández y Juana María Sancho[5].

Según ella, la asimilación de conocimientos se *abrirá camino* dentro de la estructura conceptual que tiene adquirida el sujeto previamente al momento del aprendizaje de que se trata, o no habrá asimilación[6]. La idea que transmite Piaget es que un nuevo conocimiento plantea un desequilibrio en el esquema previo que tiene el sujeto que aprende; el equilibrio debe ser restablecido bien encontrando un lugar al nuevo conocimiento en la estructura preexistente, o bien modificando la estructura misma para abrir un nuevo rubro de conocimiento, debidamente relacionado a todos los demás ya existentes.

Si pensáramos en el Derecho, podríamos poner los siguientes ejemplos de asimilación:

- Una persona que lee la organización de los poderes del Estado dentro de la Constitución peruana, es probable que *aprenda* ciertos detalles normativos que enriquecen su conocimiento por sobre lo que escuchó en los noticieros o leyó en los periódicos, sin sufrir mayor conflicto cognitivo. Abre un nuevo compartimiento en el índice de sus conocimientos y pone allí lo recientemente adquirido de la lectura de las normas constitucionales.
- Nuestro lector puede leer un manual de Derecho Constitucional y recibir información adicional sobre los poderes del Estado (definiciones, características, descripciones, etc.), que serán integradas dentro de su conocimiento inicial constitucional. Probablemente, el índice mental de la forma como cree conocer ahora el fenómeno constitucional se parezca mucho al índice de la Constitución misma, pero sabrá algo más de cada una de sus partes.

---

[5] Fernando Hernández y Juana María Sancho.- **Para enseñar no basta con saber la asignatura.** Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S. A., 1994.

[6] Indudablemente, hay una primera etapa del conocimiento que no tiene esquemas previos. Ella corresponde al aprendizaje del infante que se basa en los componentes emocionales, motores y sensoriales. Con ellos elabora sus primeros esquemas de conocimiento. Pero este aspecto no corresponde al tema que abordamos aquí.

- Nuestro lector lee una obra sobre las distintas formas de gobierno (presidencialista, parlamentarista o mixta) y, entonces, se da cuenta que la Constitución no era la forma de organizar el poder dentro de un Estado sino, en todo caso, una de las posibles variantes de aquellas tres. Así, modificará sus estructuras de conocimiento: comenzará por reconocer que hay formas de gobierno; luego establecerá un escalón inferior con las tres formas señaladas; y, finalmente iniciará un tercer rango de conocimiento con las formas constitucionales de cada Estado (el suyo propio incluido), organizadas dentro de los grandes modelos. Habrá hecho una modificación de estructuras conceptuales.

En la psicología del aprendizaje se acepta que ésta es la mejor interpretación de la forma de aprender que tenemos los humanos. Doctrinariamente, su versión didáctica más acabada es el constructivismo que, en lo que atañe a nuestro objeto aquí -que es la enseñanza del Derecho en el pregrado- sostiene los siguientes puntos de vista aprovechables:

> «Todo el aprendizaje debe suministrar esquemas de conocimiento, siendo ésta su función principal. Un esquema es una estructura de conocimiento abstracto y genérico almacenado en la memoria que especifica los rasgos o atributos relevantes de un objeto situación o persona. En este sentido, los esquemas son el soporte de la estructura mental.
>
> Las funciones que cumplen los esquemas (guiones y marcos) en la construcción del mundo, son:
>
> a) Proporcionar una estructura de base que permita a la información literal llenar los espacios vacíos de la estructura. Esto facilita la comprensión y reduce el esfuerzo mental cuando se aprende.
> b) Dirigir nuestra atención y posibilitar la identificación de lo fundamental y lo secundario.
> c) Facilitar la elaboración de inferencias que van más allá de lo literal y lo concreto. Esto lo hacemos como necesidad cognitiva para completar la información y cerrar la comprensión.

d) Facilitar el almacenamiento de la información a corto y largo plazo.
e) Permitir la elaboración de síntesis conceptuales y ayudar en la reconstrucción del conocimiento.

Hemos señalado que los esquemas ayudan a pasar de la información a corto plazo a la de largo plazo [...]»[7].

Según el constructivismo, cuyos detalles pueden ser consultados con mayor extensión en la obra referida, didácticamente en el Derecho será más fácil entender el concepto de *capacidad* si se conoce antes el concepto de *persona* (del que la capacidad es un atributo), y también será más fácil entender la *capacidad de goce* y la *capacidad de ejercicio* si primero se saben los dos conceptos anteriores (porque estos últimos son especies del concepto genérico de capacidad). Desde luego, siempre se enseña el concepto de persona antes que el de capacidad y, recién luego de éste, se enseña las capacidades de goce y de ejercicio. Sin embargo, lo importante es que esta metodología se utilice no sólo para el mejor aprendizaje de cada parte del Derecho, sino también para todo el conjunto.

Es en base a estos postulados sobre cómo se aprende mejor, que consideramos que el plan de estudios de la Facultad debe comenzar con una aproximación general y estructurada a todo el Derecho y, luego, continuar con cursos de especialización que produzcan asimilación por integración y por modificación de estructuras (según el esquema de Piaget). Los seminarios de integración, al final, reforzarán la visión integrada del Derecho una vez que el alumno conozca los detalles que estudió en los cursos de especialización para cada tema y, además, desarrollarán sus habilidades de aplicación.

En este contexto, la organización del plan de estudios por *áreas* tiene la función de conectar los conocimientos entre sí, de manera que se conforme un esquema inicial interiorizado en cada alumno, que luego se enriquecerá y transformará por su aprendizaje posterior.

---

[7] Norma Reátegui.- **El constructivismo.** La dimensión individual y sociocultural.- Lima, CEDHUM Centro Psicosocial de Desarrollo Humano, 1995.- p. 17.

2.2 Las operaciones del conocimiento

Aebli dice en referencia a la escuela activa de principios de siglo a la que perteneció Dewey (ya citado antes): «El alumno no debe solamente aprender a utilizar correctamente los instrumentos intelectuales sino que, antes, debe fabricarlos, es decir, adquirir las nociones y las operaciones»[8].

Y ya refiriéndose directamente a Piaget, el mismo autor señala: «He aquí las operaciones en que las preguntas enunciadas reclaman ejecución: la pregunta ¿qué es? obliga a clasificar el objeto o el fenómeno propuestos; la pregunta ¿es más o es menos? obliga a una comparación para poner en evidencia diferencias y equivalencias; las preguntas ¿dónde? y ¿cuándo? obligan a ordenar en el espacio o en el tiempo alguna cosa; la pregunta ¿por qué? obliga a una explicación; la pregunta ¿para qué? obliga a una evaluación de los fines y de los medios; la pregunta ¿cuánto? obliga a contar, etc. Así, una pregunta o un problema no constituyen sino un proyecto de acción o de operación que el sujeto se apresta a aplicar a un nuevo objeto aún no clasificado, situado en el espacio, contado, etc. Desde luego se comprende también por qué ha podido decirse que una pregunta o un problema contienen un esquema anticipador: bajo forma más o menos esquemática anticipan en efecto la operación a efectuar»[9].

En otras palabras, para adquirir conocimiento, es preciso adquirir destreza en las operaciones que permiten el desarrollo del aprendizaje. En verdad, los autores de textos de didáctica hacen listas más o menos extensas de ellas, pero aplicadas fundamentalmente al aprendizaje de la escuela primaria y secundaria. La enumeración descriptiva de operaciones de la cita anterior nos hace ver la conveniencia de preguntarnos cuáles son las operaciones que se utilizan en el aprendizaje del Derecho. Si llegáramos a identificarlas, probablemente podríamos basar en ellas nuestra enseñanza.

De lo que se trata es que el alumno desarrolle su habilidad para hacer por si mismo cada una de las operaciones y para identificar las vinculaciones que pueden existir entre una operación y otra. Como veremos a continuación, definir supone clarificar y contrastar. Pero la

[8] Hans Aebli.- *op. cit.* p. 42.
[9] Hans Aebli.- *op. cit.* p. 90

manera correcta de que el alumno aprenda Derecho no consiste en darle una definición clara y distinta, sino en que él pueda definir. Los elementos didácticos para ello son numerosos y diversos (por ejemplo puede presentársele un caso y pedir claridad y distinción; o puede dársele los elementos de un concepto y hacer que él los elabore; o puede dársele diversas definiciones como si fueran fichas de información para que él sintetice su propia definición). Sin embargo, el objetivo pedagógico es claro: si por ejemplo estamos enseñando el concepto de capacidad de ejercicio, es tan importante que el alumno adquiera dicho concepto perteneciente al curso de Derecho Civil I, como que al mismo tiempo desarrolle su capacidad de definir, operación que es *universal* para todo el Derecho. El profesor deberá tratar de lograr los dos objetivos simultáneamente.

2.2.1 Las operaciones que en nuestro concepto se desarrollan para conocer el Derecho

Aquí hacemos la enumeración de las operaciones que, entendemos, son propias de la adquisición de información, de la comprensión del Derecho como sistema y de su aplicación, que son los tres niveles de la taxonomía de Bloom que consideramos aplicables al pregrado. Más que agotar el tema, pretendemos iniciar la discusión. Seguramente algunas de las operaciones que aquí reseñamos deberían ser desagregadas y otras reunidas. Lo importante, en última instancia, será tener la lista de las operaciones mentales que el alumno debe manejar para decir que tiene conocimiento del Derecho, y entregárselas a través de toda nuestra enseñanza. Las operaciones mentales que consideramos necesarias en el Derecho son las siguientes:

- Definir conceptos; lo que supone clarificarlos y distinguirlos según la terminología cartesiana.
- Contrastar conceptos e ideas.
- Determinar qué es y que no es norma jurídica.
- Determinar el contenido de las normas jurídicas con precisión.
- Determinar la jerarquía de las normas que aplica.
- Saber relacionar las normas entre sí cuando ello es procedente.
- Interpretar.
- Integrar con aplicación de principios generales y analogías.

- Comprender y aplicar la relación entre lo sustantivo y lo procesal.
- Discriminar lo relevante y no relevante en los hechos y en el Derecho aplicable a cada caso.
- Describir con precisión tanto los hechos como los problemas, y el Derecho aplicable a ellos.
- Desarrollar su capacidad de enunciar, es decir, de expresar breve, sencilla y correctamente una idea.
- Demostrar las proposiciones que hace.
- Argumentar en el contexto de una discusión.
- Desarrollar su capacidad de elección de problemas y respuestas, sabiendo que en el Derecho los problemas se diseñan y suele haber más de una respuesta posible a ellos.
- Clasificar ideas, normas, problemas, conceptos.
- Concebir la existencia de reglas generales y excepcionales, y saber aplicar dichos conceptos.
- Concebir la existencia de reglas universales y particulares, y saber aplicar dichos conceptos.
- Saber utilizar las categorías de género y especie en toda la conceptualización y en la solución de problemas.
- Desarrollar su capacidad de análisis.
- Desarrollar su capacidad de síntesis.
- Capacitarse en identificar y manejar las relaciones complejas entre el Derecho y la realidad.

Consideramos que un buen abogado realiza constantemente todas estas operaciones. También estamos seguros que los profesores que enseñan materias jurídicas inculcan todas estas operaciones a sus alumnos. De lo que se trata con esta enumeración a propósito de este trabajo es de:

- Determinar si la lista es correcta, si faltan o sobra elementos.
- Evaluar cuánto colabora nuestra enseñanza a formar a nuestros alumnos en estas operaciones.
- Evaluar si al dictar nuestros cursos damos a los alumnos todos los elementos de juicio necesarios para que realicen todas esas operaciones en la materia específica que dictamos, en la medida que todas las operaciones mentales descritas tienden a adaptarse flexiblemente a las diversas ramas según los principios y reglas que cada una de ellas contiene.

3. Temas vinculados al trabajo en la clase

Consideramos que hay cinco aspectos importantes sobre los cuáles vale la pena hacer algunas reflexiones: la preparación del curso, su contenido como una especificación de la preparación, el dictado en clase, la evaluación y el tema de *enseñar a aprender.*

3.1 La preparación del curso

A muchos les parece que un curso *existe,* es decir, que tiene una temática y una aproximación al aprendizaje predeterminados y que un buen profesor sólo tiene que *descubrir* cómo es el curso para dictarlo de la mejor manera. Pero ésta es una idea errada: no *hay* curso. El profesor *decide* cómo debe ser.

Por supuesto, puede decidir que el curso que dicta sea como el que a él le dictaron. Usualmente, esta es la primera decisión que toma un profesor llamado a enseñar una materia universitaria, porque es la que tiene más a mano. Pronto, sin embargo, van ocurriendo diversas transformaciones que son las que cada profesor, desde su particular punto de vista, introduce en la asignatura: así, la está recreando. Al cabo de cinco años, ya existen diferencias notables en todos los ámbitos: énfasis en ciertos temas, análisis más detallados de ciertas partes, ejemplos mejorados, mayor diversidad en materia de lecturas, preguntas de examen mejor ajustadas a lo que enseña, etc.

Lo importante es que cada profesor *inventa* su curso y que es bueno tener conciencia de ello aunque nuestra primera decisión sea dictarlo como nos lo dictaron a nosotros mismos, porque las decisiones académicas en esta materia son muy importantes.

Así, por ejemplo, un curso de acto jurídico podrá recorrer los artículos del libro respectivo del Código y ser, de esta manera, de naturaleza exegética. Pero podemos imaginarnos otras maneras de dictarlo. Por ejemplo:

- Concentrar el esfuerzo de aprendizaje en la naturaleza del acto jurídico y su distinción con el negocio jurídico, analizando todas las implicaciones teóricas que hoy tiene el tema. Los demás asuntos (modalidades, vicios de la voluntad, representación, etc.) podrán ser trabajados en base a las normas existentes y a lecturas, con unos

cuantos casos de práctica. Este es un curso esencialmente teórico con una capacitación profesional adicional.

- Se podrá determinar que los elementos esenciales del acto jurídico son lo que el alumno tiene que conocer con detalle y, así, el curso se centrará en la declaración de voluntad y todos sus elementos, más las causales de nulidad y anulabilidad. El resto podrá verse con referencias genéricas.
- También se podrá pensar que lo más importante del acto jurídico es servir a las otras partes del Derecho Privado porque, en sentido estricto, el *acto jurídico* sólo es una abstracción conceptual que adquiere corporeidad cuando se enmarca en una declaración unilateral de voluntad, en un contrato, en un testamento, etc. De esta manera, el esfuerzo consistirá en estudiar el acto jurídico en sus vinculaciones con las otras figuras a él referidas en el Derecho privado.
- Finalmente, entre otras posibilidades, podrá pensarse en un curso de acto jurídico que estudie los vínculos de la declaración de voluntad entre el Derecho Privado y el Derecho Público. Se estudiaría, así, cada uno de los elementos de la materia en cada una de las dos grandes ramas para ver sus coincidencias y diferencias.

Además, por supuesto, estas posibilidades podrán ser combinadas en diversas dosis, lo que dará lugar a que aparezcan otras formas de dictar un curso de Acto Jurídico. A partir de aquí podemos ver que el dictado exegético no es la única posibilidad y, en el caso de Acto Jurídico, nuestra opinión es que ni siquiera es la mejor ([10]).

Creemos que la primera pregunta que nos debemos formular al preparar un curso es ¿qué queremos que aprendan nuestros alumnos? o, de otra manera: ¿cuál debe ser el cambio que se haya operado en ellos cuando aprueben finalmente el curso?

[10] Pensamos que si los juristas demoraron mas de milenio y medio, contando a partir de Roma, para identificar al acto jurídico como una categoría particular en el Derecho, tiene que ser un concepto muy abstracto y difícil. Por ello mismo, nos parece que no es razonable pensar que un alumno de Derecho en los primeros ciclos de aprendizaje, pueda aprovechar debidamente este curso. Es mas, pensamos que si no se lo enseña en relación a declaraciones de voluntad de carne y hueso, nunca aprovechara debidamente estos conocimientos. Por ello, consideramos que debería ser estudiado en una visión panorámica del Derecho al inicio de la carrera (;unto con la visión panorámica de los otros cursos), para después estudiar a profundidad, al final de la carrera, toda su significación dentro de la sistemática del Derecho

Esto condiciona la elección de lo que acabamos de comentar a propósito de Acto Jurídico, pero también otras cosas:

- Si el curso va a ser puramente informativo y de comprensión (no creemos que pueda haber curso puramente informativo en la enseñanza de las profesiones) o si también va a ser de aplicación.
- Si el curso va a tener lecturas y de qué tipo serán éstas.
- Si el método de trabajo en clase será de clase conferencia, activo, o una mezcla de ambas metodologías y cuál será esta combinación en cada una de las partes del curso.
- Si los exámenes consistirán en trabajo de casos o si se deberá responder en base a conceptos. Si podrán ser dados con materiales a mano para consulta o si deberán ser absueltos de memoria.

Es evidente que la determinación de lo que los alumnos deben aprender condiciona muy fuertemente la elección de los temas que acabamos de mencionar, y que dos cursos con finalidades distintas tendrán que tener formas exteriores diferentes. Como el curso no *existe* sino que se *inventa,* el profesor siempre hace estas elecciones. Como hemos dicho, de lo que se trata es de que la planifique.

3.2 Los elementos de contenido del curso

Al elaborar el plan del curso, puede ser conveniente separar cada uno de los tópicos y determinar qué tipo de tratamiento se le deberá dar. En nuestro criterio las variables que determinarán esta problemática son las siguientes:

- Contenidos éticos del tema.
- Contenidos vinculados a la realidad social.
- Contenidos teóricos, constituidos esencialmente por la bibliografía que deberá trabajarse.
- Legislación aplicable.
- Contenidos provenientes de la aplicación práctica del Derecho: jurisprudencia, costumbres predominantes, fórmulas convencionales, etc.
- Perspectiva histórica, entendida como los antecedentes que conducen a que el tema sea tratado de una manera determinada.

- La ubicación sistemática del tema dentro del Derecho y de sus diferentes conjuntos.
- Los principios generales sobre la materia.
- La problemática de fuentes del Derecho aplicable.
- La metodología de trabajo del tema, según lo que sea pedagógicamente más conveniente para comprenderlo.
- El razonamiento jurídico que debe utilizarse en el tema, de manera que se cubran aquí todas las operaciones aplicables y que hemos reseñado en el acápite 2.2 de este trabajo.

No todos los elementos antedichos deben figurar en todos los temas del curso, pero será interesante repasarlos para asegurarse de cuándo y con cuáles contenidos deberán ser abordados.

3.3. El dictado en clase

También es importante diseñar una estrategia sobre cómo abordar el trabajo en clase. Existen muchas variantes pero las dos básicas son la clase conferencia y la clase activa. La clase conferencia entendida como una exposición del profesor ante los alumnos, interrumpida o no por preguntas. La clase activa como aquella en la que el profesor es un director de debate del trabajo de los alumnos.

Desde luego, dos cosas son importantes: la primera, que cada uno de estos dos tipos de clases admite muchas modalidades que cambian más o menos considerablemente el desarrollo del trabajo dentro de cada tipo genérico; la segunda, que no hay por qué considerar que una excluye a la otra en términos absolutos. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la decisión entre estos modelos no es un asunto de principio sino de eficacia y ésta será distinta en cada tema y circunstancia.

Es muy posible que en un mismo curso haya que hacer clases conferencia y clases activas. Esto podrá ocurrir, inclusive, sobre un tema determinado: primero explicación y luego trabajo práctico. También podrán existir cursos que sólo pueden dictarse mediante conferencias y otros en los que esta modalidad es una pérdida de tiempo. El método debe ser definido en función de los objetivos que se busca cumplir.

3.3.1 La clase conferencia

En nuestro criterio, De Juan resume bien las virtudes y deficiencias de este sistema de dictado de clase:

> «Las principales ventajas de la clase magistral son:
> • Su economía que es, quizá una de sus ventajas más importantes. Dado que nos encontramos en un país no excesivamente rico, este es un aspecto a tener en cuenta. Como pusieron de manifiesto Joice y Weatheral (1957), las clases magistrales consumen 0.05 horas por sesión y por estudiante, supuesto un auditorio de 60, mientras que los grupos de discusión y los de prácticas, emplean 0.33 horas por sesión y estudiante, supuesto un grupo de 12 alumnos. Las clases magistrales son pues un método económico y rápido para proporcionar información a grupos numerosos de estudiantes, con lo que pueden dedicar más tiempo a las clases prácticas.
>
> • Las clases magistrales permiten la transmisión de información tanto fundamental como suplementaria en poco tiempo. Permiten, además, presentar una selección juiciosa y sintética de información procedente de diferentes fuentes: libros de texto, revistas especializadas, ejemplos clínicos, experiencia personal, etc. Se puede también proporcionar información suplementaria a los libros de texto que maneja habitualmente el estudiante, ya éstos quedan a menudo retrasados con respecto al progreso acelerado de la Medicina y las traducciones de textos extranjeros son a menudo incomprensibles, por lo que deben ser controladas. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado de no proporcionar al alumno indiscriminadamente los «últimos descubrimientos» que son, a menudo, transitorios.
>
> • Las clases magistrales permiten aclarar conceptos difíciles. En este sentido, es necesario desarrollar la participación activa del alumno en clase, rompiendo la típica pasividad. Se ha de proporcionar a los estudiantes la oportunidad de hacer preguntas sobre temas difíciles en el momento mismo en el que las respuestas tienen una significación especial. Todo esto implica, como decía antes, que la clase teórica se desarrolle en una atmósfera coloquial, que permita preguntas y respuestas.

• Proporciona seguridad al alumno. El alumno acepta como conocimiento válido y fundado aquello que sus profesores le transmiten en la clase magistral. Por otra parte, este tipo de información es la que se le solicita habitualmente en los exámenes, por lo que cualquier otro tipo de información la ponen en cuarentena. »

Los inconvenientes de las clases teóricas, podemos resumirlos en los siguientes puntos:

• «Las clases teóricas mantienen al alumno en situación de pasividad, actuando como meros receptores de los contenidos emitidos por el profesor, lo que va en perjuicio del aprendizaje ya que como veremos más adelante, la actividad facilita la adquisición de conocimientos. Otro problema, en este sentido, es la frecuencia con que los estudiantes faltan a las clases teóricas y usan notas y apuntes tomados por sus compañeros, sin que muchas veces se observe una reducción en su aprendizaje, lo que cuestiona la utilidad de tales clases.

• Por otra parte, la unidireccionalidad de la información y la consiguiente falta de actividad del alumno determina que sea difícil mantener despierta su atención, especialmente si se imparte docencia a un grupo numeroso y en aulas no suficientemente aptas, cosa que ocurre con frecuencia en nuestras universidades.

• Van dirigidas exclusivamente a los objetivos del campo cognoscitivo. Las clases teóricas cumplen un fin informativo, que sobrevalora los objetivos cognoscitivos a costa de los demás objetivos del programa educativo. Incluso dentro de los objetivos del dominio cognoscitivo, la clase magistral no facilita el aprendizaje de objetivos de tercer nivel, es decir, la resolución de problemas.

• Proporciona escasa retroalimentación. Ya que durante una clase teórica la relación profesor alumno es limitada y la información prácticamente camina en una sola dirección. El profe-

sor no puede darse cuenta de si ésta ha sido captada totalmente por los estudiantes. En este sentido, no respeta el ritmo individual del aprendizaje.

• Su eficiencia depende, en gran medida, de un conjunto de cualidades psicológicas, en cierto grado innatas, del profesor»[11]

Consideramos que la clase conferencia es especialmente útil para los temas en los que la lectura hecha no basta; donde es necesaria la orientación del profesor a través de la elección de alternativas, de la explicación detallada de algunos aspectos y de la presentación de los temas dentro de sus marcos más amplios de referencia.

En todo caso, los aspectos negativos de la clase conferencia pueden siempre ser atenuados por el profesor si prepara su exposición no sólo como una transmisión de conocimientos al alumno, sino como una exposición intercalada con ejercicios que el alumno deba llevar a cabo.

Las exposiciones tienen un esquema de desarrollo. Si los alumnos lo reciben antes de la clase, podrán simplificar grandemente su esfuerzo de tomar notas y de ordenarlas. Ello ayudará a que se fijen en los aspectos centrales y mejorará su atención.

Al inicio de la clase conferencia se podrá plantear algunos dilemas a los alumnos, que vayan teniendo respuesta con la comprensión de los temas centrales de la disertación del profesor. Esto ayudará a fijar los puntos más importantes en el alumno antes que abandone el aula.

Como puede apreciarse, aun en la clase conferencia es posible utilizar elementos de clase activa para reforzar el aprendizaje.

3.3.2 La clase activa

El aprendizaje humano en general (y no sólo el infantil) tiene un apoyo esencial en la acción, es decir, en hacer las cosas que se aprenden. Este proceso es decisivo para la adquisición de conceptos. Aebli, que cumplió el cometido de trasladar a la didáctica aplicada los elementos conceptuales de Piaget, dice respecto de este tema:

[11] Joaquín De Juan Herrero.- Introducción a la enseñanza universitaria. Didáctica para la formación del profesorado. Madrid, Kykinson S. E., 1995.- pp. 84-85.

> «La aplicación a la didáctica de la psicología de Piaget, debe arrancar de la tesis fundamental según la cual el pensamiento no es un conjunto de términos estáticos, una colección de «contenidos de conciencia», de imágenes, etc., sino un juego de operaciones vivientes y actuantes. Pensar es actuar, trátese de asimilar los datos de la experiencia sometiéndolos a los esquemas de actividad intelectual o de construir nuevas operaciones mediante una reflexión en apariencia «abstracta», es decir, operando interiormente sobre objetos imaginados. La imagen no es el elemento fundamental del pensamiento; constituye más bien su soporte, útil con frecuencia, sin duda, pero no indispensable. Además, en su naturaleza íntima, la propia imagen constituye un acto real y no un residuo de sensación: es una reproducción de los trazos principales de la exploración perceptiva que tuvo lugar durante la percepción de su modelo. De esta tesis puede extraer el didacta una clara visión de los fines intelectuales que la enseñanza debe lograr. Decir que el alumno debe conocer determinadas asignaturas es decir que debe aprender a ejecutar determinadas operaciones. Siempre son las operaciones las que definen a las nociones y es su ejecución lo que debe provocar la enseñanza, efectivamente primero y bajo forma «interiorizada» o representativa después».[12]

Si la afirmación de *pensar es actuar* resulta aplicable a todo conocimiento, lo es más aún al de naturaleza profesional, que consiste en obrar. Hay que tener en cuenta que el supuesto de estas afirmaciones no consiste en que *hay que aprender a aplicar para que los conocimientos sirvan,* sino en que *actuando se conceptúa mejor las cosas.*

También es importante notar que, según la psicología contemporánea, el proceso de aprendizaje se refleja en un cambio de conducta, es decir, en que el sujeto que aprende pueda hacer cosas nuevas o diferentes:

De Juan dice:

[12] Hans Aebli.- op. cit.- p. 101.

«Siguiendo a Peterssen (1976) podemos definir el aprendizaje como «modificaciones en la conducta de los individuos, gracias a una serie de experiencias». Por conducta, entiende Peterssen algo perceptible y observable, distinguiendo entre una conducta inicial y una conducta final, dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Este paso de una conducta a otra se produce cuando el individuo tiene «experiencias» o, usando la terminología de Skowronek (1970), «interacciones con el ambiente». Sin embargo, como indica este autor, «la conducta observable no es idéntica al aprendizaje...», es entre la conducta inicial y la final cuando se produce el auténtico aprendizaje, o sea, el cambio en las disposiciones de la conducta. No obstante, y desde un punto de vista operativo, resulta más práctico definir el aprendizaje como «modificaciones de la conducta de los individuos debidas a sus interacciones con el ambiente».

Cuando el aprendizaje se refiere a los cambios de conducta que tienen lugar durante la enseñanza, es preferible hablar de «Proceso de enseñanza/aprendizaje».[13]

Por su parte, Gagné, dice:

«El aprendizaje es un cambio en la disposición o capacidad humana, que persiste durante un tiempo y no puede atribuirse simplemente a los procesos de crecimiento biológico. El tipo de cambio denominado aprendizaje se presenta como un cambio en la conducta y sus resultados pueden evaluarse al comparar la nueva conducta con la conducta que se habría presentado antes de que el individuo fuera puesto en una situación de aprendizaje. El cambio puede ser -y de hecho lo es a menudo- una mayor capacidad para cierto tipo de desempeño o actividad. También puede ser una nueva disposición del tipo llamado actitud, valor o interés».[14]

[13] Joaquín De Juan Herrero.- op. cit. p. 29.

[14] Robert Gagné.-. Las condiciones del aprendizaje. México, McGraw-HilI, 1993. pp. 2-3.

La idea tras estas afirmaciones es consustancial a la formación profesional, que se caracteriza por capacitar a las personas para hacer cosas de su especialidad con calidad. En realidad, estas opiniones apuntan hacia el tercer nivel de aprendizaje de la taxonomía de Bloom, pero suponiendo los dos primeros (información y comprensión).

Es indiscutible que será la clase activa la que permita desarrollar los conocimientos hasta este punto en el alumno. La clase conferencia podrá ser un instrumento utilísimo para la información y la comprensión, pero la enseñanza profesional no debe quedar allí.

Hay muchas maneras de organizar la clase activa. Una forma consiste en que el profesor dicte las *clases teóricas* y que instructores hagan el trabajo práctico. Esto tiene la ventaja de dar más tiempo de exposición al profesor pero tiene dos grandes desventajas: la primera es que la parte más delicada del aprendizaje que es el tercer nivel de la taxonomía, no es conducido por el profesor más experimentado sino, precisamente, por los instructores que son principiantes en la enseñanza; y, la segunda, que a menos que exista una estrechísima coordinación entre el profesor y sus jefes de práctica, siempre tenderá a existir un divorcio entre la clase teórica y las prácticas. En realidad, el trabajo de coordinar instructores o el de hacer trabajo activo dentro de su clase, son equivalentes para el profesor en lo que a carga se refiere.

¿Puede el profesor desarrollar una clase activa con un número apreciable de alumnos? Sí puede. Desde luego, lo ideal consistirá en que tenga un número máximo de veinte a veinticinco, de tal manera que el trabajo se haga permanentemente con todos ellos participando simultáneamente en lo mismo.

Pero las técnicas modernas de dinámica de grupo permiten establecer pequeños grupos que interactúan con la reunión plenaria. Si el profesor prepara adecuadamente su clase, podrá combinar varias veces en una hora (hora y media continua será mejor aún) la labor de grupos y de pleno. Si el aula tiene facilidad para que las carpetas congreguen a no más de cinco personas en circulo, la participación queda garantizada.

La dinámica de grupo supone que en un grupo de la dimensión indicada en el párrafo anterior, puede dar plena participación a todos sus miembros en la discusión. Si el trabajo se hace siguiendo estrictamente las pautas técnicas existentes, cada grupo deberá tener un direc-

tor de debates y un relator que luego informa al pleno de los resultados de la discusión del grupo.

Los grupos pueden trabajar los mismos problemas y después comparar sus puntos de vista, o pueden trabajar problemas distintos y encadenarlos o contrastarlos en la discusión total final.

Un aspecto esencial de la clase activa consiste en que el alumno debe haber leído antes de la clase algún material de información y comprensión, y debe haberse enfrentado a problemas que le plantea el profesor para probar sus éxito con los conocimientos que ha pretendido adquirir.

Lo ideal es que el profesor prepare sus propios materiales de lectura elaborando un manual del curso. Con ello se logra que el alumno reciba el mejor mensaje que quiere hacerle llegar el profesor. Si no hay condiciones para escribir el manual, entonces se podrá hacer un volumen de lecturas seleccionadas de otros autores, al que el profesor podrá poner introducciones, explicación de objetivos y problemas a ser resueltos.

Se suele decir que el alumno peruano no lee. Esto es falso. Todo depende de los estímulos que se le den para esa tarea y, también, de los controles de lectura que se establezca. Es verdad que el método activo exige cierto trabajo del profesor para que se garantice que los alumnos lean, pero todo ello redunda en la mejor formación que adquieren. En todo caso, la Facultad siempre podrá proveer formas de ayuda a los profesores para la elaboración y corrección de controles (que para estos propósitos pueden muy bien ser objetivos), colaborando así en el trabajo de los profesores.

La clase activa requiere de la elaboración y trabajo de *casos*. La idea es que éstos cubran los aspectos esenciales del conocimiento de cada parte del curso, de manera que en la aplicación concreta el alumno pueda no sólo repasar y fijar mejor los grandes conceptos, sino que también aprenda a manejarlos en situaciones concretas, que es como deberá trabajar cuando sea abogado.

Savery y Duffy [15] han elaborado una lista de siete recomendaciones para el desarrollo de los casos que consideramos útil reproducir aquí:

[15] John Savery y Thomas M. Duffy.- «Problem Based Learning: An Instructional Model and its Constructivist Framework». En: VARIOS AUTORES. Constructivist learning environments. Case Studies in Instructional Design.- New Jersey, Educational Technology

• *"Vincular las actividades de aprendizaje a la resolución de problemas o a la realización de actividades amplias".-* Esto consiste en que el alumno debe saber que su aprendizaje de ciertas materias siempre está ubicado en un marco de referencia más amplio. Todo ello corresponde al carácter sistemático del Derecho cuyas dimensiones de aprendizaje hemos tratado en el punto 2. de este trabajo. Como puede verse, los casos deben ser una vía para enlazar cada parte del curso con su entorno conceptual.

• *"Apoyo al alumno para que se apropie intelectualmente del trabajo de aprendizaje que se le ha planteado con el caso".-* Hay que mostrar al alumno que no debe estudiar sólo para pasar el examen del curso resolviendo casos similares, sino que el objetivo fundamental es que aprenda a manejar los problemas. Desde luego, si logra este cometido pasará el examen, pero el orden de las cosas tiene que ser éste, no el inverso. Para ello, la motivación al alumno es de primera importancia y un rubro en que el profesor debe poner especial énfasis, sobre todo, haciendo que sus casos sean interesantes de ser trabajados.

• *"Elaborar un verdadero caso de trabajo".-* Los casos no deben ser *artificiales* en el sentido de que obviamente no pertenecen a la realidad. Pueden ser casos reales, pero también casos inventados que gozan de verosimilitud, es decir, que pueden ocurrir en la realidad. Desde luego, este tipo de casos refuerza el interés que el alumno tenga en ellos y colabora a lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior.

• *"Elaborar la tarea y el medio en el cual se desarrolla el proceso de aprendizaje de tal manera que quede reflejada la complejidad del medio en el que el alumno deberá laborar al final de su formación".-* Los casos no deben tender a simplificar la realidad. Probablemente debe haber una complejidad incremental a lo largo del proceso de aprendizaje para que se vaya asumiendo progresivamente los diversos elementos involucrados dentro del conocimiento a adquirir. Sin embargo, siempre deberá tenderse a

Publications Englewood Cliffs, 1996.- pp. 135 y ss. (La enumeración que sigue, en la parte que va entrecomillada y en cursiva, ha sido extraída de este texto. La traducción del inglés es nuestra. Con la referencia que hemos hecho, nos excusamos de repetir las citas a la misma fuente).

que el alumno asimile con los casos toda la complejidad posible hasta que, al final de sus estudios, trabaje prácticamente como un abogado dentro de sus cursos. Una consecuencia de lo dicho es que hay que tender a que el alumno resuelva los casos con todos los elementos de trabajo a mano: libros, leyes, etc. El objetivo debe ser la habilidad para trabajar en el Derecho aunque la memoria puede ser demandada también en cierto grado (sobre todo en materia de conocer lo esencial de los conceptos y de manejo rápido de las fuentes, principalmente las legislativas).

• *Dar al alumno la apropiación intelectual del proceso de solución.*- El profesor no debe resolver el problema por el alumno. Debe guiarlo, pero tiene que asegurarse de que él desarrolle la habilidad de resolver por sí mismo. La resolución de problemas pasa por preguntarse correctamente por las respuestas posibles. Así, el arte de permitir que otro se apropie intelectualmente del proceso de solución, consiste no en que aprenda a responderse, sino en que aprenda a preguntarse. En otras palabras, el énfasis de esta recomendación está en que el alumno aprenda a aplicar el método de resolución de problemas, más que la forma de responder a ellos. La diferencia es sutil pero trascendental.

• *"Diseñar el ambiente de aprendizaje para apoyar y retar a la capacidad intelectual del alumno".*- El profesor no debe pensar por el alumno: debe asesorarlo y conducirlo, pero debe permitir que él mismo piense. En este propósito, debe tratar de llevarlo hasta el borde de sus capacidades en el manejo de todas las operaciones y conceptos. Esto puede hacerse así: una vez que el alumno maneja un caso determinado, el profesor puede introducirle complicaciones adicionales que involucren otros conceptos, conflictos entre ellos, o conexiones sistemáticas más amplias dentro del Derecho. De esta manera, estará llevando el pensamiento del alumno hasta los extremos en los que puede desenvolverse. Es por ello que un buen caso, con sus planteamientos adicionales, puede llegar a ser un muy completo equipamiento para comprender una parte de la materia enseñada. Desde luego, exige una preparación especial del profesor para utilizar casos adecuados al grado de conocimiento y a los resultados que se espera de los alumnos en el curso.

• *"Estimular al alumno a probar sus ideas frente a opiniones y contextos alternativos".*- Un principio fundamental del método de casos, consiste en que las ideas de cada uno se refuerzan en confrontación con las ideas de los demás. Esto puede realizarse excelentemente en el Derecho. Por lo demás, uno de los principios del aprendizaje consiste en encontrar distintas vías de solución al mismo problema. El Derecho es campo fértil para que este tipo de trabajo pueda ser desarrollado.

• *"Dar oportunidad y apoyo al alumno tanto en el contenido del aprendizaje como en el proceso mismo de aprender".*- El profesor debe colaborar con sus alumnos tanto en la dirección del proceso de aprendizaje mismo, como en la reflexión sobre la forma cómo se está aprendiendo. Esto último conduce al logro del principio de *enseñar a aprender* o, desde el punto de vista del alumno, a *aprender a aprender.*

De esto tratamos con algún mayor detalle en el punto 3.3.5.

No es el caso estudiar aquí con detenimiento ni las clases activas, ni la dinámica de grupo, ni las técnicas detalladas de elaboración de casos, pero todos estos son instrumentos que deben estar permanentemente a la mano, intensamente utilizados tanto con menores como con adultos en el aprendizaje intelectual y, aún, en el emocional. Una reflexión sobre dichos temas permite innovar drásticamente el trabajo dentro del aula, aún con varias decenas de alumnos, permitiendo que todos tengan participación en el trabajo y que, por lo menos, adquieran conciencia de que el curso se juega en la habilidad para resolver problemas.

Un tema muy particular para la enseñanza del Derecho en general, y en especial para el trabajo con método activo es el que nuestro alumno aprenda a manejar los hechos y a plantearse los problemas en ellos involucrados. La clase activa es insuperable para lograrlo.

El abogado suele ser formado para resolver problemas a partir de la normatividad jurídica, pero para identificar los problemas, tiene que ser perspicaz en la determinación de los hechos. En realidad, el trabajo jurídico comienza con la elaboración del *qué ocurrió* y esto es muy importante porque, normalmente, la persona que recurre a él no tiene idea de cómo procesar los hechos ocurridos.

Desde el punto de vista profesional, *los hechos* no son un acaecer objetivo frente al cual elaboramos una respuesta. Antes bien, son una

selección de los elementos que presenta la realidad y que nosotros reconstruimos para *crear* el fenómeno frente al cual se deberá dar la respuesta del Derecho.

Por ejemplo, para la firma de un contrato poco importará la ropa que llevan los firmantes; pero si hubo un asesinato en una noche de luna llena, será fundamental saber si el vestido utilizado por el agresor permitía que la víctima lo viera a la distancia o, más bien al revés, estaba dispuesto para ocultarse.

Aprender a trabajar con los hechos debe ser tarea esencial del aprendizaje jurídico y el profesor debe facilitar tal ejercicio en todas las disciplinas porque, desde luego, su ameritación varía de especialidad a especialidad.

No se puede hacer un catálogo de todas las sub-operaciones mentales que intervienen en el trabajo de hechos para un abogado, pero lo esencial puede ser lo siguiente:

- Los hechos deben ser ordenados. No existe *el orden* perfecto, pero tiene que haber uno, cualquiera que sea. En el Derecho es recomendable trabajar cronológicamente, porque las normas jurídicas tienen una aplicabilidad en el tiempo que debe ser siempre analizada. Pero pueden existir otros criterios que, en ciertas circunstancias, sean verdaderamente importantes.
- No todos los hechos tienen el mismo valor. Algunos son relevantes y otros irrelevantes. El ejercicio de discriminar es muy importante.
- No todos los hechos tienen igual grado de certeza: algunos pueden ser fácilmente probados y otros no. La prueba es esencial en el Derecho.
- La percepción de los hechos por las personas es una imagen de la realidad pero no es la realidad: suelen haber versiones distintas y hasta contrapuestas de los hechos por esta causa. Por consiguiente, no hay que dar por hecho comprobable la versión de una sola parte, sobre todo si tiene compromiso emocional con lo ocurrido.
- En el Derecho, los hechos antecedentes y las respuestas que recibieron, pueden ser elementos condicionantes de las respuestas posteriores, siempre que haya analogía entre los hechos previos y los actuales bajo estudio. Conocer las variables determinantes de las analogías es muy importante para discriminar lo que se parece y lo que no se parece.

El alumno deberá ser entrenado por el profesor en el manejo de estos y otros elementos propios de su disciplina. En esto hay que tener en cuenta que el ejemplo claro y simplificado es muy útil para comprender alguna idea, pero es inútil para desarrollar la habilidad de la aplicación. Por consiguiente, al lado del ejemplo claro y distinto, habrá que hacer practicar al alumno con problemas que le demuestren la complejidad de los elementos conceptuales a considerar.

En cuanto a la determinación de los problemas del caso, es importante notar que en todo asunto interesante hay más de un problema y que todos ellos se hallan interrelacionados entre sí. A menudo para responder a un problema habrá que plantearse otros cuyas respuestas sirven para solucionar al más genérico o comprehensivo. Es muy fácil saber que nadie podrá ser condenado a pena o declarado inocente y libre a menos que se analicen la acción, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la problemática de la pena aplicable. Pero a su vez, para resolver cada uno de estos asuntos, habrá que plantearse otros problemas específicos.

Así, de cada caso se podrá construir un *árbol* de problemas que consiste en el ordenamiento y relación de ellos entre sí. El buen abogado tendrá que plantearse todos los problemas y ordenarlos entre sí hasta que encuentra las preguntas fundamentales con las cuales se inicia la resolución del caso. Si no trabaja de esta manera, podrá dejar de responder asuntos fundamentales del tema bajo estudio.

No existe *el árbol* de problemas. Cada especialista elaborará el suyo propio y, a menudo, dos personas distintas harán un ordenamiento muy diferente de los problemas existentes en el mismo caso. Por ello, lo importante no es encontrar *la solución correcta* al trabajar con problemas sino, más bien, desarrollar el hábito de interconectarlos y jerarquizarlos.

El profesor debería entrenar al alumno en este conjunto de operaciones desde la perspectiva de su propia disciplina, a fin de darle a conocer las particularidades que la distinguen de las otras en este campo.

Finalmente, tanto al analizar conceptos como al trabajar sistemáticamente con ellos, el alumno debe ser capacitado para encontrar todas las posibles y diversas vías de solución, a fin de que contando con el elenco completo, pueda plantear estrategias de resolución

buscando los aspectos positivos y negativos que cada una de ellas presenta frente a las circunstancias.

Lo más importante consiste en que, casi siempre, es posible encontrar más de una vía de solución a un problema jurídico y que, mientras más complejo es el problema, más soluciones pueden aparecer.

Por consiguiente, *la solución* no suele ser algo que existe y que debe ser encontrado, sino que es una construcción inteligente de quien aplica el Derecho. Ser creativo en el diseño de soluciones jurídicas es tan importante como saber cuál es el problema jurídico frente al cual nos hallamos.

Las soluciones son muy distintas de ámbito en ámbito del Derecho. Por consiguiente, corresponde al profesor inducir al alumno a explorar estos caminos. No se trata aquí de que desarrolle paralelamente los contenidos esenciales del curso y las soluciones posibles, pero sí de que induzca a su alumno a tener siempre presente el eslabón que vincula la situación a sus posibles soluciones.

En todo caso, como dijimos al inicio, la elección entre el método activo y el de conferencia es un problema técnico en función de los resultados que se espera obtener.

3.3.4 La metodología de evaluación

En primer lugar, la evaluación va encadenada a los objetivos del curso. De esto ya hablamos en la primera parte de esta exposición: si el objetivo es que las personas se informen, no se puede tomar un examen de casos y si el objetivo es que se aprenda a resolver situaciones, el examen no puede ser esencialmente memorístico. La combinación de elementos en un examen deberá tomar en cuenta tanto los resultados esperados en el alumno como la manera en que se ha dictado la materia para garantizar que el examen evalúe lo que se debió aprender.

Lo ideal, por tanto, es que el examen haya sido pre-elaborado al inicio del curso y que, durante su dictado, sólo reciba los retoques y reconsideraciones que la experiencia con el grupo de alumnos haga deseable. La preparación del examen con uno o dos días de anterioridad a ser tomado, condiciona a demasiados factores accidentales la elaboración de las preguntas, su calidad y consistencia.

Hace algunos años hicimos un estudio de cómo se calificaba exámenes en toda la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad

Católica del Perú. Suponiendo que lo esencial de aquel comportamiento supervive aún hoy (y hay muchos indicios para pensar que así es), las principales reflexiones que cabría hacer sobre ellos en nuestra Facultad son las siguientes:

- Una significativa cantidad de exámenes son memorísticos, con lo que sólo atañen a los niveles de información y comprensión. Hay indicios de que para aprobar algunos exámenes en la Facultad basta con estar informado.
- El promedio del rango de calificación de los profesores suele ser de cinco o seis puntos. Así, algunos califican entre 09 y 15; otros entre 15 y 20; otros entre 7 y 12. Si bien el número de desaprobados crece en algunas especialidades, en general se mantiene estable y alcanza un promedio del 8%.
- Lo ideal, en nuestro criterio, es utilizar un rango de algo así como quince puntos, entre 05 y 20. Esto permite una discriminación suficiente en la calidad de los exámenes dados por un grupo de cincuenta o más alumnos. Es importante que la intensidad de trabajo del alumno tenga reflejo en las notas obtenidas porque ello sirve como reto al que trabajó poco y como premio al que se esforzó. No creemos que sea razonable calificar con menos de cinco porque, en ese caso, el alumno se juega el curso prácticamente en un examen. Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, nadie puede discutir que se utilice plenamente la escala de 00 a 20.
- Es muy importante que el contenido que el profesor espera de las respuestas, tenga matices suficientes como para discriminar entre la nota mínima y la máxima que se elija. En otras palabras, habrá que tener preguntas que, punto por punto, nos permitan llegar a veinte.
- Creemos que en la enseñanza universitaria también hay que poner veinte y que esta nota debe ir al alumno que, en su grado de conocimiento del Derecho, demuestra saber todo lo que debe esperarse de él.
- Los exámenes no deben ser una ocasión de enfrentamiento entre profesor y alumno. La falta de información sobre cómo será la prueba, las preguntas equívocas o con *trampa,* la inclusión de preguntas que el alumno no podría responder con sólo haber seguido normalmente el curso, son circunstancias que no deben existir.
- El alumno debe saber con detalle cuáles serán las reglas de juego de

cada examen, y tener orientación del profesor sobre cómo prepararse para dar bien la prueba. Lo contrario, en nuestro criterio, es desinformar al alumno y, por consiguiente, un trato inequitativo para con él.

- Muchas veces los profesores toman exámenes objetivos para garantizar la facilidad de corrección por el número de alumnos que tienen en clase, y ellos mismos lamentan no tomar exámenes *de desarrollo.*

Nosotros creemos que es perfectamente posible combinar las respuestas objetivas y de desarrollo sin recargar excesivamente el trabajo de corrección de la prueba. Para ello hay que recordar que es mucho más difícil expresar una idea en media página que expresarla en página completa: la expresión condensada supone una capacidad intelectual y de comunicación más desarrollada. Pues bien, en un examen objetivo se puede añadir un espacio de cuatro o cinco renglones para que el alumno justifique su respuesta: tendrá que hacerlo en pocas palabras y allí verdaderamente sabremos si sabe elaborar tanto el fondo de sus ideas como la expresión. Estos son exámenes que no toman mucho más tiempo que los objetivos para su corrección. En ellos, la experiencia de saber expresarse se desarrolla significativamente.

Consideramos que a hacer exámenes se aprende toda la vida. Es un ámbito de la enseñanza en el que resulta recomendable que el profesor ensaye nuevas fórmulas permanentemente (por ejemplo, añadiendo preguntas de características nuevas al lado de las clásicas, para ver cómo sirven a la evaluación y, así, permitir la posterior innovación). Si el profesor no innova en materia de evaluación, los alumnos de ciclos superiores transmiten a los de ciclos inferiores las características de sus exámenes y éstos, en definitiva, se vuelven totalmente previsibles en fondo y forma. Si recordamos nuestra época de estudiantes encontraremos numerosas experiencias de profesores a los que *se les conocía el truco.* Ser predecibles en nuestras evaluaciones es la peor forma de tomar exámenes.

Finalmente, la nota final del curso debe tener, entre sus componentes, notas parciales que evalúan todos los aspectos del aprendizaje del alumno. Así, podrá establecerse controles de lectura, solución de casos prácticos, exposiciones, etc., al lado de los exámenes. Cada una de estas partes, deberá tener una participación en la nota final que sea

correlativa a su importancia dentro del curso. Informar de esto a los alumnos al principio del semestre de clases, puede ser uno de los indicios más claros del profesor sobre cómo deben estudiar los alumnos.

Lo ideal es que, después de haber dado un examen, el alumno sepa un poco más que cuando entraba a darlo.

3.3.5 Enseñar a aprender

Finalmente, y tal vez lo más importante, es que los profesores nos enfrentemos a la responsabilidad que tenemos de *enseñar a aprender.* El Derecho cambiará muchísimo en los próximos años (como ha cambiado ya en los pasados) y el profesional que formamos ahora deberá enfrentarse a realidades nuevas y complejas que, si no son debidamente comprendidas, lo llevarán a desactualizarse o a especializarse muy estrechamente en cierta disciplina de lo jurídico, lo que le hará perder su calidad de profesional capaz de afrontar los diferentes retos de su disciplina.

Fernando Hernández y Juana María Sancho han intentado una definición interesante (de *aprender a aprender.* Dicen:

> "(...) la definición de aprender a aprender tiene múltiples sentidos. Nisbet y Shucksmith (1987) han recogido los siguientes:
>
> 1. «Aprender a aprender supone adquirir las habilidades para hallar información: aprender a obtener información sobre un tema determinado.
> 2. Aprender a aprender significa dominar los principios generales básicos: aprender las reglas generales que pueden aplicarse a la solución de un amplio conjunto de problemas más particulares.
> 3. Aprender a aprender se consigue mediante la asimilación de los principios formales de la investigación: equivale a aprender la lógica de las diferentes formas de investigación y los métodos que ha logrado realizar descubrimientos.
> 4. Aprender a aprender consiste en desarrollar la autonomía en el aprendizaje: en dirigir uno mismo las actividades de aprendizaje.
> 5. Aprender a aprender es esencialmente una cuestión de actitud o método: implica cultivar una disposición habitual que es intrínsecamente provechosa».

> En cualquiera de estas propuestas se aprecia una combinación de dos necesidades: adquirir métodos propios de trabajo y poder aplicarlos a situaciones de diversa índole y entidad"[16].

Como resulta obvio, todo ello puede ser aplicado al Derecho, pero no sólo como conjunto sino también a sus diversos ámbitos particulares. Lo que nos anuncia esta cita, desde el punto de vista de contenido, no es muy distinto a lo que hemos reconocido como importante para el diseño de los cursos en el punto 3.2 de este trabajo.

Hay que destacar el párrafo final de la cita, según el cual se reitera que lo fundamental es que el alumno adquiera métodos de trabajo (no sólo conceptos), lo que nos remite nuevamente al tercer nivel de la taxonomía de Bloom. La teoría moderna insiste en que estos dos elementos son importantes no sólo para el presente sino, sobre todo, para el trabajo futuro de nuestro estudiante de hoy, pues él tendrá que vivir aprendiendo.

De estas reflexiones aparece que la calidad de la educación contemporánea consiste en que el profesor pueda disponer la enseñanza de su curso de tal manera que sus alumnos aprendan a aprender para que, luego, puedan estudiar por sí mismos lo que necesiten para el ejercicio de su profesión. El resultado de estas inquietudes, desde luego, deberá ser incorporado a la metodología de desarrollo del curso por quien enseña y ésta es una labor creativa que depende de las habilidades propias de cada profesor y de las características de la materia que dicta.

Pensamos que si nuestra Facultad de Derecho mantiene y desarrolla su ya conocida capacidad de enseñar a aprender, continuará teniendo un lugar destacado en la formación de profesionales de Derecho. Si la pierde, también perderá sustantivamente su actual calidad. Por ello es que el reto consiste en saltar para adelante a la luz de los nuevos desarrollos de la didáctica.

4. Epílogo

Por todas las consideraciones hechas en este trabajo, estimamos que es útil revisar el sistema de enseñanza de Derecho que tenemos, en sus

[16] Fernando Hernández y Juana María Sancho.- op. cit. pp. 94-95.

diversos aspectos y de allí la pertinencia de la discusión a que el Decano ha dedicado a esta Comisión.

Un primer plano es la actualización de los planes de estudios, pero no solamente en lo referente a contenidos, sino en el mejor diseño para garantizar un mejor aprendizaje. Desde este punto de vista, y en la medida que el conocimiento progresa por reestructuración y enriquecimiento de los grandes esquemas mentales de la persona, consideramos que es importante que una primera etapa del aprendizaje del Derecho lo presente como un todo integrado, dando los conceptos esenciales y sus vínculos, aunque en esa primera etapa se sacrifique la profundidad del conocimiento. Diseñar en qué consiste *aprender el Derecho como un todo integrado* es una labor teórica de mucha envergadura, pero vale la pena intentarlo. Con esta etapa se daría el marco general que sirve para la profundización. Esto serían los tres primeros ciclos de estudios.

Una segunda etapa debería ser la de profundización de los conocimientos adquiridos en el período anterior. Aquí, los profesores no sólo deberíamos preocuparnos de que nuestros alumnos aprendan nuestras materias, sino que deberíamos hacer un permanente esfuerzo de enmarcarla en su contextos más amplios para hacer ver todo tipo de conexiones sistemáticas dentro del Derecho. Estos son los cursos obligatorios que deben llevar los alumnos a partir del cuarto ciclo.

Luego podrá haber una tercera etapa de profundización relativamente libre a través de seminarios y cursos electivos.

Los seminarios de integración, al final de la carrera, deberán servir para profundizar y consolidar los aspectos integrales del Derecho que se impartieron en los tres primeros ciclos y para desarrollar las habilidades de aplicación del Derecho.

Lo importante de este planteamiento consiste en el dar el Derecho integrado desde el principio, a fin de crear en la mente del alumno el soporte sistemático y conceptual dentro del cual pueda poner, como partes interrelacionadas, los conceptos de profundidad. Respecto de lo que aquí decimos es importante rescatar un principio que ha sido tradicional en la Gestalt. Dicen Bigge y Hunt:

> "De acuerdo con la ley de carácter de miembro, una sola parte de un todo no tiene características propias, sino que adquiere sus características del contexto en que se presenta. Como lo se-

> ñaló Gardner Murphy, «los partidarios de la Gestalt insisten en que los atributos o los aspectos de las partes componentes, hasta donde pueden ser definidas, quedan explicadas por sus relaciones con el sistema en cuanto a un todo, dentro del cual funcionan». Por ejemplo, una marcha de color en una pintura adquiere su calidad del contexto -los diseños pictóricos que la rodean- más que de algo inherente a ella misma"[17].

Este tema de los conceptos y su contexto merece amplia reflexión en el Derecho, tanto para el ejercicio profesional como para la práctica cotidiana.

En materia de método de trabajo en clase, consideramos que hay que lograr para cada curso, y para cada tema dentro de él, una adecuada combinación de clase conferencia con clase activa. Esto queda a criterio definitivo del profesor del curso. Sin embargo, hay que notar que es responsabilidad de quien se encarga de un curso, determinar qué partes del mismo serán puramente informativas, cuáles otras serán además de comprensión y, finalmente, cuales serán de aplicación. Para esto último, el instrumento de enseñanza es el método activo. Este método exige preparar la clase de una manera bastante distinta a la que se utiliza para la clase conferencia. Es un tema que debe ser abordado y creemos haber tratado los elementos esenciales en este trabajo.

El sistema de calificaciones debe sintonizar con todo lo anterior y la escala de notas que utilice el profesor deberá servir para establecer diferencias en el resultado del mayor o menor rendimiento del alumno. Un rango demasiado estrecho de notas no estimula al que trabaja porque sus notas se parecerán mucho a las de quien no se esfuerza tanto.

Por la rápida transformación de la sociedad y por el avance de los conocimientos, el abogado del mañana tendrá que haber *aprendido a aprender* si quiere mantener vigencia y calidad a lo largo del tiempo. Las facultades de Derecho que formen a sus alumnos con este criterio entrarán con buen pie al futuro. Las que se conformen con enseñar bien lo de hoy, probablemente perderán preeminencia muy rápidamente.

---

[17] M. L. Bigge y M. P. Hunt.- Bases psicológicas de la educación.- México, Trillas, 1991.- pp. 378-379.

II. Fundamentación del cambio de Plan de Estudios

1. Aspectos previos

Varios elementos confluyen para hacer aconsejable un cambio en el plan de estudios de la Facultad de Derecho:

1. El Derecho peruano ha sufrido una gran transformación en esta última década. No sólo han aparecido nuevas leyes, sino que el esquema general de principios también ha sido modificado. Nuestro Derecho ha evolucionado en su esquema general y, con él, han cambiado también las funciones del Estado y el papel que se supone cumplen las personas y las instituciones en la vida social y económica. El tránsito ha sido de un Estado de bienestar e interventor hacia una situación en la que la sociedad civil asume las iniciativas y el Estado controla.
2. La sociedad se ha hecho significativamente más compleja trayendo como una de sus consecuencias, que los intereses de las personas e instituciones sean más individualizados. Este es un fenómeno propio del fin del siglo XX, ayudado por el desarrollo tecnológico reciente. Tiene como impacto en el Derecho, reconocido en la literatura más actual, el dar un carácter más general a la legislación y dejar a la actuación de las personas el diseño completo de las relaciones jurídicas. Todo ello hace necesario que el futuro profesional desarrolle habilidades especiales de planteamiento e identificación de problemas y soluciones en base al caso concreto y no sólo aplicando la ley.
3. La didáctica ha desarrollado concepciones según las cuales la mejor forma de adquirir conocimientos es aquella situación en la que el alumno es el centro del proceso de aprendizaje y el profesor un colaborador en esta tarea. El aprendizaje consiste, en lo fundamental, en que el alumno desarrolle destrezas para el trabajo jurídico. Este punto de vista contrasta con aquel otro según el cual el profesor enseña a un alumno que recibe la información y la incorpora dentro de su caudal de conocimientos. La transformación metodológica que esta aproximación didáctica supone, es muy grande.
4. La psicología educativa considera que el aprendizaje es estructurado, en el sentido de que debe tener grandes esquemas dentro de los

cuales se insertan los conocimientos de detalle. Es por ello recomendable que la enseñanza parta de un gran marco integrado de conocimientos, para luego profundizar cada uno de los aspectos del Derecho.

5. La propuesta de un nuevo Plan no implica que el actual sea deficiente (por otra parte, es bastante reciente). Pero nuestra Facultad se ha caracterizado siempre por adelantarse en materia de docencia jurídica. El mundo de hoy (y de mañana) presenta nuevos retos al Derecho, que debemos tomar en cuenta. Además, el hecho de que estemos en buen pie en nuestro medio en la enseñanza del Derecho, no quiere decir que debamos renunciar a estar mejor.

La presentación de este proyecto de cambio del plan de estudios, por consiguiente, se fundamenta en las nuevas necesidades de educación legal que aparecen de la realidad tal como es hoy día, y mira para el futuro. Creemos que, en unos años, la educación universitaria de Derecho será bastante parecida a la que aquí proponemos. De lo que se trata es de que nuestra Facultad mantenga el liderazgo en el aporte que ha hecho ya durante varias décadas a la innovación del aprendizaje jurídico. No deseamos que, mañana, siga a otros que desarrollaron primero las ideas que han nacido aquí y de nuestro propio proceso de crecimiento como moderna Facultad de Derecho. Nada de esto, por supuesto, desmerece la calidad del plan de estudios que actualmente existe, ni tampoco sus muy buenos resultados para los alumnos, de los que todos estamos orgullosos.

2. Las ideas centrales del Proyecto

Los principales cambios que este proyecto de plan de estudios presenta en relación al actualmente existente son los siguientes:

1. Dedica los tres ciclos iniciales a dar una visión integral del Derecho a los alumnos, de manera que a partir del cuarto semestre profundicen los diversos conocimientos especializados sobre un esquema general ya internalizado. Es de esperar que esto permita al alumno tanto un mejor dominio de todos los conceptos jurídicos y del método de trabajo, como una mejor incorporación posterior de los conocimientos que estudie en los cursos especializados. Concluye

con seminarios de integración que vuelven a trabajar la visión integral pero con un alumno que ya tiene más conocimientos jurídicos.

2. Trata, con lo dicho en el párrafo anterior, que el alumno tenga permanentemente un «mapa» mental del Derecho. Eso le permitirá, primero, aprender mejor la disciplina y, luego, tener el criterio suficiente para modificar su propia concepción del Derecho en base a una idea general bastante bien formada del mismo.
3. Se pone énfasis en el método activo de enseñanza durante los tres primeros ciclos, con la finalidad de que el alumno tenga mayor posibilidad de aprender, combinando lecturas y trabajo práctico, tanto dentro de clase como fuera de ella. Se busca que tenga una carga de trabajo adicional a las horas de clase de manera que pueda abarcar todo lo que se pretende que aprenda en la primera parte de sus estudios.
4. Dentro de un plan de estudios con esta estructura, se prevé que el alumno pueda revisar varias veces, en distintos niveles de profundidad, los aspectos esenciales del Derecho. Así, reforzará su conocimiento y lo internalizará de mejor manera que si sólo lo estudia una vez en la carrera, como ocurre con el sistema actual de enseñanza.

3. Intento de síntesis del perfil de nuestro profesional

En síntesis, el profesional del Derecho del futuro debe estudiar hoy para saber los fundamentos del Derecho y la metodología de identificación y solución de problemas. Debe lograr la posibilidad de entender el Derecho de hoy y del futuro, lo que significa que debe «aprender a aprender». Tiene que saber que el Derecho aplicable que aprende hoy no será el del futuro y prepararse para un ejercicio de los próximos sesenta años. En ello tiene que desarrollar sus capacidades de prevenir problemas jurídicos, no sólo de solucionarlos; debe poner énfasis en el aprendizaje de la sistemática del Derecho y en sus principios de interpretación y aplicación; debe poder interactuar con los especialistas de otras disciplinas del conocimiento y del trabajo en la sociedad, y debe ser un profesional capacitado en las diversas formas de solución de conflictos, sabiendo que ellas encierran diversos «costos de transacción» que son crecientemente importantes para su cliente.

Por la particular formación que da la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestro profesional deberá desarrollar, además de los aspectos técnicos del conocimiento jurídico, un espíritu ético de trabajo en todos los ámbitos de su especialidad «de acuerdo con las leyes y la moral cristiana», y deberá asumir un compromiso con la solución de los problemas de la sociedad.

No pretendemos formar abogados «especializados» en determinada área, esto es, abogados civilistas, penalistas o constitucionalistas. Como ha ocurrido hasta ahora, el egresado de nuestra Facultad debe tener una formación amplia que le permita desempeñarse en campos diversos, desde la práctica privada hasta el servicio del Estado, pasando por la judicatura, el notariado, el servicio legal en organizaciones no gubernamentales e, inclusive, actividades empresariales, periodísticas, diplomáticas o políticas.

4. ¿Por qué seis áreas?

Nosotros enseñamos desde hace muchos años el Derecho en aproximadamente diez áreas: civil, procesal civil, penal, procesal penal, constitucional, administrativo, comercial, tributario, laboral y teoría general. Pero ésta no es una clasificación intemporal. En realidad, la mitad de dichas ramas no existían al finalizar el siglo XIX y varias de ellas aún no se dictaban a principios de este siglo. De otro lado, estas «ramas», son en realidad una manera de presentar un sistema complejo de normas y principios que es el Derecho. No son «ramas» paralelas y autónomas entre sí sino que se interconectan y relacionan. Lo que pasa es que ello ocurre en la experiencia profesional, pero no en la enseñanza universitaria. Lo que en verdad ocurre, es que la actual enseñanza universitaria no refleja adecuadamente la realidad y, por tanto, prepara imperfectamente para actuar en ella.

Lo importante en este ámbito de la enseñanza es concebir cómo está actualmente dividida la realidad en relación al Derecho y cómo lo estará previsiblemente en el futuro. Al preparar este plan de estudios hemos considerado que las grandes divisiones son:

- **El Derecho Civil, es decir, el ser humano en sus diversas relaciones.** Este fue y es el ámbito civil del Derecho, que no corresponde

sólo al Código Civil como conjunto de temas y normas, sino a la actuación humana, lo que siempre se llamó la dimensión "privada" de la vida jurídica. Esta dimensión debe incluir todas las formas de solución de problemas en las relaciones sociales, una de las cuales es el litigio (de ahí la inclusión de la dimensión procesal en ella), pero también las otras posibles formas de solución de conflictos (que se verán, paralelamente, en un curso de la parte de teoría del Derecho).

- **El Estado,** que es una entidad que actúa con reglas públicas, tanto constitucionales como administrativas. En realidad, es imposible estudiar la dimensión administrativa del Estado sin conocer el Derecho Constitucional pero, al mismo tiempo, es necesario saber que, salvo pocas excepciones si miramos los números totales, la materialización del Estado de Derecho (y por tanto constitucional), ocurre a través de la actuación administrativa. Por ello consideramos que los constitucional y lo administrativo deben confluir para una adecuada comprensión del Estado aunque, desde luego, reconocemos las diferencias de estas dos ramas tal como están configuradas tanto temática como dogmáticamente.
- **La empresa,** que es el agente de producción que utiliza crecientemente al Derecho y que crea complejas y numerosas relaciones sociales de todo tipo, muchas de ellas con resonancia jurídica. Es dentro de la empresa (grande y pequeña), que se dan diversos fenómenos interrelacionados: los comerciales, los tributarios y los laborales. Aunque es cierto que cada una de estas ramas tiene su autonomía conceptual y sistemática y que en consecuencia se puede ser especialista en cada una de ellas, también es cierto que un buen abogado tiene que saber los vínculos que existen entre una decisión laboral y sus consecuencias tributarias, y así sucesivamente. Es probable que no tenga que saber todas las respuestas, pero debe estar advertido de las conexiones. Después de todo, hablará con un empresario que tiene interés en que su asesor jurídico trabaje de esa forma.

De otro lado, no hay que dejar de notar que es cada vez mayor el número de abogados que estudia administración o economía bajo diversas formas (cursos de especialización, postgrados, etc.). Esta es una tendencia que se acentuará por la relevancia de la empresa en el mundo actual. Debemos preparar a nuestros alumnos para entender a

la empresa como conjunto. Así podrán ser mejores profesionales al servicio de ellas y podrán interactuar mejor con los demás profesionales que las integran.

- **El área penal,** que es tremendamente importante en el contexto general del Derecho y que tiene grandes particularidades por todos conocidas. No hace falta desarrollarlas ante quienes serán lectores de este documento.
- **El área procesal,** en la cual se estudiará los grandes principios de solución de conflictos a través de la jurisdicción en sus diversas modalidades, y se hará el estudio del proceso en el Perú.
- **El área de teoría del Derecho,** que tiene valor propio y que también nos releva de la necesidad de mayor descripción.

Consideramos que estas seis áreas serán las que integren de mejor manera los diversos conocimientos y aplicaciones futuros del Derecho en la sociedad y que, por lo tanto, son la concepción que sistemáticamente corresponde mejor para el estudio del Derecho. Estimamos que la clasificación de diez ramas que ha sido tradicional entre nosotros, debe ser superada por la que proponemos.

III. El proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho

3.1 Presentación inicial resumen del sistema de enseñanza del derecho

Este proyecto pretende recoger lo bueno de la formación jurídica de la Facultad, e innovar profundamente en las siguientes áreas:

- Sólo puede ser dictado si existe una significativa interacción y colaboración entre los profesores involucrados. En este proyecto no es posible que cada profesor «dicte por su lado».
- Si todo funciona como se debe, en los tres primeros ciclos el alumno debe haber aprendido a manejar los conceptos más importantes del Derecho y la relación que existe entre ellos (habrá leído aproximadamente trescientas páginas por curso, esto es, mil ochocientas por semestre); habrá revisado varias veces las leyes y cuerpos legis-

lativos fundamentales y habrá aprendido a plantearse y a resolver problemas jurídicos. Más detalladamente, los objetivos en estos tres primeros ciclos son:

a. Que el alumno conozca el «mapa» general del Derecho y pueda identificar sus partes para aplicar correctamente el Derecho.
b. Que sepa y maneje los conceptos fundamentales del Derecho que le permitan entender sus diversas partes y aplicar los aspectos más importantes de las leyes fundamentales.
c. Que conozca las leyes fundamentales que se determine al desarrollar el plan por cada una de las áreas de trabajo.
d. Que esté metodológicamente preparado para tomar un problema jurídico, desarrollar sus principales aristas e indagar las posibles diversas soluciones abiertas por el Derecho.
e. Saber los trámites, documentos y demás elementos de la práctica de los principales aspectos del Derecho.

- Los cursos, a partir del cuarto ciclo, profundizarán los conocimientos de las partes esenciales del Derecho, y contarán con la facilidad de que el alumno ya tiene una idea general del Derecho.
- El trabajo en los tres primeros semestres es el fundamental y está basado en lo siguiente:

a. Que los cursos estén debidamente coordinados en su formulación y que los profesores coordinen durante el dictado. En cada área se establecerán los contenidos mínimos comunes y, por encima de ellos, cada profesor añadirá los propios que considere necesarios.
b. Que se haga una lista de temas esenciales que ningún alumno debe dejar saber y que se haga el texto o los materiales correspondientes para que los estudien por sí mismos. Cada profesor hará materiales propios, de considerarlo necesario, para la parte del curso que él mismo diseña.
c. Que los cursos utilicen intensivamente la metodología activa aunque, desde luego, complementada con otras formas de enseñanza, según el profesor y el área lo estimen conveniente.
d. Que el esfuerzo de los profesores sea presentar, siempre y en cada caso, el todo y las partes del Derecho.

e. Que se pida paralelamente, pero como exigencia curricular (en la forma que ahora se hace con el idioma extranjero) un grupo de cursos prácticos sobre procedimientos y documentos (saber comprenderlos o redactarlos) que podrían ser dictados por el Centro de Educación Continua y ofrecerse a nuestros alumnos y a terceros, tanto en época lectiva como en vacaciones. Deben ser cursos evaluados y aprobados.

- Es indispensable un compromiso inicial de los profesores que signifique la obligación de:

a. Coordinar entre sí.
b. Preparar anteladamente el curso.
c. No eximirse del dictado cuando les toque.
d. Comprometerse a compartir los descubrimientos de su experiencia en el dictado con los demás.

3.2. Elementos a tomar en consideración para el contenido de cada curso

Al elaborar el plan de su curso, el profesor debe plantearse qué tratamiento dará a los puntos siguientes:

- Contenidos éticos del tema.
- Contenidos vinculados a la realidad social.
- Contenidos teóricos constituidos esencialmente por la bibliografía que deberá trabajarse.
- Legislación aplicable.
- Contenidos provenientes de la aplicación práctica del Derecho: jurisprudencia, costumbres predominantes, fórmulas convencionales, etc.
- Perspectiva histórica, entendida como los antecedentes que conducen a que el tema sea tratado de una manera determinada.
- La ubicación sistemática del tema dentro del Derecho y de sus diferentes conjuntos.
- Los principios generales sobre la materia.
- La problemática de fuentes del Derecho aplicable.
- La metodología de trabajo del tema, según lo que sea más conveniente pedagógicamente para comprenderlo.

- El razonamiento jurídico que debe utilizarse en el tema, que variará según las materias que se trate.

No todos los elementos antedichos deben figurar en todos los temas del curso, pero será interesante repasarlos para asegurarse de cuándo y con cuáles contenidos deberán ser abordados.

3.3. El plan de estudios

En el primer acápite presentado a continuación, se hace una introducción a las dimensiones metodológicas que supone este plan de estudios y, a continuación, se presenta la secuencia y peso en créditos de los cursos.

3.3.1 Las grandes etapas del plan de estudios

Este plan de estudios tiene tres etapas: los primeros tres ciclos; los ciclos cuarto a sexto, y los ciclos sétimo a noveno.

3.3.1.1 Los primeros tres ciclos

En la concepción de este plan, los primeros tres ciclos son los de formación esencial del alumno en el Derecho. De lo que obtenga aquí dependerá su capacidad profesional futura, principalmente en la comprensión general del Derecho y en su habilidad para el autoaprendizaje.

Se ha previsto pocos cursos por semestre para que la dedicación del alumnos sea concentrada y significativa.

En estos tres primeros ciclos debe tomar los siguientes conocimientos:

- La teoría fundamental del Derecho. Aún cuando metodológicamente se va a trabajar con método activo y con uso intensivo de casos y normas, se espera que cada alumno lea por lo menos trescientas páginas por curso, lo que da un total de más de cinco mil páginas estudiadas para los tres ciclos, teniendo en cuenta que se prevé seis cursos por ciclo.
- La habilidad metodológica de "saber cuál es el problema y dónde hay que buscar la respuesta".

- Manejarse con facilidad en las normas fundamentales: la Constitución, los grandes códigos y las leyes más importantes, entendiendo por todos ellos los que permiten darse una idea general del Derecho positivo.

En estos tres ciclos la enseñanza es totalmente distinta a la que hemos hecho hasta ahora. Los rasgos principales que marcan estas diferencias son:

- El alumno no estudia «especializadamente» partes del Derecho, sino que las estudia necesariamente de manera integrada. El profesor tiene que esforzarse por dar la imagen general del Derecho que enseña, y las relaciones entre sus partes y conceptos, y no debe poner el énfasis en profundizar.
- En la actualidad tratamos de dar al alumno, en cada curso, tanto la visión de la parcela que corresponde a nuestro curso, como toda la profundidad posible del mismo. La idea de estos tres primeros ciclos es que el profesor sacrifique profundidad en virtud de dar la idea general del Derecho.
- La metodología activa es esencial. También los casos y los materiales de enseñanza. Los cursos, más que con exámenes, deben ser calificados con prácticas periódicas que garanticen una evaluación permanente.
- La preparación antelada de los cursos, y la coordinación de esfuerzos entre los profesores de cada ciclo y de cada tipo de materia es esencial.
- Utilizando cifras arbitrarias que sólo permiten dibujar ideas, consideramos que el éxito de estos tres primeros ciclos sólo queda asegurado si el alumno pone dos tercios del esfuerzo fuera de clase y un tercio dentro de ella. Es decir, que dos de cada tres horas de su trabajo en el plan de estudios las hace en su casa, y ello de manera sostenida a lo largo de los tres semestres y en cada curso.

3.3.1.2 Los ciclos cuarto al sexto

Estos ciclos tienen parecido a los primeros seis ciclos del plan de estudios actual, pero es un parecido formal, no sustantivo. Hay que tener en cuenta que, para la mayoría de los cursos de esta parte en el nuevo plan de estudios propuesto, el estudiante ya ha visto las normas

aplicables, ha leído fundamentos y ha trabajado casos. Por consiguiente, los cursos de los ciclos cuarto a sexto son, estrictamente hablando, cursos de profundización.

Estos cursos pueden ser magistrales o con método activo. La decisión correspondiente se tomará en cada caso.

3.3.1.3 Los ciclos sétimo a noveno

Son ciclos de especialización con cursos electivos, y de capacitación en el trabajo con grandes casos jurídicos en los seminarios de integración.

Los cursos electivos son de dos tipos: los que se dictan actualmente como tales, y los obligatorios del plan de estudios vigente que dejan de serlo en el nuevo que se propone. Los profesores deberán ser advertidos que los alumnos vienen con un bagaje de estudios bastante distinto al acostumbrado y que, probablemente, requerirán a sus profesores un trabajo metodológicamente más afinado.

IV. El plan de estudios propuesto

CICLO I

	créditos
Derecho Penal I	3
Derecho Civil I	3
Introducción a las Ciencias Jurídicas	3
Bases Romanistas del Derecho Civil	3
Constitucional y Administrativo I	3
Teoría del Proceso: conflictos y soluciones	3

CICLO II

Destrezas Jurídicas	3
Penal y Procesal Penal II	3
Derecho Civil II	3
Derecho de la Empresa I	3
Personas Jurídicas	3
Constitucional y Administrativo II	3

CICLO III

Penal y Procesal Penal III	3
Procesal Civil I	3
Derecho de la Empresa II	3
Metodología de la investigación jurídica	3
Derecho Internacional Público	3
Sociología del Derecho	3

CICLO IV

Derecho Penal IV	3
Contratos	3
Procesal Civil II	4
Contabilidad	3
Teología	3
Constitucional	3
Acto Jurídico	3

CICLO V

Derechos Reales	3
Sociedades	4
Tributario	4
Laboral	3
Filosofía del Derecho	3
Derecho de Familia	3

CICLO VI

Sucesiones	4
Obligaciones	3
Deontología forense	3
Cursos electivos	9

CICLO VII

Cursos electivos	18

CICLO VIII

Metodología de investigación de tesis	3
Seminario de integración	3
Cursos electivos	12

CICLO IX

Seminario de integración	3
Seminario de integración	3
Cursos electivos	12

ANEXO I

Lista de cursos electivos que se ofrecería.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Derecho administrativo 2
Temas de Derecho administrativo.
Derecho regional.
Derecho municipal.

DERECHO CIVIL

Derecho internacional privado
Garantías.
Contratos típicos I.
Contratos típicos II.
Taller de Derecho civil y Derecho procesal civil
Responsabilidad civil
Temas de Derecho civil
Seminario de propiedad
Derecho del menor
Temas de Derecho civil patrimonial.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Derecho constitucional comparado

Garantías constitucionales
Derechos humanos
Poder Ejecutivo
Temas de Derecho constitucional
Ciencia política
Derecho parlamentario.

DERECHO INTERNACIONAL

Arbitraje comercial nacional e internacional
Temas de Derecho internacional público
Derecho del mar y otros espacios
Sujetos de Derecho internacional
Solución de controversias internacionales
Derecho del comercio internacional
Transacciones internacionales
Derecho de la integración
Introducción al Derecho internacional económico
Derecho de los tratados
Temas de Derecho internacional privado
Relaciones internacionales

DERECHO LABORAL

Seguridad social
Régimen laboral de los trabajadores estatales
Temas de Derecho individual del trabajo
Temas de Derecho colectivo del trabajo
Temas de teoría general del Derecho laboral

DERECHO MERCANTIL

Títulos valores
Propiedad industrial.
Transporte
Concursal

Seguros
Aeronáutico
Bancario
Derecho e la competencia
Derechos de autor
Temas de Derecho mercantil

DERECHO PENAL

Derecho penal III
Medicina legal
Derecho penal económico
Criminología
Derecho de ejecución penal
Temas de Derecho penal
Teoría de la sanción penal

DERECHO PROCESAL

Derecho procesal del trabajo
Derecho procesal civil III
Derecho procesal civil especial
Derecho procesal penal especial
Derecho judicial
Temas de Derecho procesal

DERECHO TRIBUTARIO

Impuesto a la renta
Temas de Derecho tributario
Tributación municipal y regional
Impuestos patrimoniales
Derecho aduanero
Impuesto al consumo

ECONOMIA

Economía

Instituciones financieras
Desarrollo económico
Análisis económico del Derecho
Política fiscal

TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Historia del Derecho peruano
Derecho y desarrollo
Derecho comparado
Derecho Romano
Antropología jurídica
Seminario de investigación 1
Temas de teoría general del Derecho.

VARIOS

Derecho de minería y energía
Gestión empresarial
Derecho cooperativo
Derecho agrario
Seminario mujer y Derecho
Derecho registral y notarial
Negociación y conciliación
Informática jurídica
Derecho del medio ambiente
Derecho urbanístico
Proyección social
Seminario especial
Derecho eclesiástico

ANEXO II

Seminarios de Integración

1. Seminario de integración en Derecho administrativo.
2. Seminario de integración en Derecho civil y procesal civil I.

3. Seminario de integración en Derecho civil y procesal civil II.
4. Seminario de integración en Derecho constitucional.
5. Seminario de integración en Derecho internacional.
6. Seminario de integración en Derecho laboral.
7. Seminario de integración en Derecho mercantil.
8. Seminario de integración en Derecho penal y Derecho procesal penal.
9. Seminario de integración en Derecho tributario.
10. Seminario de integración en teoría general del Derecho.

Discurso por el sesquicentenario de la inmigración china *

Fernando de Trazegnies Granda

I. Las fases de la inmigración.[1]

a. La inmigración de siglo XIX.[2]

Hace ciento cincuenta años, el 15 de octubre de 1849, atracaba en el puerto del Callao la barca danesa *«Frederick Wilhelm»* con setenticinco chinos que venían a trabajar al Perú. Y es así como se da inicio a una intensa actividad migratoria desde China a nuestro país; en la que al menos podemos distinguir dos períodos con características marcadamente diferentes: de un lado, está la inmigración del siglo XIX, que consiste básicamente en la importación por el Perú de mano de obra en condiciones serviles; y, de otro lado, la inmigración del siglo XX, en la que los chinos vienen como inmigrantes libres, algunos con un cierto capital, otros solamente con su buena voluntad y su capacidad de trabajo, para iniciar una nueva vida en el Perú.

La primera inmigración duró desde 1849 hasta 1874; aunque hablando estrictamente, esa inmigración tiene a su vez dos períodos: el primero entre 1849 y 1856, año en el que Ramón Castilla prohibe el

* Dado el 20 de octubre de 1999, en el Congreso de la República del Perú.

1 Los datos que no tienen una nota específica de pie de página han sido tomados de Fernando de Trazegnies: **En el País de las Colinas de Arena.** 2 v. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

2 Sobre este tema, se recomienda especialmente -además del libro indicado en la nota primera- la lectura de Watt Stewart: **La servidumbre china en el Perú. Una historia de los culíes chinos en el Perú 1849-1874.** Lima: Mosca Azul Editores, 1976. Asimismo, Humberto Rodríguez Pastor: **Hijos del Celeste Imperio en el Perú (1850-1900). Migración, agricultura, mentalidad, explotación.** Lima: Instituto de Apoyo Agrario, 1979.

ingreso de asiáticos al país; el segundo entre el 18 de marzo de 1861 (en que se autoriza nuevamente esta inmigración) y el 2 de junio de 1874 (en que llega el último barco chinero, después de que la colonia portuguesa de Macao prohibe la emigración por su puerto de chinos *coolies*).

Parece indudable que los setenticinco chinos que llegaron en 1849 no eran los primeros inmigrantes de ese país en el Perú. Todo hace pensar que ya en el Virreinato, algunos chinos arribaron a nuestras costas en los barcos que hacían el comercio con Manila. En el Padrón que manda hacer el Marqués de Montes Claros en 1613, encontramos a treintiocho personas que residen en Lima y a quienes se les atribuye ser «indios de la China»[3]. Es probable que muchos de ellos fueran propiamente filipinos; pero es probable también que algunos de ellos fueran efectivamente chinos embarcados en Manila. Sin embargo, consideramos el año de 1849 como fecha de inicio de la inmigración sistemática y masiva.

En realidad, la inmigración sistemática venía siendo considerada como una posibilidad desde mediados de la década de 1840. En 1845 se había iniciado un proceso migratorio de chinos a Cuba. En el Perú, si bien había existido un contacto con el Asia durante la época del Virreinato a través de las expediciones que partieron del Callao, es recién en 1841 que un barco peruano llega a las costas de China para hacer negocios. Y a partir de ese momento hay cada vez más contactos comerciales. Es probable que los hombres de negocios peruanos se hayan enterado en los puertos chinos de esta nueva modalidad que había desarrollado Cuba para conseguir mano de obra. Es así como surgió la idea de hacer lo mismo desde el Perú. En 1847, el diputado Manuel E. de la Torre presentó a la Cámara un proyecto de ley de inmigración por el que el Estado podía convenir con capitalistas privados para que actuaran como casas importadoras de mano de obra: los inmigrantes estarían exentos de impuestos y, al término de su contrato, recibirían 25 acres de terreno para que se instalaran como colonos. Pero este proyecto fue rechazado.

Domingo Elías, hombre público con un gran poder político pero también un sagaz inversionista, advirtió que la inmigración podía

3 Fernán Alayza Alves-Olivera: «Chinos en el Perú Virreinal», en **La República**. Lima, 15 de octubre de 1999.

convertirse en un gran negocio dado el apremio de mano de obra que existía en la agricultura peruana y la gran cantidad de inmigrantes que podían traerse. Gracias a sus influencias, consiguió que el Congreso aprobara el 17 de noviembre de 1849 una Ley de Inmigración -posiblemente redactada por él mismo- que otorgaba un subsidio por chino inmigrante en favor de quienes se encargaban de traerlos. Pero esta ley tenía dos elementos verdaderamente extraordinarios. De un lado, si bien uno de sus artículos hablaba de la posibilidad de que existieran importadores subsidiados, otro de sus artículos establece un monopolio de la importación de chinos en favor de Domingo Elías y de su socio. De otro lado, la seguridad de Elías en su poder político lo había llevado a adelantarse y a encargar setenticinco chinos que debían llegar inmediatamente después de la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, la ley se retrasó hasta noviembre y la barca *«Frederick Wilhelm»* llegó, como hemos dicho, el 15 de octubre con los chinos de Elías. Entonces este obtuvo que se introdujera en último momento un artículo en la ley por el que se declaraba expresamente que esos setenticinco chinos estaban comprendidos retroactivamente en ella y que a Domingo Elías le correspondía el subsidio establecido.

Don Domingo Elías colocó un agente en Hong Kong para que se encargara de reclutar y embarcar chinos. El privilegio otorgado en su favor no duró mucho y pronto otras personas entraron en el negocio y colocaron a su vez agentes en China. Cuando Inglaterra prohibe la exportación de trabajadores serviles por Hong-Kong, estos agentes pasan a establecerse en Macao.

Los chinos eran contratados como *coolies*, lo que implicaba condiciones de trabajo muy duras y prácticas deshonestas tanto en la contratación como en la vida diaria en el centro laboral. Aprovechándose de la pobreza de los chinos, éstos eran convencidos con afirmaciones falaces sobre el brillante porvenir que les esperaba en el Perú. Cuando años más tarde la inmigración se incrementó hasta alcanzar proporciones realmente extraordinarias, los agentes organizaron una red nefasta de reclutamiento a fin de satisfacer las crecientes demandas de los importadores peruanos. El sistema tenía varios niveles de subreclutadores, de manera que cada nivel pagaba una comisión al reclutador del nivel inferior por conseguirle un chino; en la cúspide estaba el agente peruano, pero los reclutadores de los niveles inferiores eran todos chinos. Los procedimientos que se utilizaron para el engan-

che fueron en su gran mayoría dolosos: la intimidación, la seducción a través de una noche de juerga cuyos gastos el juerguista no podría pagar al despertar el día siguiente, el secuestro en los caminos de China. Incluso se dice que algunos mandarines comunicaban a las autoridades políticas superiores que el verdugo se había encargado de ejecutar a los que habían sido tomados prisioneros al debelar la revolución del Taiping pero, en realidad, vendían tales prisioneros a los agentes peruanos.

El transporte desde China hasta el Callao tenía lugar en condiciones pavorosas. La navegación se hacía en embarcaciones a vela: bergantines, goletas, pero principalmente en barcas y fragatas. Los pequeños bergantines y goletas tenían apenas alrededor de 200 toneladas de registro, mientras que las barcas alcanzaban 500 toneladas y las fragatas hasta 1,500. Obviamente, la cantidad de chinos que venía por buque era diferente según su tamaño. Así podemos ver que los barcos pequeños traían entre cien y ciento cincuenta inmigrantes mientras que los grandes promediaban ochocientos chinos por viaje. A su vez, la duración del viaje dependía del tipo de embarcación: una fragata podía hacer la travesía en 90 días, mientras que un pequeño bergantín podía tardar 6 meses. El *record* de velocidad lo tuvo la fragata *«Hertwarth»* que puso sólo 72 días transportando 626 chinos. Por su parte, el *record* de duración lo tuvo la barca *«Falcon»* que, transportando 249 culíes, puso 190 días entre Macao y El Callao.

Estos barcos eran en su gran mayoría italianos y franceses, pero hubo también un 30% que usó bandera peruana y muchos más de diferentes banderas como salvadoreña, portuguesa, danesa, alemana, rusa, y otras. Sin embargo, la bandera quiere decir poco respecto de su verdadera nacionalidad, debido a que los barcos las cambiaban según las ventajas tributarias del momento. Es así como, hacia 1868, todos querían ser salvadoreños. Pero parecería que la mayor parte de estos barcos «chineros» fueron de propiedad de italianos.

La navegación en el siglo XIX era, en general, muy peligrosa tanto para los tripulantes como para los pasajeros ya que no existían las condiciones de seguridad, higiene, alimentación y comodidad de un barco moderno. La ausencia de sistemas de refrigeración hacía que los alimentos fueran escasos, monótonos y, por regla general, se deterioraban mucho durante el viaje. El estado de la medicina no permitía controlar fácilmente las enfermedades, en especial cuando asumían

características de epidemia. Podemos imaginar, entonces, cómo estos peligros aumentaban en barcos donde se transportaba a la gente hacinada y donde no se tenía el menor respeto por el pasajero porque era considerado simplemente como carga. Esto dio lugar a que la mortalidad durante la travesía fuera exorbitante. Encontramos algunos barcos que exceden el 50% de mortalidad, como el de la barca *Ligure*, de propiedad del italiano Rocco Pratolongo, donde fallece el 70% de los pasajeros y además se ve obligada a dejar 54 chinos abandonados en Tahití. Hay también casos excepcionales de una mortalidad mínima, como el de la «*Frederick Wilhelm*» en la que no muere un solo pasajero. En general, durante los primeros años de la inmigración hay un porcentaje de mortalidad bastante bajo, que apenas alcanza al 2%. En cambio, cuando el transporte se vuelve masivo, la mayor parte de los barcos tiene una mortalidad que fluctúa entre el 25% y el 30%; sin perjuicio de que un buen número de viajes registren todavía una mortalidad inferior al 3% y algunos inferior al 1%.

Llegados al Callao, los consignatarios o importadores procedían a transferir a los chinos a sus nuevos patrones. Para este efecto, aquellos que no habían venido por pedido especial de una persona determinada eran sacados a remate en el barco. Dado que la esclavitud estaba prohibida, no se transfería al inmigrante como persona sino el contrato de ocho años que ese inmigrante había firmado. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, se colocaba al cuello del inmigrante el número de su contrata, de manera que los posibles compradores del contrato podían examinarlo a su gusto para comprobar si era satisfactorio físicamente para el duro trabajo que le esperaba. Producido el remate, el contrato era endosado al nuevo amo.

Las labores para las que estaba destinado el inmigrante eran, al principio, tanto la agricultura como el infierno de la extracción del guano. Sin embargo, el Estado peruano prohibió después que los chinos fueran utilizados en las islas guaneras, pues morían en grandes cantidades debido a la insalubridad de la extracción. Hacia el final de esta inmigración del siglo XIX, la construcción de ferrocarriles fue otra actividad que recibió notablemente el apoyo de la mano de obra china, junto con la agricultura.

Las condiciones laborales eran muy severas y los chinos estaban prácticamente prisioneros en la hacienda, donde todas las noches eran encerrados en el galpón para evitar fugas. Es importante notar que se

trataba de contratos irrescindibles. En consecuencia, el chino no podía abandonar el trabajo antes de terminado el plazo de la contrata, como puede hacerlo cualquier trabajador actualmente mereciendo únicamente sanciones pecuniarias en caso de no haber cumplido con el plazo del contrato. Si el chino quería dejar de trabajar para un patrón, esto era considerado como una fuga; y la policía del Estado o también ciertas personas especializadas se encargaban de capturarlo y devolverlo a su patrón. Es por ello que, aun cuando estaban sujetos a contrato y a una remuneración, puede decirse figurativamente que era un régimen de semi-esclavitud.

Vencidos los ocho años de trabajo, los contratos casi siempre serán muchas veces renovados; hasta el punto que se ha encontrado algunos *coolies* que estaban más de 30 años al servicio del mismo patrón. Estas renovaciones obedecían a veces al interés mutuo del patrón y del inmigrante chino. Si el patrón quisiera sustituir al chino cuya contrata había vencido por otro chino recién llegado de Macao, habría tenido que pagar 500 pesos a un importador para que le transfiera la contrata; en cambio, para conseguir la renovación, bastaba pagarle 150 pesos al propio chino para que se reenganche, lo que era un costo bastante menor. Por su parte, para el inmigrante chino este trato podía resultar conveniente, porque la suma de 150 pesos era mucho dinero y podía constituir un ahorro que le serviría como capital para comenzar algún negocio al término de su nueva contrata. Sin embargo, en muchos otros casos, la recontrata era impuesta por el patrón al chino sin pagarle nada, recurriendo a un sinnúmero de argucias; fundamentalmente, utilizaba el argumento de que no podía abandonar la hacienda mientras no hubiera cumplido con el íntegro del pago de las deudas que tenía ese trabajador con el tambo de propiedad de la misma hacienda.

En esta forma llegaron al Perú cerca de 100,000 chinos en 25 años, entre 1849 y 1874. El mayor número llegó entre 1861 y 1874, cuando la ley peruana reabrió el negocio chinero después de la prohibición. El año *record* fue el de 1872, en el que llegaron más de 13,000 chinos. Una pregunta que todos nos hacemos ante la magnitud de esta inmigración y las características de ella es ¿por qué se produjo? Para que una operación de esta naturaleza tenga éxito se requiere conjugar un interés o necesidad de los hacendados peruanos (que fueron quienes en su mayor parte acogieron la mano de obra china), un interés

o necesidad de los mismos chinos y un interés de los importadores que hicieron el puente entre esos otros dos intereses o necesidades. Examinemos rápidamente estas tres perspectivas.

Los hacendados peruanos requerían mano de obra para sus campos. Como dijo algún autor de la época, la agricultura peruana se parecía a la Venus de Milo: bella, pero sin brazos. La agitación militar causada por las guerras de la Independencia primero y por las luchas entre caudillos políticos después, desarticuló el sistema agrícola creando una gran inseguridad en el campo. Las tropas que pasaban por las haciendas reclutaban forzosamente a los trabajadores, por lo que éstos preferían huir a las alturas y permanecer en sitios escondidos antes que trabajar en la actividad agrícola regular. Por otra parte, la abolición de la esclavitud creó una falta de brazos debido a que no habían trabajadores libres disponibles que pudieran reemplazarlos. La población serrana del Perú no estaba dispuesta a bajar a trabajar en los campos de azúcar y algodón de la Costa, porque prefería continuar apegada a sus pequeñas parcelas -pobres, pero propias- de las alturas y también por los riesgos de enrolamiento obligatorio que existían en la Costa. En consecuencia, cuando el hacendado peruano tomó conocimiento de que Cuba estaba importando chinos para solucionar un problema similar, no vaciló en hacer lo mismo.

Por el lado de China encontramos una situación muy complicada que obliga a muchos chinos a emigrar a pesar de estar legalmente prohibida y ser sancionada con la muerte si se capturaba a la persona. De un lado, la China Imperial había tenido un crecimiento de población desorbitado entre el siglo XVIII y el siglo XIX. Sin embargo, no había tenido un crecimiento productivo similar porque la decadencia de una civilización humanista había llevado a privilegiar de tal manera la poesía, la caligrafía y la administración que se había producido un descuido total de la ciencia y la tecnología. A todo ello se agrega que China acababa de pasar por una revolución tan exótica como violenta: el Taiping que, bajo la dirección de un supuesto iluminado quien decía que Cristo se le había aparecido, había declarado una encarnizada guerra santa contra el Imperio a nombre del futuro Reino Celestial de la Gran Paz. La represión había sido tan feroz como la revolución; y un gran número de campesinos estaba siendo perseguido para ser ejecutado, por lo que huían de sus comarcas hacia los puertos para tratar de embarcarse con algún destino desconocido. De esta manera, la pobre-

za, la inseguridad y el miedo, fueron un caldo de cultivo adecuado para la seducción o para la intimidación del reclutador al servicio de los importadores peruanos de chinos.

Por último, ¿qué ganaban estos importadores? ¿qué tan bueno era el negocio? Felizmente, hemos podido obtener información documental para estudiar la manera como concebía el negocio uno de los primeros importadores, allá por el año de 1856, cuando todavía no se había llegado al auge de la década del setenta con grandes y poderosas casas introductoras de chinos. Este primer importador era, en realidad, el propietario de un buque de cabotaje. Pero un día se decide a enviarlo a China y, para ello, hace sus cálculos de previsiones en una simple hoja de papel de notas. Ahí podemos ver que el barco no va vacío a China sino que lleva cobre en barras y algodón para vender en ese país. Para el regreso, este armador calcula que el barco puede traer -más o menos con la misma rentabilidad- sea arroz, sea chinos. Estos cálculos arrojan una ganancia probable de 55,000 pesos; cifra que es confirmada por otras fuentes. Si recordamos que en esa época el peso peruano es equivalente al dólar y que estamos hablando de 55,000 dólares de hace 150 años, podremos tener una idea de las cuantiosas utilidades y de la magnitud del negocio que representaba la trata chinera.

Uno de los aspectos que me interesa destacar especialmente es la evolución que tiene esta creciente comunidad china en su proceso de integración dentro de la sociedad peruana. La limitación que les impone la diferencia de idioma y de costumbres es bastante grave en un primer momento y ello los hace aún más dependientes de sus patrones. Sin embargo, su capacidad de trabajo, su sentido de superación, su deseo de sobrevivir en un ambiente para ellos inhóspito e incluso hostil, los lleva a dejar atrás las épocas del trabajo servil en el campo y a formar parte de la vida peruana.

Los chinos que vienen como *coolies* son exclusivamente hombres en edad de trabajar. Venían para prestar servicios rudos, de modo que los importadores no se preocupaban de traer mujeres, niños ni ancianos. Esto hizo que los chinos buscaran sus parejas dentro de esa amplia gama de mestizaje que tiene el Perú, contribuyendo con características asiáticas a las nuevas mezclas que constituyen la población nacional del Perú de hoy. De esta manera, ya en la segunda generación, los descendientes de estos chinos eran tanto o más peruanos que chinos: tenían sangre peruana, se habían criado dentro del marco de

la cultura peruana y consideraban al Perú como su patria con igual derecho que cualquier otro peruano.

Terminado finalmente el plazo de la contrata, el chino se dirigía a Lima o a una ciudad próxima de la hacienda donde había trabajado e instalaba un pequeño negocio. Cuando los chinos se quedaban cerca de la hacienda, se convertían usualmente en los proveedores de ella a fin de procurarles un sinnúmero de productos locales ... incluyendo mano de obra china. Middendorf cuenta que en Casma, las tiendas de la calle principal eran de italianos o de chinos; y que las de éstos últimos parecían mejores. Muchos chinos abrieron fondas, agrupándose incluso varios de ellos a fin de reunir el capital necesario para hacerlo. Otros, con un ahorro mayor, abrían una pulpería. Cuando las cosas se presentaban mejor, se instalaban en el Barrio Chino y se dedicaban a la importación y comercialización de productos asiáticos. Un buen número era prestamista, lo que les permitía reunir el capital para hacer después inversiones en otros negocios. De manera que todos esos *coolies* que llegaron en condiciones precarias y sometidos a los patrones, lograron independizarse sobre la base de su propio esfuerzo y se dedicaron a pequeños negocios, asegurando su vida libre.

Middendorf hace un comentario al respecto que deja muy bien a los chinos pero, lamentablemente, algo mal a los peruanos. Nos dice: «Los chinos que han vivido largo tiempo en el Perú y que ahora son hombres libres, se encuentran muy a gusto en el país, ya que gracias a su laboriosidad como a su sentido económico, y además entre tantos ociosos y derrochadores, han podido progresar y adquirir fortuna con mucha más facilidad que en su patria».[4]

b. La inmigración del siglo XX.

La inmigración del siglo XIX fue, pues, básicamente de trabajadores *coolies.* Sin embargo, hacia fines de siglo comenzaron a llegar además inmigrantes chinos independientes que pretendían cubrir el mercado de productos y servicios que requería la comunidad china en el Perú. Dado que esta comunidad había crecido en una forma tan extraordinaria, se hacía necesario que ella contara con proveedores del mismo origen.

4 E. W. Middendorf: Perú. **Observaciones y estudios del país y sus habitantes durante una permanencia de 25 años.** Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973, p. 212.

Es así como alrededor del año de 1870 vemos que dentro de la comunidad china hay respetados representantes de los gremios de Cantón y de Fukién. También observamos en los periódicos de la época una gran cantidad de avisos de herbolarios chinos y sabemos que los hubo en tal número que provocaron los celos del gremio médico, el que se encargó de perseguirlos por ejercicio ilegal de la medicina. Nos quedan algunas fotografías de estos herbolarios en las que se puede apreciar que son gente de fortuna y de una cierta educación, vestidos en forma tradicional con costosas sedas chinas y situados en un ambiente en el que se observan muebles lujosos. Es verdad que muchas veces el fotógrafo prestaba todo el decorado. Sin embargo, está comprobado que efectivamente muchos de esos chinos hicieron fortuna y vivieron en un ambiente chino de calidad. Además, estas fotografías eran tomadas por Courret, que era el fotógrafo de las clases altas limeñas.

Hacia fines de siglo encontramos algunos chinos como propietarios y arrendatarios de haciendas, los que a su vez utilizaban a otros chinos como trabajadores. Por ejemplo, una parte de la hacienda azucarera Pucalá fue arrendada a la firma china Wing On Tay y Cía., la que tenía contratados a más de 100 chinos libres. Lo mismo sucedió con la hacienda de la testamentaría del señor Ausejo.

Como consecuencia positiva del Tratado con China de 1874 que establecía barreras jurídicas a la trata de chinos enganchados, en el siglo XX la inmigración ya fue solamente de personas independientes que venían al Perú sea para contratarse libremente, sea para poner algún negocio cuya magnitud podía variar en función del capital (usualmente modesto) del inmigrante.

Y es en esta forma como la comunidad china en el Perú se reconstituye íntegramente en el siglo XX con antiguos *coolies* que habían terminado su contrata y que tenían algún ahorro, y con nuevos inmigrantes libres. Estos nuevos grupos se asientan en diferentes partes del país, incluyendo, la selva y la sierra. La actividad de esta nueva comunidad china se orienta fundamentalmente al comercio.

Isabelle Lausent[5] ha explicado de manera muy interesante este proceso de reconstitución en la localidad de Aco, una pequeña población

5 Isabelle Lausent: **Pequeña propiedad, poder y economía de mercado. Acos, valle de Chancay.** Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Instituto francés de Estudios Andinos, 1983.

de la parte alta de la quebrada de Chancay, que es un ejemplo típico de este proceso. Los chinos llegan al pueblo y se convierten en los comerciantes principales de la región. Hay que recordar que durante la época del auge *coolie*, los chinos, avergonzándose de su diferencia, habían tratado de pasar desapercibidos en medio de la población peruana, castellanizando sus apellidos o aceptando el apellido del dueño de la hacienda en la que trabajaban y procurando (infructuosamente) mimetizarse con la población peruana. En cambio, en el nuevo período que se inicia a fines del siglo pasado al que me refiero ahora, los chinos y sus descendientes fortalecen sus raíces y tradiciones ancestrales. Los hijos de *coolies* recuperan muchas veces sus nombres chinos, agregándolos a los apellidos españoles que habían recibido o sustituyendo directamente esos apellidos ajenos por los propios. Asimismo, se regresa a la idea de la familia extendida y del clan familiar. Y, lo que es muy interesante, la comunidad china como un todo siente que como tal tiene también una suerte de parentesco común. Es sintomático el papel que juega el bautismo en ese proceso. Durante el período de la inmigración *coolie*, muchos chinos habían sido bautizados y usualmente el padrino era el dueño de la hacienda. En cambio, a partir de la recuperación de su dignidad cultural, los chinos buscan como padrinos a otros chinos; lo que contribuye a extender la idea de familia en el interior de la comunidad.

Este sentido familiar que renace se institucionaliza a través de diversos tipos de asociaciones. Ya en el siglo XIX se habían creado las primeras sociedades de beneficencia chinas, formadas por los chinos libres. Esta tendencia se va a hacer más fuerte en el siglo XX, al punto que aun en las pequeñas localidades los chinos se organizan en clubes o hermandades. Por otra parte, si bien en la época anterior los chinos -que normalmente habían llegado sin mujer al Perú- tomaban como parejas a mujeres mestizas, a partir de entonces refuerzan sus vinculaciones matrimoniales dentro del grupo cultural, de manera que los viudos y los recién llegados ya no se casan sino con descendientes de chinos.

En el plano económico, los comerciantes chinos asocian sus intereses y tienden a hacer negocios solamente entre ellos; los no chinos son simplemente clientes. Aún más estrictamente, el negocio asume muchas veces un marco familiar cerrado. En estos casos, solamente los parientes inmediatos son incluidos y es el más anciano quien ejerce

tanto la autoridad familiar como también la dirección comercial de la empresa. El papel de esta autoridad va mucho más allá del ámbito económico pues tiene además -y quizá sobre todo- la responsabilidad de velar porque el grupo familiar se mantenga unido y porque se transmitan las tradiciones de generación en generación.

A todo ello se agrega un cierto regreso a los cultos ancestrales, que muchos de los chinos bautizados y profundamente católicos no los consideran incompatibles con su nueva religión. Es así como puede verse nuevamente en las casas las lámparas votivas en homenaje de los antepasados y se hace popular la veneración al llamado San Acón. Este personaje -que, ciertamente, no se encuentra en el santoral cristiano- resulta un caso curioso de sincretismo religioso. No es fácil determinar el origen de este culto. Sin embargo, con las referencias de miembros de la comunidad china, parecería que se trata de Kuang Kong, un guerrero legendario del Sur de la China, al que el Emperador Amarillo consideró como un modelo de vida por su coraje, su fidelidad y su respeto por los principios de la organización familiar, ordenando que se construyesen templos en su honor. El pueblo divinizó a este personaje, quien se convirtió en la deidad de la valentía, del comercio y del hogar. En el Perú y con la influencia del cristianismo, Kuang Kong habría pasado a ser San Acón y se convirtió en el patrón de la colonia china.

Como puede apreciarse, durante esta fase, que cubre una buena parte del siglo XX, la comunidad china hace un esfuerzo por reencontrarse a sí misma. No quiere perderse o diluirse dentro de la cultura del país en el que se ha instalado sino que intenta afirmar su propia identidad para, una vez reconstituida ésta, asociarse e integrarse maduramente como un todo cultural organizado y no simplemente como individuos aislados que se diluyen dentro de una comunidad cultural ajena. Sin embargo, dada la difícil situación pasada en la época anterior, esta afirmación de los elementos comunes asume un carácter defensivo que se manifiesta en un intento de encierro dentro de sus propios límites, precisamente con el objeto de marcar esos límites que son el fundamento de su identidad cultural.

Hacia fines del siglo XX, una vez obtenida la seguridad en su propia raíz y recobrada la dignidad de origen, esa actitud cerrada se vuelve menos necesaria. Entonces observamos que los chinos y descendientes de chinos se abren nuevamente hacia el resto del país: los miem-

bros de la comunidad china se casan otra vez con personas que no tienen ascendencia china, intervienen activamente y exitosamente en el mundo de los negocios, se comprometen en el servicio al país asumiendo diversas funciones públicas.

2. Los aportes de la comunidad china al Perú

Después de esta breve reseña de esa historia valiente y exitosa de la comunidad china en el Perú, cabe preguntarnos: ¿qué nos han aportado los chinos? Durante estos ciento cincuenta años de presencia en el Perú, ¿cómo han contribuido al desarrollo de este país?

Quizá uno de los aportes más importantes que han hecho los chinos y del cual los peruanos hemos estado generalmente poco concientes y hemos sido poco agradecidos, ha sido la contribución decisiva que efectuaron en el siglo pasado para la construcción del Perú del siglo XX.

Es preciso no olvidar que el Perú encuentra la posibilidad de su independencia económica e inicia su desarrollo con la agricultura de plantación. Las primeras fuentes de producción en el siglo pasado no son todavía las minas sino el cultivo y exportación del algodón y del azúcar. Y esta actividad crucial en la historia económica del Perú hubiera sido imposible sin el esfuerzo y el trabajo sacrificado de los chinos. Sin esa mano de obra, sin el sudor que los chinos ofrendaron al pueblo peruano, la agricultura de plantación no hubiera podido desarrollarse y hubiéramos entrado al siglo XX en otras condiciones. Recordemos que, en buena medida, los primeros bancos surgen de la agricultura y basan sus operaciones en la actividad económica generada por la agricultura. El otro pilar del negocio bancario estaba constituido en la extracción y venta del guano, actividad en la que, a pesar de las prohibiciones gubernamentales, la mano de obra china fue también esencial. De otro lado, la red de pequeños comerciantes que establece la comunidad china moviliza un gran número de productos y da vida a la economía en la escala local. Por consiguiente, esos aportes del trabajo chino y de la mentalidad comercial del chino están en la base misma de la relativa modernización y desarrollo económico que nos introduce en el presente siglo.

Juan de Arona -que como sabemos era Pedro Paz Soldán y Unanue- es uno de los pocos que reconoce estos aportes fundamentales de los

chinos, a los cuales agrega además otros aportes culturales interesantes. Escribiendo todavía en el siglo pasado decía que los inmigrantes chinos «hinchieron [*sic*] de una población laboriosa y flotante los valles y las haciendas de la Costa, que llevaban su iniciativa industrial hasta los puntos más internos de la sierra y aún de la montaña, que determinaron el gran auge agrícola que por varios años disfrutó el Perú, que introdujeron multitud de menudas y nuevas industrias, que lo abaratan todo, y que debido a ello y sus fonditas de ínfimos precios, se acostumbró nuestra plebe a comer en manteles y a usar cubiertos y vasos»[6].

En el aspecto cultural y social, encontramos también aportes significativos. En primer lugar, el Perú se ha enriquecido con la contribución académica de algunos distinguidos miembros de la comunidad china, tales como el intelectual Pedro Zulen, como el filósofo Víctor Li-Carrillo, como Emilio Choy en el campo de la Historia, Siu Kam-Wen en la novela y Eugenio Chang Rodríguez en la Lingüística. En la política hemos tenido también la participación de la comunidad china a nivel de ministros de Estado, como Pedro Guimoye, como Víctor Joy Way, numerosos congresistas y funcionarios. Los descendientes de chinos están presentes de manera destacada en todos los aspectos de la vida peruana, en el mundo de los negocios, del arte, de la ciencia y del deporte.

Y también en la vida cotidiana del Perú de hoy encontramos gratas huellas del aporte de los inmigrantes chinos. Ante todo, la cocina china en el Perú ha pasado a formar parte de las costumbres peruanas: este es un caso interesante de integración sin pérdida de identidad cultural; es decir, el chifa sigue siendo chino aunque es una institución perfectamente peruana. Pero además, estoy seguro de que la influencia de la exquisitez de la cocina china ha marcado el paladar de los peruanos y las exigencias peruanas por la buena mesa. En muchos casos, los chinos que estaban cumpliendo su contrata en una hacienda eran traídos por el patrón a su casa en la ciudad para que sirvieran de cocineros. Ese chino cocinaba platos europeos y peruanos; pero ponía en ello el buen gusto, el sibaritismo y el afán de perfección de la cocina china.

6 Juan de Arona: **La inmigración en el Perú. Monografía histórico-crítica** [1891]. Lima: Academia Diplomática del Perú, 1971, p. 89.

De esta manera, el Perú fue adquiriendo una cultura gastronómica que hoy día es una característica relevante de nuestro país. Esa fama que el Perú tiene hoy de su buena cocina se la debe en buena parte, pienso, a los cocineros chinos de fines del siglo pasado.

Estas huellas gratas y profundamente marcadas en la vida del pueblo peruano se encuentran también a nivel de la infancia. ¿Quién no ha utilizado alguna vez en su vida el juego de *Yan-quen-pó* para «regir» una situación, para escoger el primero a quien le toca jugar o para dirimir un empate? ¿Quién no ha enfrentado la piedra a la tijera y el papel a la piedra o la tijera al papel? Pues se trata sencillamente del *Pau-Jien-Tap*, juego muy popular también entre los niños chinos y lleva ese nombre en la China porque «*pau*» significa envolver, «*jien*» significa tijera y «*tap*» significa martillo. Como puede apreciarse la única variación (irrelevante) entre uno y otro juego está en que en el Perú el martillo se convierte en piedra. Ignoro la razón por la que el nombre de este juego chino se transformó en *Yan-quen-pó* en el Perú; palabra que, por lo demás, también tiene una sonoridad china.

Un elemento altamente positivo que se deriva de la fuerte presencia china en el Perú es que constituye un puente para el acercamiento con el Oriente y, en particular, con la China misma.

No cabe duda que en el mundo de los próximos años, China jugará un papel cada vez más importante dentro de la política y de la economía mundial. Después de haber permanecido durante algunos siglos en una situación marginal, el Asia está volviendo a despertar. Y, lo que es muy interesante, después de que Occidente ensayó por mucho tiempo occidentalizarla como condición para integrarse dentro de la economía mundial, ahora resulta claro que el modelo que se propone el Asia ya no es el de Occidente sino la realización de una civilización propia que, aprovechando las ventajas tecnológicas y científicas occidentales, conserve un espíritu propio. En consecuencia, el Asia -y, en particular, la China- crece y madura no como occidental sino como una civilización propia, con sus propios valores culturales, que se siente igual a la occidental y exige ser tratada en la misma forma. Nos encontramos, entonces, ante un movimiento histórico que, abandonando las propuestas de una universalidad homógenea, busca afirmar la especificidad de cada civilización no con el objeto de aislarla sino de relacionarse con las otras sin perder su identidad: la globalización no es una uniformización sino una articulación de las diferencias.

En este proceso de reconocimiento y aceptación de la diversidad mundial y, consecuentemente, de descentramiento y multipolaridad, América Latina tiene que consolidarse también como una civilización propia y, a su vez, conservando siempre sus vínculos tradicionales con Occidente, establecer relaciones con las demás civilizaciones, entre las que el Asia ocupa obviamente un lugar preponderante.

Ahora bien, si aceptamos esta perspectiva del futuro, el Perú encuentra una ventaja importante dentro de ese contexto por el hecho de que Asia no le es extraña ya que los descendientes de los inmigrantes asiáticos hacen que el Perú tenga un vínculo constitutivo con ese continente. Para los peruanos, China no es simplemente un país exótico y distante sino que ha sido parte de nuestra vida desde nuestra infancia. Desde niños aprendimos que China no se encontraba al otro lado del mundo sino muy cerca de nuestras casas, en la esquina de la cuadra, en esa pequeña tienda donde una atenta y risueña familia de ojos rasgados nos regalaba caramelos y donde se compraban un sinnúmero de artículos que se necesitaban en nuestros hogares. Para los chinos, por otra parte, el Perú es un país que alberga una significativa comunidad de paisanos y, lo que es más importante, que está constituido por un número enorme de descendientes de chinos que son ahora peruanos pero que tienen sin duda un entroncamiento ancestral con China. De manera que, a pesar de las inmensas dificultades que existen en la comunicación entre dos civilizaciones, el Perú tiene un puente tendido en sus relaciones con la China gracias a esos inmigrantes que se han integrado dentro de la peruanidad sin perder el contacto con sus raíces.

Como puede verse, la inmigración china nos ha dado muchos aspectos positivos. Pero, ¿en qué medida esos aportes son realmente importantes? Desde mi punto de vista, se trata de aportes fundamentales; y utilizo este adjetivo en el sentido de que fundamentan el Perú de hoy, es decir, tienen una relevancia tal que sin ellos el Perú no sería lo que es.

La historia es una sucesión de hechos y de estados dinámicos que dependen uno del otro: antes de que las cosas sucedan, no existe un camino predeterminado sino un marco de opciones. Pero cuando las cosas han pasado, esa sucesión de opciones históricamente adoptadas se fundamentan unas a otras porque son condición unas de otras.

Por eso podemos decir que sin el esfuerzo chino, el Perú de hoy sería distinto; consecuentemente, la presencia china no ha sido un elemento meramente circunstancial en la historia peruana sino que ha contribuido a hacer esa historia, a crear ese Perú.

3. El desagravio

Debemos mucho, entonces, a esos chinos que valientemente cruzaron el más grande de los mares para vivir mejor y contribuir a la vida mejor de otros pueblos.

Les debemos su aporte a la economía nacional, les debemos su contribución a la cultura peruana, les debemos quizá nuestro refinamiento culinario, les debemos interesantes posibilidades de futuro, les debemos muchas cosas.

Pero mas allá de todo ello, les debemos también un desagravio. Dije hace unos días, en la presentación de la edición en chino de mi novela sobre este tema, que la historia de la inmigración china en el Perú del siglo pasado es dolorosa para los actuales descendientes de esos inmigrantes, porque les recuerda que existió una época en la que sus abuelos fueron maltratados, afrentados y vejados por los peruanos de entonces. Pero resulta también dolorosa para los descendientes de esos peruanos porque nos recuerda la vergüenza de lo que nuestros abuelos hicieron con los chinos inmigrantes.

Y agregué que una buena relación no puede construirse sobre una herida que simplemente ha sido ocultada en lo profundo del alma del heridor y del herido: es preciso reconocerla, limpiarla y sanarla. El herido debe curar su herida y olvidarla; y el heridor debe reconocer la ofensa que ha cometido, arrepentirse de ella y abrirle los brazos al herido. Es sólo con este acto primordial de honestidad que las manos tendidas recíprocamente por heridor y herido podrán apretarse de corazón, transformando una relación que fue inicua en una unión fraterna.

Es por ello que se requiere de un acto de purificación que permita a los peruanos de hoy, descendientes y no descendientes de chinos, liberarnos definitivamente de un pasado que hoy todos quisiéramos que no hubiera ocurrido. Sólo después de esa purificación, como dice Li Tai Po,

«La túnica puede frotarse muchas veces,
Sin el menor miedo de ensuciarse con el polvo.»

Y yo quisiera que hoy, a los ciento cincuenta años del inicio de esa valerosa y sacrificada inmigración, este acto solemne en el Congreso de la República, constituya un reconocimiento de nuestra culpa y a la vez un homenaje cálido y agradecido a la comunidad china y, muy en particular a esos primeros chinos que abrieron el difícil camino de la integración.

Crónica de Claustro

Convenios y Relaciones Internacionales

- En 1998 se suscribieron convenios de colaboración con la Universidad Pompeu Fabra, de Barcelona, España; y con la Universidad Católica de Quito, Ecuador.
- El Rectorado de nuestra Universidad celebró Convenio con la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Buenos Aires, Argentina a fin de establecer mecanismos de intercambio e información jurídica entre ambas.
- La Facultad participó representada por su Decano, Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, en la fundación de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL), que tuvo lugar en el marco de la XII Conferencia de Facultades de Derecho, que se realizó en Bogotá, Colombia, del 11 al 13 de noviembre. El Dr. Zolezzi fue elegido como uno de los cinco vice presidentes de dicha Asociación.

Cursos

- CURSO DE ACTUALIZACIÓN: «LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y SUS IMPLICANCIAS TRIBUTARIAS».

Del 30 de marzo al 08 de abril. Organizado por la Facultad de Derecho y la Revista de Estudiantes de la Facultad de Derecho "THEMIS".

- **CURSO SUPERIOR DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN DE CONCILIADORES.** Del 07 de noviembre al 01 de diciembre. Organizado por la Facultad de Derecho e IPRECON (Instituto Peruano de Conflictos, Negociación y Mediación).

Seminarios

- **SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: 50 AÑOS DE LA DECLARATORIA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.** Del 09 al 12 de noviembre de 1998, organizado por la Facultad de Derecho y THEMIS Revista de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.
  - **Expositores nacionales:** Dr. Fernando de Trazegnies Granda, Dr. Domingo García Belaunde, Dr. Francisco Eguiguren Praeli, Dr. Samuel Abad Yupanqui, Dr. Jorge Santisteban de Noriega, Dr. Ernesto de la Jara, Dr. Diego García Sayán, Dr. Carlos Caro Coria, Dra. Rocío Villanueva Flores, Dra. Beatriz Boza Dibós,
  - **Expositores extranjeros:** Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Dr. Oscar Puccinelli Parucci, Dr. Diego Iturralde Guerrero, Dr. Hans Landolt.

Congresos

- **III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL: MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.** Del 24 y el 28 de agosto de 1998, bajo la organización de nuestra Facultad y la Universidad de Salamanca (España) y con el auspicio del Roosevelt Hotel & Suites, THEMIS Revista de Derecho de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP y Gaceta Jurídica.
  - **Expositores nacionales:** Dr. Felipe Villavicencio Terreros, Dr. José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, Dr. Carlos Caro Coria, Dr. Manuel Abanto Vásquez, Dr. César San Martín Castro, Dr. Pablo Sánchez Velarde, Dr. Julio Mazuelos, Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Dr. Roger Yon Ruesta, Dr. Luis Alberto Bramont Arias.

- Expositores internacionales: Dr. José Ramón Serrano-Pidecasas Fernández, Dr. Javier de León Villalba, Dr. John Vervaele, Dra. Laura Zuñiga, Dr. Alvaro Orlando Pérez-Pinzón, Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

- **III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL.** Del 14 al 17 de setiembre, organizado por la Facultad de Derecho, bajo el auspicio de Cía. de Minas Buenaventura, Grupo Huachipa, Instituto Italiano de Cultura y Ius Et Veritas (Revista de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP).
  - **Expositores nacionales:** Dr. Jorge Avendaño Valdez, Dr. Carlos Fernandez Sessarego, Dr. Hugo Forno Flores, Dr. Juan Espinoza Espinoza, Dr. Eduardo Benavides, Dr. Alfredo Bullard Gonzáles, Dr. Gastón Fernández Cruz, Dr. Jack Biggio Chrem, Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, Dr. Felipe Osterling Parodi, Dr. Fernando Vidal Ramirez.
  - **Expositores internacionales:** Dr. Pietro Rescigno, Dra. Luciana Caella Pisu, Dr. Massimo Franzoni, Dr. Phillippe Malaurie, Dr. Roberto Vázquez Ferreyra.

Eventos académicos

- **Ceremonia por el 30° Aniversario del Programa de la Reforma de la Educación Jurídica (PUCP-Universidad de Wisconsin)**, se llevó a cabo el 03 de junio en el Auditorio de la Facultad, con la participación del Dr. Kenneth Davis, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin.

- **Coloquio Peruano Suizo «150 años de la Constitución Suiza».** Del 21 al 22 de setiembre. Organizado por la Facultad de Derecho y la Universidad de Friburgo, con la colaboración de la Embajada Suiza.
  - **Expositores nacionales:** Dr. Miguel de Althaus, Dr. Domingo García Belaunde, Dr. Aníbal Quiroga León, Dr. José Hurtado Pozo, Dr. César San Martín, Dr. Javier Iguíñiz.
  - **Expositor extranjero:** Dr. Gerard Aschinger.

- **Invitación del Vicerrectorado de Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz**

- Nuestra Facultad de Derecho fue distinguida por primera vez por el Vicerrectorado de Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz, España, a cargo de la Dra. Felicidad Rodríguez, con la invitación cursada al Dr. Aníbal Quiroga León, Profesor Principal, a fin de dictar una serie de clases magistrales sobre el «Sistema Comparado de Justicia Constitucional», dentro de la Especialidad del Derecho Procesal Constitucional, en el mes de febrero, en la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (Cádiz), bajo la corresponsalía del Dr. Miguel Revenga Sánchez, Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en dicha Facultad.

Doctor Honoris Causa

- El Dr. Rafael Caldera, Presidente de Venezuela y uno de los más importantes gestores del Acuerdo de Cartagena recibió de la comunidad universitaria el título de Doctor Honoris Causa, en una sentida ceremonia llevada a cabo en el Auditorio de nuestra Facultad, donde el discurso de orden estuvo a cargo del Dr. Mario Pasco Cosmópolis.

Distinciones a profesores

- Los drs. Fernando de Trazegnies Granda, Mario Pasco Cosmópolis y Armando Zolezzi Möller fueron elegidos vocales del Tribunal de ética del Consejo de la Prensa Peruana.

Elecciones nuevas autoridades

- El martes 30 de marzo de 1999 se llevó a cabo la elección de los nuevos integrantes del Consejo de la Facultad, resultando elegidos los profesores: Armando Zolezzi Möller, Javier de Belaunde López de Romaña, César Guzmán Barrón Sobrevilla, Javier Neves Mujica, René Ortiz Caballero, Gastón Fernández Cruz, Elvira Méndez Chang, José Ugaz Sánchez Moreno y Mario Ferrari Quiñe. Ellos, al lado de los Representantes Estudiantiles SS. Milko Briones Quispe, Fernando Silva La Rosa, Liliana Avellaneda Rojas y Gonzalo Raúl Amer Ramello, elegidos por sus compañeros, conformarán el Consejo de la Facultad en el período comprendido entre 1999 y el 2002.

- El miércoles 07 de abril de 1999 se llevó a cabo la Junta de Profesores para la elección del Decano de la Facultad, resultando elegido en dicho cargo el Dr. Armando Zolezzi Möller, Profesor Principal de la Facultad y especialista en Derecho Tributario, Maestro universitario de antigua data y quien también desempeñará dicho cargo hasta el 2002.

Proyección Social en Derecho

Consultorios Jurídicos

- Los cuatro consultorios jurídicos ubicados en El Cercado, Carmen de la Legua, Campus Universitario y Chorrillos continuaron brindando los servicios de orientación legal, seguimiento de procesos judiciales y conciliaciones.
  Prevención Legal
- La capacitación en temas de derecho y la difusión de los derechos de los niños y adolescentes, labores que desarrolla esta área, continuaron realizándose en cuatro centros educativos de la ciudad, ubicados en los distritos de Breña, Callao, y Chorrillos.

Difusión Legal

- La labor de difusión a través del programa Derecho y Realidad que trasmite Radio Programas del Perú se realizó con el tratamiento de los siguientes temas: Referendum y otras formas de participación ciudadana, Documento Nacional de Identidad, Derecho a vacaciones, Defensoría del Pueblo, El Desalojo en el Derecho Procesal, Derecho al voto, Créditos de consumo, Publicidad engañosa, y Conciliación

Proyecto Especial Penal de «Santa Mónica»

- Con el apoyo del prestigioso Estudio Benites, Mercado & Ugaz-Abogados, que ha destacado un abogado egregsado de nuestra Facultad de Derechos a fin de que preste colaboración en los casos que el grupo de alumnos adscritos a dicho proyecto viene prestando en el Penal de Mujeres de «Santa Mónica» (Chorrillos), donde en el

presente año ya se ha podido atender de modo desinteresado 39 casos.

Proyecto de Expansión

- Con la participación de los representantes de las cuatro universidades que forman el Consorcio, se ha empezado a realizar labores de apoyo en el Proyecto Casa Carrillo Maúrtua de la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

Actividades Institucionales

- Se llevó a cabo el IV Concurso Derecho y Realidad.
- Del 02 al 04 de noviembre se desarrolló el **Seminario sobre el tema Resolución de Conflictos en materia de servicios públicos**, con la participación de profesores de nuestra Facultad.

****

Abogados graduados con tesis y con mención sobresaliente (enero 1998- marzo 1999)

Luis Arturo Lanegra Sánchez
Fecha: 04-03-98
Tesis: «El nuevo orden internacional y el sistema de naciones unidas una visión crítica sobre la autodeterminación de los pueblos»
Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. César Candela y Dra. Ana Ampuero.

Guillermo Roberto Calderón Valverde
Fecha: 12-03-98
Tesis: «El contrato de factoring»
Jurado: Dr. César Guzmán-Barrón, Dr. Luis Pizarro, Dr. César Candela.

Iván Fabio Meini Méndez
Fecha: .26-03-98
Tesis: «La responsabilidad penal de las peiisonas jurídicas»
Jurado: Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Dr. Roger Yon Ruesta y Dr. Luis Alberto Bramont -Arias Torres.

José Antonio Tirado Barrera
Fecha: 13-04-98
Tesis: «El control jurisdiccional de los actos parlamentarios»
Jurado: Dr. Francisco Eguiguren, Dr. Samuel Abad y Dr. Jorge Danós.

Patricia Victoria Gamboa Vilela
Fecha: 16-04-98
Tesis: «Examen de registrabilidad de marcas y lemas comerciales»
Jurado: Dr. Baldo Kresalja, Dr. Enrique Bardales y Dra. Carmen Arana

Amílcar Adolfo Mendoza Luna
Fecha: 11-08-98
Tesis: «Desmaterializacion de valores mobiliarios: rol de Cavali ICLV S.A. una aproximacion juridica al caso de la negociación de acciones de rueda de bolsa»
Jurado: Dr. Jorge Ramírez, Carmen Arana y Dra. Cayetana Aljovín.

Roland Piero Denegri Aguirre
Fecha: 27-O8-98
Tesis: «El principio de estopel en la jurisdiprudencia arbitral y de la Corte Internacional de Justicia: un ejercicio juridico hipotetico de aplicación al diferendo demarcatorio peruano ecuatoriano»
Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. Juan José Ruda y Dra. Ana Ampuero.

José Antonio de la Puente León
Fecha: 11-09-98
Tesis: «El dumping en el marco de la libre competencia»
Jurado: Dr. Alfredo Bullard, Dr. Luis Diez Canseco y Dr. Sergio Salinas

Irma Milagros Araníbar Borgoño
Fecha: 15-12-98
Tesis: «Del regimen aduanero del Drawback al procedimiento de resstitucion simplificada de derechos arancelarios como mecanismos de promocion a las exportaciones no-tradicionales»
Jurado: Dr. César Guzmán-Barrón, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y Dr. José Luis Sorogastúa.

Margarita María Díaz Picasso
Fecha: 20-01-99
Tesis: «El rol del padre en el derecho peruano»
Jurado: Dr. Roger Rodríguez Iturri, Dr. Enrique Bardales y Dra. Emilia Bustamante

Abogados graduados con expedientes y con mención sobresaliente (enero 1998 - marzo 1999)

Silvia Patricia Benavente Donayre
Fecha: 28-1-98
Expedientes: Administrativo (Competencia) y Civil (Divorcio)
Jurado: Dr. Juan Morales Godo, Dr. Alfredo Tapia, Dr. José Juan Haro

Joselyn Hilda Olaechea Flores
Fecha: 11-05-98
Expedientes: Administrativo (Competencia) y Constitucional (Acción de Amparo).
Jurado: Dr. Aníbal Quiroga León, Dr. Alfredo Bullard y Dr. Jorge Danós

Carmen Luz Portugal Delgado de la Flor
Fecha: 17.06.98
Expedientes: Civil (Divorcio) y Administrativo.
Jurado: Dr. Roger Rodríguez Iturri, Dra. Verónica Zambrano y Dr. Alfredo Tapia.

Sandra Mariela Sevillano Chávez
Fecha: 14-08-98
Expedientes: Constitucional (Amparo) y Laboral (Calificación de Despido)
Jurado: Dr. Javier Neves, Dr. Jorge Danós y Dr. Francisco Ruiz de Castilla.

Alfonso Montoya Stahl
Fecha: 17-8-98
Expedientes: Administrativo (Nulidad de Oficio) y Civil (Impugnación de Acuerdos Societarios).
Jurado: Dr. Alfredo Bullard, Dr. Guillermo Pacheco y Dr. Sergio Salinas.

Aída Del Pilar Santillán Meza
Fecha: 13-11-98
Expedientes: Tributario (Nº 2299-96) y Civil (Reales).
Jurado: Dr. Jorge Avendaño, Dr. Armando Zolezzi y Dra. Mónica Byrne.

Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich
Fecha: 09-12-98
Expedientes: Civil (Arbitral) y Administrativo (Competencia)
Jurado: Dr. Jorge Ramírez, Dr. José Antonio Delmar Lissa y Dr. José Juan Haro

Carlos Fernández-Dávila Winkler
Fecha: 14-12-98
Expedientes: Civil (Interdicto) y Administrativo (Marcas).
Jurado: Dr. Carlos Montoya, Dr. Wilfredo Garcia-Noriega y Dr. Martin Mejorada.

Manuel Alberto Fumagalli Drago
Fecha: 05-03-99
Expedientes: Civil (Desalojo) y Administrativo (Competencia).
Jurado: Dr. Miguel Torres, Dr. Martín Mejorada y Dr. José Juan Haro.

De los autores

ROBERT S. BARKER: Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Duquesne; Profesor Adjunto de la Universidad de Pittsburg desde 1980. Vice-Presidente de la Academia de Derecho Internacional Comparado. Presidente del Directorio de la Asociación del Colegio Interamericano de Abogados, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Pennsylvannia y de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ha realizado diversos trabajos y ensayos relativos al sistema de justicia latinoamericano.

MARÍA CONSUELO BARLETTA VILLARÁN : Abogada y Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Post-título en «Derechos, Justicia y Políticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia» en la Universidad Diego Portales en Santiago. Actualmente se encuentra cursando su Maestría en Gerencia Social en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA: Abogada y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho y en la Facultad de Educación de la misma universidad. Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Coordinadora Ejecutiva del «Programa de atención a menores escolarizados con ocupación temprana», ejecutado por el COPUID (Comité Técnico de Prevención del Uso Indebido de Drogas) del Ministerio de Educación. Especializado en Derecho de Familia.

MIGUEL DE LA LAMA EGGERSTEDT: Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ExSecretario Académico de la Facultad de Derecho (1980-1985). Actual Funcionario del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sede Ginebra. Especializado en Derecho Internacional Público y Privado.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado, Ex-Decano (1976-1987) y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua. Ministro de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores.

FREDDY ESCOBAR ROZAS: Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-Profesor de la Academia de la Magistratura. Ha participado como expositor en distintas conferencias y seminarios sobre derecho civil. Ha escrito diversos artículos sobre Derecho civil y mercantil. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. Jefe del Área de Contratos de Telefónica del Perú S.A.A.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA : Abogado y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especializado en Derecho Civil.

JOSE JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ : Doctor en Derecho. Profesor en el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Asociación Española de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Miembro de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Miembro del Instituto Español de Estu-

dios Estratégicos del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Especializado en Derecho Constitucional.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: Doctor en Derecho y Profesor Principal de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: Doctor en Derecho y Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Directivo y fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia y Universidad Autónoma de México. Profesor Honorario de la Universidad de San Agustín (Arequipa-Perú). Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Derecho Político de la Universidad Católica del Rosario y de la Universidad de La Plata. Especializado en Derecho Constitucional.

BRYANT G. GARTH: Abogado de la Universidad de Yale. Director del American Bar Foundation con sede en Chicago, Illinois, EEUU. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

ANTONIO GIDI: Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bahía, Brasil, Maestría y Doctorado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil. Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania, Derecho Procesal Civil Comprado. Relator Asistente del Proyecto de Normas Transnacionales del Proceso Civil en el American Law Institute.

GORKI GONZALES MANTILLA: Abogado y Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Maestría de Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Escuela de Graduandos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil y doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario Académico a.i. de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Principal en dicha Facultad de Derecho. Fundador y miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Internacional Económico. Fundador y miembro del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO). Fundador y secretario del Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho del Comercio Internacional. Miembro del Comité Nacional de la Cámara de Comercio Internacional de París. Director del Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consejo Editorial de la Revista «DERECHO PUC».

GEOFFREY C. HAZARD JR. Profesor de Derecho Procesal Civil y de Ética Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania (Filadelfia), Ex-profesor en las Universidades de Yale (New Haven) y de Berkeley (California). Director Emérito del *American Law Institute* (ALI). Autor de numerosos libros y artículos sobre el Derecho Procesal Civil y sobre la Ética Profesional, siendo en la actualidad uno de los más respetados juristas norteamericanos. Posee una gran experiencia práctica, académica y legislativa, habiendo sido el principal responsable (Relator) de la redacción del *«Restatement (second) of Judgments» del American Law Institute*, y de las *«Model Rules of Professional Conduct»* del *American Bar Association.* Miembro de la Comisión designada por la Suprema Corte Federal encargada de la Propuesta de Reforma y Perfeccionamiento del Proceso Civil en los Estados Unidos *(Advisory Committee on Civil Rules).*

EDUARDO HERNANDO NIETO: Bachiller en Derecho y Profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Mayor de San Marcos y de la Academia Diplomática. Estudios de postgrado en Teoría Política en la Universidad de Exeter (Inglaterra). Master en Teoría Social y Política de la Universidad de East Anglia (Norwich, Inglaterra). Doctor en Filosofía en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

JAVIER LA ROSA CALLE: Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Economía y Relaciones Laborales en la Universidad Católica. Profesor del curso de Negociación y Conciliación en la Facultad de Derecho de la Universi-

dad Católica. Director de Proyectos del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación - IPRECON-.

CARLOS MATHEUS LÓPEZ: Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Profesor en dicha Facultad de Derecho. Profesor de la Academia de la Magistratura. Profesor de la Universidad Particular de Chimbote.

IVÁN FABIO MEINI MENDEZ: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor en dicha Facultad de Derecho. Doctorando y becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI); Docente adscrito al Area Penal de la Facultad de Derecho de Cádiz.

ALONSO MORALES ACOSTA: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Post-Grado (Maestría) en la mención de Derecho Civil y Comercial en la Universidad de San Marcos. Consultor de la Organización Internacional para las Migraciones (O.I.M). Arbitro del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor Titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Especializado en Derecho Mercantil.

IVÁN ORMAECHEA CHOQUE: Abogado. Master en relaciones internacionales con especialización en Resolución de Conflictos por la Syracuse University de Nueva York - USA. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Graduados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (IPRECON). Especializado en Negociación, Conciliación y Resolución de Conflictos.

ANÍBAL QUIROGA LEÓN: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Principal en dicha Facultad de Derecho. Doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI-AECI)(1983-1985). Ex-Profesor Asociado de la Maestría en Derecho Constitucional Económico de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima. Ex-Vocal Suplente

de la Corte Superior de Justicia de Lima (1990-1996). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. ExSecretario Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Arbitraje.

MIGUEL REALE: Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo. Fundador y director del Instituto Brasileño de Filosofía. Ex rector de la Universidad de Sao Paulo, Brasil.

NELSON REYES RÍOS: Doctor en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Profesor en la Universidad Mayor de San Marcos. Experto en Derecho de Familia.

MARCIAL RUBIO CORREA: Doctor en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vice-Rector Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de dicha Facultad de Derecho. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Civil.

ROSELY E. SHIRAKAWA OKUMA: Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado estudios de especialización en la Universidad de Hiroshima, Japón. Asesora Legal y responsable del área de capacitación del Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ANÍBAL SIERRALTA RÍOS: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor en dicha Facultad. Estudios de Economía y Administración de Empresas. Post-Grado en Comercio Internacional en universidades de país y del extranjero. Ha sido Director Fundador del Instituto Peruano de Derecho de Comercio Internacional y del Instituto Peruano de Ciencias Políticas y Sociales (CIENPOS). Secretario General y Asesor Principal de Empresas Públicas EPSA, ENAFER-PERU, ENCI. Funcionario Inter-

nacional de la Organización de Estados Americanos (OEA), Centro Interamericano de Comercialización (CICOM), de la Fundación Getulio Vargas (Río de Janeiro).

CHRISTIAN STEIN CÁRDENAS: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor en dicha Facultad. Estudios de Especialización en gestión y capacitación de Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos en la Universidad de Harvard y en el Centro de Promoción Educativa de la Universidad Cayetano Heredia. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Calificado como Especialista Internacional VNU, Monitor de Derechos Humanos.

MICHELE TARUFFO: Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia, Italia; Cursos de Instituciones del Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal del Trabajo. Profesor Visitante en la Universidad de Cornell, en los Estados Unidos. Autor de diversos artículos sobre el Derecho Procesal Civil Comparado, la Motivación de la Sentencia, los Recursos y la Teoría de la Prueba. Recientemente ha publicado, en co-autoría, un texto sobre Curso de Derecho Procesal Civil. También es Director del Instituto de Derecho Procesal Civil Comparado.

CARLOS RENZO VIGO CARRILLO: Estudiante de Noveno Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Conciliador en materia de Familia acreditado por el Ministerio de Justicia. Miembro del Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CARLOS R. VELANDIA S.: Abogado. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa María. Comisionado en representación del Ministerio del Interior y Justicia para la Coordinación y Organización del XIV Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. Presidente de la Asociación de Registradores Subalternos de Venezuela.

ELENA MARÍA VIVAR MORALES: Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesora en

dicha Facultad. Estudios de Maestría con mención en Derecho Civil en la misma Universidad. Desde 1990 es miembro del staff de investigaciones del Instituto Libertad y Democracia. Ha sido jefa del Área de Saneamiento Legal de Predios en el Proyecto Banco Mundial –ILD Registro Predial. Coordinadora de la Sección de Derecho del Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especializada en Derecho Registral y Notarial.

JOHNY ZAS FRIZ BURGA: Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Investigador Asociado del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Profesor en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría en Renovación Urbana de la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Artes de la Universidad de Ingeniería. Consultor en la Defensoría del Pueblo.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA.- Es doctor en Derecho (Universidad Católica). Realizó estudios de postgrado en la Universidad de Wisconsin. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Decano de dicha Facultad entre 1993 y Marzo de 1999. Investigador visitante de la Universidad Stanford y Profesor Visitante de la Universidad Central de Venezuela.

SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN: Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesora en dicha Facultad. Especializada en Derecho Civil (Acto Jurídico) y Derecho de los Contratos. Tiene diversas publicaciones en revistas especializadas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Anthropológica

Suscripción	US$	14.40
Número Suelto	US$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US$	14.42
Canadá y U.S.A.	US$	17.50
Europa	US$	19.80
Asia y Africa	US$	22.88
Envío vía superficie a cualquier destino:	US$	5.00

Boletín del Instituto Riva-Agüero
Debates en Sociología
Derecho
Espacio y Desarrollo
Pensamiento Constitucional

Suscripción	US$	14.40
Número Suelto	US$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US$	8.00
Canadá y U.S.A.	US$	9.50
Europa	US$	10.50
Asia y Africa	US$	12.00
Envío vía superficie a cualquier destino:	US$	4.00

EDICIONES SEMESTRALES

Areté
Economía
Educación
Histórica
Lexis
Pro Mathemática
Revista de Psicología
Revista de Química

Suscripción	US$	24.00
Número Suelto	US$	15.00

Envío aéreo certificado:	Suscripción	Número suelto
América Latina	US$ 9.00	US$ 4.50
Canadá y U.S.A.	US$ 10.00	US$ 5.00
Europa	US$ 11.00	US$ 5.50
Asia y Africa	US$ 13.00	US$ 6.50
Envío vía superficie a cualquier destino:	US$ 4.00	US$ 2.00

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
Teléf. 424-8104 / 332-3229 Fax: 424-1582
Junio 2000 Lima - Perú

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LATINOAMÉRICA: DEL CONTROL POLÍTICO A LA APARICIÓN DE LOS PRIMEROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES / Francisco Fernández Segado

LA AUTONOMÍA POLÍTICA Y SUS ELEMENTOS. UNA INTRODUCCIÓN CONCEPTUAL PARA EL ESTUDIO DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES / Jhonny Zas Friz Burga

EL FEDERALISMO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS ESTADOS UNIDOS / Robert S. Barker

HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE Y UN CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL / Kai Ambos

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS : LOS MECANISMOS EXTRACONVENCIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS / Miguel de La Lama

FRANZ KLEIN, MAURO CAPELLETTI, AND THE MISSION OF COMPARATIVE PROCEDURAL SCHOLARS / FRANZ KLEIN, MAURO CAPPELLETTI Y LA MISIÓN DE LOS CULTORES DEL DERECHO PROCESAL COMPARADO / Bryant G. Garth

CIVIL LITIGATION WITHOUT FRONTIERS: HARMONIZATION AND UNIFICATION OF PROCEDURAL LAW / LITIGIO CIVIL SIN FRONTERAS: ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL / Geoffrey C. Hazard Jr.

APRESENTAÇÃO AO PROJETO ÀS NORMAS TRANSNACIONAIS DE PROCESSO CIVIL / PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE NORMAS TRANSNACIONALES DEL PROCESO CIVIL / Antonio Gidi

DISCUSSION DRAFT Nº 1 «TRANSNATIONAL RULES OF CIVIL PROCEDURE» / PROYECTO DE NORMAS TRANSNACIONALES DEL PROCESO CIVIL / Geoffrey C. Hazard Jr. y Michele Taruffo

LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO / Lorenzo Zolezzi Ibárcena

LA CASACIÓN CIVIL: MITO Y REALIDAD. PROYECTO DE LEY MODIFICATORIO / Aníbal Quiroga León

BREVES NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN / Carlos Alberto Matheus López

DERECHO ALIMENTARIO EN EL PERÚ: PROPUESTA PARA DESFORMALIZAR EL PROCESO / Nelson Reyes Ríos

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA FAMILIAR / Carmen Julia Cabello Matamala

LA PROTECCIÓN DEL ACCIONISTA MINORITARIO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS / Alonso Morales Acosta

MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL PERUANO Y VENEZOLANO. BALANCE Y PERSPECTIVAS / Elena Vivar Morales y Carlos Velandia Sánchez

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LA EMPRESA POR COMPORTAMIENTOS OMISIVOS. EL DEBER DE GARANTE DEL EMPRESARIO FRENTE A LOS HECHOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS / Iván Fabio Meini Méndez

EL ADOLESCENTE INFRACTOR: DE MENOR A PANDILLERO / María Barletta Villarán

NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO: LA DESTREZA LEGAL / Shoschana Zusman Tinman

ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO Y ENSEÑANZA DEL DERECHO: PARADIGMAS Y UTOPÍAS / Gorki Gonzales Mantilla

PROYECTO DE NUEVO SISTEMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ / Marcial Rubio Correa

DISCURSO POR EL SESQUICENTENARIO DE LA INMIGRACIÓN CHINA / Fernando de Trazegnies Granda

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ