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

DERECHO puc

SUMARIO

AMENAZAS JUDICIALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA
Carlos Ayala Corao

EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO
Giancarlo Rolla

EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DESCENTRALIZADO EN ITALIA Y ESPAÑA
Francisco Fernández Segado

REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA OPOSICIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO
Héctor Fix-Zamudio

DERECHOS HUMANOS: DESARROLLO Y CIRCUNSTANCIA
Sergio García Ramírez

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA DESDE LA PERSPECTIVA DE UN JURISTA ESPAÑOL
Miguel Revenga Sánchez

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANÍA NACIONAL
Mara Gómez

INICIATIVAS PARA LA FORMULACIÓN DE NORMAS UNIFORMES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL
Antonio Gidi

PRINCIPIOS Y NORMAS DEL PROCESO CIVIL TRANSNACIONAL
Geoffrey Hazard y otros

Nº 54

Nº 54, diciembre de 2001

DERECHO pucp

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

Número 54 Diciembre 2001

Consejo Editorial

Editor General
ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Principal*

CÉSAR GUZMÁN BARRÓN, *Profesor Principal*
JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ MORENO, *Profesor Asociado*
FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, *Profesor Auxiliar*
ERIC FRANCO REGJO, *Representante Estudiantil*

MARIELLA TRUJILLO WÜRTTELE, *Secretaria, Profesora*

DERECHO-PUC

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

Copyright © 2002 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

Armando Zolezzi Möller, *Decano*
Francisco Eguiguren Praeli, *Jefe del Departamento Académico de Derecho*
Elvira Méndez Chang, *Directora de Estudios*
Enrique Ferrand Rubini, *Secretario Académico*

Consejo de Facultad

Armando Zolezzi Möller, *Decano*
Javier de Belaunde López de Romaña
César Guzmán Barrón Sobrevilla
Javier Neves Mujica
René Ortiz Caballero
Elvira Méndez Chang
José Carlos Ugaz Sánchez Moreno
Mario Ferrari Quiñe

Tercio Estudiantil

Rodolfo Miranda Miranda
Alejandro Morales Bolognesi
Alfonso Rebaza González

DERECHO puc

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

Número 54 Diciembre 2001

Contenido V

Presentación 1

Artículos

Amenazas judiciales a la libertad de expresión en Venezuela
AYALA CORAO, Carlos 7

El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo
ROLLA, Giancarlo 63

El procedimiento legislativo descentralizado en Italia y España
FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco 85

Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano
FIX-ZAMUDIO, Héctor 141

Derechos Humanos: desarrollo y circunstancia
GARCÍA RAMÍREZ, Sergio 177

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde la perspectiva de un jurista español
REVENGA SÁNCHEZ, Miguel 217

La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional
GÓMEZ, Mara 229

Iniciativas para la formulación de normas uniformes en el ámbito del Derecho procesal civil internacional
GIDI, Antonio 245

Principios y normas del Proceso Civil Transnacional
HAZARD, Geoffrey y otros 253

¿Qué es «ser» persona para el Derecho?
FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos 289

El Arbitraje Internacional: análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana
QUIROGA LEÓN, Aníbal
TRUJILLO WÜRTTELE, Mariella 335

La Responsabilidad Civil
VIDAL RAMÍREZ, Fernando 389

Divorcio ¿remedio en el Perú?
CABELLO MATAMALA, Carmen Julia 401

La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano
CARO CORIA, Dino Carlos 419

Misceláneas

Discurso del Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la ceremonia del Doctorado *Honoris Causa* al Doctor Héctor Fix-Zamudio
LERNER FEBRES, Salomón 475

Discurso con motivo de la incorporación del Doctor Héctor Fix Zamudio como Doctor *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú
GARCÍA BELAUNDE, Domingo 481

Semblanza del Doctor Héctor Fix- Zamudio
EGUIGUREN PRAELI, Francisco 487

Discurso de agradecimiento por el Título de Doctor *Honoris Causa* que le confirió la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
FIX-ZAMUDIO, Héctor 489

Discurso con ocasión de la Instalación de la Comisión de la Verdad y Anexos
LERNER FEBRES, Salomón 493

Discurso por el día del Juez, 04 de agosto del 2001
ORTIZ BERNARDINI, Luis 503

Crónica de Claustro 511

Abogados graduados con expediente con mención sobresaliente 515

Abogados graduados con tesis con mención sobresaliente 519

De los autores 521

PROFESORES ORDINARIOS 2001

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
Fernando de Trazegnies Granda

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
César Landa Arroyo
Enrique Lastres Berninzon
Humberto Medrano Cornejo
Elvira Méndez Chang
Carlos Montoya Anguerry
Javier Neves Mujica
Enrique Normand Sparks
René Ortiz Caballero
Felipe Osterling Parodi
Valentín Paniagua Corazao
Mario Pasco Cosmópolis
Víctor Prado Saldarriaga
Aníbal Quiroga León
Jorge Ramírez Díaz
Delia Revoredo Marsano
Roger Rodríguez Iturri
Marcial Rubio Correa
Ricardo Váscones Vega
Jorge Vega Velasco
Guillermo Velaochaga Miranda
Fausto Viale Salazar
Fernando Vidal Ramírez
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Armando Zolezzi Möller

Asociados

Samuel Abad Yupanqui
Benjamín Aguilar Llanos
Walter Albán Peralta
Jack Batievsky Spack
Enrique Becerra Palomino
Jack Bigio Chrem
Guillermo Boza Pró
Alfredo Bullard González
José Alberto Bustamante Belaunde
Raúl Canelo Rabanal
Mario Castillo Freyre
Juan Carlos Cortés Carcelén
Jorge Danós Ordóñez
Miguel de la Lama Eggerstedt
Gastón Fernández Cruz
Mario Ferrari Quiñe
Hugo Forno Flórez
Diego García Sayán Larrabure
Gorki Gonzales Mantilla
Guillermo Gulman Checa
José Hurtado Pozo
Rogelio Llerena Quevedo
César Luna Victoria León
Edgardo Mercado Neumann
Juan Federico Monroy Gálvez
José Morales Urresti
Francisco Moreyra García Sayán
Fabián Novak Talavera
Antonio Peña Jumpa
Beatriz Ramacciotti de Cubas
Ana Teresa Revilla Vergara
Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León
Julio Salas Sánchez
César San Martín Castro
Alejandro Solís Espinoza

Miguel Torres Méndez
José Carlos Ugaz Sánchez Moreno
César Valega García
Felipe Villavicencio Terreros
Susana Zusman Tinman

Auxiliares

Luis Felipe Almenara Bryson
María del Carmen Arana Courrejoles
Francisco Avendaño Arana
Armando Benavides Torres
Luis Alberto Bramont Arias Torres
Carmen Julia Cabello Matamala
Fernando Cantuarias Salaverry
Carlos Caro Coria
María Antonieta Delgado Menéndez
María del Carmen Delgado Menéndez
Eloy Espinosa Saldaña Barrera
Juan Espinoza Espinoza
Guillermo Fernández Maldonado Castro
Lourdes Flores Nano
Albert Alex Forsyth Solari
Pierre Foy Valencia
Fernando García Granara
Armando Guevara Gil
Juan Hernández Gazzo
Ricardo Herrera Vásquez
Iván Jara Flores
Guillermo Lohmann Luca de Tena
David Lovatón Palacios
Fabricio Medrano García
Jorge Alfredo Melo Vega Castro
Juan Eulogio Morales Godo
Jorge Muñiz Zíches
César Ochoa Cardich

Arsenio Oré Guardia
Iván Ormachea Choque
Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Enrique Palacios Pareja
César Eliseo Pérez Vásquez
Luis Pizarro Aranguren
Jorge Price Masalías
Víctor Raúl Ramírez Vásquez
Mario Rodríguez Hurtado
Juan José Ruda Santolaria
Elizabeth Salmón Gárate
Sandra Sevillano Chávez
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Casteñeda
Lizardo Taboada Córdova
Jorge Toyama Miyagusuku
Ana Velazco Lozada
María del Rocío Villanueva Flores
Carlos Villavicencio Ríos
Luis Vinatea Recoba

Presentación

Ponemos a su disposición en esta ocasión la edición N° 54 de nuestra Revista «DERECHO PUC», correspondiente a diciembre del 2001, y que constituye el órgano oficial de publicación y difusión de las labores de investigación de los Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, en este número le entregamos importantes colaboraciones recibidas de Profesores extranjeros, así como de profesores de otras Facultades de Derecho de nuestro país, y de jóvenes investigadores.

Creemos que nuestro objetivo de incentivar la investigación académica y estrechar los vínculos entre nuestra Facultad y otras Facultades de Derecho tanto nacionales como extranjeras se viene cumpliendo desde hace algunos números, siendo ésta la sexta edición que se encuentra a nuestro cuidado. Nos enorgullece, asimismo, poder informarles que a la fecha «DERECHO PUC» se encuentra ya en las principales bibliotecas universitarias del país, y del mundo, habiendo podido lograr que se incluya en importantes centros de investigación como el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, la Biblioteca del UNIDROIT en Roma, y la Biblioteca de diversas universidades españolas, argentinas, italianas, norteamericanas, etc. Creemos con todo fundamento que la difusión de nuestra Revista, y con ello el pensamiento y los trabajos de investigación de nuestros Profesores, podrá llegar ahora a importantes centros académicos, y ello nos hace sentirnos orgullosos del trabajo que venimos realizando.

Esta edición de «DERECHO PUC» que ponemos a su disposición ha sido elaborada nuevamente con el concurso de nuestro Consejo Editorial, integrado por los Señores Doctores César Guzmán Barrón, Pro-

fesor Principal, José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, Profesor Asociado, y Francisco Avendaño Arana, Profesor Auxiliar, a quienes los ha asistido con toda diligencia como Secretaria del Consejo Editorial la Señorita Doctora Mariella Trujillo Württele, Profesora de nuestra Facultad.

Nuevamente, quisiéramos agradecer de modo especial y resaltar el invalorable apoyo que permanentemente hemos recibido del Fondo Editorial de nuestra Universidad, pues sin éste no podríamos llegar a ustedes con esta realidad y calidad. En especial nuestra gratitud a cada uno de sus directivos y miembros, especialmente al Lcdo. Dante Antoniolli, Secretario Ejecutivo del Fondo Editorial de nuestra Universidad, quien permanentemente nos brinda el necesario apoyo que se requiere para la edición de nuestra Revista, apoyo sin el cual no habríamos podido lograr la difusión y acogida que nuestra pasada edición N° 53 ha tenido tanto a nivel nacional como internacional.

Esta edición de «DERECHO PUC», al igual que nuestras cinco ediciones anteriores tiene un tema central de investigación, el Derecho Constitucional y la defensa de los Derechos Fundamentales; tema de trascendental importancia y vigencia para nuestro país, y que se encuentra representado en artículos como *«Amenazas judiciales a la libertad de expresión en Venezuela»* del destacado Profesor venezolano Carlos Ayala Corao, Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y uno de los más importantes representantes en la investigación y defensa de los Derechos Fundamentales. El Profesor italiano Giancarlo Rolla nos ha remitido una valiosa colaboración sobre el Derecho Procesal Constitucional, *«El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo»*. El destacado Catedrático español Francisco Fernández Segado, muy conocido en nuestro medio jurídico, nos ha honrado en esta oportunidad con el trabajo *«El Procedimiento legislativo descentralizado en Italia y España»*. Se podrá también encontrar en este número una valiosísima colaboración del Maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio titulada *«Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano»*. El destacado Profesor Sergio García Ramírez, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia Mexicana y Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos ha remitido el interesante trabajo *«Derechos Humanos: desarrollo y circunstancia»*; el prestigiado Profesor español Miguel Revenga, de la Universidad de Cádiz, nos ofrece en esta oportunidad *«La Carta de Derechos Fundamentales de la*

Unión Europea desde la perspectiva de un jurista español», trabajo de actual vigencia y donde se analiza la situación actual de los Derechos Fundamentales en el ámbito de la Comunidad Europea. Dentro de esta misma línea de investigación la joven Profesora mexicana Mara Gómez ha colaborado con nosotros con *«La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional»*.

En el campo del Derecho Procesal Internacional contamos nuevamente con una valiosa colaboración del Profesor brasileño del *American Law Institute* Antonio Gidi titulada *«Iniciativas para la formulación de normas uniformes en el ámbito del Derecho Procesal Civil Internacional»*, la que se complementa con una nueva versión de los *«Principios y normas del proceso civil transnacional»*, preparada bajo la dirección del destacado jurista norteamericano Prof. Geofrey Hazard, y de otros importantes investigadores del *American Law Institute* de Pennsylvania.

De nuestro medio, el destacado jurista nacional, Profesor Principal Carlos Fernández Sessarego, nos ofrece el muy interesante trabajo *«¿Qué es "ser" persona para el Derecho?»*, cuya obligada lectura será enriquecedora para nuestra comunidad. El Profesor Principal Aníbal Quiroga León, en colaboración con la joven Profesora Mariella Trujillo Württtele, participan en conjunto con el interesante trabajo sobre *«El Arbitraje Internacional : análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana»*. El consagrado Profesor Principal Fernando Vidal Ramírez nos honra con un valioso trabajo *«La Responsabilidad Civil»*. También en el Derecho Familiar contamos con la valiosa colaboración de la conocida Profesora Carmen Julia Cabello Matamala, Magistrado de esa especialidad, titulada *«Divorcio ¿remedio en el Perú?»*. Finalmente, contamos con la importante colaboración en el área del Derecho Penal del joven Profesor Dino Carlos Caro Coria, titulado *«La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal Peruano e Iberoamericano»*.

Hemos querido incorporar en esta edición un apartado de miscelá-neas, donde ponemos a su disposición los Discursos de Orden que se dieron en nuestra Facultad con ocasión de la merecida concesión por parte de nuestra Universidad del Doctorado Honoris Causa al Maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, entre los cuales Ud. podrá encontrar las palabras del Señor Rector de nuestra Universidad, Dr. Salomón Lerner Febres, el ilustrado Discurso del Profesor Principal Domingo García Belaunde, cuyo apoyo y colaboración permanente nos motiva a seguir en este proyecto académico. Asimismo, la *«Semblanza del Dr. Héctor*

Fix-Zamudio» a cargo del Jefe del Departamento Académico de Derecho de nuestra Facultad, Profesor Principal Francisco Eguiguren Praeli; y finalmente el muy *sentido «Discurso de agradecimiento por el Título de Doctor Honoris Causa que le confirió la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú»* que realizara el muy querido Maestro Héctor Fix-Zamudio.

El presente año ha significado para nuestro país el retorno a la plena democracia y, asimismo, el reencuentro y reconciliación con todos los peruanos. A la luz e inspiración de ello es que se dispuso la creación de la *Comisión de la Verdad* cuya presidencia se le encargara, merecidamente, al Señor Rector de nuestra Universidad. Con el ánimo de contribuir a difundir adecuadamente esta importante labor, ponemos a su disposición el Discurso con ocasión de la Instalación de la *Comisión de la Verdad* y, como anexos, las normas legales que han dado origen y sustento a esta importantísima Institución llamada a protagonizar una de las páginas más trascendentes de nuestra historia contemporánea.

Finalmente, esta sección contiene el *«Discurso por el día del Juez»* que el 4 de agosto del 2001 pronunciara el Magistrado Luis Ortiz Bernardini, de la Corte Suprema de Justicia de la República, y cuyas expresiones representan, creemos, el verdadero sentir de todos los Magistrados del Perú en la difícil hora actual.

Esta es la sexta 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 nos permiten hoy llegar a ustedes y a quienes vienen colaborando con nosotros sostenidamente, y que nos permiten contar con una edición con el contenido y calidad como la que hoy ponemos a su disposición.

En nombre del Consejo Editorial de «**DERECHO PUC**» deseo agradecer, finalmente, de modo especial al Señor Decano de nuestra Facultad, Doctor Armando Zolezzi Möller, por la confianza dispensada. Al señor Doctor Francisco Eguiguren Praeli, Jefe del Departamento Académico de Derecho, por su infatigable aliento. A la señora Mag. Carlota Casalino Sen, por su permanente entusiasmo y disposición en el cuidado de la edición. A la señora Ana María Asmat, de la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho, por su valiosa colaboración desde la primera edición que tuvimos a nuestro cargo. A nuestros colaboradores personales, Dr. Gabriel Quispe-Correa Angulo, Srta. María Cristina

Chiabra Valera, Sr. Daniel Raá, Sr. Fernando Flores y Sr. Rafael Ponce, exalumnos y alumnos de nuestra Facultad, por su desinteresado aporte y colaboración en las labores de edición de este número de nuestra Revista y, finalmente, a la Srta. Beatriz Landauro, mi Secretaria personal, por su apoyo, paciencia, colaboración permanente y diligencia, quien nos asiste día a día en el cuidado de la digitación de los trabajos, el orden del archivo de nuestra Revista y la correspondencia de trabajo y de difusión de la Revista.

San Miguel, diciembre del 2001

ANIBAL QUIROGA LEON
Editor General
Profesor Principal

Amenazas judiciales a la libertad de expresión en Venezuela (Comentarios sobre la incompatibilidad de la Sentencia N°1.013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Carlos M. Ayala Corao

Introducción

Con fecha 12 de junio de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela publicó la Sentencia N° 1.013 aprobada por los cinco jueces que integran dicha Sala, bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Esta sentencia –no sin razón- se convirtió desde el mismo día de su emisión, en uno de los fallos más polémicos y criticados en la historia del país. Mediante la Sentencia N° 1.013 la Sala Constitucional *in limine litis*, ello es, sin darle el trámite de ley declaró, «improcedente» el amparo constitucional ejercido por Elías Santana (E. Santana), actuando en su propio nombre y en representación de la Asociación Civil Queremos Elegir (Queremos Elegir), «[...] frente a la negativa de los ciudadanos Presidente de la República, Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional de Venezuela, de permitirnos el ejercicio del derecho de réplica respecto de los planteamientos hechos por el conductor del programa radial "Aló, Presidente" en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000, cuyo origen de transmisión fue Radio Nacional de Venezuela, y retransmitida por diferentes medios de comunicación radial y televisivo»[1].

La polémica generada por este fallo no fue tanto por el hecho de no haberle concedido la razón a E. Santana, sino por el cúmulo de concep-

1 La Sentencia N°1.013 así como las demás sentencias, acuerdos y decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela citadas en el presente trabajo, pueden ser consultados en la página web de dicho Tribunal: www.tsj.gob.ve

tos en los cuales se fundó la sentencia, en la que la Sala advirtió expresamente «que será doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57° y 58° de la Carta Fundamental». Ello quiere decir que la Sala Constitucional ha pretendido que su interpretación de esas normas constitucionales contenida a lo largo de este polémico fallo será «vinculante», de conformidad con el artículo 335° del Texto Fundamental, para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República. De allí la gravedad y trascendencia de las interpretaciones hechas por el fallo en cuestión, ya que en virtud del carácter de la Sala Constitucional como «máximo y último intérprete de esta Constitución» (Art. 335°), dicha interpretación «vinculante» tiene un valor y rango constitucional, de contenido y efectos generales equivalentes a las propias normas constitucionales interpretadas. Este valor interpretativo propio del sistema de derecho anglosajón o del *common law* en virtud de la doctrina del precedente obligatorio de los casos decididos, (*stare decisis*) ha ido ganando terreno en los últimos cincuenta años en la jurisprudencia constitucional europea y más recientemente en Latinoamérica. Sin embargo, en Venezuela el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional resultó una conquista otorgada directamente por la nueva Constitución de 1999, pero por lo visto, sin que los jueces de la Sala Constitucional hayan comprendido aún a cabalidad su verdadero origen, significado y alcance. Ciertamente la interpretación constitucional vinculante está reservada a los principios, valores y normas constitucionales, por vía conclusiva y concreta, pero nunca de manera ilimitada, extensa o vaga por imprecisa.

Ese carácter «vinculante» anunciado con tanta seguridad y generalidad en la Sentencia N°1.013 respecto a su interpretación de los artículos 57° y 58° constitucionales, fue atenuado y hasta corregido parcialmente con posterioridad por la misma Sala Constitucional, con ocasión de la sentencia dictada en el recurso de interpretación de dichas normas constitucionales, solicitado por el abogado Hermánn Escarrá, quien para ese momento era el agente del Estado venezolano ante las denuncias de violación de derechos humanos presentadas ante los organismos internacionales de protección. Escarrá, tras haber declarado públicamente que la interpretación constitucional realizada por la Sala Constitucional en la Sentencia N° 1.013 resultaba violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, anunció que para evitar una condena al Estado venezolano ante los organismos internacionales, solicitaría a di-

cha Sala una interpretación de las referidas normas constitucionales a objeto de determinar su contenido y alcance, teniendo como base la jurisprudencia internacional sobre la materia. Dicha solicitud presentada el 22 de junio de 2001 fue resuelta de manera expedita por la Sala Constitucional mediante sentencia de fecha 19 de julio de 2001, que declaró *improcedente* el recurso ejercido, en virtud de implicar una afectación del principio de la reserva legal en materia de regulación de los derechos humanos y constitucionales. Con relación al carácter obligatorio de la interpretación constitucional contenida en la Sentencia de amparo constitucional N°1013, la Sala Constitucional en este nuevo fallo la circunscribió al precedente para casos análogos, en los siguientes términos:

> «La tutela constitucional declarada, basada en la interpretación de los principios y normas constitucionales que fundamentan el fallo, vale, entonces, para el problema resuelto, y **la jurisprudencia obligatoria derivada de la motivación se contrae al carácter individualizado de la sentencia**, independientemente de **la vinculatoriedad que resulte de su eficacia como precedente para casos sustancialmente análogos**».

De ser limitada la interpretación constitucional de la Sentencia N° 1.013 al «problema resuelto», no entendemos entonces –como se verá más adelante- la generalidad e incongruencia de los conceptos emitidos en dicho fallo, los cuales no tenían que ver con la situación «individualizada» bajo análisis: el derecho de réplica o respuesta de Elías Santana. Pero como veremos en el presente trabajo, el carácter «vinculante» de la doctrina judicial establecida en la Sentencia N° 1.013 es de tal gravedad, que su incompatibilidad con la Convención Americana está dada no sólo en el caso concreto de Elías Santana como presunta víctima individualizada, sino incluso de cualquier otra persona (ej. un periodista) a quien dicha interpretación errada le puede ser aplicada por ser un caso «sustancialmente análogo» al resuelto.

Dada la rica polémica que la Sentencia N° 1.013 generó de inmediato en la opinión pública, a los pocos días de haberse emitido dicho fallo y el del recurso de interpretación, ello es el 25 de julio de 2001, la Sala Constitucional emitió de oficio una inusual «Aclaratoria Institucional» publicada en los medios de comunicación social, la cual fue motivada por ese Tribunal en el hecho «de que varias personas han dado declara-

ciones en los medios, atribuyendo a la N°1.013 (Caso: Elías Santana, Exp. 00-2760) de la Sala Constitucional de este Tribunal menciones que no contiene, o haciendo referencia a extractos de la misma fuera del contexto, señalando igualmente la violación de pactos internacionales que no identifican, este Tribunal Supremo de Justicia se ve en la necesidad de hacer una síntesis del aludido fallo, el cual, además, se funda en decisiones del Tribunal Constitucional Español, del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América». De seguidas la Sala Constitucional copió en el texto de su «aclaratoria» diversos párrafos del polémico fallo, para concluir, no sin cierta picardía forense, que «con es(t)a síntesis, se responde a declaraciones que indudablemente se refieren a otro fallo». Pero irónicamente con esa «aclaratoria» publicada en los medios de comunicación social, la Sala Constitucional ejerció en definitiva una suerte de derecho de réplica o respuesta frente a las opiniones e ideas críticas que expresaron diversas personas sobre la Sentencia N° 1.013, desmontando con ello una de las tesis centrales del fallo, en el sentido de que el derecho de réplica o respuesta no procede frente a opiniones o ideas, sino únicamente frente a la noticia de la información como hecho comunicacional.

Con fecha 25 de julio de 2001, el Tribunal Supremo de Justicia dictó un nuevo «Acuerdo», ahora en Sala Plena –la cual por cierto incluye a la Sala Constitucional-, en el cual resolvió: 1. «Rechazar las declaraciones que en términos peyorativos e irrespetuosos» se han expresado a través de los medios de comunicación social contra la Sentencia N° 1.013; 2. Exhortar a quienes expresen críticas de las decisiones judiciales, para que las formulen con «serenidad de espíritu»; 3. Manifestar su «respaldo a la mencionada sentencia»; y 4. Expresar su «solidaridad» con los cinco magistrados de la Sala Constitucional, ante «esta grave situación que los hace víctima de injustos e inmerecidos ataques públicos». Dicho Acuerdo, atípico en la historia judicial venezolana, contiene once «considerandos» en los cuales se expresan los motivos que tuvo el Tribunal Supremo para dictarlo. Entre estos considerandos, llama la atención desde el punto de vista del derecho internacional, los siguientes:

> «CONSIDERANDO:
> **Que las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales**, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nues-

> tra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre.
> CONSIDERANDO:
> **Que los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos**, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto **su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal.** (Resaltados añadidos)».

Estos fundamentos del Acuerdo nos merecen unos breves comentarios. En primer lugar, es incorrecto afirmar que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales. En efecto, **todos** los actos del Estado, desde su Constitución hasta los actos administrativos individuales, están sometidos al control de los órganos internacionales de protección de la persona humana creados por los tratados. No puede alegarse la soberanía ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno, ni la patria libre como causas para excluir la sujeción de determinados actos del Estado a la jurisdicción internacional y mucho menos a la de los derechos humanos. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad. En este sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los Estados asumen el compromiso integral de respeto de los derechos humanos como obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales. Este compromiso de respeto y garantía plena a los derechos humanos comprende, según los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a las medidas de cualquier naturaleza que deben adoptar los órganos del Estado: legislativos, ejecutivos, judiciales, ministerios públicos, autoridades electorales, defensorías del pueblo, o cualesquiera otras. Las decisiones judiciales emanadas de las Cortes Supremas de Justicia que violen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están siempre sujetas al control de los órganos del sistema interamericanos de protección de la persona humana. Por el contrario, esos órganos internacionales no tienen por objeto el control de las normas de derecho interno aplicadas por las sentencias emanadas de los tribunales nacionales, cuando éstas son producto del respeto a un debido proceso y no son violatorias de los

demás derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales correspondientes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recientemente en su sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo,* expresó de manera diáfana el principio de la responsabilidad internacional del Estado por todos sus actos, incluyendo sus sentencias. En este caso en el cual se cuestionó una sentencia de la Corte Suprema de Chile emitida con ocasión de un amparo (recurso de protección) casualmente vinculada a la restricción de la libertad de expresión, la Corte Interamericana estableció la siguiente jurisprudencia sobre el particular[2]:

> «72. Esta Corte entiende que **la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.** En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19° número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial». (Resaltados añadidos).

Esta jurisprudencia no es más que la aplicación de normas convencionales del derecho internacional, según la cual un Estado no puede alegar sus propios actos para pretender justificarse o eximirse de las obligaciones internacionales derivadas de un tratado. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por Venezuela), establece en su artículo 27.1 que

> «Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado».

Con relación al segundo considerando del Acuerdo, debemos aclarar que no es correcto afirmar de manera excluyente que «la interpreta-

2 Corte IDH, **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafo 72. Sobre un desarrollo más en detalle de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del poder judicial, puede verse en este fallo el «voto concurrente» del Juez Antonio A. Cançado Trindade.

ción jurídica» de los tratados relativos a los derechos humanos «corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal». Por el contrario, la interpretación auténtica de los tratados le corresponde a los órganos de la jurisdicción internacional. En este sentido, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos le otorga una competencia consultiva genérica a la Corte Interamericana para interpretar dicha Convención y los otros tratados de derechos humanos (Art. 64°). Ahora bien, en el ejercicio de su jurisdicción nacional, los tribunales de derecho interno pueden aplicar y con ocasión de ello interpretar los tratados relativos a los derechos humanos. En efecto, si bien la competencia judicial interna de Venezuela le asigna a dicha Sala la interpretación última de la Constitución y, por tanto, de los tratados sobre derechos humanos -en virtud de su jerarquía constitucional-, esa disposición debe entenderse en el siguiente sentido: conforme al artículo 335° de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia es su máximo y último intérprete, pero sólo **en el orden interno.** En efecto, la jurisdicción propia de los tribunales nacionales tiene por límite la jurisdicción del propio Estado. Por ello, las interpretaciones que hagan los tribunales de la jurisdicción interna de los Estados deben respetar los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y particularmente la jurisprudencia de sus órganos de protección. Ello quiere decir que si un Estado al interpretar un tratado establece normas más garantistas para la protección de la persona que las establecidas en la jurisprudencia internacional, esa interpretación será válida en virtud del principio de progresividad en la materia (Art. 29°, Convención Americana). Sin embargo, si la interpretación de un tratado realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resulta contraria a los estándares mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia de la Comisión o de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dicha sentencia será contraria a la propia Convención Americana, en virtud del mismo principio de progresividad (Art.29.1). En estos casos, la sentencia nacional es susceptible de ser controlada por los órganos de protección internacional, a fin de tutelar los derechos humanos de la víctima conforme a los estándares internacionales y con ello, además, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado, por causa de la sentencia violatoria del tratado.

De allí, la doble importancia de la aplicación de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por los tribunales nacionales: por

un lado, para lograr la protección efectiva de la persona humana con base en esos estándares internacionales como reglas mínimas (principio de progresividad); y por el otro, para evitar hacer incurrir al Estado en la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, cuando las sentencias nacionales no sean reparatorias de violaciones ocurridas o cuando puedan resultar en sí mismas en violaciones a dichos derechos fundamentales.

Los breves comentarios que haremos a la Sentencia N° 1.013 de la Sala Constitucional estarán referidos a los siguientes elementos que contravienen el derecho internacional de los derechos humanos y particularmente su jurisprudencia:

1. La exclusión de determinado grupo de personas del derecho humano a la rectificación o respuesta.
2. La separación entre la libertad de expresión y la libertad de información: la exclusión de las ideas u opiniones del derecho humano a la rectificación o respuesta.
3. La aceptación de las leyes de vilipendio o desacato como delitos de opinión.
4. La autorización de la censura judicial.

Los estándares internacionales sobre los derechos humanos, además de su valor supranacional por provenir de los instrumentos y la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, son de *rango constitucional* y en su caso hasta *supraconstitucional*, en el nuevo derecho interno surgido de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En efecto, de conformidad con el principio establecido en el artículo 23° constitucional, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional, e incluso prevalecen sobre la propia Constitución en caso de que sus normas –e interpretaciones- sean más favorables a la persona humana (*principio de progresividad*):

> «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

Además de ello, las interpretaciones del tratado establecidas por los órganos internacionales de protección (los cuales en el sistema interamericano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH o Comisión Interamericana- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH o Corte Interamericana), deben ser adoptadas por todos los órganos del Estado y muy en particular por el poder judicial, no sólo en virtud de los compromisos adquiridos en los propios instrumentos internacionales, sino por un derecho-deber que logramos así mismo incluir en la Constitución de 1999 como contrapartida del derecho de amparo internacional, el cual establece (Art. 31°, único aparte):

> «El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo».

Como veremos a continuación, la Sentencia N° 1.013 no sólo desestimó los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos bajo una pauta interpretativa de progresividad a la cual estaba obligado también constitucionalmente (Art. 19° constitucional), sino que además ignoró las propias pautas interpretativas como estándar mínimo establecidas en las decisiones de la CIDH y la Corte IDH.

I. La exclusión de determinado grupo de personas del derecho humano a la rectificación o respuesta

La Sentencia N°1.013 estableció una extraña doctrina judicial según la cual, determinados grupos de personas están excluidos del derecho humano a la rectificación o respuesta. En efecto, la Sentencia N° 1.013 fundamentó la decisión de negarle a E. Santana y a Queremos Elegir el derecho a réplica, en que E. Santana es periodista, y por tanto carece de tal derecho:

> «Considera la Sala que si **Elías Santana** o la Asociación Civil Queremos Elegir creen que han sido agraviados por el Presidente de la República, pueden ejercer las acciones que sean procedentes, pero que **al ser un periodista con una columna fija en el diario El Nacional** (El

Ombudsman), y un programa radial diario "Santana Total", en Radio Capital, quien pide el derecho de réplica en su propio nombre y en el de la persona jurídica de la cual es vocero y por quien habla, **carece de derecho a réplica o rectificación alguno**, ya que lo que crea conveniente contestar al Presidente puede hacerlo, tanto en su columna como en el diario donde la tiene, que además es un periódico de circulación nacional, o en el programa radial, sin que pueda hacerse para estos fines una separación entre su persona y la de la Asociación Civil Queremos Elegir, por quien también actúa, ya que él es el vocero de tal Asociación. Según lo transcrito en el escrito de amparo, reproducido en este fallo, en las declaraciones que los actores atribuyen al Presidente de la República, éste se refirió a su vez a declaraciones del Sr. Elías Santana, expuestas en el diario donde escribe, emitidas a nombre propio y de la Asociación Queremos Elegir, la cual por lo regular es representada por el Sr. Santana, quien se expresa en su nombre. En casos como éstos, en que en la persona de un columnista o periodista de un medio de comunicación, se confunde en él la representación de una persona jurídica, que también constantemente declara en los periódicos por medio del periodista o columnista, situación que conoce la Sala por tratarse de hechos notorios comunicacionales, mal puede existir una dicotomía que otorgue un derecho de réplica o rectificación especial para su representada». (Resaltados añadidos).

Esa conclusión partió de un falso silogismo construido en la Sentencia N° 1.013, el cual parte de la premisa mayor según la cual ni los periodistas, ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social ni por tanto estos medios tienen derecho de réplica o respuesta:

«Nace a nivel constitucional para las personas agraviadas por la información, un **derecho de réplica (respuesta) y de rectificación; pero tal derecho no lo tienen ni los medios, ni a quienes en ellos se expresan, ya que, repite la Sala, el derecho a réplica y rectificación no ha sido concedido** sino a quienes reciben la información y no a quien la suministra [...]

Por ello, considera la Sala, que **el derecho a la réplica y a la rectificación no lo tienen ni los medios, ni quienes habitualmente ejercen en ellos el periodismo, ni quienes mantienen en ellos columnas o programas,**

> **ni quienes mediante "remitidos" suscitan una reacción en contra.** Se trata de un derecho concedido a quienes se ven afectados por la información de los medios, y que carecen de canales públicos para contestar o dar su versión de la noticia». (Resaltados añadidos).

De esta forma el silogismo propuesto en la sentencia es el siguiente:

1. *Premisa mayor*: Los periodistas (ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social, ni por tanto estos medios) no tienen derecho a la réplica ni a la rectificación.
2. *Premisa menor*: E. Santana es periodista (tiene un programa de radio y una columna del Ombudsman en la prensa).
3. Conclusión: Luego, E. Santana y su representada Queremos Elegir carecen del derecho de réplica y de rectificación.

Sin embargo, la pretendida lógica aristotélica de este silogismo propuesto es absolutamente errada, ya que parte de una premisa mayor que es falsa, pues el derecho de rectificación y de respuesta como derechos humanos, son derechos que corresponden a toda persona. En efecto, en los términos del artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Pacto de San José), los derechos humanos son reconocidos «a toda persona», «sin discriminación alguna»:

> «1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio **a toda persona** que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». (Resaltados añadidos).

Por otro lado, el derecho humano de rectificación y respuesta está ciertamente vinculado al derecho a la libertad de expresión. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos consagran el derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental, al reconocer dicha libertad ampliamente, prohibiendo de manera absoluta la censura pre-

via, y sometiendo su ejercicio a un régimen de responsabilidad ulterior. En efecto, la consagración de la libertad de expresión se hace sin condicionamientos o censuras previas que puedan conducir a anular esa libertad, sometiéndola únicamente a la responsabilidad posterior de conformidad con la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, («Pacto Internacional») y la Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José»), suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 igualmente reconocen el derecho a la libertad de expresión sin de censura previa. En efecto, el Pacto Internacional lo consagra en los términos siguientes (artículo 19°):

> «1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
> 2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
> 3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para*:
> a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*;
> b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». (Cursivas agregadas).

Por su parte, el Pacto de San José establece lo siguiente (artículo 13°):

> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
> 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a *responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas* [...]». (Cursivas agregadas).

Dos aspectos comunes deben destacarse inicialmente. El primero de ellos es que la libertad de expresión comprende el derecho de **toda persona** de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras. El segundo consiste en que también **toda persona**, está en el derecho de seleccionar el procedimiento a través del cual buscará, recibirá o difundirá el resultado de las ideas o informaciones de las que esté en posesión, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este es un concepto central en materia de libertad de expresión como derecho a la información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el significado de estas expresiones en su Opinión Consultiva N° 5. Cabe destacar que, aun tratándose de Opiniones Consultivas, la Corte, cuando interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo hace en forma auténtica, como órgano jurisdiccional, de manera que sus conclusiones en este respecto tienen valor para determinar si el Derecho interno de los Estados partes se adapta o no a la Convención. En este sentido, la Corte Interamericana ha sentado la siguiente interpretación[3]:

«30. El artículo 13° señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]". Esos términos establecen literalmente que *quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.* Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese "individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a «recibir» informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13° tiene un alcance y un carácter especiales. *Se ponen así de manifiesto las*

3 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas.* (Arts. 13° y 29° Convención Americana Sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva** *OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, párrafos 30-32.

dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno». (Enfasis añadidos)

«31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino *que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.* Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier [...] procedimiento", está subrayando que *la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles,* de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella». (Enfasis añadidos)

«32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. *Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*».[4] (Enfasis añadido)

Por lo tanto, el Pacto Internacional y el Pacto de San José consagran el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones sin censura previa, sujeto únicamente a las responsabilidades legales ulteriores y a la rectificación de las informaciones inexactas o agraviantes (esta última prevista en el Pacto de San José).

4 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas.* (Arts. 13° y 29° Convención Americana Sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva** *OC-5/85*, citada *supra*, párrafos 30-32.

De esta manera, la Corte Interamericana ha partido del reconocimiento de la importancia fundamental de la libertad de expresión para la existencia misma de una sociedad democrática, en los siguientes términos[5]:

> «70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre».

La importancia de la libertad de expresión, particularmente la ejercida a través de los medios de comunicación social, se convierte así en una garantía para una sociedad democrática. Por ello, el derecho fundamental a la libertad de expresión debe ser protegido en las sociedades democráticas, a fin de garantizar el derecho colectivo a la información, especialmente contra las limitaciones o restricciones indebidas a esa libertad, tales como las censuras previas (directas e indirectas) o el ejercicio indiscriminado de demandas judiciales, que conduzcan a anular esa libertad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que la naturaleza progresiva del derecho a la libertad de expresión para una sociedad democrática implica una manifestación de pluralismo y tolerancia frente a las opiniones minoritarias, aún de aquellas que puedan ofender o perturbar a la mayoría. En este sentido, la CIDH en el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[6] ha expresado:

> «Por ejemplo, cuando decidió que la sentencia del reclamante por difamación de un funcionario público violaba el artículo 10° de la Convención Europea afirmó que la protección de la libertad de expresión debe

5 Corte IDH, **Opinión Consultiva No. OC/5-85**, citada *supra*, párrafo 70.

6 CIDH, «Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos» en **Informe Anual**, 1994, capítulo V.

> extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquéllas que "ofenden, resultan chocantes o perturban". Como lo señaló la Corte Europea, "tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática". El Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto de la ONU, también ha comentado que las restricciones a la libertad de expresión no deben "perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia". Además en la misma opinión se señaló la importancia especial de proteger "la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría».

La importancia y vinculación del derecho de rectificación y respuesta se deriva además, de su vinculación con el derecho a la libertad de expresión, tanto en su *dimensión individual* del sujeto que la ejerce para buscar, recibir y difundir libremente información y opiniones; como en su *dimensión social* por parte de la sociedad para recibir libremente dichas informaciones y opiniones. En palabras de la Corte Interamericana, estas dos dimensiones de la libertad de expresión se expresan de la siguiente manera[7]:

> «64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una **dimensión individual y una dimensión social**, a saber:
> Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (*La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13° y 29° Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.)

7 Corte IDH, **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafos 64 a 66.

> 65. Sobre la **primera dimensión** del derecho consagrado en el artículo mencionado, la **individual**, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
> 66. Con respecto a la **segunda dimensión** del derecho consagrado en el artículo 13° de la Convención, **la social**, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
> 67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención».(Resaltados añadidos).

De allí, precisamente la importancia fundamental de la libertad de expresión para la existencia, preservación y profundización de una sociedad democrática[8]:

> «La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.»

Pero además, nada en la Convención Americana, como vimos, justificaría una interpretación restrictiva y excluyente del derecho humano a la rectificación o respuesta, a fin de excluir de su titularidad a determinadas categorías de seres humanos. En este sentido, el artículo 14° del

8 Corte IDH, **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo citada, párrafo 68.

Pacto de San José reconoce el derecho de rectificación y respuesta en los siguientes términos:

> «1. **Toda persona** afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
> 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
> 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial». (Resaltado nuestro).

Estas normas deben ser interpretadas utilizando los criterios consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema[9]. Estos criterios, son los consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 31.1 dispone:

> «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

De acuerdo con el artículo 32° de la misma Convención de Viena, solamente cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31° «a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable», puede acudirse a otros medios de interpretación.

---

9 Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), **Opinión Consultiva OC-3/83** del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 48; y Corte IDH, y Corte IDH, (Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta (Arts 14.1, 1.1 y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos), **Opinión Consultiva OC-7/86** del 29 de agosto de 1986, párr. 21.

Esta orientación ha sido por demás confirmada expresamente por la Corte Interamericana con relación al derecho de rectificación y respuesta, en términos incluyentes para toda persona humana[10]:

> «22. En el caso presente, la expresión "**toda persona [...] tiene derecho", que utiliza el artículo 14.1, debe interpretarse de buena fe en su sentido corriente.** La Convención consagra "un derecho" de rectificación o respuesta, lo que explica que los incisos 2 y 3 del mismo artículo 14° sean tan terminantes respecto de «las responsabilidades legales» de quienes den tales informaciones inexactas o agraviantes y de la obligación de que alguien responda por ellas. Esta interpretación no tiene sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
> 23. La tesis de que la frase "en las condiciones que establezca la ley" utilizada en el artículo 14.1 solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el «sentido corriente» de los términos empleados ni con el «contexto» de la Convención. En efecto, la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al «respeto a los derechos o a la reputación de los demás» (ver *La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18, párrs. 59 y 63); con el artículo 11.1 y 11.3 según el cual
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.
> y con el artículo 32.2 de acuerdo con el cual
> Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.
> 24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artí-

10 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos), **Opinión Consultiva OC-7/86,** citada *supra*, párrafos 22 al 24.

culos 1.1 y 2° de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74° y 75°)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 33)». (Resaltados añadidos).

Con base en estos criterios interpretativos del tratado, la Corte Interamericana ha concluido expresamente -y sin lugar a dudas-, que el derecho humano de rectificación y respuesta es un derecho que corresponde a *toda persona,* por lo que los Estados partes de la Convención Americana están obligados a respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* bajo su jurisdicción[11]:

«por unanimidad,
A. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio **a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción**». (Resaltado añadido).

En consecuencia, la afirmación determinante y además «vinculante» hecha por la Sentencia N° 1.013 en el sentido de que ni los periodistas, ni las personas que tienen acceso a columnas o programas en los medios de comunicación social, ni por tanto estos medios tienen el derecho a la rectificación o respuesta consagrado, es violatoria del artículo 14° de la propia Convención Americana y de su jurisprudencia auténtica emanada de la Corte y la Comisión Interamericanas. Por lo tanto, dicha sentencia resulta discriminatoria contra E. Santana y las categorías de personas y grupos señalados, motivo por el cual, el fallo es además violatorio del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 24° de la Convención Americana, y del artículo 1.1 de dicho instrumento.

11 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts 14.1, 1.1 y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos), **Opinión Consultiva OC-7/86**, citada *supra.*

A la misma conclusión anterior arribó la Corte Interamericana, cuando afirmó sin cortapisas lo siguiente[12]:

> «28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados partes de «respetar los derechos y libertades» reconocidos en la Convención y de «garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]». **En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por «toda persona» sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.**
> 29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2° de la Convención, que dispone:
> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionad(a)s en el Artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».(Resaltados nuestros).

II. La separación entre la libertad de expresión y la libertad de información: la exclusión de las ideas u opiniones del derecho humano a la rectificación o respuesta

La Sentencia N° 1.013 hizo un esfuerzo inusitado por separar –con graves consecuencias- lo que ni los instrumentos internacionales ni la propia Constitución separan como conceptos diferenciados y excluyentes: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. En ese sentido, la sentencia que comentamos postuló la «autonomía de la

12 Corte IDH, (*Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta (Arts 14.1*, 1.1 y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos), **Opinión Consultiva OC-7/86**, citada *supra*, párrafos 28 y 29.

libertad de información, con respecto a la libertad de expresión», a los fines de excluir a la libertad de expresión del derecho de réplica o respuesta. La sentencia concluyó en dicha tesis tras un esfuerzo fallido de contraponer dos normas constitucionales: el artículo 57° como supuestamente destinado a consagrar la libertad de expresión y el artículo 58° como supuestamente destinado a consagrar separadamente la libertad de información a cuyo ámbito quedaría reducido el derecho de rectificación o respuesta. Dichas normas constitucionales son las siguientes:

> «Artículo 57°.-Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.
> Se prohibe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.
> Artículo 58°. La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral».

De esta forma, la sentencia respecto a su interpretación constitucional de la separación absoluta entre libertad de expresión y libertad de información, estableció entre otros conceptos «vinculantes» para excluir a la libertad de expresión del derecho de réplica o respuesta, los siguientes:

> «El artículo 58° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del **Derecho a la Información**, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información [...].

> Pero este último derecho no está referido únicamente a la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual, tal como lo previene el artículo 3° de la Ley de Ejercicio del Periodismo.
> Es la información del suceso y de sus consecuencias una función básicamente periodística, que se ejerce, no en forma clandestina sino pública, por los medios de comunicación social de circulación diaria o periódica, sean ellos escritos, radiales, visuales, audiovisuales o de otra clase.
> El artículo 58° citado preferentemente trata la noticia periodística, realizada mediante imágenes, sonidos o escritos, y que trata las informaciones de todo tipo.
> El artículo 58° *eiusdem* no se refiere a las obras sujetas a los derechos de autor en sentido lato (libros, cuadros, etc.), que se corresponden con el ejercicio de la libertad de expresión, sino a **la información de noticias, que no es otra cosa que el suceso (actual o pasado, o sus proyecciones futuras) transmitido a la colectividad por los medios de comunicación social (lo que hasta podría realizarse mediante pantallas públicas de información, por ejemplo)**, que también incluye a los anuncios que la ley ordena se difundan y a la publicidad en general, la cual no es *per se* una información de noticias, pero sí sobre la existencia y cualidades de bienes y servicios de toda clase al alcance del público, las cuales no deben ser engañosas a tenor del artículo 117° constitucional [...].
> La información es un derivado de la libertad de expresión, pero por su especificidad y autonomía, la trató aparte el Constituyente, sobre todo al tomar en cuenta la existencia de los medios de comunicación, ya que la información se comunica y, de no ser así, prácticamente no existiría. La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga, a nivel personal y no masivo.
> Esta autonomía de la libertad de información, con respecto a la libertad de expresión, ya la había reconocido el Tribunal Constitucional Español en el caso Vinader (105/83)».

Una vez asumida la hipotética separación y exclusión entre el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, la sentencia concluyó de manera determinante afirmando la exclusión de esta última del derecho de réplica o respuesta:

> «**En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado,** ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar [...].
> [...] **Cuando lo que se imputa, es una opinión sin base en hechos que la sustenten, a juicio de esta Sala no hay información que desvirtuar,** sino la vía de las acciones ordinarias existentes o que creare la ley». (Resaltados nuestros).

Pero nada en la Convención Americana justifica una interpretación restrictiva del derecho humano a la rectificación o respuesta, a fin de excluir de su ámbito a las ideas u opiniones inexactas o agraviantes, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, categorías de seres humanos. En este sentido, el artículo 14° del Pacto de San José reconoce el derecho de rectificación y respuesta en los siguientes términos:

> «1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes[13] (1) emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
> 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
> 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión ten-

13 [1] El texto en inglés del artículo 14° dice «*inaccurate or offensive statements or ideas*». La palabra «ideas» no aparece expresamente en los textos español, portugués ni francés de esta disposición, los cuales se refieren a «informaciones inexactas o agraviantes», «*informações inexatas ou ofensivas*» y a «*données inexactes ou des imputations diffamatoires*». Sin embargo, la interpretación literal no es un método admitido en el Derecho Internacional.

> drá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido expresa al señalar que la libertad de expresión incluye la búsqueda, la recepción y difusión tanto de «informaciones» como de «ideas» de toda índole. En este sentido, la ya citada jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reiterado esta interpretación del tratado, al sentar el siguiente criterio sobre el particular[14]:

> «30. El artículo 13° señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]". Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole».

En virtud de este criterio progresista e inclusivo sobre el contenido de la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha descartado expresamente cualquier interpretación restrictiva sobre la libertad de expresión como separada y excluida del ámbito de la libertad de información incluyendo el derecho a la rectificación y respuesta. En este sentido, en la sentencia de fondo del caso «La Última Tentación de Cristo», la Corte Interamericana sentó la siguiente jurisprudencia sobre el particular[15]:

> «64. **En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.** Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

14 Corte IDH, **Opinión Consultiva No. OC/5-85**, citada *supra,* párrafo 30.

15 Corte IDH, **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafos 64-68.

Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (*La colegiación obligatoria de periodistas* (arts.13° y 29° Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr.30).

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. **En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.**

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13° de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otros sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención.

68. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada».

Por otro lado, la Corte Interamericana ha sido clara y determinante sobre este particular, cuando ha interpretado la Convención Americana al concluir sobre la necesaria vinculación entre la libertad de expresión y el derecho a la rectificación y respuesta, relacionado con aquélla[16]:

16 Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-7/86**, citada *supra*, párrafos 24 y 25.

> «24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2° de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74° y 75°), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 33).
> 25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (Art. 14°) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (Art. 13°), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13° y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10° de la Convención Europea, sobre libertad de expresión».

En consecuencia, la afirmación tajante y para más «vinculante» hecha por la Sentencia N° 1.013 en el sentido de que las ideas u opiniones no están protegidas por el derecho de rectificación o respuesta, es violatoria de los artículos 13° y 14° de la Convención Americana y de su jurisprudencia auténtica emanada de la Corte y la Comisión Interamericanas.

III. La aceptación de las leyes de vilipendio o desacato como delitos de opinión

La Sentencia N° 1.013 en diversos párrafos, tanto expresa como implícitamente, dio por válidas las leyes que penalizan la libertad de expresión, particularmente los delitos de vilipendio, difamación e injuria. Sobre este particular, la sentencia «vinculante» al referirse a las responsabilidades ulteriores a que está sometida la libertad de expresión, afirmó expresamente que ellas incluyen los delitos mencionados:

> «Puede suceder que, con lo expresado se **difame o injurie** a alguien (artículos 444° y 446° del Código Penal); o se **vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos** (artículos 223° y 226° del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196° del Código Civil; o puede formar parte de una **conspiración nacional o internacional, tipificada como delito** en el artículo 144° del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la «libertad de expresión»; de allí que el artículo 57° constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1195° del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un *terrorismo comunicacional*, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos». (Resaltados y cursivas añadidas).

Más adelante, la Sentencia N° 1.013 pronunció una especie de *nihil obstat* genérico de las sanciones penales a las responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión, y dejó sentado lo siguiente:

> «En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o **los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales,** civiles o de otra naturaleza a que haya lugar. (Resaltados añadidos).

A pesar de ello, la sentencia acotó sus propias afirmaciones vagas por imprecisas en relación con la responsabilidad penal por el ejercicio de la libertad de expresión, mediante la aceptación de la tesis de la *real malicia (o malicia real)*. Conforme a la tesis de la *real malicia*, para que pueda incurrirse en responsabilidad penal por la expresión de opiniones, ideas o informaciones en general que puedan dañar el honor, reputación o intimidad de las personas, es necesario que el autor de las expresiones lo haya hecho con el ánimo de dañar o a sabiendas de que la expresión era falsa. En este sentido, la sentencia expresó lo siguiente:

> «De todas maneras, apunta la Sala, que el criterio del ***animus injuriandi***, para enjuiciar delitos, debe ponderarlo el juzgador, en concordancia con el derecho a la libertad de expresión, para **determinar si la actitud de quien expone sus pensamientos, realmente persigue dañar** (como cuando se insulta o arremete sin motivo alguno, o por uno baladí), o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas, tal como lo resaltó la sentencia de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de febrero de 2000 (caso: Procter & Gamble de Venezuela C.A.)». (Resaltados añadidos).

No obstante lo plausible de la tesis reseñada, como se verá más adelante, la sanción penal *per se* de las expresiones ha sido considerada incompatible con el derecho a la libertad de expresión, incluso en los casos en los cuales no medie la excepción de la real malicia.

Pero la Sentencia N° 1.013 desafortunadamente continuó en su doctrina «vinculante» del fallo, pasando de seguidas a desdibujar y restringir la tesis de la real malicia, al limitar su ámbito de aplicación al periodista que cubre la fuente noticiosa (en virtud de la reserva de la fuente periodística) y entonces aceptar la responsabilidad penal de los editores o responsables de la publicación, al afirmar que:

> «Ello tiene que ser así, desde el momento que las fuentes de información de los periodistas son secretas por mandato constitucional (artículo 28° de la Carta Fundamental) y legal (artículo 8° de la Ley de Ejercicio del Periodismo). En consecuencia, los dislates periodísticos que atentan contra el derecho de los demás y contra el artículo 58° constitucional, generan **responsabilidades legales de los editores o de quienes los**

> **publican**, al no tener la víctima acceso a la fuente de la noticia que lo agravia [...].
>
> [...] Esto último lo resaltó la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de febrero de 2000, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores (que sería otro derecho de los agraviados, el de querellarse), y señaló: "En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la **doctrina de la *Real Malicia***, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en **no hallar responsabilidad penal** o civil para los **periodistas**, aunque lo que comuniquen **sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad**"». (Resaltados añadidos).

Ahora bien, estas afirmaciones de la sentencia que comentamos, con relación a la aceptación de la penalización de las expresiones en general, y en particular las leyes de vilipendio que protegen a las autoridades y funcionarios públicos, son contrarias a la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia. Sobre el particular, baste comenzar con la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* adoptada por la CIDH, la cual expresó con claridad la limitación de las sanciones penales frente a los posibles abusos de la libertad de expresión y la incompatibilidad de las «leyes de desacato» (vilipendio):

> «10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
> 11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "*leyes de*

desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información».

Al interpretar la libertad de expresión y las restricciones autorizadas por la Convención Americana, la CIDH ha sostenido como principio general que éstas se refieren a la responsabilidad ulterior. Sobre el particular, la CIDH sostuvo lo siguiente[17]:

> «La única restricción autorizada por el artículo 13° (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es la imposición de responsabilidad ulterior. [...] (*omissis*) [...] cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban».

En ese sentido, las eventuales acciones para hacer efectiva esa responsabilidad ulterior no pueden erigirse en mecanismos para anular o restringir la libertad de expresión, y en todo caso, dichas acciones -sujetas a determinados requisitos- deben ser las planteadas en la ley; y el proceso para establecer y hacer efectiva esa responsabilidad debe tramitarse judicialmente respetando el debido proceso, conforme a las disposiciones legales aplicables[18].

La CIDH ha advertido que el ejercicio de acciones judiciales contra periodistas es precisamente, uno de los mecanismos que se utiliza indebidamente para limitar la libertad de expresión. En este sentido, la CIDH en su Informe anual correspondiente al año 1998, expresó lo siguiente[19]:

---

17 Caso N° 11.230, 3 de mayo de 1996, Informe No. 11/96, caso «*Francisco Martorell vs. Chile*», en **Informe Anual de la CIDH 1996**.

18 Sobre este tema seguimos lo expuesto en nuestro trabajo: Carlos Ayala Corao, «El Derecho Humano a la Libertad de Expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores» en **Ius et Praxis**, N° 1, **Libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y a la honra**, Universidad de Talca, Chile.

19 **Informe Anual** de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **1998**, Capítulo V, Consideraciones Finales y Recomendaciones.

> «Los mecanismos que se utilizan para limitar la libertad de expresión son muchos y variados. El abanico de opciones va desde el asesinato a un periodista, a mecanismos más sofisticados como son **el hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judiciales**, legislación restrictiva, o iniciativa de los gobernantes, que ponen obstáculos innecesarios a la libertad de expresión. Todas las violaciones a la libertad de expresión son graves, [...]» (resaltados agregados).

Por lo cual, si bien es cierto que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, tiene derecho a exigir la responsabilidad ulterior del autor de esa información, es igualmente cierto que esa responsabilidad está sometida a determinadas reglas establecidas en la ley y, en todo caso, debe ser declarada en juicio, de conformidad con las normas procesales aplicables. Por ello, no sería lícito invocar la protección de otros derechos fundamentales, para someter esa responsabilidad a un régimen especial, o para pretender la derogatoria de las reglas procesales en vigor, pues ello limitaría la libertad de expresión más allá de lo permitido por los instrumentos internacionales.

Así, el derecho a ser protegido contra los actos susceptibles de atentar contra el honor y la reputación, constituye un elemento determinante de responsabilidad de quien ejerce la libertad de expresión, pero no puede ser invocado para restringir irrazonablemente o en términos distintos a los consagrados en la ley, el ejercicio de esa libertad.

El Pacto de San José, como lo ha expresado la CIDH, «reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en la misma se hallan en conflicto. Además, el artículo 13° (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) reconoce que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a restricciones con el fin de asegurar el «respeto a los derechos o a la reputación de los demás»[20]. Sin embargo, en esa misma decisión, la CIDH sostuvo que «las personas que se consideren lesionadas en su honra y su dignidad cuentan, como surge de lo actuado en el presente caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia [...]»[21].

20 **Informe caso «Francisco Martorell»** citado *supra*, CIDH, párrafo 62.

21 **Informe caso «Francisco Martorell»** antes *supra*, CIDH, párrafo 69.

En consecuencia, la protección que brinda el Estado contra los perjuicios al honor y a la reputación de las personas, derivados del ejercicio de la libertad de expresión, se hace efectiva en el establecimiento de un régimen de responsabilidad ulterior, la cual, en todo caso, dentro de un Estado de Derecho, sólo puede ser conocida y declarada judicialmente respetando las normas del debido proceso de conformidad con la ley, como surge de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

No obstante ello, al reglamentar la protección a la honra y dignidad de las personas, los Estados deben en todo caso, garantizar la libertad de expresión. En este sentido, la CIDH ha expresado[22] :

> «Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11° de la Convención Americana -y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia- los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13° de la Convención.»

Es importante resaltar en ese mismo sentido, que la jurisprudencia internacional ha sido especialmente cuidadosa en la interpretación del término «responsabilidades» ulteriores a las que puede sujetarse la libertad de expresión, cuando la misma esté referida a la prensa y a los periodistas. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente, que a la prensa le corresponde[23] «impartir información e ideas en asuntos políticos así como en cualquier otra área de interés público». Ello implica que la regla general conforme a la cual los límites a la libertad de expresión deben ser interpretados restrictivamente, es de particular importancia para una prensa libre[24].

22 Ver, **Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión**, CIDH, **Informe Anual 1998**.

23 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 8-7-86, caso «*Lingens*», p. 26.

24 Corte Europea de Derechos Humanos, ver entre otras, sentencia de 26-11-91, caso «*The Observer and Guardian*», p. 30; sentencia de 25-6-92, caso «*Thorgeir Thorgeirson*», pp. 27 y 28; y sentencia de fecha 23-9-94, caso «*Jersild*», pp. 23 - 26.

No se trata, por tanto, de un conflicto propiamente dicho entre el derecho a ser protegido contra el honor y la reputación de las personas y el ejercicio de la libertad de expresión. Ambos derechos se encuentran expresamente reconocidos y se concilian jurídicamente, mediante el establecimiento de mecanismos de protección de los perjuicios al honor derivados del abuso de la libertad de expresión, mecanismo de protección que es, precisamente, la responsabilidad ulterior. Esa responsabilidad insistimos, solamente puede hacerse valer *de conformidad con la ley,* con base en principios de finalidad, justificación y razonabilidad.

La Corte Interamericana ha sido categórica al referirse a las exigencias del principio de legalidad con relación a la responsabilidad por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, en la Opinión Consultiva N° 5 la Corte Interamericana indicó los siguientes parámetros para el establecimiento válido de estas responsabilidades ulteriores:

> «39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:
> a) **La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,**
> b) **La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,**
> c) **La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y**
> d) **Que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines.**
> Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.» (Resaltados añadidos).

Por ello, la tipificación de la difamación e injuria como delitos y, por ende, como hechos susceptibles de comprometer la responsabilidad penal personal de quien incurra en dichas conductas puede constituir bajo determinadas circunstancias un mecanismo legal para garantizar la responsabilidad ulterior de quienes abusen de la reputación de los demás. Ahora bien, ese derecho a la protección del honor ni es absoluto ni tiene una connotación superior a los demás derechos fundamentales, por lo que no puede pretenderse invocar el mismo ni para restringir ni para limitar, más allá de los parámetros razonables legalmente establecidos, el

ejercicio de las demás libertades fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión.

Por lo cual, las reglas del proceso para enjuiciar la responsabilidad ulterior del autor de la información por los eventuales perjuicios al honor de otra persona, no obstan, sin embargo, para que se establezcan límites en la legislación adjetiva o sustantiva, con el objeto de proteger los intereses de una sociedad democrática, o incluso el interés de la seguridad jurídica del presunto autor del agravio.

El derecho al honor y la reputación está consagrado en el Pacto de San José en los siguientes términos (artículo 11°):

> «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.»

El contenido del derecho fundamental al honor y la reputación ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia a partir de la noción misma de honor, formulando al respecto las siguientes las reflexiones.[25]

> «El honor y la honra se presentan en el panorama jurídico como bienes de la personalidad, como derechos humanos, relacionados accidentalmente con la perfección o dignidad de la persona. Dicho con otras palabras: la dignidad de la persona humana es la base del honor y la honra del hombre. Pero, en definitiva, honor y honra son tributarios de la dignidad normal de la persona, puesto que son efecto, en buena parte, del comportamiento moral del hombre.»

José Forero B., por su parte, expresa lo siguiente[26]:

25 Carlos Soria, **Derecho a la información y derecho a la honra**, Barcelona, Editorial A.T.E., 1981, p. 13.

26 José M Forero B., **Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial**, Bogotá, Editextos J.U., 1994, p. 189.

> «El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva, la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena, es su concepto subjetivo; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, es la concepción objetiva con independencia de que realmente se tenga o no un honor; uno es el concepto interno, y otro el concepto externo que se tiene de nosotros».

La jurisprudencia española al considerar el honor como un concepto jurídico indeterminado, ha expresado en torno al mismo lo siguiente[27]:

> «En nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto (honor), que resulta así jurídicamente indeterminado [...]. El denominador común de todos los ataques o intromisiones [...] en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (Art. 7.7 LO I/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas».

Los derechos fundamentales en general pueden resultar limitados legalmente por el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, siendo esas limitaciones válidas en virtud de que las mismas tienen como fin conciliar el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales como derechos interdependientes. Esta situación jurídica responde además a una formulación clásica conforme a la cual el ejercicio de los derechos de la persona está limitado por los derechos de los demás (Art. 32.2, Convención Americana). Por ello, el derecho a la protección contra los perjuicios al honor y a la reputación no puede ser superior al

27 Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992 FJ 3.°, Francisco Rubio Llorente, **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales**, Madrid, Editorial Ariel. S.A., 1995, p. 176.

derecho a la libertad de expresión, como bien lo afirmó la CIDH en la decisión del caso «Martorell»[28], señalando que «no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión». Posteriormente la CIDH ha reiterado su doctrina sobre el particular al establecer que el posible conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión puede solucionarse en definitiva recurriendo a los límites aceptados a la libertad de expresión[29]:

> «El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11° y 13° de la Convención, a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13°».

La jurisprudencia internacional y la constitucional comparada a la que haremos referencia ha llegado incluso a afirmar –en una tesis no absuelta de crítica- que en el supuesto de tener que ponderar la jerarquía entre ambos derechos (libertad de expresión y honor), debe privilegiarse la libertad de expresión. Esa tesis de la posición preferida o prevalencia relativa del derecho a la libertad de expresión en caso de conflicto se ha justificado jurisprudencialmente, en la importancia de este derecho no solamente como derecho individual, sino como derecho colectivo a estar informado, a acceder a la información y a que se difundan los conocimientos, hechos e informaciones de toda índole, facilitando la participación de la sociedad democrática en el debate público y en la formación de la opinión pública.

La jurisprudencia española ha sostenido, que[30] «este derecho no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, [...] se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, [...] y ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios

28 **Informe caso «Francisco Martorell»** citado *supra*, CIDH.

29 Ver, **Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión** [...], citado *supra*.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983, FJ 3.°, en Francisco Rubio Ll., **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales**, *op.cit.*, p. 177.

actos». Esa consideración claramente expuesta por el Tribunal Constitucional Español tiene gran relevancia en el análisis del derecho a la protección al honor y reputación, frente al derecho a la libertad de expresión. El solo reconocimiento de la libertad de expresión y el ejercicio lícito que de la misma se haga, no puede atentar contra el honor y reputación ajena, porque el honor y la reputación son la opinión ajena sobre una persona, determinado por la propia conducta y dignidad de la persona.

La doctrina ha abordado la relación entre el derecho a la información y el derecho a la honra desde esta perspectiva, señalando que se trata de una cuestión de límites lógicos de la libertad de prensa; considerando que el derecho a la información, al igual que el resto de los derechos y libertades fundamentales encuentra límites. Para Mantovani, esos límites vienen determinados por la fidelidad a la verdad histórica, al divulgar una información, y al interés público que revistan esos hechos[31].

De allí, que la garantía efectiva de las personas que se vean afectadas por informaciones falsas o injuriosas, es el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades que podría acarrear ese hecho. Este derecho de rectificación o respuesta está consagrado en el Pacto de San José en los términos siguientes (artículo 14°):

> «1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
> 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
> 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

31 F. Mantovani, ***Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero***, Milano, Ed Giuffrè, 1973, p. 1055, citado por Carlos Soria, **Derecho a la información y derecho a la honra**, *op.cit.*, p. 46.

Esa ha sido la posición de la CIDH al reconocer el derecho de rectificación o respuesta como la verdadera garantía de la protección contra los ataques internacionales al honor y a la restricción, al expresar[32]:

> «La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla».

La doctrina de la Comisión Interamericana desde 1994 en el conocido *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*[33] ha afirmado además los límites a la penalización de la libertad de expresión. En este sentido, las «leyes de desacato» son tipos delictivos que equivalen a lo que en otros países como Venezuela se conoce como «vilipendio» u otras figuras delictivas que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a una autoridad o funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. La Comisión Interamericana al concluir que estas leyes de desacato o vilipendio son incompatibles con la Convención Americana, ha reiterado desde 1994 su recomendación a los Estados miembros de la OEA de adecuar sus legislaciones a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, mediante la derogación de esta normativa. En este sentido, la CIDH para llegar a tan importante conclusión hizo un análisis contextual y finalístico de la Convención Americana, para aclarar las restricciones que resultan aceptables a la libertad de expresión con el objeto de permitir la preservación y desarrollo de la sociedad democrática (artículos 13°, 29° y 32° de la Convención).

De esta manera, el primer *test* que aplicó la CIDH a las denominadas leyes de desacato fue el de analizar si éstas constituyen una *restricción*

32 Ver, **Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión...**, citado *supra*.

33 «**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**», publicado en CIDH, **Informe Anual 1994**, Capítulo V.

legítima a la libertad de expresión. Sobre el particular, la conclusión de la Comisión fue que estas leyes otorgan a los funcionarios públicos un privilegio de protección que no gozan los demás integrantes de la sociedad; y además, restringen irrazonablemente el derecho de todo individuo y de la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto a la sociedad, el gobierno y las políticas públicas. En este sentido la CIDH expresó en el referido *Informe* lo siguiente[34]:

> «La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.
>
> Como se dijo antes, el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión».

El segundo *test* que aplicó la Comisión Interamericana para determinar la compatibilidad de las llamadas leyes de desacato con la Convención Americana, fue el de determinar si éstas son necesarias para asegu-

34 Ver, «**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**», publicado en CIDH, **Informe Anual 1994**, Capítulo V.

rar el «orden público» en una sociedad democrática. Sobre el particular, la Comisión concluyó que la protección especial que estas leyes brindan a los funcionarios públicos es incompatible con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Es más -acotó la CIDH-, en una sociedad democrática las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas (y no menos expuestas como pretenden las leyes de desacato) al escrutinio y la crítica del público. En este sentido la CIDH expresó en el Informe lo siguiente[35]:

> «Por último, y es esto lo que mayor importancia reviste, la Comisión observa que el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13° garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de "orden público" para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.
>
> La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no

35 Ver, «**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**», publicado en CIDH, **Informe Anual 1994**, *op. cit.* Capítulo V.

> satisface los requisitos del artículo 13°(2) porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.
> Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica».

La conclusión final del *Informe* de la Comisión Interamericana fue, inclusive, más allá de la determinación de la incompatibilidad de las leyes de desacato (vilipendio) con la Convención Americana, al establecer los límites de las responsabilidades ulteriores por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, la Comisión estableció en su *Informe*, que **la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás frente a los ataques intencionales al honor y la reputación, queda suficientemente garantizada (únicamente) mediante acciones civiles por daños y perjuicios y mediante el ejercicio efectivo del derecho de rectificación o respuesta**[36]:

> «La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante **acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta**. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo

36 Ver, «**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**», publicado en CIDH, **Informe Anual 1994**, *op. cit.* Capítulo V.

de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla». (Resaltados añadidos).

En este sentido, la Comisión descalificó la penalización abierta con delitos como la difamación y la injuria. La doctrina de la Comisión sobre esta materia consiste en autorizar la penalización de la expresión de ideas, que ofendan el honor o la reputación únicamente en aquellos casos extremos que incitan a la violencia anárquica en la sociedad[37]:

> «En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13° y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida».

De allí que una de las tareas que ha asumido el Relator sobre libertad de expresión de la CIDH, es precisamente hacer una supervisión sobre los países que mantienen en vigencia leyes de desacato (vilipendio) en contravención con la Convención Americana, a fin de recomendar su derogatoria. Así por ejemplo, con relación a Venezuela el referido Relator en su Informe Anual aprobado por la Comisión Interamericana, expresó lo siguiente[38]:

> «VENEZUELA
> Artículo 223°.- El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro del Congreso, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:

37 Ver, «**Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**», publicado en CIDH, **Informe Anual 1994**, *op. cit.* Capítulo V.

38 Ver, **Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión** [...], citado *supra*, Capítulo IV.

1. Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.
2. Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro del Congreso o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas.

Artículo 226°.- El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento solo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.

Artículo 227°.- En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida.

Artículo 228°.- Las disposiciones establecidas en los artículos precedentes no tendrán aplicación si el funcionario público ha dado lugar al hecho, excediendo con actos arbitrarios los limites de sus atribuciones.

Artículo 229°.- En todos los demás casos no previstos por una disposición especial de la ley, el que cometa algún delito contra un miembro del Congreso, o cualquier funcionario público por razón de sus funciones, incurrirá en la pena establecida para el delito cometido, mas el aumento de una sexta a una tercera parte.

El Relator quiere observar que una democracia pluralista y tolerante es aquella en que se permite un movimiento fluido de ideas y opiniones y un debate público abierto. Es dentro de este contexto, el cual es crucial para la democracia, en donde los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio de la ciudadanía u opinión pública, ya que son ellos quienes llevan a cabo la formulación y/o aplicación de las políticas públicas, justicia entre otros. Las leyes de desacato buscan precisamente evitar el debate público y que los funcionarios públicos sean objeto de escrutinio o crítica. De esta manera, las leyes de desacato más que cumplir una función de protección de la libertad de expresión o de los fun-

> cionarios públicos, son normas que limitan la libertad de expresión y debilitan el sistema democrático.
> Asimismo, el Relator quiere observar que en muchos Estados del continente aún siguen existiendo normas que consagran la figura del desacato, y que estas normas siguen siendo utilizadas por las diversas autoridades públicas, con el objeto de acallar a sus críticos, lo que trae consigo una limitación a la libertad de expresión en esos Estados, y que el sistema democrático pueda verse debilitado».

Coincidentemente, estos artículos del Código Penal de Venezuela identificados en el Informe del Relator de la CIDH como incompatibles con la Convención Americana conforme al referido Informe sobre leyes de desacato, corresponden con los mismos artículos (223° y 226°) sobre el tipo penal de «vilipendio», que la Sentencia N° 1.013 citó como ejemplos supuestamente válidos de responsabilidades penales ulteriores de la libertad de expresión. De allí, la clara incompatibilidad de la referida sentencia «vinculante» con el artículo 13° de la Convención Americana.

Además de todo lo anteriormente expuesto en el nivel interamericano, mundialmente se ha desarrollado toda una consistente doctrina y jurisprudencia contra las leyes de desacato (vilipendio), determinándolas contrarias al derecho a la libertad de expresión. Así por ejemplo, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión, Adib Hussain, en los últimos años ha recomendado reiteradamente a los gobiernos: a) derogar las leyes penales sobre difamación para reducir ésta al ámbito del derecho civil; b) limitar las sanciones por difamación para que no coarten la libertad de opinión y el derecho a la información; c) prohibir que las autoridades públicas entablen demandas por difamación con el fin de impedir las críticas a su gestión o para mantener el orden público; d) que las leyes sobre difamación no atenten contra el debate abierto de las cuestiones de interés público ni contra el principio de que los funcionarios públicos deben tolerar un grado mayor de crítica que el común de los ciudadanos; e) calificar de difamatorias solamente las expresiones ostensiblemente exageradas; y, f) continuar garantizando que la carga de la prueba recaiga en quien diga haber sido difamado y no en el demandado[39].

39 Ver el artículo de opinión de Calixto Ávila Rincón, investigador de Provea, «¿Una libertad de expresión limitada?», como un aporte al debate sobre la sentencia 1013 del TSJ, publicado en el diario «El Nacional», de fecha 27-06-01, p. A-9.

En resumen con base en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos anteriormente expuestas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

«1. El Pacto Internacional y el Pacto de San José consagran el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones sin censura previa, sujeto únicamente a las responsabilidades legales ulteriores y a la rectificación de las informaciones inexactas o agraviantes.

2. Las eventuales acciones para hacer efectiva esa responsabilidad no pueden erigirse en mecanismos para anular o restringir la libertad de expresión, y en todo caso, dichas acciones -sujetas a determinados requisitos- deben ser las previstas en la ley; y el proceso para establecer y hacer efectiva esa responsabilidad debe tramitarse judicialmente respetando el debido proceso, conforme a las disposiciones legales aplicables.

3. La libertad de expresión en general y en particular la ejercida a través de los medios de comunicación social es una garantía esencial para una sociedad democrática. Por ello, el derecho fundamental a la libertad de expresión debe ser protegido en las sociedades democráticas, a fin de garantizar el derecho colectivo a la información, especialmente contra las limitaciones o restricciones indebidas a esa libertad, tales como el ejercicio indiscriminado de demandas judiciales o pretender tramitar las mismas por reglas irrazonables que conduzcan a anular esa libertad.

4. El derecho a ser protegido contra los actos susceptibles de atentar contra el honor y la reputación constituye un elemento determinante de responsabilidad ulterior de quien ejerce la libertad de expresión, pero no puede ser invocado para restringir irrazonablemente o en términos distintos a los consagrados en la ley, el ejercicio de esa libertad.

5. La garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas es el derecho a réplica o respuesta, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada o a que se aclare la información agraviante divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles que ese hecho podría acarrear. Esta ha sido la posición de la CIDH al reconocer el derecho de rectificación o respuesta como garantía de la protección contra los ataques internacionales al honor y a la reputación.

6. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13° de la Convención America-

> na; y además son contrarias con el propósito fundamental de dicha Convención de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.
> 7. En el supuesto de tener que ponderar la jerarquía entre ambos derechos (libertad de expresión y honor), la jurisprudencia internacional y la constitucional comparada –no exenta de crítica- ha privilegiado a la libertad de expresión por su importancia fundamental para una sociedad abierta, pluralista y democrática. Esa prevalencia relativa del derecho a la libertad de expresión en caso de conflicto se ha justificado jurisprudencialmente en la importancia del mismo, no solamente como derecho individual, sino como derecho colectivo a estar informado, a acceder a la información y a que se difundan los conocimientos, hechos e informaciones de toda índole, facilitando la participación de la sociedad democrática en el debate público y en la formación de la opinión pública».

IV. La autorización de la censura judicial

Por último, la Sentencia N°1.013 de manera ligera y sin medir realmente un *test* de su razonabilidad ni mucho menos de la finalidad perseguida, acogió como tesis «vinculante» la facultad del juez de decidir en definitiva cuándo pueden prevalecer otros derechos sobre la libertad de expresión. Lo grave de esta tesis es que habilita abierta y claramente la *censura judicial*, al permitir al juez para prohibir la circulación o divulgación de informaciones con la justificación de hacer prevalecer otros derechos por sobre la libertad de expresión, cuando el juez determine que la información no es «veraz». En este sentido, la Sentencia N°1.013 estableció lo siguiente:

> «El **derecho a la información**, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre **otros derechos constitucionales** de las personas, pero estos **tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la publica o la utiliza.**» (Resaltados añadidos).

Esta tesis de la habilitación al juez para «ponderar» la prevalencia de otros derechos sobre la libertad de expresión teniendo como fundamen-

to la «veracidad» de la información, fue reiterada en la misma sentencia, al sentarse la siguiente jurisprudencia «vinculante»:

> «**En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el juez tiene que ponderar los derechos en conflicto**, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o **si se trata de información, que ella sea veraz.** Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y **veracidad de la información**». (Resaltados añadidos).

Este límite a la libertad de expresión e información propuesto por la Sentencia N° 1.013 nos conduce necesariamente al delicado tema de la información «veraz», tema que ha suscitado gran controversia y en relación al cual la CIDH, ha sostenido que «**no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor**»[40]. Por eso lo importante no es que alguien o algo pretenda erigirse en juez o censor de que una información es «veraz, imparcial y oportuna», sino la pluralidad de fuentes de información que permita a toda persona formarse su propia conclusión sobre el valor de la información que recibe. Esa es la otra «dimensión» de la libertad de expresión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encargó de destacar[41]:

> «33. Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a **estar informada verazmente para funda-**

40 Ver, Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión..., citado *supra*.

41 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. (Arts. 13° y 29° Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva *OC-5/85*, citada *supra*, párrafos 33-34.

mentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de **comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto** de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de **comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios,** exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de **manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.** Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas». (Resaltados añadidos).

De lo que se trata, entonces, es de garantizar la pluralidad y la competencia entre los medios, que en el fondo es el mecanismo apropiado para que la sociedad sea informada abierta y pluralmente, en ejercicio de una libertad de expresión sin restricciones.

Se concluye así, que la garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas es el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades limitadas que ese hecho podría acarrear.

Ahora bien, por lo que respecta a la relación entre derecho al honor y libertad de expresión, es pertinente referirnos a las posiciones que le reconocen a la libertad de expresión y al derecho de información, un lugar preponderante, en caso de conflicto con otros derechos, en razón del interés colectivo de toda sociedad democrática a recibir información implícito en la libertad de expresión. En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH al interpretar el artículo 13° del Pacto de San José, ha sostenido que el mismo[42]:

42 **Informe caso «Francisco Martorell»** citado *supra*, CIDH.

> «Engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general a recibir todo tipo de información y opiniones».

Más recientemente, la CIDH en la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* con relación a los temas de información veraz y censura judicial ha reafirmado lo siguiente:

> «5. **La censura previa**, interferencia o presión directa o indirecta **sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida** por la ley. **Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.**
> 7. **Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales».**(Resaltados añadidos).

Por otro lado, la tesis propuesta por la Sentencia N°1.013 sobre la facultad de juez constitucional para «ponderar» el derecho a la libertad de expresión e información frente a otros derechos, pero sobre todo frente a la «veracidad» de la información, a fin de determinar la preeminencia del otro derecho fundamental, ha sido expresamente desechada por la Corte Interamericana por ser violatoria del derecho a la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana. En este sentido, los únicos límites autorizados por el tratado son los expresamente permitidos en éste:

> «1. En los espectáculos públicos la ley puede regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia (Art. 13.4); y salvo ello,
> 2. La ley puede prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (Art. 13.5)».

En la doctrina y jurisprudencia tanto internacional como comparada, ha habido mayor grado de discusión y precisión de los límites del segundo supuesto. Ahora bien, la jurisprudencia internacional ha sido unánime en desautorizar en principio, la *censura judicial* de ideas, opiniones, informaciones, obras artísticas y otras expresiones culturales so pretexto de hacer prevalecer otros derechos. Ello ha llevado a la Corte Interamericana a declarar contrarias a la Convención toda norma –incluso de rango constitucional- que autorice indebidamente la censura judicial y en consecuencia, a toda decisión de los tribunales nacionales (incluidos Cortes Supremas o Constitucionales) que impongan indebidamente la censura judicial preventiva o definitiva. En este sentido, en el caso de la censura confirmada por la Corte Suprema de Chile a la película *La Última Tentación de Cristo* con base en una norma constitucional expresa, a fin de hacer prevalecer otros derechos como honor, reputación e imagen (religiosa), la Corte Interamericana al declarar dichas decisiones contrarias al tratado, sentó la siguiente jurisprudencia[43]:

> «70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece **una excepción a la censura previa**, ya que la permite en el caso de los **espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.**
>
> 71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (*supra* párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores [...], "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; **decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película**

43 Corte IDH, **Caso La Última Tentación de Cristo**, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, citada *supra*, párrafos 70 - 73.

> **"La Última Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13° de la Convención.**
> 72. Esta Corte entiende que **la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana.** Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso **ésta se generó en virtud de que el artículo 19° número 12 de la Constitución** establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
> 73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13° de la Convención Americana, en perjuicio de los señores [...]» (Resaltados añadidos).

La importancia adicional de esta jurisprudencia en el caso *La Última Tentación de Cristo* radica en que la Corte Interamericana reafirmó la responsabilidad internacional de los Estados por la violación del tratado, independientemente del órgano del poder público del cual emane el acto, hecho u omisión (legislativo, ejecutivo, judicial u otros); y en el caso de las normas con prescindencia de su jerarquía. En el caso bajo análisis, se trataba de normas de la propia Constitución chilena, que constituyen aún enclaves autoritarios impuestos por la dictadura, las cuales autorizan la censura previa absoluta de espectáculos públicos en contravención con las normas de la Convención Americana. Esta sentencia de la Corte Interamericana constituye un claro ejemplo de las potencialidades de lo que hemos denominado la «jurisdicción constitucional internacional de los derechos humanos»[44].

Por otro lado, bajo la misma orientación anterior, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el tema incluso de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión –en decisiones no exentas de críticas por

44 Ver, Carlos M. Ayala Corao, **Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos**, IIDH/EJV, Caracas/San José, 1998.

la doctrina en sus propios países. Así, el Tribunal Constitucional Español ha expresado sobre el particular lo siguiente[45]:

> «La libertad de información es [...] un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo ***valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor*** [...] viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción.»

Por su parte, Carlos Soria sostiene que la relación existente entre ambos derechos se manifiesta en la necesaria adecuación de los mismos, señalando que[46]:

> «[...] No puede existir, en sentido estricto, un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la honra más que por motivos de inadecuación. Lo que puede darse es un conflicto entre la pseudo información y el derecho a la honra, **o un abuso en la concepción del derecho a la honra que pretenda obstaculizar el ejercicio del derecho a la información**». (Resaltados añadidos).

En cualquier caso, de incurrirse en abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por los profesionales dedicados a la divulgación de la información, el afectado debe disponer del derecho a rectificación, sin perjuicio de las demás responsabilidades.

En este sentido el Tribunal Constitucional español ha sostenido en reiteradas oportunidades que «**La libertad de información como regla general debe prevalecer** siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las

45 Sentencia 165/1987, citada por Francisco Rubio Llorente, **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales**, *op.cit*, p. 211.

46 Carlos Soria, **Derecho a la información y derecho a la honra**, Barcelona, Editorial A.T.E., 1981, p. 37.

materias a que se refieren y por las personas que en ella intervienen».[47] (Resaltados añadidos).

Se inscribe así esa jurisprudencia en la línea de pensamiento de la doctrina analizada por el autor Carlos Soria, en cuya obra expresa sobre el particular[48]:

> «Como resumen podría decirse que las teorías que formulan unos límites al derecho a la honra, es decir, que la consideran respecto al derecho a la información como una excepción condicionada, han puesto en boga la siguiente afirmación: **Lo que sea verdadero y tenga relevancia pública, puede publicarse -siempre que se emplee un lenguaje correcto- aunque esa publicación comporte una lesión a la honra de terceros**». (Resaltados añadidos).

Por lo cual, independientemente de las limitadas responsabilidades ulteriores a que puede estar sujeta la libertad de expresión, la verdadera garantía frente a las ideas, opiniones o informaciones inexactas o agraviantes la constituye el derecho de rectificación. Asimismo, en caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, salvo los casos expresamente autorizados por el tratado, no podrá suprimirse la primera (ej. mediante censura previa), en virtud de su importancia para la preservación de una sociedad democrática. En consecuencia, la Sentencia N° 1.103 al autorizar la *censura judicial* previa para hace prevalecer otros derechos e incluso la información «veraz», resulta contraria al artículo 13° de la Convención Americana.

V. Una reflexión final

Convendría observar, a título de reflexión final, como lo hicimos en las entrevistas periodísticas que nos hicieron en los días inmediatamente posteriores a la publicación de la Sentencia N° 1.013, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela se habría ahorrado los problemas nacionales e internacionales que dicho fallo ha ocasionado,

47 Sentencias 143/1991 y 240/1992, citadas por Francisco Rubio Llorente, **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales**, *op.cit.*, p. 211.

48 Carlos Soria, Derecho a la información y derecho a la honra, *op.cit.* p. 47.

de haber tenido en cuenta los estándares internacionales (mínimos) contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la interpretación auténtica que de ellos han hecho los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados por esos mismos instrumentos. Con ello, no sólo se habría dado cumplimiento a la obligación internacional del Estado venezolano de adoptar las medidas judiciales necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en los tratados (arts. 1° y 2°, Convención Americana y arts. 2.1 y 2.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); sino que además se habría dado cumplimiento a un deber constitucional propio, en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos en Venezuela, lo cual incluye a todo el tratado, es decir: no sólo las obligaciones sustantivas relativas a los derechos, sino las decisiones de sus órganos de protección (Art. 23° de la Constitución). Esta última obligación además de tener su fuente internacional en dichos tratados, en el nuevo texto Fundamental venezolano, como vimos, es también y, además, de rango constitucional, como un derecho a que el Estado adopte las medidas (ej. judiciales) que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados en los tratados (Art. 31° de la Constitución).

De allí la importancia de los tribunales nacionales como garantes de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en el orden interno, que es también un derecho humano internacional exigible tanto en el nivel interno como en el internacional (Art. 23°, Convención Americana y Art. 2.3 Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo

Giancarlo Rolla

1. El alcance particular de la justicia y del proceso constitucional

El control de constitucionalidad de las leyes ha supuesto, en el siglo pasado, una importante y esencial evolución del principio de legalidad. Se puede incluso sostener que constituye su corolario natural, desde el momento que pone fin a una línea evolutiva que partiendo de la crítica al Estado Absoluto, donde los poderes del soberano eran considerados *legibus soluti* (legislación suprema y libre), se ha logrado llegar a la regla según la cual los comportamientos de todos los poderes públicos deben basarse sobre una norma jurídica previa. Consecuentemente, el principio de legalidad, inicialmente entendido específicamente vinculado con las relaciones entre ley y actividad administrativa, representa un límite para el mismo legislador, en el sentido de que las leyes y los actos dotados de fuerza de ley deben resultar conformes o de cualquier forma compatibles con las disposiciones constitucionales.

La paradoja propia del control constitucional consiste en el hecho de que este instituto perfecciona los principios propios del Estado liberal de derecho y, simultáneamente, determina la superación de los mismos. De hecho, si por un lado representa un desarrollo del principio de legalidad (propio del Estado liberal de derecho); del otro, impone superar el principio (propio del constitucionalismo liberal) que asignaba al Parlamento, considerado expresión de la voluntad general, una discrecionalidad absoluta respecto a los contenidos de las opciones legislativas, es decir, aquel que colocaba a la ley en el vértice del sistema de las fuentes del derecho.

A pesar de ello, un sustancial salto cualitativo en el sistema ha tenido lugar en cuanto el control de constitucionalidad se ha desarrollado, dando vida a experiencias reales y propias de justicia constitucional. Y la novedad puede ser mejor apreciada si se considera que la justicia constitucional se diferencia fundamentalmente del control de constitucionalidad por tres características:

a) El control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy marcados;
b) tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso;
c) se concluye con una decisión adoptada utilizando las técnicas propias del método jurídico.

Estamos, en otras palabras, ante un «juez» que decide las cuestiones al final de un proceso. Se está en presencia, sobre todo, de un proceso de derecho objetivo, dirigido a afirmar la legalidad, que se desarrolla en el interés supremo y en nombre de la constitucionalidad de la ley: el objetivo principal es favorecer la coherencia del sistema jurídico, no sólo eliminando las posibles antinomias internas del ordenamiento -constituidas por la presencia de normas legales en contradicción con las de rango constitucional-, sino también, asumiendo una función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o de unificación de las tesis jurisprudenciales de acuerdo al significado de las normas primarias.

Tres elementos subrayan la especialidad del proceso ante la Corte constitucional.

Si bien en el proceso constitucional se tiende a privilegiar el interés del ordenamiento respecto al de las partes sería, sin embargo, incorrecto negar que detrás de la objetividad del juicio se esconde también la voluntad de tutelar los derechos concretos lesionados por el uso incorrecto por parte del legislador respecto de la discrecionalidad política. Por otro lado, la tutela del ordenamiento y la tutela de las diferentes posiciones subjetivas no son mutuamente excluyentes sino que presentan dos aspectos complementarios, en caso de que se considere que el ordenamiento es siempre más objetivo y justo, cuanto más grande, intensa y directa es la defensa de los derechos.

En segundo lugar, el proceso constitucional -a diferencia de otros procesos de naturaleza jurisdiccional- se caracteriza por una significativa elasticidad de las reglas procesales. No tanto porque falten normas significativas sobre el proceso constitucional, sino porque el juez constitucional disfruta de una notable elasticidad en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales.

En virtud de tal discrecionalidad, puede innovar el propio comportamiento respecto a la *praxis* precedente, así como derogar la normativa vigente con la finalidad de obtener de la mejor forma posible el resultado institucional perseguido, consistente en la plena actuación de los valores constitucionales: en otras palabras, diversos caracteres de la disciplina procesal se someten a la apreciación prudente del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, el juez constitucional -aparte de ser un juez, en el sentido de que aplica la norma (constitucional) a una cuestión específica y concreta (representada por una cuestión de constitucionalidad)- realiza una función eminentemente interpretativa, debiendo individualizar entre los muchos posibles significados normativos aquel más adecuado y coherente con las disposiciones constitucionales y con otras disposiciones de ley. Obviamente, al realizar dicha operación, el juez constitucional se debe atener a una regla de *self restraint* ya que, si él es el intérprete privilegiado de las disposiciones con rango constitucional, no se puede olvidar que la interpretación de las normas de ley pertenece a la autonomía de los jueces y, en particular, en la competencia nomofilática propia de la Corte Suprema.

No obstante, es evidente que la actividad del juez constitucional consiste en *incredible power* de poder decir la última palabra en materia de interpretación de Constitución. Y, sobre todo, esta «última palabra» tiene un valor sustancialmente vinculante para los operadores del derecho. Semejante característica del juicio de Constitucionalidad atribuye a las decisiones de los Tribunales Constitucionales un alcance particular, bien diverso de las sentencias de los otros jueces: la de producir efectos similares a los de las fuentes del derecho.

De este modo el Tribunal Constitucional no es sólo juez, sino también creador de normas jurídicas. Este resultado se ha conseguido conjugando dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes;* y por otra parte, la adopción de una gama tipológica de

decisiones en las que la declaración de inconstitucionalidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas extraíbles de la misma disposición.

2. Las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional

Estas características de la justicia constitucional hacen comprensible -aunque no justifican- las numerosas críticas y la perplejidad que han acompañado -en el tiempo y en los diversos ordenamientos- a la difusión de la justicia constitucional.

La evolución y la consolidación de los sistemas de justicia constitucional no han tenido lugar de modo lineal; no estaba asegurado el consenso de la doctrina, de los otros poderes y del cuerpo social. Tanto el establecimiento de órganos de justicia constitucional como la ampliación de su radio de acción a campos tradicionalmente reservados a otros órganos del vértice del Estado, han sido acompañados de polémicas y de consideraciones críticas; tampoco han faltado iniciativas por parte de las fuerzas políticas, dirigidas a limitar sus poderes o bien a condicionar sus orientaciones jurisprudenciales.

Al igual que un volcán que luego fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica en torno a la temida injerencia de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno se reproduce cíclicamente, como si un fino, pero ininterrumpido ligamen, comunicase las críticas de los últimos años con los ataques dirigidos, en los inicios del siglo, a la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusada de oponerse a la realización de los objetivos fundamentales de la Constitución, aplicando una especie de «darwinismo jurídico».

Tal constatación -que alcanza a las diversas experiencias- pone en evidencia que la posición de las Cortes Constitucionales es la más delicada en el ámbito del «paralelogramo de las fuerzas políticas», en el sentido de que las relaciones entre justicia constitucional y poder político representan un punto delicado, pero común a todos los ordenamientos contemporáneos que han introducido formas de control de la legitimidad constitucional de las leyes.

La posibilidad de enfrentamientos es, en nuestra opinión, connatural a la misma decisión de introducir en el ordenamiento un órgano

supremo, expresamente habilitado, de un lado, para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, del otro, para garantizar la distribución de las competencias y la articulación de los poderes establecidos por la Carta Constitucional. La posibilidad de enfrentamientos es connatural a la opción de oponer un «contrapoder» jurídico a la actividad política del legislador, de prever una mediación jurisdiccional para resolver conflictos de competencia entre los poderes políticos.

No por casualidad, las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional reclamaban la atención sobre los graves límites que vendrían impuestos a la discrecionalidad del legislador y de los otros órganos políticos; discutían la oportunidad de atribuir a un órgano con características jurisdiccionales, esto es, no electivo ni representativo, el poder de instaurar un «proceso al legislador».

No han faltado -en el pasado- voces dirigidas a deslegitimar la posibilidad misma de someter a control las decisiones del Parlamento, en la presunción de que la centralidad de las Asambleas electivas, expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto, que no admite ninguna derogación del principio de la omnipotencia de la ley.

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional subrayan también el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una confianza optimista en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza reformadora del Parlamento, inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema, todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los representantes directos del cuerpo electoral, equivalía -a juicio de algunos autores- a devaluar el mismo principio de la soberanía popular.

Sin embargo, la experiencia ha desmentido, por lo general, tales temores; la creación de sistemas de justicia constitucional ha generado efectos beneficiosos en una medida muy superior a las lamentadas y temidas distorsiones institucionales. Tampoco faltan argumentaciones capaces de superar las observaciones críticas antes examinadas.

A las preocupaciones de orden político se puede replicar diciendo que la justicia constitucional no representa en absoluto un freno a la renovación legislativa y a la acción reformadora del Parlamento. La jus-

ticia constitucional, desde el momento que ha resquebrajado el dogma de la omnipotencia de la ley reconduciendo dentro de los límites del principio de legalidad también a los actos normativos primarios de los supremos órganos del Estado, no ha pretendido limitar el principio democrático de la soberanía popular, sino el criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

En los sistemas contemporáneos, complejos y proteiformes, la ley no puede ser considerada expresión homogénea y unitaria de la voluntad popular o del interés nacional. En una sociedad con muchas clases, la contraposición radical de los intereses y su aglutinación en grupos de presión o de tutela corporativa, han incidido sobre la naturaleza y sobre la calidad de la producción normativa de las Asambleas electivas; la ley tiende cada vez más a transformarse de acto de elección a resultado de una compleja mediación, de expresión de una exigencia general a momento de tutela de intereses sectoriales o de un determinado grupo social.

En este contexto resultaría, por consiguiente, fácil desmontar el objeto de la crítica, hasta incluso sostener que precisamente la ausencia de un moderno y funcional sistema de justicia constitucional puede constituir un peligro para el pleno desarrollo del principio de la soberanía popular: puesto que éste, por una parte, también contempla el reconocimiento de los derechos constitucionales de las oposiciones contra los abusos de las mayorías políticas.

Una contribución fundamental al establecimiento de sistemas de justicia constitucional proviene, finalmente, de la propia experiencia, que ha demostrado concretamente que la existencia de Tribunales Constitucionales, lejos de alterar la vida de las instituciones, desarrolla una positiva acción de racionalización y de consolidación del ordenamiento. En este sentido, no se puede afirmar que la ya dilatada experiencia de los Tribunales Constitucionales haya demostrarlo en la práctica que esta institución venga a distorsionar el sistema, sino muy al contrario, ha venido a corroborar su operatividad dentro del mismo, brindando un nuevo soporte de legitimidad en el ejercicio del poder, a las fuerzas sociales que lo ejercen.

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Tribunales Constitucionales no se pone ya en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en las compe-

tencias y en la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, no versa sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; las hipótesis de reforma tienen por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo es útil puntualizar que dichas hipótesis aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.

3. La expansión y consolidación de la justicia constitucional

Es evidente que las polémicas y divergencias -aún siendo intensas y argumentadas- no han conseguido, por lo general, efectos destructores. Si se excluye (en Europa) el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española, cuya aportación a la tutela de las disposiciones constitucionales fue un fracaso a causa de la composición inadecuada y de la excesiva politización de su conducta, la experiencia enseña que los momentos de crisis han sido superados positivamente, constituyendo, a veces, la premisa para determinar mejor la posición del juez constitucional en el ordenamiento.

De hecho, es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional. Un desarrollo que -sobre todo en estos últimos años- ha afectado de forma homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales -junto a la figura del Defensor del Pueblo- la institución más divulgada en las Constituciones vigentes.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado a la totalidad de los países de Europa; esta tendencia alcanza, además, a ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diversas, como los Estados surgidos de las antiguas colonias británicas. Al mismo tiempo, alguna apertura, no obstante sea tímida, al control de constitucionalidad de las leyes parece entreverse también en el interior del sistema anglosajón, el cual -como es notorio- aparece todavía anclado en torno al dogma de la soberanía popular.

Los países del área geográfica de América Latina se caracterizan por la notable difusión de controles sobre las leyes, fundamentalmente por

efecto de la difusión y consolidación de regímenes políticos democráticos. Además, experiencias significativas se van afirmando también, con éxitos interesantes, en el interior de la que ha sido llamada la «familia jurídica socialista».

4. Las razones por las que los Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales

Ante esta constatación, es oportuno preguntarse sobre los posibles motivos de la consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en el constitucionalismo contemporáneo.

Aunque si bien las razones pueden ser múltiples y reconducibles a la especificidad de los diversos contextos históricos y jurídicos, a mi juicio es posible agruparlas en torno tres argumentaciones principales.

En primer lugar, cuando se nos pregunta sobre las razones por las cuales los Tribunales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales y en los diversos regímenes políticos, en nuestra opinión, no se puede dejar de considerar que las atribuciones de los Tribunales Constitucionales parecen constituir la consagración y el enriquecimiento de algunos principios fundamentales que caracterizan la forma del Estado contemporáneo, definible en términos de Estado social, democrático y de derecho.

Del Estado liberal de derecho la justicia constitucional valora el principio de legalidad, en virtud del cual todos los actos de las autoridades constituidas deben encontrar su fundamento en una norma legal previa que no pueden contravenir. En efecto, la justicia constitucional extiende el alcance de este principio a la misma actividad legislativa, así como a amplios sectores del área estrictamente política, de las relaciones entre los máximos órganos del Estado, convirtiendo en justiciable, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, entre ellos recíprocamente equiparados e independientes, en la que se suele hacer consistir uno de los postulados de la democracia liberal.

En segundo lugar, el juicio de constitucionalidad realiza también una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos

del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. Si quisiéramos sintetizar el concepto con una expresión, se podría afirmar que los Tribunales Constitucionales no limitan la autonomía del poder político, pero contribuyen a frenar el absolutismo de las mayorías gubernamentales: de acuerdo con la sabia consideración de que para interpretar el texto de una Constitución democrática es más prudente y oportuno proceder desde el punto de vista de la minoría.

Por último, es oportuno evidenciar que los sistemas vigentes de justicia constitucional aportan al Estado social el cometido de regular, a través de una delicada obra de mediación, la pluralidad de los intereses constitucionalmente tutelados. Una de las múltiples funciones que los vigentes ordenamientos parecen querer asignar a las Cortes Constitucionales se conecta con una concepción de la Constitución como pacto, como manifestación contractual de las diversas fuerzas que participan en el proceso constituyente, como común acuerdo en torno a algunos valores, principios o reglas fundamentales de comportamiento.

La presencia en el texto constitucional de un complejo de valores comunes, enfatiza el cometido del Tribunal Constitucional como garante del pacto constituyente y como tutor de su vigencia. Su acción, asumiendo una naturaleza arbitral, intenta solucionar los conflictos utilizando como parámetro de referencia los contenidos normativos expresados en el pacto por las fuerzas que han dado vida al proceso constituyente.

El carácter arbitral del control de constitucionalidad se hace evidente si consideramos que a menudo el juez constitucional, debiendo decidir sobre la conformidad a la Constitución de una ley o de un acto con fuerza de ley, no solamente debe hacer una mera valoración de coherencia entre una norma constitucional y una disposición de ley, sino realizar un equilibrio entre las diversas disposiciones constitucionales: por ejemplo, entre derechos sociales y económicos, entre derechos de libertad de la persona y derechos colectivos,

Por otra parte, las Constituciones no albergan únicamente un conjunto de normas, sino que contienen además la afirmación, de principios y valores que unifican una comunidad social. Por eso, el deber actual del juez constitucional consiste en ser un dinámico artífice de la integración social dentro del Estado y un garante de la unidad sustancial del ordenamiento.

5. El juez constitucional como juez de la libertad. Técnicas de defensa directa de los derechos fundamentales de la persona

Antes que nada, se debe tener en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible.

Se admite de forma general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial; como también se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales -es decir, verdaderos y propios derechos, normas objetivas de rango supremo- si su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y judicial, sino también para el legislador.

Por otra parte, no se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, como ha subrayado eficazmente un autor italiano (Cappelletti) definiendo al juez constitucional como el juez de la libertad; además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre.

Según las palabras de un ex Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana (Livio Paladin) «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa [...], sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales».

No muy diferentes, por otro lado, son los conceptos contenidos en la Declaración de Antigua sobre la justicia constitucional (Guatemala 1992) al considerar que «la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales».

Se comparte de forma generalizada la conclusión de que la garantía constituye parte esencial, condición indispensable para la existencia de

un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Generalmente se admite que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.

La mencionada conexión entre reconocimiento de un derecho y tutela jurisdiccional por parte de un Tribunal Constitucional, induce a situar en la tutela judicial el elemento principal que distingue los derechos de la persona como categoría y -por el contrario- a utilizar la ausencia de una efectiva justiciabilidad como el parámetro que sirve para diferenciar los derechos fundamentales de aquéllos que no pueden ser considerados como tales.

En nuestra opinión se puede sostener que una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades. Como lo demuestra, por una parte, la evolución concreta de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en Europa y en Norteamérica y, por otra, la gran difusión que esta institución ha tenido en las nuevas cartas constitucionales de Europa oriental, de Centroamérica, Sudamérica y de Africa, en conexión con la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.

A la luz de estas consideraciones puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional en base a las técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado directamente hacia la defensa de los derechos.

En el primer caso, son relevantes sobre todo las competencias de los Tribunales Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de la ley y en temas de conflictos entre los poderes del Estado. En el segundo, por el contrario, es fundamental la previsión de recursos directos contra todos los actos de los poderes públicos -y, en algún caso, también de los particulares-. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no una defensa objetiva de la Constitución.

Precisamente, por las razones que hemos apuntado, se están difundiendo ampliamente los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona, permitiendo que el ciudadano que sienta conculcado alguno de sus derechos constitucionalmente garantizados pueda recurrir incluso al juez constitucional. Por esta razón es de gran interés para el estudioso europeo el conocimiento y profundización en la experiencia de los Tribunales Constitucionales de América Latina. De hecho, si por un lado el acceso directo a la justicia constitucional en Europa no es muy difuso (está previsto únicamente por los Tribunales Constitucionales Alemán, Austríaco y Español), por otro lado, dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos.

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada -*habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, amparo, acción de tutela*- dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificadas desde un doble punto de vista.

a) Si se parte de la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial.

La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo, la constituye la institución del *habeas corpus,* que consiente impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, así como en las libertades de circulación y estancia. Estos instrumentos de garantía resultan limitados por el hecho de que, por un lado tutelan al ciudadano frente a las agresiones a sus derechos procedentes de los poderes públicos, pero no de otros poderes privados; mientras que, por otro lado, limitan la garantía a los derechos históricos de la persona -esencialmente de libertad personal y de movimiento-.

Se puede considerar que este tipo de instrumentos permite la difusión de la institución del amparo constitucional y refuerza el nivel de tutela de los ciudadanos, con el objetivo de tutelar a éstos frente a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales protegidos por las constituciones.

b) En otros casos, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, fundamentalmente en-

tre ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones entre los poderes públicos y ordenamientos que permiten recurrir también contra los particulares.

En el primer supuesto, las constituciones han optado por formulaciones genéricas, admitiendo los recursos en todos los casos en que la presunta violación provenga de los poderes públicos. En España, según el Art. 41° de la Ley Orgánica N° 2/1979 del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Formulaciones similares se encuentran también en la Ley de Procedimientos Constitucionales en El Salvador (Art. 12°), en la Constitución de Panamá (Art. 50°), en la Constitución de Bolivia (Art. 120°) y en la Ley de Amparo de Guatemala (Art. 9°).

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de los particulares que lesionan derechos garantizados constitucionalmente, introducen, en general, límites concretos. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: a) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; b) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; c) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; d) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares destinados a promover informes, y los susceptibles de generar información. En Brasil, el *mandado de segurança* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas; en Guatemala el amparo puede presentarse contra las entidades en las que se debe ingresar por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

Mientras, en Colombia, la ley enuncia taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, concretándose en los casos de: a) ejercicio de cualquier servicio o función pública; b) organi-

zación privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; c) contra aquel que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; d) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; e) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

6. El papel de la justicia constitucional en la difusión y generalización de los derechos fundamentales de la persona

La relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales de la persona se puede afrontar analizando también, el papel que ejercen los Tribunales Constitucionales en la difusión, generalización y en la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales.

Ello es así porque cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa -en verdad- un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y el legislador. En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido, no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las Cartas constitucionales, como por las normas concretas derivadas de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han establecido de dichas disposiciones.

Y en esta operación interpretativa es importante que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales tenga en cuenta fundamentalmente los valores constitucionales -tal y como son percibidos por el cuerpo social- por encima de la lógica interna del proceso de decisión política. Como se ha afirmado recientemente (Alexy) el riesgo del paternalismo constitucional puede ser conjurado, en primer lugar, si la jurisdicción constitucional está mucho más próxima a los ideales discursivos que al proceso político conducente a la ley.

Con todo, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en materia de tutela de los derechos fundamentales desarrolla una impor-

tante función también respecto de los ciudadanos y del cuerpo social de un país: contribuyendo a promover en la realidad cotidiana y en las relaciones sociales, el espíritu de los principios democráticos y de libertad consagrados en el texto constitucional.

En otras palabras, los jueces constitucionales -sobre todo en los sistemas de reciente democratización- desarrollan una importante acción cívica y didáctica.

En primer lugar, los jueces constitucionales cumplen una función cívica, de educación para la democracia: puede ser correcto hablar del papel didáctico de los Tribunales Constitucionales, consistente en su capacidad de instaurar la cultura de los derechos fundamentales, de hacer perceptible ante la opinión pública el significado *y* el valor de las disposiciones constitucionales en materia de derechos.

Los derechos fundamentales de la persona no encuentran su fundamento en la naturaleza o en el Estado, sino en la *polis,* a través del pacto constitucional que se instaura entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes. No cabe duda de que los Tribunales constitucionales, en virtud de la autoridad que se deriva de su posición constitucional, contribuyen de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, por lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado Democrático de Derecho.

En muchos ordenamientos, el juez constitucional está considerado por la opinión pública como el principal defensor de la Constitución y de los derechos en ella recogidos. Ello permite comprender la autoridad y el prestigio que los tribunales constitucionales han alcanzado.

Más allá de su papel educativo, los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, considerando que su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de sus transformaciones. Las decisiones más relevantes al respecto se pueden comparar con las escenas del pintoresco teatro del mundo contemporáneo, donde toma cuerpo la lucha cotidiana por la vida, por la dignidad, por la libertad humana.

De hecho, el examen de los *leading cases* permite comprender, por un lado, la evolución democrática de los sistemas constitucionales y, por otro, las profundas disparidades existentes entre los ordenamientos que también invocan formalmente a la tradición del constitucionalismo.

Se pueden, por ejemplo, confrontar las cuestiones que afrontan los jueces constitucionales en los países con una democracia madura

-fundamentalmente en los países con problemas de tutela de la persona provocados por el desarrollo cultural, el progreso científico y tecnológico, y el carácter multicultural de la sociedad- con las decisiones de los Tribunales Constitucionales en ordenamientos con una democracia inestable -donde se discute sobre el derecho a la vida, derecho a una sepultura, derecho a un juicio justo. El *right to die,* al que se ha enfrentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., se contrapone emblemáticamente con el derecho a la vida tutelado en diversos juicios en América Latina.

Es especialmente importante el papel de los jueces constitucionales en las fases de transición, cuando sobre las cenizas de un ordenamiento totalitario se instauran nuevas Constituciones inspiradas en los valores del Estado democrático de derecho: los jueces constitucionales ejercen un papel determinante en la modernización y en la democratización del ordenamiento jurídico, contribuyendo a afirmar los nuevos valores constitucionales. Sobre todo en los ordenamientos en los que se reconoce la competencia de los Tribunales Constitucionales también respecto a las leyes y a la normativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución: de este modo, se subraya con mayor evidencia el valor de «ruptura» que la nueva Constitución trata de marcar frente al régimen precedente.

Diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales incompatibles, recurriendo -sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona- a la noción de inconstitucionalidad sobrevenida.

En la República Federal Alemana, cabe destacar el Art. 123° de la Constitución, según el cual las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la Ley Fundamental. En Italia, el juez constitucional admitió, desde su primera sentencia en 1956, su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional. Igualmente, en España el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional, determina la inconstitucionalidad sobrevenida de esta última, invalidándola; también ha consentido que el juez ordinario pueda inaplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Con estas decisiones, los Tribunales Constitucionales han convertido en vitales los principios constitucionales y las normas en materia de derechos fundamentales, difundiendo su conocimiento a todo el cuerpo social. Además han supuesto un estímulo desde el momento en que no sólo renuevan el ordenamiento jurídico, eliminando las disposiciones contrarias a la Constitución, sino que también convierten en ilegítimos los actos de los poderes públicos que lesionan los nuevos principios en materia de derechos fundamentales, aunque se basen en leyes anteriores todavía vigentes.

De este modo, los Tribunales Constitucionales pueden asegurar los derechos fundamentales y depurar también el sistema de normas anticonstitucionales.

7. La implementación del principio personalista por parte de la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional contribuye también a concretar el principio personalista, favoreciendo una lectura evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos del ser humano. El proceso de especificación de los derechos fundamentales que parece caracterizar las más recientes Constituciones -que se distinguen por un amplio y analítico catálogo de posiciones subjetivas garantizadas como derechos fundamentales- se muestra útil, pero necesita también de la intervención y de la interpretación de los Tribunales Constitucionales.

Como es sabido, la interpretación judicial permite distinguir el ámbito semántico y lingüístico de una disposición, del ámbito normativo: en efecto, este último es el resultante de la interpretación de una determinada disposición que se afirma en la práctica jurisprudencial. De tal manera, las interpretaciones concretas de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, permiten asegurar una constante síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos: es decir, entre derecho e historia.

Los instrumentos que los jueces constitucionales tienen a su disposición para desarrollar un papel propulsivo en la interpretación de los derechos fundamentales de la persona, son múltiples. A mi entender, son merecedores de interés fundamentalmente cuatro.

A) En primer lugar, es relevante la función específica que los Tribunales Constitucionales desarrollan para atemperar la tutela de diversos derechos, susceptibles de entrar en conflicto.

A este propósito, la actividad de los Tribunales constitucionales es decisiva al hacer que la afirmación de un derecho no suponga una negación o una excesiva disminución de otro derecho, merecedor también de tutela constitucional.

Dicha situación es posible ya que la noción de persona tutelada, hoy en día, es bastante diferente en las Constituciones, de la noción del «ciudadano» de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los ordenamientos constitucionales democráticos sitúan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales no al individuo aislado, sino a la persona considerada en su proyección social. Dicho de otro modo, se asiste a la transición de una visión atomista a una visión social del ser humano.

Esta proyección particular del principio personalista obliga, antes que nada, a los jueces constitucionales a poner en correlación los derechos ligados al principio de libertad con los ligados al principio de igualdad, o también -como se suele afirmar de forma más sintética- derechos civiles y derechos sociales. Por un lado, individualismo, librecambismo, igualdad formal; por otro lado, solidaridad, promoción social e igualdad material.

Equilibrio difícil de conseguir siempre que las orientaciones prevalentes tiendan a diferenciar las dos tipologías de derechos (derechos de libertad, derechos económico-sociales) y a introducir una especie de jerarquía implícita, sobre la base de la apreciación de que los derechos sociales -a diferencia de los de libertad, considerados como fundamentales e inviolables- están condicionados, es decir, dependen de la cantidad de recursos disponibles, y de que su efectividad esté en función del presupuesto del Estado.

B) En segundo lugar, merece subrayar que la necesidad de afirmar el principio personalista, tal y como se entiende en la fórmula del Estado social y democrático, obliga a los Tribunales Constitucionales -en la resolución de los casos específicos- a reafirmar una lectura evolucionada del principio de igualdad, evitando que la garantía de la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación irracional terminen por no reconocer las múltiples diversidades, individuales y colectivas, en las que se articula la sociedad contemporánea. Dicho de otro modo, el prin-

cipio de igualdad, analizado en conexión con las disposiciones que reconocen el derecho, al libre desarrollo de la propia personalidad e identidad, no excluye, sino que presupone, la tutela de las múltiples diferencias que caracterizan la sociedad: desde la sexual a la étnica, desde la cultural a la lingüística. En el seno del principio clásico de igualdad se oculta la posibilidad del derecho al reconocimiento de las diferencias, su existencia parte de un grupo social más amplio que posee una destacada individualidad.

En particular en las modernas sociedades multiétnicas y multiculturales, resulta crucial el problema de cómo asegurar un equilibrio entre los derechos universales de la persona y los derechos relacionados con la diversidad cultural de los diversos grupos étnicos.

En algún caso es la propia Constitución la que indica el criterio para resolver el eventual conflicto entre los derechos generales de la persona y los derechos de los grupos étnicos; en otras ocasiones, la posible contradicción entre las normas específicas relativas a los derechos de los grupos étnicos y a los derechos reconocidos como generales por la Constitución, es asumida directamente por el legislador, proporcionando una reformulación de la normativa primaria. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la mediación entre las distintas exigencias es competencia de los jueces constitucionales, quienes, cada vez con mayor frecuencia, tienen que sentenciar sobre cuestiones que suponen una mediación difícil entre derechos generales de la persona y derechos culturales propios de grupos específicos.

C) En tercer lugar, los derechos tradicionales relacionados con la tutela de la libertad de la persona deben actualizarse y adaptarse al desarrollo de la investigación científica y de la tecnología, con la impresionante aceleración de las innovaciones en este campo. En los albores del nuevo milenio, la libertad de la persona debe enfrentarse a los peligrosos desafíos que comportan los nuevos fenómenos que, además de constituir un indudable factor de modernización y un estímulo para el progreso, representan simultáneamente un peligro potencial para el libre desarrollo de la persona.

Pensemos, por ejemplo, en los muchos interrogantes que abren algunas líneas de investigación (las manipulaciones genéticas, las intervenciones en ingeniería biológica, las operaciones de cambio de sexo, las nuevas técnicas de fecundación artificial) en lo relativo al respeto del ser humano, incluida su identidad. Igualmente se pueden considerar los

nuevos perfiles del derecho a la confidencialidad y a la identidad personal; inducidos por un lado por el desarrollo de la tecnología y, por otro, por la evolución social de las costumbres.

D) Finalmente, la intervención creativa de los Tribunales Constitucionales en materia de derechos fundamentales es favorecida por la particular estructura de algunos textos constitucionales: en especial, por la presencia de cláusulas generales específicas que las constituciones habitualmente poseen para la codificación de los derechos concretos, y que permiten una ampliación e implementación de las posiciones jurídicas tuteladas en virtud de una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales de la persona.

Entre las cláusulas de este tipo se pueden enumerar, por ejemplo, el artículo 2° de la Constitución italiana («la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado, ya sea en la formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad»), el artículo 2° de la Constitución alemana («todos tienen derecho a desarrollar libremente su propia personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país»).

Del mismo modo, existen numerosas cláusulas de apertura genérica al reconocimiento de futuros derechos no enumerados en su momento, cláusulas que se remiten a la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos según la cual, la enumeración de determinados derechos no debe interpretarse como negación o restricción de otros. Dichas cláusulas confían al juez la tarea de interpretar el sentir social del momento, teniendo presente un conjunto de derechos controvertidos en cuanto a su subsistencia o alcance objetivo. Es el caso del artículo 44° de la Constitución de Guatemala («los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes al ser humano»).

Otras disposiciones constitucionales, a su vez, prevén una apertura general del ordenamiento nacional a los tratados internacionales (como el Art. 5° de la Constitución de Bulgaria o el Art. 116° de la Constitución de Albania de 1998), o bien limitan dicha apertura internacional al ámbito de los derechos de la persona (como el Art. 11° de la Constitución eslovaca, el Art. 17° de la Constitución rusa y el Art. 7° de la Constitución de Somalia de 1960).

Dichas cláusulas constituyen y representan la base constitucional para la interpretación evolutiva y dinámica de las posiciones subjetivas expre-

samente reconocidas y garantizadas por las Constituciones, las cláusulas generales permiten considerar como fundamentales no sólo los derechos reconocidos de forma explícita por la Constitución, sino también aquellos que se pueden extraer de forma implícita, instrumental y transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.

El procedimiento legislativo descentralizado en Italia y España

Francisco Fernández Segado

1. Introducción: el nuevo rol de las Comisiones en el marco del Parlamento del Estado social democrático de derecho

Las Comisiones parlamentarias, según la clásica definición de Barthélemy,[1] son órganos constituidos en cada Cámara, compuestos de un número por lo general limitado de sus miembros, elegidos sobre la base de una presumible competencia y están encargados, en principio, de preparar su trabajo normalmente mediante la presentación de dictámenes.[2] Es claro, pues, el carácter auxiliar de la Cámara que en esta definición presentan las Comisiones y que el propio autor proyectaría hacia las tres grandes funciones que cumplen los Parlamentos: la función legislativa, la de control y la presupuestaria.

Ha sido, sin embargo, en relación con la función legislativa donde en mayor medida se ha fundamentado la existencia de las Comisiones parlamentarias que, como bien se ha significado[3], lejos de perder su fuerza, ésta no ha hecho más que afirmarse en el curso de los dos últimos siglos, y de modo muy particular en el pasado siglo XX, y ello, de un lado, por el crecimiento imparable de la legislación, y de otro, por el carácter cada vez más tecnicista de la misma.

1 Joseph Barthélemy: «*Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*», Librairie Delagrave, París, 1934, p. 10.

2 *Ibidem*, p. 212.

3 Pierre Pactet: «*Les Commissions parlementaires*», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique, soixantième année*, París, 1954, p. 127 y ss.; en particular, p. 128.

La organización parlamentaria en Comisiones, aun siendo un fenómeno común, ha ofrecido manifestaciones diferenciadas según las épocas y los países, distinguiéndose al respecto dos grandes sistemas de organización parlamentaria en Comisiones: el sistema de Comisiones no permanentes ni especializadas del Parlamento inglés y el sistema de las Comisiones permanentes y especializadas del Congreso norteamericano. En otros países, como es el caso francés, la riqueza y variedad de textos constitucionales ha sido tal, que ha posibilitado la aplicación en determinados momentos históricos de la mayor parte de las fórmulas posibles[4], presentándosenos Francia en éste, como en otros ámbitos, como auténtico laboratorio Constitucional.[5]

El sistema de las Comisiones parlamentarias, al sustraer a las Cámaras en Pleno la siempre larga y compleja tarea de proceder directamente al examen y deliberación de los proyectos legislativos, vino a aligerar de modo notable el trabajo parlamentario, mostrándose desde esta óptica como enormemente funcional. Pero la modesta labor originariamente asumida por las Comisiones, ha ido en la práctica, con el devenir del tiempo, alcanzando un nivel tal que ha propiciado la incidencia frontal de las Comisiones en las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Como en esta dirección subraya D'Eufemia[6], el aspecto de mayor interés de la institución constitucional de las Comisiones parlamentarias es que éstas, de simples órganos de estudio y delegación temporal encargadas de preparar la obra legislativa, se han transformado en los ordenamientos que las admiten constitucional, reglamentaria o

4 Dimitri-Georges Lavroff: «*Les Commissions de l'Assemblée Nationale sous la Ve République*», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1971, núm. 6, noviembre-diciembre 1971, p. 1429 y ss.; en concreto, p. 1432.

5 Las oscilaciones del rol de las Comisiones en la historia constitucional francesa son notables, encontrando sus polos extremos, en lo que hace a la intervención de las Comisiones en el trabajo legislativo, en el Senado-consulto orgánico del 28 Frimario del año XII (18 de mayo de 1804), que opta por la interdicción de cualquier intervención de las Comisiones, y en la Constitución de la Cuarta República, de 27 de octubre de 1946, que se decanta por la libertad más absoluta de tales órganos, Cfr. al efecto, Paul Cahoua: «*Les commissions, lieu du travail législatif*», en *Pouvoirs*, núm. 34 (monográfico sobre «*L'Assemblée*»), París, 1985, p. 37 y ss.

6 Giuseppe D'Eufemia: «*Le Commissioni parlamentari nelle Costituzioni moderne*», en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año VI, núm. 1, enero-marzo 1956, p. 16 y ss.; en particular, pp. 18-19.

consuetudinariamente, en órganos permanentes y autónomos que vienen a alterar o incidir de hecho en el sistema de relaciones entre los poderes constitucionalmente establecidos.

Esta mutación del rol funcional de las Comisiones es inexplicable al margen del profundo proceso de transformación que ha experimentado el Estado liberal de derecho del siglo XIX y que ha conducido al Estado social y democrático de derecho de nuestros días. Mientras el primero se limitaba a garantizar a los ciudadanos la integridad de la esfera de su autonomía personal, el segundo se ha propuesto llevar a cabo una redistribución de la riqueza presidida por los principios materiales de igualdad y justicia, lo que se ha traducido de inmediato en una notabilísima ampliación de las tareas administrativas y, desde luego, también de las legislativas.

Estas profundas mutaciones han llevado consigo, a su vez, un cambio no menos radical en el concepto tradicional de la ley. Mientras que en coherencia con la concepción originaria de la ley como garantía y medida de la libertad civil y expresión de la voluntad general, el ideal se cifra, como señala Diez Picazo[7], en pocas leyes y claras, nociones estrechamente unidas, que se presuponen, pues la claridad es necesaria consecuencia de la escasez, ese esquema perfectamente nítido y coherente entra en crisis cuando el Estado social de derecho ha de hacer frente a múltiples funciones en ámbitos tan diferentes y tan alejados de los propios del Estado liberal como el económico, el social y el cultural, por sólo citar los más característicos. A partir de ese momento comienzan a surgir, como de nuevo señala Diez Picazo[8], formas aberrantes de leyes como es el caso de las denominadas «leyes medida», que son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto o a adoptar medidas de situación o de conyuntura, leyes, en definitiva, sin ninguna pretensión de perennidad.

La quiebra de la vocación de intemporalidad o perennidad de la ley, fruto de la propia coyunturalidad de muchas de ellas, y el hecho irrefutable de la cada vez mayor promiscuidad de las leyes singulares[9], que

7 Luis Diez Picazo, «Constitución, Ley, Juez», en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 15, setiembre-diciembre 1985, p. 9 y ss.; en concreto, p. 10.

8 *Ibidem*, p. 11.

9 Como señala Santamaría, las leyes singulares en sentido estricto no pueden considerarse inadmisibles en el actual Estado de Derecho, pues aún siendo un carácter

constituyen un instrumento casi imprescindible en un estado con vocación claramente administrativa, tienen como consecuencia la multiplicación del número de leyes que han de aprobar los Parlamentos. Si a esta hiperinflación legislativa se añade el carácter tecnocrático de buen número de textos altamente especializados, se puede comprender el profundo impacto que la nueva situación había por fuerza de tener sobre el procedimiento legislativo, y no sólo desde luego sobre él.

Consecuencia de todo ello ha sido, de un lado la asunción por el Ejecutivo de un rol cada vez más destacado en la función legislativa, de lo que da prueba el cada vez más frecuente recurso a la técnica de la delegación legislativa en el Gobierno o el empleo frecuente por éste de los decretos-leyes o decretos de urgencia, según las diversas denominaciones acuñadas. Y de otro lado, el sometimiento del procedimiento legislativo a mecanismos racionalizadores que se imbrican en el más amplio fenómeno de racionalización general de todos los procedimientos que, como se ha advertido[10], preña la vida parlamentaria en la actualidad, con el objetivo común de producir el máximo de funcionalidad al sistema político o, si se prefiere, de ofrecer el máximo de confortabilidad política al órgano motor y responsable de la política nacional, el Gobierno.

La mayor articulación de los procedimientos legislativos que se puede apreciar en los ordenamientos contemporáneos va estrechamente unida a la aparición, en ocasiones, de nuevos centros de decisión jurídicamente relevantes en el curso del procedimiento legislativo, fenómeno que Cervati[11] vincula a la creciente complejidad social y a la dificultad de articular los intereses en contraste. Y entre esos centros, en algunos países como Italia y España, ninguno tan relevante como las Comisiones parlamentarias, que de ser órganos de trabajo, auxiliares de los ple-

«natural», la generalidad ya no es un rasgo esencial de la ley. Juan Alfonso Santamaría Pastor: **Fundamento de Derecho Administrativo**, vol. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 528.

10 Juan Luis Paniagua Soto: «El sistema de Comisiones en el Parlamento español», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 10 (monográfico sobre «Estudios de Derecho Parlamentario»), Madrid, 1986, p. 111 y ss.; en concreto, p. 111.

11 Angelo Antonio Cervati:«Comentario al artículo 72°», en A.A. V.V. Cervati y Giovanni Grotanelli, «*La formazione delle leggi*», tomo I, vol. 1, en «*Commentario della Costituzione*» (*A cura di* Giuseppe Branca), Zanichelli Editore-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1985, p. 108 y ss.; en particular, p. 183.

nos de las Cámaras, han pasado a convertirse en órganos decisorios, por mor de la entronización Constitucional del que Mortati, en la Asamblea Consituyente italiana, la llamara procedimiento descentralizado (*procedimento decentrato*).[12]

En efecto, el Art. 72° de la Constitución italiana, uno de los más controvertidos de la Norma suprema del país transalpino, tras establecer en el primero de sus párrafos el procedimiento normal de examen y aprobación de todo proyecto de ley *(«ogni disegno di legge»)* presentado a una de las Cámaras: será examinado, según lo que disponga el reglamento respectivo, por una Comisión y luego por la propia Cámara (esto es, por su pleno), que lo aprobará artículo por artículo y en una votación final, y habilitar, en el segundo párrafo, a los Reglamentos de cada Cámara para que establezcan procedimientos abreviados para los proyectos de ley que se declaren urgentes, regula en el párrafo tercero el procedimiento descentralizado en los siguientes términos:

> «Podrá asimismo disponer (el Reglamento de cada Cámara) en qué casos y de qué forma procede trasladar el examen y la aprobación de los proyectos de ley a las Comisiones, incluso a las permanentes, compuestas de modo tal que reflejen las proporciones de los grupos parlamentarios. También en tales casos, hasta el momento de su aprobación definitiva, el proyecto será reenviado al Pleno de la Cámara si el Gobierno, una décima parte de los componentes de la Cámara o una quinta parte de la Comisión reclaman que sea discutido y votado por la Cámara misma o bien que sea sometido a la aprobación final de ésta únicamente con declaraciones de voto *(«con sole dichiarazioni di voto»)*. El Reglamento determinará la forma de publicidad de los trabajos de las Comisiones».

Se establece así, frente al rol tradicional de las Comisiones parlamentarias consagrado en el párrafo primero del precepto (lo que los italianos llaman *«commissioni in sede referente»*), una singularidad (*«commissioni in sede deliberante»*) que, pensada inicialmente como una excepción frente

12 Mortati, en *«Atti Assemblea Costituente»*, p. 1195. Sesión del 14 de octubre de 1947. Cit. por Franco Pierandrei: *«Les Commissions Législatives du Parlement Italien»*, en *Revue Française de Science Politique*, vol, II, núm. 3, julio-septiembre 1952. p. 557 y ss.; en concreto, p. 558, nota 2. El mismo trabajo publicado en italiano en *«Il Foro Padano»*, año VII, núms. 7-8, julio-agosto 1952, p. 74 y ss.; en concreto, p. 74, nota 2.

a la regla procedimental general, se ha convertido en la *praxis,* en la regla casi constante para buena parte de la legislación parlamentaria, con efectos diversamente valorados, pero, como advierte la doctrina[13], no ciertamente desechables, bien sobre la calidad de la producción legislativa, por cuanto que parece fuera de toda duda que la legislación de comisión ha contribuido a la proliferación de las llamadas despectivamente «*leggine*» (leyecillas), bien sobre la relación entre mayoría y oposición parlamentarias, especialmente si se advierte el poder de la minoría de solicitar el reenvío al pleno de la Cámara del proyecto legislativo ya asignado a la Comisión deliberante y las relevantes consecuencias que tal poder entraña en la *praxis* parlamentaria.

El Art. 72° se completa con un último párrafo que consagra la llamada reserva de ley de Pleno («*riserva di legge d'Assemblea*»), excluyendo del análisis por la Comisión en sede deliberante determinados proyectos de ley. A tenor del mismo:

> «Se adoptará siempre el procedimiento normal de examen y aprobación directa por el Pleno para los proyectos de ley en materia constitucional y electoral y para los de delegación legislativa, de autorización para ratificar tratados internacionales, de aprobación de presupuestos y cuentas».

2. El procedimiento legislativo descentralizado en la Constitución española. Sus antecedentes.

I. El Art. 75° de la Constitución española de 1978, tras disponer en su apartado primero que «las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones», dedica sus dos apartados subsiguientes a contemplar las líneas maestras a las que se ha de ajustar la delegación legislativa de las Cámaras a sus respectivas Comisiones. De acuerdo con el Art. 75.2°:

> «Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esa delegación».

13 Entre otros muchos, Angelo Antonio Cervati: «*La formazione delle leggi*», *op. cit.*, p. 146.

En claro reflejo, en este punto casi mimético, de la Constitución Italiana, el Art. 75.3° completa el diseño constitucional de este instituto refiriéndose a la reserva de ley de Pleno en los siguientes términos:

> «Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de base, y los presupuestos Generales del Estado».

La norma en cuestión es inequívocamente tributaria del Art. 72° de la Carta constitucional italiana, si bien no sólo de ella, pues también parece clara la predeterminación de la fórmula constitucional por la propia *praxis* parlamentaria generada por la normación reglamentaria del procedimiento legislativo preexistente que, como expondremos más adelante, remonta su origen a la Ley de Cortes de 1942, lo que entraña que también desde una perspectiva histórica pueda establecerse un cierto paralelismo en la regulación de esta peculiar modalidad del procedimiento legislativo entre Italia y España.

II. Singular es, como señala Paladin[14], el origen histórico de la institución en Italia, pues, como resulta opinión unánimemente compartida por la doctrina, dicho instituto encuentra su germen en la Ley de 19 de enero de 1939, núm. 129, de «*Istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni*»[15], cuyos artículos 15° y 16° normaban en términos semejantes a los ulteriormente dados al instituto en la Constitución de 1947, el procedimiento legislativo descentralizado[16].

14 Livio Paladin: «*Diritto Costituzionale*», CEDAM, Padova, 1991, p. 340.

15 Puede verse el texto de esta ley en Francesco Teresi: «*Codice Costituzionale*», Zanichelli, Bologna, 1998, pp. 11-12.

16 El artículo 15° de la Ley núm. 129, de 1939, atribuía a los Plenos (*Assemblee plenarie)* de la Cámara de los Fascios y de las Corporaciones y del Senado del Reino, el conocimiento de los proyectos de ley de carácter constitucional, (tal y como ya había establecido el Art. 12° de la Ley de 9 de diciembre de 1928, núm. 2693, de «*Ordinamento e attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo*»), las delegaciones legislativas de carácter general, los proyectos de presupuestos y de rendición de cuentas del Estado y de las Haciendas autónomas del Estado y de los entes administrativos de cualquier naturaleza de importancia nacional, subvencionados directa o indirectamente por el Presupuesto del Estado. A su vez, el Art. 16° atribuía el examen de todos aquellos proyectos de ley no incluidos en el Art. 15° con carácter exclusivo, a las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras.

La Constitución de 1947 iba, ciertamente, a readaptar el procedimiento acuñado por el régimen fascista a las pautas y principios del régimen democrático. Y a tal efecto se introducía una diferencia que, en principio, parecía fundamental: mientras de acuerdo con la Ley de 1939 las Cámaras en Pleno tenían una competencia estrictamente tasada que parecía convertir en excepcional su intervención en el procedimiento legislativo, correspondiendo a las Comisiones Legislativas una amplísima competencia residual que las convertía en los órganos competentes para conocer y aprobar la inmensa mayoría de los proyectos legislativos, la Carta de 1947 alteraba esa correlación al atribuir a los Plenos de las Cámaras la competencia general, habilitando a las propias Cámaras para determinar, a través de sus respectivos Reglamentos, «los casos y la forma» en los que las Comisiones respectivas podían sustituir a los Plenos en el conocimiento y aprobación de un proyecto de ley. Dicho de otro modo, y según Mazziotti[17], la sustitución de los Plenos por las Comisiones dependía de la voluntad de los primeros, plasmada en los respectivos Reglamentos. Y esa voluntad de la Cámara sólo podía justificarse en cuanto existía una expresa norma constitucional habilitante, pues, como indica Paladin[18], los Reglamentos parlamentarios no estarían habilitados para prever y disciplinar un procedimiento de tal naturaleza de no existir la previa habilitación constitucional.

Por todo lo expuesto, Mortati ha podido subrayar la notable diferencia existente entre el régimen de la Ley de 1939 y el de la Carta de 1947 en el punto que nos ocupa, significando[19] que mientras en la Ley de 1939 las Comisiones tenían una competencia propia (no enumerada expresamente, recordémoslo, sino contemplada de modo residual), que quizá podría haber sido restablecida en alguna medida por los Reglamentos de las Cámaras, al amparo del Art. 72° de la Constitución, al no haberse decantado por esa fórmula y optar por atribuir al Presidente de la Cámara, salvo oposición de la misma, la iniciativa para deferir en cada ocasión a la Comisión el conocimiento en sede deliberante del proyecto legislativo, las Comisiones han pasado a disponer tan sólo de una com-

17 Manlio Mazziotti di Celso: «*Parlamento. Funcioni*» (*Diritto Costituzionale*), en «*Enciclopedia del Diritto*», tomo XXXI, Giuffrè, Milán, 1981, p. 757 y ss.; en concreto, p. 793.

18 Livio Paladin: «*Diritto Costituzionale*», *op. cit.*, p. 342.

19 Costantino Mortati: «*Istituzioni di Diritto Pubblico*», tomo II, 9° ed., CEDAM, Padova, 1976, p. 744.

petencia eventual y sustitutoria que deviene actual previa investidura del órgano competente en el procedimiento normal u ordinario.

Por lo demás, la propia estructura del Art. 72° es ilustrativa de la excepcionalidad, por lo menos en la dicción del texto constitucional, del procedimiento descentralizado. No debe considerarse desprovisto de significado a este respecto que en su párrafo primero el Art. 72° contemple como procedimiento legislativo normal u ordinario el llamado *«procedimento di assemblea»* en el que la Comisión tiene una función preparatoria de la ulterior intervención del Pleno, que habrá de aprobar artículo por artículo y en una votación final el proyecto legislativo, conociéndose en estos casos la actividad de la Comisión como *«in sede referente»*. Y en los dos párrafos sucesivos se contemplan dos procedimientos especiales o extraordinarios: el procedimiento abreviado y el procedimiento descentralizado, del que venimos ocupándonos.

No puede, sin embargo, dejar de hacerse una precisión respecto al contraste que se ha venido estableciendo entre la excepcionalidad de la intervención en el procedimiento legislativo por parte de los Plenos de las Cámaras contemplada en la Ley de 1939 y la generalidad o normalidad de esa misma intervención prevista por la Constitución de 1947. En un plano teórico o abstracto, sin lugar a dudas, tal afirmación o contraste es indiscutible, pero en el plano de la realidad de los hechos el juicio debe modificarse o, por lo menos, matizarse sustancialmente. Como afirme Elia[20], causa una cierta sensación calificar como normal, el *«procedimento di assemblea»* desde el momento en que se advierte que el de comisión se ha venido utilizando con amplísima ventaja, alrededor de tres veces frente a una[21]. Esta proporción, en torno al 75 por 100 en

20 Leopoldo Elia: *«Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo»*, en *Archivio Giuridico* «Filippo Serafini», vol. XXIX, fasc. 1-2, Società Tipografica Modenese, Módena, 1961, p. 42 y ss.; en concreto, p. 98.

21 El propio Elia (*Ibidem*, p. 98, nota 129) nos ofrece datos empíricos de las dos primeras legislaturas del Parlamento italiano. En la primera, sobre un total de 2,427 proyectos de ley aprobados por la Cámara de Diputados, 587 lo fueron por el Pleno y 1,840 en Comisión. En el Senado, de un total de 2,417 proyectos, 628 fueron aprobados por el Pleno y 1,789 en Comisión. En la segunda legislatura, estos rasgos se acentúan. Y así, en la Cámara de Diputados, de un total de 2,004 proyectos legislativos aprobados, 496 lo fueron de acuerdo con el *«procedimento di assemblea»* frente a 1,508 que lo fueron por el procedimiento descentralizado. Y en el Senado, sobre 1,998 proyectos aprobados, 475 lo fueron según el primer procedimiento y 1,523 de conformidad con el segundo.

favor del procedimiento descentralizado, como revelan los datos ofrecidos por Martines[22] se mantendría, incluso en un leve pero constante ascenso, hasta la sexta legislatura, iniciándose en la séptima una inversión de la tendencia que, por ejemplo, ha situado ese porcentaje en la décima legislatura en torno al 54 por 100. Todo ello conduce a una conclusión evidente: se ha producido un verdadero vuelco en la relación existente entre el procedimiento supuestamente normal, y el formalmente conformado como excepcional. La excepción se ha convertido, pues, en la regla[23] llegándose, de facto, a una situación análoga a la dimanante de la Ley de 1939.

III. En la Asamblea constituyente italiana se suscitó la problemática de la adopción de una fórmula que pudiera dar respuesta a la exigencia, apreciada por todos los sectores políticos y por parte de la opinión pública, de una legislación rápida y acorde con las nuevas tareas del Estado social de derecho. La adecuación a este nuevo reto del procedimiento legislativo, como recuerda Mohrhoff[24], fue planteada por vez primera por Mortati en la sesión de la Subcomisión para la Organización del Estado celebrada el 26 de octubre de 1946. Mortati, a la sazón ponente, propuso un sistema de descentralización de la competencia legislativa de las Cámaras caracterizado por la posibilidad de que el Pleno de la Cámara pudiese delegar a las Comisiones el examen del texto de aquellos proyectos legislativos de carácter técnico, en el bien entendido de que el dictamen emitido por la Comisión había de pasar a votación del Pleno sin debate previo alguno, con las meras declaraciones de voto.

El debate plenario en la Asamblea Constituyente osciló entre dos posiciones extremas: la absoluta e inderogable competencia legislativa de las Cámaras en sesión plenaria y la delegación a las Comisiones del examen y aprobación de todos los proyectos de ley que no tuvieran gran

22 Temístocle Martines: «*Diritto Costituzionale*», 8ª. ed., Giuffrè, Milán, 1994. pp. 338-339.

23 Análoga es la conclusión a la que llegó Georges Langrod (en «*Quelques aspects de la procédure parlementaire en France, en Italie et en Allemagne Fédérale*», en *Revue Internationale de Droit Comparé,* París, 1953, núm. 3, julio-setiembre 1953, p. 497 y ss.; en particular, p. 523) si bien quizá demasiado tempranamente.

24 Federico Mohrhoff: «*Commissione Parlamentare*», en «*Novissimo Digesto Italiano*» (diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula), tomo III, 3ª. ed., UTET, Torino, 1967, p. 647 y ss.; en concreto, p. 650.

importancia política. Una propuesta del diputado Constituyente Vanoni iba a ser decisiva en la redacción final del Art. 72°.

En síntesis, se trataba de deferir a las Comisiones los proyectos relativos a materias estrictamente técnicas y a los Plenos los referentes a materia de notable relevancia política o que implicaran el planteamiento de aspectos principales. Como de nuevo señala Mohrhoff[25] era una tesis mucho más avanzada que la sostenida por el ponente Mortati quien no la acogió, preocupado por las consecuencias de una excesiva especialización y burocratización de la actividad legislativa. La propuesta final de Ruini, presidente de la Comisión de los setenta y cinco, en el sentido de que pudiese ser deferido a las Comisiones no solo el examen y formulación de los textos legislativos, sino también su aprobación definitiva, resultaría decisiva para la adopción final por el constituyente de esta innovadora fórmula procedimental que constituyó verdaderamente un «*quid novi*» en la historia de los modernos ordenamientos constitucionales.

IV. La comparación entre la fórmula acuñada por el Art. 75° de la Constitución de 1978 y la más de seis lustros antes institucionalizada en Italia no deja resquicio alguno a la duda respecto al influjo ejercido por el constituyente transalpino sobre el español[26]. Sin embargo, no es éste el único antecedente que encontramos en la génesis de este instituto procedimental parlamentario, sino que, también al igual que en Italia, es preciso en esta búsqueda de antecedentes remontarse al régimen autoritario anterior, apreciación coincidente entre la doctrina[27]. Desde lue-

25 *Ibidem*, pp. 650-651.

26 La doctrina es unánime el respecto. Y así, por poner algún ejemplo, Recoder señala que aunque pueda tener otras inspiraciones, la influencia más inmediata deriva de la Constitución italiana. Emilio Recoder de Casso: «Comentario al Art. 75° de la Constitución», en Fernando Garrido Falla (dir.), «*Comentario a la Constitución*», 2ª. ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 1161 y ss., en concreto, p. 1162. En el mismo sentido, Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes» (Comisiones Legislativas y robustecimiento de las Cortes), Universidad de Valladolid-Caja de Ahorros y M.P. de Salamanca, Valladolid, 1989, en particular, pp. 363-365.

27 Así, también sin ánimo exhaustivo, entre otros, Ma. Asunción García Martínez: «El procedimiento legislativo», Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 294. En igual sentido, Agustín Ruiz Robledo: «La delegación legislativa en las Comisiones», en Juan Carlos da Silva Ochoa (Coord.), «Las Comisiones Parlamentarias», Parlamento Vasco, Vitoria, 1994, p. 457 y ss.; en concreto, pp. 464-465.

go, no cabe duda alguna acerca del rechazo radical de los constituyentes hacia las Leyes Fundamentales del franquismo; más aún, buen número de preceptos constitucionales encuentra su razón de ser en una relación dialéctica con el ordenamiento del inmediato pasado autocrático. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el influjo de la normativa anterior no sólo se iba a diluir por la incidencia, más fuerte sin duda, del modelo italiano, sino que se iba asimismo a canalizar a través de otras vías normativas distintas de las Leyes Fundamentales (aunque fueran en último término desarrollo de ellas), como sería el caso de los Reglamentos de las Cortes, particularmente el de 1971, en el que en algunos aspectos, como el procedimiento que venimos analizando, encontrarían su inspiración los Reglamentos provisionales del Congreso de los Diputados y del Senado, de 17 y 18 de octubre de 1977, respectivamente, normas estas últimas que no podían por menos que incidir en la adopción por los constituyentes del procedimiento legislativo descentralizado. Nos detendremos más en ello.

El Art. 10° de la Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 reservaba al Pleno las leyes que tuvieran por objeto alguna de las materias en él enumeradas. A su vez, el Art. 12° consideraba de la competencia de las Comisiones de las Cortes todas las disposiciones que no estuvieran comprendidas en el Art. 10° y debieran revestir forma de ley. La analogía con la Ley italiana de 1939 era bien patente.

El Reglamento de las Cortes Españolas de 26 de diciembre de 1957 primero propiamente dicho, omisión hecha del Reglamento provisional de 5 de enero de 1943, contemplará la tramitación de los proyectos de ley en un Título específico (el Título VI) subsiguiente al dedicado a las Comisiones (Titulo V) y anterior al relativo al Pleno de las Cortes (Título IX) cuyas reuniones preceptivas se fijan en dos veces por lo menos al año, «así como para la aprobación de los actos o leyes especificados en el Art. 10° de la Ley de Cortes (Art. 61.2° del Reglamento). Es notorio y patente el significado radicalmente distinto de este antecedente, pues, como bien se ha dicho[28], no son razones técnicas las que inclinan a un régimen no democrático a refugiar la legislación en las Comisiones, sino razones políticas: reducir a la mínima expresión los debates con luz y taquígrafos. Las Comisiones son más manejables que las reuniones plenarias.

28 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1165.

Tras la reforma operada por la Ley de 22 de julio de 1967 sobre el Reglamento de 1957 se llega al Reglamento de 15 de noviembre de 1971, primera norma de este tipo que se refiere específicamente al procedimiento legislativo, diferenciando los procedimientos legislativos ordinarios (Título IX) de los especiales (Título X) y dentro de estos últimos, el procedimiento de tramitación de los proyectos de ley que sean competencia de las Comisiones (Capítulo primero, arts. 89° a 91°)[29]. Será la primera vez en que la tramitación de los proyectos de competencia de las Comisiones sea desarrollado con arreglo a un procedimiento *«ad hoc»,* como recuerda Fraile[30], hasta entonces no hay sino un procedimiento único que se bifurca en su fase final, yendo unos proyectos para aprobación del Pleno y otros para su simple dación de cuentas.

A la hora de diferenciar los proyectos que no eran de la competencia del Pleno, el propio autor anterior llega a la conclusión[31] de que prácticamente coincidía la distinción con la de leyes materiales y formales, bien que éste sólo fuera un criterio aproximativo en tanto que la determinación del procedimiento a seguir requería un acto de calificación individual del Presidente para cada proyecto que se explicitaba en el Decreto de publicación del proyecto de ley.[32]

Tras las elecciones del 15 de junio de 1977, las nuevas cámaras democráticamente elegidas iban a aprobar unos reglamentos provisionales que pervivirían hasta la entrada en vigor de los hoy vigentes, de 1982 el del Congreso y de 1994 el Texto Refundido del Reglamento del Senado. Sobre ambos Reglamentos provisionales iban a influir algunas de las

29 Como indicara Ruiz Robledo, doctrinalmente hubiera sido más congruente calificar el procedimiento en comisión como el ordinario y al que se celebraba en el Pleno como especial porque éste era el que tenía un ámbito de actuación tasado. Agustín Ruiz Robledo: «Sobre los tipos de procedimientos legislativos», en el colectivo, «El procedimiento legislativo» (V Jornadas de Derecho Parlamentario), Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 653 y ss.; en concreto, p. 656.

30 Manuel Ma. Fraile Clivillés: «Comentario al Reglamento de las Cortes» Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, p. 856.

31 *Ibidem*, pp. 855-856.

32 Tomás-Ramón Fernández constata que en el régimen franquista se hizo un uso muy moderado de las Leyes de Comisión, limitándolas de hecho a la ratificación de ciertos Tratados, aprobación de Leyes de gasto público y Leyes de carácter organizativo de pequeña trascendencia. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: «Curso de Derecho Administrativo», tomo I, 4ª. ed. reimpr., Civitas, Madrid 1986, p. 158.

normas reglamentarias establecidas en el Reglamento de 1971, quizá por la notable calidad técnica de esta última norma. Además, en lo que atañe al instituto que nos ocupa, como bien se advierte[33], sin duda pesó la inercia de la institución. Ello se tradujo en que el Reglamento provisional del Congreso, dentro del Título referente al procedimiento legislativo, y en el Capítulo dedicado al procedimiento legislativo ordinario acogiese una Sección relativa a la competencia legislativa plena de las Comisiones Permanentes. A tenor del artículo único de esa Sección (Art. 102°).

> 1. «En los proyectos y proposiciones que no traten de materias de especial importancia de orden general, la Mesa del Congreso puede decidir que la Comisión encargada de dictaminar el texto en cuestión lo haga en plenitud de poder legislativo, sin exigirse su aprobación final, en el Pleno del Congreso. El acuerdo será publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes"».
> 2. «No obstante, si, en el plazo de tres días a partir de la publicación del anterior acuerdo, dos Grupos parlamentarios o cincuenta diputados expresaran un parecer contrario a aquélla, el asunto será resuelto por el Pleno de la Cámara».

De la forma en cuestión ha de destacarse, en primer término, el hecho de la indeterminación con que se contemplaban los proyectos que podían ser aprobados definitivamente por una Comisión. El precepto se refería a aquellos proyectos y proposiciones «que no traten de materias de especial importancia de orden general». La fórmula era excesivamente vaga y potenciaba hasta el extremo la facultad atribuida a la Mesa del Congreso de decidir que la Comisión encargada de dictaminar el texto en cuestión lo hiciera en plenitud de poder legislativo, al disponer la Mesa de una amplísima facultad de calificación. Lógicamente, antes de adoptar tal decisión, la Mesa había de valorar la importancia de orden general del proyecto o proposición y, a la vista de la misma, adoptar la pertinente decisión. Bien es verdad que tan exagerada capacidad decisoria por parte de la Mesa se veía contrapesada por la intervención del Pleno que, a instancia de dos Grupos parlamentarios o cincuenta diputados, que se manifestaran contrariamente, había de zanjar la cues-

33 Juan Luis Paniagua Soto: «El Sistema de Comisiones [...]», *op. cit.*, p. 131.

tión, resolviendo en uno u otro sentido la controversia en torno a la sede parlamentaria, Comisión o Pleno, que había de aprobar finalmente el texto del proyecto o proposición.

El Reglamento provisional del Senado establecía un cierto automatismo para la adopción del procedimiento descentralizado al disponer su artículo 86.2° que los proyectos y proposiciones de ley que hubieran sido aprobados por la Comisión competente del Congreso con plenitud de poder legislativo, «pasarán a la Comisión correspondiente del Senado, que tendrá el mismo poder, sin exigirse aprobación final en Pleno del Senado». Se optaba así en favor de un mecanismo automático por el que el procedimiento legislativo del Senado se vinculaba, sin posibilidad de cambio alguno, al procedimiento descentralizado seguido en el Congreso. Este desencadenaba aquél. Y ello, parece obvio, no se acomodaba en absoluto al principio de autonomía de la Cámara alta.

Estos antecedentes no podían por menos que influir en la opción final del constituyente de consagrar en el Texto fundamental este peculiar procedimiento legislativo. Pensemos que además del influjo del modelo italiano, las propias Cámaras constituyentes habían institucionalizado ya en sus propias normas reglamentarias ese instituto que, aun encontrando su más remoto origen en la Ley de Cortes de 1942, se había encauzado por intermedio de los Reglamentos de las Cortes hasta llegar por este cauce a los Reglamentos provisionales de 1977.

V. El «iter» constituyente no aporta muchos datos en torno a la constitucionalización de la delegación legislativa de las Cámaras en las Comisiones Permanentes.

En la sesión celebrada por la Ponencia constitucional el 4 de octubre de 1977 se analizaba la posibilidad de la existencia de un procedimiento legislativo abreviado, acordándose su incorporación al texto así como la reserva de ciertas materias para su conocimiento por el Pleno, quedando, no obstante, sin redactar el artículo correspondiente.[34]

En el Anteproyecto constitucional, publicado el 5 de enero de 1978, las previsiones del actual artículo 75.2° y 3° ya aparecían redactadas de un modo sustancialmente análogo en el entonces Art. 66.2° y 3°. Omisión hecha de una enmienda de estilo (la núm. 691) del Sr. López Rodó,

34 Puede verse en «Las actas de la ponencia constitucional» en Revista de las Cortes Generales, núm. 2, segundo cuatrimestre 1984, p. 251 y ss.; en particular p. 287.

solo se presentó una enmienda por parte del Grupo Parlamentario Mixto (la núm. 512) que, lisa y llanamente, optaba por suprimir la figura de la delegación legislativa en Comisión. La Ponencia rechazó en su Informe de modo un tanto lacónico la enmienda del Grupo Mixto por apartarse sustancialmente del sentir común.[35]

Tanto la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso como el Pleno de la Cámara mantuvieron la redacción que ya sólo se vería modificada en el Senado a raíz de una enmienda (la núm. 334) presentada por el senador Sr. Sánchez Agesta al texto del Art. 69.2° del Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso.[36] Como en su fundamentación se afirmaba, la enmienda era, en parte, una corrección de estilo «para indicar más precisamente lo que se quiere decir», pero también pretendía «afirmar directamente la posibilidad de revocar la delegación concedida a las Comisiones.» En definitiva, como el propio senador Sr. Sánchez Agesta indicaría en la Comisión de Constitución del Senado,[37] la nueva redacción, aún no cambiando nada en lo esencial, lo precisaba, en cuanto que lo que venía a posibilitar la norma en cuestión era revocar una delegación. La Comisión aprobaría tal enmienda, quedando de esta forma el precepto con la redacción que a la postre habría de ser la definitiva.

3. Naturaleza jurídica de la institución

I. Una cuestión relevante y especialmente controvertida en Italia ha sido la relativa a la calificación jurídica del título competencial de las Comisiones al aprobar los proyectos de ley.

La tesis de que la traslación a las Comisiones de la facultad de aprobar los proyectos legislativos constituía una auténtica delegación ya fue sostenida durante los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente italiana. Como recuerda la doctrina,[38] en ese momento encontró amplio seguimiento en la Constituyente la opinión de que se trataba de

35 Fernando Sáinz Moreno: «Constitución Española. Trabajos Parlamentarios». tomo I; Cortes Generales, 2ª. ed., Madrid, 1989, p. 546.

36 *Ibidem*, tomo III, pp. 2808-2809.

37 *Ibidem*, tomo IV, pp. 3738-3739.

38 Guiseppe D'Eufemia: «*Le Commissioni Parlamentari [...]*», *op. cit.*, p. 44.

una suerte de otorgamiento de actividad legislativa a las Comisiones por parte de las Cámaras y que, por ello mismo, se estaba en presencia de una delegación a órganos diversos del Parlamento a los que el propio texto constitucional otorgaba competencia legislativa.

Entre la doctrina ulterior ha sido Mortati quien con más ahínco ha insistido en la figura de la delegación para calificar jurídicamente el título competencial de las Comisiones.[39] A juicio del citado autor, los Reglamentos, de las Cámaras habrían podido establecer alguna competencia propia de las Comisiones, como aconteció con la Ley de 19 de enero de 1939, núm. 129, aunque no lo han hecho, determinando por el contrario que la traslación competencial tenga lugar en cada ocasión por iniciativa del Presidente salvo oposición de la Cámara. Por lo mismo, Mortati entiende que las Comisiones, como ya indicamos en un momento precedente, poseen tan sólo una competencia eventual y subrogatoria que se convierte en efectiva o real previa investidura del órgano competente en vía normal; por todo ello, Mortati entiende adecuado reconducir el caso en cuestión a la figura. jurídica de la delegación.

Esta tesis no ha sido, sin embargo, aceptada pacíficamente por la doctrina. Todo lo contrario. Y así, por un lado, Balladore-Pallieri[40] rechaza que exista delegación al considerar que las Comisiones no son, por lo menos hacia el exterior, órganos distintos de los Plenos de las Cámaras a las que pertenecen, y que la deliberación a través de la Comisión no es más que una de las modalidades a cuyo través se admite que la Cámara puede deliberar, circunstancia que conduce a entender que la deliberación es siempre de la Cámara y, en consecuencia, no cabe delegación alguna.[41] Este es precisamente el argumento al que recurre Pierandrei[42] para rebatir la crítica de que la traslación del ejercicio de la

39 Costantino Mortati: «*Istituzioni di Diritto Pubblico*», tomo II, 9ª. ed., CEDAM, Padova, 1976, pp. 744-746.

40 G. Balladore-Palliri: «*Diritto Costituzionale*», 5ª. ed., Giuffré, Milán, 1957, p. 221.

41 Análoga es la posición de Sandulli, para quien las Comisiones son órganos internos de la Cámara a la que pertenecen, por lo que la determinación del Pleno de deferir un proyecto a una Comisión no puede ser considerada mas que como la elección de una mera opción procedimental de igual modo, por ejemplo, que la elección en favor de un determinado sistema de votación. Aldo M. Sandulli: «*Legge*» (*Diritto costituzionale*), en «*Novissimo Digesto Italiano*», tomo IX (*diretto da* Antonio Azara e Ernesto Eula), 3ª. ed., UTE, Torino, 1965, p. 630 y ss.; en concreto, p. 640.

42 Franco Pierandrei: «*Le Commissione Legislative del Parlamento Italiano*», *op. cit.* pp. 84-85.

actividad legislativa a las Comisiones es contraria al principio constitucional de que el poder legislativo pertenece a las Cámaras parlamentarias que presupone que la competencia legislativa de estas no puede ser delegada a otros órganos. Pierandrei cree que esa objeción está viciada en su origen por cuanto que el principio «*delegatus delegare non potest*» no tiene valor alguno en este caso. Y ello tanto porque la doctrina según la cual el poder legislativo que ejerce el Parlamento estaría delegado a este último por el pueblo, tiene una significación exclusivamente política, cuanto porque las Comisiones no son órgamos diferentes de las Cámaras, sino órganos de las propias Cámaras, por lo que en la medida en que las Comisiones legislan, sus manifestaciones de voluntad pertenecen a las propias Cámaras de las que forman parte. Abundando en esta línea, D'Eufemia[43] considera que entre la Asamblea en Pleno y las Comisiones en sede deliberante la competencia se reparte de modo análogo a la relación que media entre un órgano primario y un órgano secundario. Las Comisiones en sede deliberante son el órgano secundario de la correspondiente Asamblea en Pleno y el acto presidencial que traslada la aprobación del proyecto legislativo a la Comisión constituye la condición que posibilita a la Comisión el ejercicio de la función legislativa en nombre y por cuenta de la Asamblea en Pleno, que a su vez dispone de la facultad de avocación en los términos constitucionalmente establecidos. No se trata, pues, siempre según D'Eufemia, de una delegación, sino de una relación orgánica en la que la Comisión es un órgano de otro órgano.

En contra asimismo de la tesis minoritaria de la delegación[44], se ha considerado también que no sólo no es necesaria una deliberación del Pleno para deferir la aprobación del proyecto a la Comisión, siendo el Presidente de la Cámara el efectivo delegante, sino que más allá de esa objeción, ha sido el propio constituyente quien ha repartido de modo permanente la potestad legislativa de las Cámaras entre dos órganos internos de las mismas Cámaras: el Pleno y las Comisiones legislativas.[45] Esta reflexión, a su vez debe ser, según Elia,[46] el punto de partida para resolver la problemática que nos ocupa.

43 Giuseppe D'Eufemia: «*Le Commissioni Parlamentari [...]*», *op. cit.*, pp. 45-46.

44 Junto a Mortati se ha inclinado también en favor de esta tesis Paolo Biscaretti, en su «*Derecho Constitucional*», Tecnos, Madrid, 1973, p. 394.

45 Pietro Virga: «Diritto Costituzionale», 6ª. ed., Giuffrè, Milán, 1967, pp. 337-338.

46 Leopoldo Elia: «*Commissione Parlamentari*», en «*Enciclopedia del Diritto*», Vol. VII, Giuffrè, Milán, 1960, p. 895 y ss.; en concreto, pp. 901-902.

Elia parte de la consideración de que la relevancia autónoma de las Comisiones respecto de las Cámaras en Pleno no descansa en una mera diferenciación estructural, sino sobre un diverso tratamiento jurídico. El punto de apoyo que permite atribuir relevancia externa a la competencia de las Comisiones y a la de los Plenos ha de verse en la limitación del último párrafo del Art. 72°, esto es, en la reserva de ley de Pleno (*«riserva di legge d'Assemblea»*). Si tal reserva faltase, la diferenciación entre el procedimiento normal u ordinario y el procedimiento en comisión deliberante habría tenido un carácter puramente interno, eliminando *«in radice»* la necesidad hoy existente de distinguir entre las «leyes de Pleno» (*legge di assemblea*) y las «leyes de Comisión» (*legge di commissione*). Parece claro que no se trata de un problema formal, pues la reserva del último párrafo del Art. 72° confiere relieve práctico a la distinción entre el procedimiento ordinario y el descentralizado al objeto de garantizar de algún modo y para ciertas categorías de proyectos legislativos, un pronunciamiento cualificado de un órgano, pues es obvio que la deliberación en sede plenaria viene cualificada por un conjunto de garantías que van desde el mayor número de miembros hasta la más amplia publicidad procedimental, pasando por la muy relevante presencia de las formaciones políticas conformadas tal y como emergieron de la elección del cuerpo electoral.

A los elementos de diferenciación referidos se ha de añadir la posibilidad, en manos de la *«Corte Costituzionale»* de hacer respetar el reparto competencial fijado por el último párrafo del Art. 72°, posibilidad expresamente contemplada por la propia «Corte» en su Sentencia de 3-9 de marzo de 1959, y núm. 9,[47] que pese a levantar una fuerte polémica doctrinal[48] y pese asimismo a lo insatisfactorio de algunos de sus planteamientos.[49] Supuso una inequívoca toma de postura por parte de la «Corte» en favor de su competencia para controlar la observancia de las

47 Puede verse la sentencia en *«Guirisprudenza Costituzionale»*, 1959, p. 237 y ss.

48 Sobre la polémica, y dentro de la doctrina española, cfr. Paloma Biglino Campos: «Los vicios en el procedimiento legislativo», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. p. 24 y ss. Asimismo, Ignacio Torres Muro: «El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana» (1), en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 189 y ss.; en especial, pp. 198-215.

49 Cfr. al respecto Paolo Barile: *«Il crollo di un antico feticcio (gli 'interna corporis') in una storica (ma insoddisfacente) sentenza»*, en *«Giurisprudenza Costituzionale»*, 1959, p. 240 y ss.

normas constitucionales sobre el procedimiento de formación de las leyes.[50] Como reconoce la Corte, *«la posizione costituzionale di indipendenza delle Camere non implica [...] l'assoluta insindacabilità, da parte di qualsiasi altro organo dello Stato, del procedimento con cui. gli atti delle Camere vengono deliberati, ed in particolare l'insindacabilità da parte della Corte costituzionale del procedimento di formazione di una legge».*[51]

Cuantos argumentos se han expuesto parecen suficientes, a juicio de Elia,[52] para rechazar la opinión dominante que desconoce la existencia dentro del órgano complejo que es una Cámara de varios órganos diferentes por su competencia y por su dignidad: el Pleno y las Comisiones.

II. Si en Italia, como ha podido verse, la polémica doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del acto de traslación (*«atto di deferimento»*) o asignación del proyecto legislativo a la Comisión ha sido intensa, no puede decirse otro tanto de España donde el tema ha suscitado mucha menor inquietud entre la doctrina. La diferente dicción del Art. 75.2° CE respecto a la redacción del párrafo tercero del Art. 72° CI tiene mucho que ver con ello.

El Art 75.2° CE, a diferencia del texto italiano, omite toda alusión al Reglamento, soslayando de esta forma las críticas que en Italia suscitó la remisión a la norma reglamentaria, que era la que debía determinar «los casos y la forma» (*«in quali casi e forme»*) en que sería procedente trasladar el examen y aprobación de los proyectos legislativos a las Comisiones; dicho de otro modo, el reglamento parlamentario de cada Cámara, respetando las reservas de Pleno del párrafo cuatro del Art. 72°, debía proceder al reparto de competencia entre el Pleno y las Comisiones, reparto que finalmente se reveló como imposible de llevar a cabo. Las críticas anteriormente aludidas tuvieron su origen, como recuerda la doctrina,[53] en el temor de que la atribución a los Reglamentos de la determinación de los «casos» en que las Comisiones habían de asumir un poder legislativo pleno, supusiera una rígida determinación de las materias a asignar a las Comisiones, privando automáticamente a los Plenos de las Cámaras del conocimiento de ciertas disposiciones legisla-

50 Sentencia de la Corte núm. 9 de 1959, *Considerato in diritto 2.*

51 *Ibidem, Considerato in diritto 5.*

52 Leopoldo Elia: «*Commissione Parlamenteri*», *op. cit.* p. 902.

53 Franco Pierandrei: «*Les Commissions Législatives du Parlement Italien*», *op. cit.*, p. 572.

tivas, que, teniendo a primera vista una modesta importancia, presentara en realidad un notable interés político.

No será, pues, el Reglamento el que atribuya la aprobación de las leyes de las Comisiones Legislativas Permanentes, sino que será la propia Constitución la que prevea directamente una posible «delegación» a modo de facultad de las Cámaras, que resultan constitucionalmente habilitadas para llevar a cabo la delegación («podrán delegar a las Comisiones», dice literalmente el Art. 75.2° CE). Según Recoder,[54] esto quiere decir que lo que la doctrina italiana ha construido con dificultades, nuestra Constitución lo acoge rotundamente: hay una delegación de la Cámara a las Comisiones, tesis que suscribe la totalidad de la doctrina.[55]

El debate constituyente corrobora esta tesis. Pero a su evidente parquedad en este punto, se puede advertir que en las escasas oportunidades en que el tema se suscitó, siempre se manejó el concepto de «delegación» o, en su caso, el de revocación de la delegación, lo que es revelador de que en todo momento existió cierta convergencia en torno a la calificación jurídica del título competencial de las Comisiones.

El concepto de «delegación», uno de los más complejos del Derecho público,[56] identifica una técnica que presupone que el órgano delegado no ejerce ninguna competencia propia, sino la competencia de otro órgano; es decir, la delegación transfiere el ejercicio pero no la titularidad de la competencia.[57] De ahí que al menos en la delegación interorgánica,

54 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1166.

55 Asunción García Martínez: «El procedimiento legislativo», *op. cit.* p. 294. Juan Luis Paniagua Soto: «El sistema de comisiones [...]». *op. cit.*, p. 134. Agustín Ruiz Robledo: «La delegación legislativa en las Comisiones», *op. cit.*, pp. 467-468. Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.*, p. 380. Florentina Navas Castillo: *«La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de Investigación y Comisiones Legislativas Permanentes con competencia legislativa plena»*, Colex, Madrid 2000, p. 99.

56 Alfredo Gallego Anabitarte: «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, p. 7 y ss.; en concreto, p. 49.

57 Jiménez Campo, aun admitiendo la frecuencia con que se utiliza, incluso reglamentariamente, la noción de «competencia» para aludir a las funciones de las Comisiones, considera que tal noción es escasamente útil, y hasta perturbadora, para definir las relaciones entre Comisión y Cámara. Javier Jiménez Campo: «Sobre el control parlamentario en Comisión», en *«Política y Sociedad»* (Estudios de homenaje a Francisco Murillo Ferrol), vol. I, CIS-CEC, Madrid, 1987, p. 477 y ss.; en concreto, p. 482.

como es el caso, aunque no en la intersubjetiva, esto es, la que tiene lugar entre personas jurídicas diferentes,[58] los actos del delegado en su calidad de tal se entiendan dictados a todos los efectos por el delegante, cuya libre capacidad se manifiesta en una doble dimensión: la falta de capacidad del delegado, en este caso de la Comisión, para desplegar espontáneamente sus facultades, y la habilitación del delegante para revocar *«ad nutum»* la delegación. Estos rasgos caracterizan, o más bien debieran caracterizar, pues, como más adelante veremos, alguno de ellos no se da en rigor en el Congreso de los Diputados, la delegación legislativa a las Comisiones.

De todo lo expuesto puede derivarse una consecuencia adicional: la asunción por las Comisiones de un poder legislativo pleno no entraña su conversión en órganos independientes, autónomos y externos a las Cámaras. Como bien dice Villacorta,[59] la delegación de una función por el Pleno en las Comisiones no supone elevar a éstas a la categoría de órgano de naturaleza diferente, sino simplemente incorporar una función diversa a realizar por el mismo órgano.

El Parlamento, como precisara Manzella,[60] en cuanto expresión directa de la voluntad popular, es un órgano único de estructura compleja, y ello, entre otros aspectos, se manifiesta en las articulaciones de cada Cámara como, por ejemplo, en las Comisiones permanentes, articulaciones éstas que se caracterizan por una específica esfera de autonomía constitucionalmente garantizada, reflexión que el propio Manzella considera perfectamente válida para las Comisiones deliberantes en sede legislativa. Insistiendo en la misma idea, Pizzorusso[61] ha señalado que las articulaciones internas de cada Cámara actúan como representantes del Parlamento en su integridad, lo que, con la mayor evidencia, ocurre en el caso de las leyes aprobadas por las Comisiones.

En todo caso, conviene precisar que aunque la competencia para aprobar proyectos legislativos por parte de las Comisiones no sea propia sino delegada, ello no obsta para que, como de nuevo significa Manzella,[62]

58 Cfr. Al respecto J.J. Lavilla Rubira: «Delegación» (Derecho Administrativo), en *«Enciclopedia Jurídica Básica»*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1964 y ss.

59 Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.*, p. 381.

60 Andrea Mancella: *«Il Parlamento»*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 65.

61 Alejandro Pizzorusso: «Lecciones de Derecho Constitucional», CEC, vol. I, Madrid, 1984, p. 267.

62 Andrea Mancella: *«Il Parlamento»*, *op. cit.*, p. 66.

una vez puesto en marcha este mecanismo, la esfera de autonomía de las Comisiones no pueda ser atacada por otros órganos si no es en la forma expresamente prevista por la propia Constitución.

III. En conexión con la cuestión que acabamos de abordar se ha suscitado el tema de la naturaleza del procedimiento que se ha de seguir por las Comisiones con competencia legislativa plena, y en íntima relación con tal problema se ha planteado incluso una cierta controversia terminológica en torno a la denominación de este procedimiento.

La primera reflexión que se ha de hacer al respecto atañe a la deficiente ubicación del precepto constitucional, pues, como se ha dicho[63], el Art. 75° CE está regulando una variante del procedimiento legislativo en mayor medida que señalando una característica organizativa de las Comisiones. Por lo mismo, creemos que hubiera sido más lógico que se ubicara en el Capítulo segundo del Título III, relativo a la elaboración de las leyes. Los Reglamentos parlamentarios han subsanado esta deficiencia al ubicar las normas de desarrollo del precepto constitucional dentro del procedimiento legislativo: en la sección quinta (de la competencia legislativa plena de las Comisiones) del Capítulo tercero (de las especialidades en el procedimiento legislativo) del Título V (del procedimiento legislativo), el Reglamento del Congreso, y en la sección segunda (de la delegación de la competencia legislativa en las Comisiones) del Capítulo segundo (de los procedimientos legislativos especiales) del Título IV (del procedimiento legislativo), el Reglamento del Senado.

Como puede apreciarse, este procedimiento se sitúa entre los procedimientos legislativos especiales si bien, en razón al carácter preferente que le concede el Reglamento del Congreso, Santaolalla[64] ha podido decir que constituye un procedimiento tan común como el propiamente considerado *por* el Reglamento de la Cámara baja como procedimiento legislativo común.

El procedimiento ha sido en ocasiones calificado de «procedimiento abreviado»[65] junto con el de urgencia y el de lectura única. Sin embar-

63 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1162.

64 Fernando Santolalla López: «Derecho Parlamentario español», Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 237.

65 Ruiz Robledo, por ejemplo, se muestra reticente a tildar de «especial» el procedimiento descentralizado, prefiriendo llamarlo «abreviado». Agustín Ruiz Robledo: «La Delegación Legislativa en las Comisiones», *op. cit.*, p. 469.

go, como señala García-Escudero,[66] esta equiparación no es adecuada, porque en este procedimiento no se produce sólo un acortamiento de plazos o eliminación de fases, sino una diferencia cualitativa o sustantiva, como es el cambio en el órgano que realiza la aprobación del proyecto. En la misma dirección, Pizzorusso[67] significa que en el procedimiento descentralizado se da lugar no sólo a una abreviación del procedimiento (por la unificación de las dos fases del procedimiento ordinario que se desarrollan, respectivamente, ante el Pleno y la Comisión), sino también a que el acuerdo final corresponda a un órgano distinto del Pleno de la Cámara, aunque representativo del mismo.

Una última cuestión se ha suscitado respecto del procedimiento legislativo que venimos examinando: la de su propia denominación. Ruiz Robledo[68], tras mostrar su falta de convencimiento por la denominación de «procedimiento descentralizado», se inclina por llamarlo «desconcentrado», término que, a su juicio, marcaría más claramente la idea de subordinación entre el Pleno y las Comisiones. A su vez, Navas Castillo[69] tras considerar asimismo poco rigurosa la expresión «procedimiento descentralizado», rechaza de igual forma la denominación de «procedimiento desconcentrado», decantándose por la de «procedimiento legislativo delegado».

Desde luego, si buscamos la definición jurídica de los conceptos de «descentralización» y «desconcentración» podemos llegar con cierta facilidad a la conclusión de que estos términos, no ilustran sobre la calificación jurídica del título competencial de una Comisión al aprobar un proyecto legislativo, que como ya hemos examinado, es la de «delegación». La «descentralización» supone una transferencia competencial intersubjetiva de la titularidad y ejercicio de la competencia, y es claro, como ya se ha dicho, que el Pleno y las Comisiones no parece que pue-

66 Piedad García-Escudero Marquez: «Las especialidades del procedimiento legislativo en el Senado», en el colectivo, «El procedimiento legislativo, 1994», (V Jornada de Derecho Parlamentario), Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 481 y ss., en particular pp. 499-500.

67 Alessandro Pizzorusso: «Lecciones de Derecho Constitucional», tomo II, *op. cit.* pp. 240-241.

68 Agustín Ruiz Robledo: «La delegación legislativa en las Comisiones», *op. cit.* pp. 466-468.

69 Florentina Navas Castillo: «La función legislativa y de control en Comisión Parlamentaria [...]», *op. cit.*, pp. 105-106.

dan ser consideradas como personas jurídicas distintas. La «desconcentración» se produce entre órganos de una misma persona jurídica, con lo que se soslaya la objeción anterior, pero, sin embargo, este concepto presupone la transferencia de la titularidad y el ejercicio de la competencia, y como también se ha expuesto, no parece que pueda admitirse que el poder legislativo pleno de las Comisiones entrañe una transferencia de la titularidad de la competencia. Por todo ello, en rigor, ninguno de los dos conceptos calificaría con precisión el título competencial de las Comisiones al aprobar los proyectos de ley, lo que por otro lado es evidente por cuanto, como ya se dijo, la calificación precisa al respecto la encontramos en el concepto de «delegación». En coherencia con ello habría que hablar de procedimiento delegado. Sin embargo, no creemos que la identificación del procedimiento deba venir en función de la calificación jurídica del título competencial de las Comisiones al aprobar el proyecto. Es significativo al respecto que la sección del Reglamento del Congreso que norma este procedimiento lleve por rótulo «De la competencia legislativa plena de las Comisiones», obviando toda referencia a la delegación, aunque no suceda así en el Reglamento del Senado.

En definitiva, no parece que el hecho de que, en el supuesto contemplado, la relación establecida entre el Pleno y las Comisiones deba calificarse como «delegación» deba desencadenar de modo inexcusable que el procedimiento de aprobación de las leyes en Comisión haya de recibir la denominación de «procedimiento delegado». Llamarlo «descentralizado» no significa en modo alguno alterar la naturaleza jurídica de aquella relación. Por ello y por el arraigo doctrinal, de esa expresión, especialmente entre la doctrina italiana, optamos por mantener esa denominación.

4. La reserva de ley de Pleno

I. El Art. 75.3° CE exceptúa de la delegación de la competencia legislativa a las Comisiones una serie de materias que quedan de tal forma reservadas a su aprobación por el Pleno. Son tales materias las siguientes: la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

La norma constitucional española tiene como antecedente más próximo la previsión del último párrafo del Art. 72° CI (Constitución Italia-

na), que reserva el procedimiento normal de examen y aprobación directa por el Pleno para los proyectos de ley en materia constitucional y electoral y para las de delegación legislativa, autorización para ratificar tratados internacionales, aprobación de presupuestos y de cuentas. Se establece así lo que en Italia se conoce como una *«riserva di legge di assemblea»*.

La Ley N° 129, de 1939, como expusimos con anterioridad, ya estableció una reserva de esta naturaleza en la que cabe ver el origen remoto de la previsión constitucional que nos ocupa, si bien existe una importante diferencia entre la reserva establecida en la Ley de 1939 y la que determina la Constitución de 1947: en la primera, a tenor del Art. 17° de la propia Ley, tal reserva podía decaer cuando el Jefe del Gobierno así lo decidiera por razones de urgencia, fórmula perfectamente acorde con un régimen autoritario como el fascista; por el contrario, en la Carta de 1947 esta limitación material, no puede ser evadida; como dice Mazziotti,[70] constituye un límite absoluto a la competencia legislativa plena de las Comisiones.

Existe una clara coincidencia entre la doctrina italiana y española acerca de la razón de ser de esta reserva. La importancia político-institucional de los proyectos de ley excluidos del conociniento exclusivo por las Comisiones es patente a la vista de las materias por ellos normadas y justifica una previsión constitucional de este tipo. Como sostiene Cervati[71], refiriéndose a la cláusula constitucional italiana, aunque su reflexión sea perfectamente válida para la norma análoga de la Constitución de 1978, se trata de un conjunto de presupuestos que siendo heterogéneos vienen, sin embargo, caracterizados por un rasgo común: su notable trascendencia en relación con *el «indirizzo politico»* general o con el mantenimiento del orden constitucional[72]. Ese elemento común, su relevancia político-institucional, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar las materias mencionadas por el último párrafo del Art. 72°, no tanto con la finalidad de identificar nuevos supuestos de proyectos legislativos cuya aprobación pueda considerarse

70 Manlio Mazziotti di Celso: *«Parlamento. Funzioni»*, *op. cit.*, p. 793.

71 Angelo Antonio Cervati: *«La formazione delle leggi»*, *op. cit.*, p. 160.

72 También Mortati (en *«Istituzioni* [...]», *op. cit.*, tomo II, p. 671) aludiría a la función de *«indirizzo politico»* en relación, particularmente, con las leyes de presupuestos, justificando en tal función el impedimento constitucional de que puedan ser deferidas para su aprobación por las Comisiones parlamentarias.

reservada al Pleno, cuanto con el objetivo de dar una interpretación lata, amplia, a las previsiones del referido precepto constitucional.

Análogas han sido las reflexiones de la doctrina española, que ha puesto asimismo el acento en el relieve institucional de las materias contempladas por el Art. 75.3°, muy similares por cierto a la del Art. 72° CI, y en su contenido de *«indirizzo politico»*,[73] bien que no hayan faltado quienes consideran un tanto alicorta esta limitación material al entender que debiera de haberse reservado al Pleno la aprobación de todo texto legal que contuviera normas *«ad extra»* directamente referibles a los ciudadanos por lo que tiene de respeto a éstos.[74]

II. Una cuestión que se ha suscitado entre la doctrina italiana ha sido la de si cabría sostener que junto a la *«riserva di legge d'Assemblea»* originaria, en cuanto basada en presupuestos objetivos vinculantes, puede identificarse otra reserva eventual y derivada, caracterizada por el hecho de que el mismo objetivo que se propone la primera (vincular el procedimiento legislativo al Pleno) vendría no abstractamente predeterminado en la norma en relación con unos supuestos materiales concretos, sino condicionado a un específico deber: la solicitud de los sujetos a que se refiere el párrafo tercero del Art. 72° (el Gobierno, la décima parte de los componentes de la Cámara o la quinta parte de los miembros de la Comisión). En definitiva, esta supuesta reserva de ley de Pleno eventual y derivada tendría su encaje constitucional en la facultad constitucionalmente reconocida a las minorías parlamentarias y al Gobierno de revocar la delegación legislativa en Comisión con su mera solicitud formal de reenvío al Pleno del proyecto mientras no haya recaído aprobación definitiva del mismo.

Traversa,[75] a nuestro juicio muy acertadamente, se ha manifestado contrario a admitir esta reserva eventual y derivada, y ello por cuanto en tal caso no nos encontraríamos ante una auténtica reserva de un procedimiento determinado, ya que su operatividad se deja a la discrecionalidad

73 Agustín Ruiz Robledo: *«La delegación legislativa en las Comisiones», op. cit.* p. 470.

74 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *«Curso [...]». op. cit.*, tomo I, p. 159.

75 Silvio Traversa: *«La riserva di legge d'Assamblea»* en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, año XX, núm. 1, enero-marzo 1970, p. 271 y ss.; en particular, pp. 282-293.

de algunos sujetos que, de no manifestar una precisa voluntad al respecto, convierten en inaplicable la determinación constitucional.[76] Por otra parte, esta supuesta reserva derivada o eventual no se acomoda en absoluto a la función que cumple la reserva de ley de Pleno originaria, que, como antes dijimos, se explica en función de la materia que el proyecto legislativo pretende disciplinar; por el contrario, esa supuesta reserva derivada se desvincularía del dato objetivo de la materia sobre la que versa la norma, para adquirir un carácter estrictamente subjetivo, al vincularse con la solicitud formal, por una fracción de la Cámara o por el Gobierno, de examen y aprobación directa por el Pleno de un determinado proyecto de ley, independientemente de la materia sobre, la que el mismo pueda versar.

Otra cuestión vinculada con la anterior es la de si cabe ampliar por intermedio de los Reglamentos parlamentarios la competencia del Pleno y, por lo mismo, la reserva de ley de Pleno.

La Constitución italiana deja abierta de algún modo tal posibilidad al remitir a los Reglamentos de las Cámaras la determinación de los casos en que procede deferir a las Comisiones la aprobación de un proyecto de ley. Esta remisión posibilita que la norma reglamentaria pueda ampliar el ámbito material de la *«riserva di legge d'Assemblea»*, excluyendo alguna otra materia no contemplada por la Constitución de la competencia de la comisión en sede deliberante. Así, el Reglamento de la Cámara de Diputados que antecediera al hoy vigente de 18 de febrero de 1971 (aunque modificado en varias ocasiones), en el último párrafo de su Art. 40°, dispuso que el procedimiento de aprobación de las leyes en comisión no se aplicaría «a los proyectos en materia tributaria». A su vez, en el vigente Reglamento del Senado de 1971, modificado en distintas ocasiones, el Art. 35° exceptúa de los proyectos que pueden ser aprobados por las Comisiones en función deliberante los de conversión en ley de los decretos-leyes y aquellos otros devueltos a las Cámaras por el Presidente de la República, antes de su promulgación, a fin de que las cámaras lleven a cabo una nueva deliberación, al amparo de lo dispuesto

76 Elia, por contra, ha entendido que cabe ampliar esta *«riserva di legge d'Assemblea»* respecto a cualquier proyecto legislativo deferido a las Comisiones deliberantes en base a la solicitud de una minoria parlamentaria o del Gobierno. Este reenvío al Pleno propiciaría, pues, siempre a juicio de Elia, una ampliación *«ex post»* de la reserva de ley de Pleno. Leopoldo Elia: *«Le commissione, parlamentari italiane nel procedimento legislativo»*, *op. cit.*, p. 89.

por el Art. 74° de la Constitución. Para estos proyectos, al igual que para los mencionados por el Art. 72° CI, serán siempre obligatorias la discusión y votación en el Pleno del Senado, lo que, de alguna manera, presupone una ampliación del ámbito material de la reserva de ley de Pleno constitucionalmente establecida.

Sin embargo, entre la reserva de ley de Pleno constitucionalmente establecida y su ampliación por vía reglamentaria hay una diferencia importante que no puede dejar de destacarse: mientras la primera se haya sujeta al control de constitucionalidad por la «Corte», no sucede otro tanto respecto de la segunda. En la ya citada Sentencia de 3-9 de marzo de 1959, núm. 9, y frente a las pretensiones de quienes sostenían que todas las normas ordenadoras del procedimiento legislativo, incluso las no constitucionales, tenían relevancia a los efectos de un control de constitucionalidad formal, basado en un vicio procedimental, la «Corte» italiana excluyó este tipo de control en relación con las normas de rango infraconstitucional, particularmente las contenidas en los Reglamentos parlamentarios, reflexionando como sigue:

> *«Mentre il giudizio se un disigno di legge rientra fra quelli per i quali l'ultimo comma dell'art. 72° Cost. esige la procedura normale di approvazione, escludendo quella decentrata, involge una questione di interpretazione di una norma della Costituzione che è di competenza della Corte costituzionale agli effetti del controllo della legittimità del procedimento di formazione di una legge, la determinazione, invece, del senso e della portata della disposizione dell'art. 40° del Regolamento della Camera, che esclude la procedura decentrata per l'approvazione di "progetti in materia tributaria" riguarda una norma, sull'interpretazione della quale, essendo stata posta dalla Camera nel suo regolamento esercitando la facoltà ad essa attribuita dall'art. 72° Cost., è da ritenersi decisivo l'apprezzamento della Camera»*[77].

Al excluir del control de constitucionalidad los «*interna corporis*» la «Corte» dejaba un resquicio importante en orden a lograr un auténtico y completo control de constitucionalidad de los vicios formales del procedimiento legislativo, pues, como advirtiera Barile[78] todos los vicios

77 Sentencia de 3-9 de marzo del 1959, núm 9, *considerato in diritto 2.*

78 Paolo Barile: *«Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza»*, *op. cit.*, p. 241.

formales de la ley, manifestándose como vicios del procedimiento podrían, en rigor, ser incluidos entre los vicios de los «*interna corporis*» parlamentarios, observación que basta por sí sola para poner en duda la validez de la tesis de la incontrolabilidad de los «*interna corporis*».

III. En España, también encontramos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado alguna ampliación de la reserva de ley de Pleno constitucionalmente establecida. Sin embargo, estas ampliaciones no responden a un intento de incrementar el ámbito material reservado a la ley de Pleno, sino más bien a la necesidad de acomodar el procedimiento legislativo a ciertas exigencias formales constitucionalizadas en otras normas de la Constitución.

El Art. 90.2° CE posibilita al Senado para, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas en todo proyecto de ley aprobado previamente por el Congreso del que esté conociendo la alta Cámara. El veto debe además ser aprobado por la mayoría absoluta del Senado. No cabe duda de que esta cláusula constitucional reserva al Pleno del Senado la facultad de vetar los proyectos previamente aprobados por el Congreso. En sintonía con ello, el Art. 131° del Reglamento del Senado, Texto Refundido de 3 de mayo de 1994, dispone que si se presentase alguna propuesta de veto y fuese aprobada en Comisión, para su ratificación o rechazo deberá ser convocado el Pleno del Senado, no obstante lo dispuesto en el Art. 130° respecto de la delegación de la competencia legislativa en las Comisiones, es decir, no obstante haber sido delegada la competencia para la aprobación del proyecto o proposición de ley en la correspondiente Comisión legislativa.

Por otro lado, el propio Art. 90.2° de la Norma suprema dispone que el proyecto vetado o enmendado por el Senado «no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple».

En desarrollo de tal determinación, el Art. 149.2° del Reglamento del Congreso de los Diputados dispone lo que sigue:

> «Las Comisiones carecerán de competencia para conocer con plenitud legislativa de los proyectos o proposiciones de ley que hubieren sido vetados o enmendados por el Senado, siempre que el veto o las enmiendas hubieran sido aprobados por el Pleno de dicha Cámara».

La doctrina se muestra de acuerdo en la contradicción de esta norma con el Art. 90.2° CE[79]. En efecto, su inciso final, («siempre que [...]») resulta claramente incongruente. En primer término, porque el veto no puede ser sino aprobado por el Pleno del Senado. Y en segundo lugar, porque, como dice Recoder[80], tal como está redactado el precepto, pudiera incluso suceder que la aprobación final, por el Congreso se produjera en Comisión, aunque la tramitación de la primera lectura no hubiera sido delegada, si el Senado hubiera utilizado la delegación. Consiguientemente, debe interpretarse que las Comisiones del Congreso carecen de competencia para conocer con plenitud legislativa de los proyectos vetados por el Senado, pues, en primer término, el veto senatorial, sólo puede interponerse por el Pleno de la alta Cámara, y en segundo término, con independencia ya del órgano competente para interponerlo, el veto del Senado desencadena inexcusablemente un pronunciamiento en uno u otro sentido, por parte del Pleno del Congreso, que es el único órgano de la Cámara que, por mayoría absoluta o simple, según los casos, puede ratificar el texto inicialmente aprobado por el Congreso.

En cuanto a las enmiendas introducidas por el Senado, de acuerdo con el Art. 149.2° del Reglamento del Congreso, cuando quien las apruebe sea el Pleno del Senado, las Comisiones carecerán de competencia para pronunciarse sobre ellas, mientras que, *«a sensu contrario»,* hay que entender que cuando quien las apruebe sea una Comisión del Senado, la Comisión del Congreso que sea competente podrá pronunciarse sobre esas enmiendas a fin de aceptarlas o no por mayoría simple. Ello no obstante, como constata García-Escudero[81], la *praxis* revela que es el Pleno del Congreso de los Diputados quien se pronuncia de hecho sobre las enmiendas del Senado, hayan sido o no aprobadas por el Pleno de la otra Cámara.

IV. Un problema relevante que plantea la reserva de ley de Pleno no es el de definir con exactitud el ámbito de cada una de las materias reservadas al Pleno.

79 Así, por ejemplo, Ma. Asunción García Martínez: «El procedimiento legislativo», *op. cit.*, pp. 295-296.

80 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1168.

81 Piedad García-Escudero Márquez: «Las especialidades del procedimiento legislativo en el Senado», *op. cit.*, p. 501.

Basta con atender a las respectivas normaciones constitucionales italiana y española para constatar la similitud de las materias reservadas a los respectivos Plenos de las Cámaras. Con todo, parece que la cláusula constitucional española ha sido bastante más precisa que la italiana especialmente en la primera de las materias objeto de esta reserva: los proyectos de ley «en materia constitucional» en Italia frente a la reforma constitucional en España. Es precisamente esta alusión a los proyectos legislativos «en materia constitucional» la que ha suscitado, con diferencia, mayores problemas hermenéuticos entre la doctrina italiana.

Una mayoría de tratadistas se ha inclinado por interpretar en un sentido material la referencia del Art. 72° CI. Así, Balladore-Pallieri[82] entiende que tal expresión se refiere a aquellos proyectos en materia electoral (expresamente mencionados por el propio Art. 72°), en materia de ciudadanía o en otros ámbitos materiales que pertenezcan por su naturaleza al Derecho constitucional. En un sentido sustancialmente análogo, Pierandrei[83] ha rechazado una interpretación formalista de esta cláusula de modo tal que sólo las leyes de reforma de la Constitución y las demás leyes constitucionales a que se refiere el Art. 138° de la norma suprema italiana tengan encaje en el ámbito material de la *«riserva di legge d'Assemblea»*. Entender por leyes «en materia constitucional» aquellas para cuya aprobación se halla expresamente previsto el Art. 138° representaría, según el citado autor, un sinsentido, por la sencilla razón de que tales leyes exigen acudir a un procedimiento especial que excluye de modo automático la aplicación del procedimiento «por Comisiones». Por otro lado, como bien advierte Pierandrei, la interpretación más amplia se halla justificada por la propia literalidad del precepto: «leyes en materia constitucional» en vez de «leyes de revisión constitucional» o de «leyes constitucionales». También Mazziotti, con apoyo en la determinación del inciso inicial del Art. 92.1° del Reglamento de la Cámara de Diputados de 1971, se decanta por una interpretación análoga, incluso con abandono de la interpretación jurisprudencial de la Corte Costituzionale a la que después nos referiremos. Según el citado autor[84], la interpretación «materialista» aparecería confirmada por aquella norma reglamentaria, que al impedir el procedimiento descentralizado

82 G. Balladore-Pallieri: «*Diritto Costituzionale*», *op. cit.*, pp. 220-221.

83 Franco Pierandrei: «*Les Commissions Législatives [...]*», *op. cit.*, pp. 569-570.

84 Manlio Mazziotti di Celso: «*Parlamento. Funzioni*», *op. cit.*, p. 794.

para los proyectos legislativos relativos a cuestiones que tuvieren una especial relevancia de orden general, implicaría que, con mayor razón aún, debieran ser excluidos de dicho procedimiento todos aquellos proyectos relativos a materia constitucional.

Esta interpretación material fue seguida por el Parlamento hasta finales de 1958, acentuándose con ello la preeminencia del procedimiento normal en perjuicio del procedimiento en comisión deliberante. Sin embargo, esta *praxis* parlamentaria quebraría a partir de la Ley de 24 de marzo de 1958, N° 195, sobre el Consejo Superior de la Magistratura, aprobada en el Senado en comisión legislativa. La «Corte Costituzionale», llamada a pronunciarse sobre esta cuestión, haría suya la tesis según la cual «materia constitucional» y «forma constitucional» son expresiones equivalentes,

En su Sentencia de 12-23 de diciembre de 1963, N° 168[85], la «Corte» rechazará que la expresión del último párrafo del Art. 72° *«i disegni di legge in materia costituzionale»* se refiera a un tipo de leyes que, teniendo forma ordinaria, no obstante, por su ámbito sustancial, sean susceptibles de ser englobadas dentro de la materia constitucional. La disposición en cuestión, bien al contrario, debe entenderse referida al Art. 138° de la Constitución (que alude a las leyes de reforma de la Constitución y demás leyes constitucionales, estableciendo el procedimiento a seguir para su aprobación y reforma. De acuerdo con esta interpretación, la «Corte» entiende que el último párrafo del Art. 72°, en su conexión con el Art. 138° viene, en definitiva, a constituir un límite expreso que opera en el sentido de excluir el procedimiento descentralizado respecto a aquellas normas a las que el Parlamento, con fines de naturaleza política, atribuya eficacia de ley constitucional. No opera dicho límite, por contra, respecto de las leyes ordinarias para las que puede utilizarse el procedimiento descentralizado.

Frente a las dos tesis, enfrentadas, la de identidad de contenido entre la cláusula del Art. 72°, párrafo último, y el Art. 138°, y la de diversidad de contenido, que posibilitaría que entraran en la categoría normativa del último párrafo del Art. 72° todas aquellas leyes ordinarias que por su ámbito material vinieran referidas a la materia constitucional, la «Cor-

85 Sentencia de 12-13 de diciembre de 1963, núm. 168, *considerato in diritto 2.* Puede verse en «*Guirisprudenza Costituzionale*», año 8°, 1963, p. 1644 y ss.

te» se decanta por la primera de las tesis, la más formalista, desdeñando una interpretación material de la cláusula constitucional en cuestión.

La doctrina ha sido bastante crítica respecto a la hiperformalista interpretación de la «Corte Costituzionale». Biscaretti[86], en un trabajo monográfico sobre el tema, se inclinaría de modo inequívoco por la necesidad de delinear una categoría conceptual de *«leggi in materia costituzionale»* distinta de las *«leggi costituzionali»* entendidas en sentido formal, reclamando que cuando la «Corte» fuera llamada en el futuro a afrontar de nuevo un problema análogo, tuviera el coraje de invertir su originaria y contingente opción interpretativa, adhiriéndose a la tesis de la diversidad de contenido entre las expresiones acogidas por la Constitución en los tantas veces citados arts. 72° y 138°. Según Biscaretti[87], la gran mayoría de los iuspublicistas acogería favorablemente tal cambio de interpretación jurisprudencial.

Basta con atender a las consecuencias dimanantes de la interpretación formalista de la «Corte» para comprender lo erróneo de la misma. Como advierte Cervati[88] tal interpretación posibilita aprobar en Comisión, sin intervención del Pleno, leyes ordinarias que institucionalicen un órgano constitucional (como aconteció con la Ley de 24 de marzo de 1958), leyes limitativas de las libertades Constitucionalmente garantizadas y otras leyes ordinarias que de acuerdo con la Constitución puedan incidir, limitativamente, sobre el ámbito de las atribuciones constitucionales de órganos o entes. En definitiva, como dice Manzella[89] la libertad de elección del procedimiento legislativo (en *«commissione referente»* o en *«commissione deliberante»)* ha llegado a ser notabilísima como consecuencia de esta interpretación restrictiva de la fórmula *«disegni di legge in materia costituzionale»*.

La Constitución española ha soslayado los problemas interpretativos suscitados en Italia al referirse en su Art. 75.3° tan sólo a «la reforma constitucional», ámbito que en cualquier caso resultaría excluído de la competencia legislativa plena de las Comisiones a la vista de las previsiones del Título X de la Constitución, relativo a la reforma constitucional.

86 Paolo Biscaretti di Ruffia: *«I 'disegni di legge in materia costituzionale? di cui all'art. 72° comma 4 Cost.»*, en *«Scritti in onore di Costantino Mortati»*, vol. 4, Giuffrè. Milán, 1977, p. 43 y ss.: en concreto, p. 52.

87 *Ibidem*, pp. 61-62.

88 Angel Antonio Cervati: *«La formazione delle legge»*, *op. cit.*, p. 164.

89 Andrea Manzella: *«Il Parlamento»*, *op. cit.*, p. 318.

Por lo demás, parece una evidencia que entender lo contrario, como se ha afirmado[90], supondría una aberración constitucional.

Complementando la exclusión de la reforma constitucional de toda posible delegación legislativa en Comisión, el Art. 75.3° también excluye a las leyes orgánicas cuyo ámbito material, contemplado por el Art. 81° CE, justifica sobradamente tal exclusión (entre otras, son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general [...]), no obstante lo cual, dicha exclusión vendría asimismo exigida por el Art. 81.2° CE al exigir la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, para la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas.

Otra de las categorías normativas contempladas por la norma italiana es la relativa a las leyes de delegación legislativa, que tiene asimismo su correlato en la Constitución española, que se refiere a las leyes de bases.

La razón de reservar al Pleno las leyes de delegación legislativa es la de evitar que escape al control de cada Cámara una decisión, que puede tener graves consecuencias institucionales, como es la de apreciar la oportunidad de delegar en favor del Gobierno el ejercicio de una potestad legislativa. Cabe al efecto recordar que el Art. 76° de la Constitución italiana predetermina el contenido mínimo de la ley de delegación: ésta debe especificar los principios y criterios directivos, el plazo limitado de tiempo por el que se delega y el objeto determinado para el que se delega. Más aún, la *Corte Costituzionale* ha tenido la oportunidad de afirmar que una simple ley de prórroga del plazo de la delegación debe ser aprobada por el Pleno de cada Cámara[91].

A la vista de las previsiones constitucionales, se comprende la importancia que en el marco constitucional reviste la definición de los «principios y criterios directivos» (*«principe e criteri direttivi»*) que han de guiar la actuación del legislador delegado, lo que, como se ha señalado[92], explica esta mayor reserva sustancial en favor del legislador parla-

90 Mercedes Senén Hernández: «El Pleno de las Comisiones» (Comentario al artículo 75° de la Constitución), en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *«Comentarios a la Constitución Española de 1978»*, tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, p. 531 y ss.; en particular, p. 565.

91 Sentencia de la *«Corte Costituzionale»* de 10 de abril de 1962, núm. 32. Puede verse en *«Giurisprudenza Costituzionale»*, 1962, p. 252 y ss.

92 Angelo Antonio Cervati: *«La formazione delle leggi»*, *op. cit.*, pp. 162-163.

mentario en general y del Pleno de cada Cámara en particular, en la determinación de los principios de la legislación estatal. Por lo mismo, es evidente que sería inconstitucional una redefinición de los principios, criterios directivos u otros límites de la potestad legislativa delegada que se contuvieran en una ley aprobada en comisión.

La Constitución española, como antes se dijo, reserva al Pleno de cada Cámara no todas las leyes de delegación, sino tan sólo las leyes de bases. A tenor del Art. 82° CE, la delegación legislativa puede otorgarse bien mediante una ley de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, bien mediante una ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. El hecho de que las leyes ordinarias de delegación que autoricen la refundición de textos legales puedan, aunque quizá no deban, ser aprobadas en Comisión, a diferencia de las leyes de bases, se explica quizá por el carácter más técnico de la legislación que aquí se delega. Por el contrario, las leyes de bases son el correlato en la Constitución española de la delegación legislativa a que se refiere la Carta italiana en sus artículos 76° y 77°, párrafo primero, por lo que lo que antes se dijo respecto de la delegación legislativa en Italia podría reiterarse ahora respecto de las leyes de bases en España. No es casual, por ejemplo, que el Art. 82.4° CE disponga que «las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio», fórmula claramente inspirada en la del Art. 76° de la CI. Todo ello al margen ya del hecho indiscutible de que el Texto español ha sido bastante más restrictivo que el italiano a la hora de contemplar las condiciones que ha de reunir la delegación en el Ejecutivo de la potestad legislativa.

Una nueva categoría normativa que, con diferentes formulaciones, encontramos en ambos códigos constitucionales es la de los proyectos de leyes de autorización para ratificar tratados internacionales (Art. 72° CI), que en el Art. 75.3° CE, más genérica y ampliamente, se formula en relación con «las cuestiones internacionales».

Pocos problemas hermenéuticos suscita la cláusula italiana, que ha de ponerse en conexión con lo establecido en el Art. 80° de la propia Constitución, que enumera los tratados cuya ratificación ha de ser autorizada por las Cámaras mediante ley lógicamente reservada al Pleno.

Mayores dudas hermenéuticas suscita la referencia del Art. 75.3° CE a «las cuestiones internacionales». En principio, hay que entender como

inequívoco que todos los tratados internacionales respecto de los que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse requiera la intervención de las Cortes Generales serán reconducibles a esta materia de las cuestiones internacionales que es objeto de esta reserva de Pleno. Bien es verdad que los tratados a que alude el Art. 93° CE (tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución), al requerir su celebración de la previa autorización mediante ley orgánica, ya presuponían una reserva de Pleno. Hay que entender, por lo mismo, que son los tratados mencionados por el Art. 94.1° CE los directamente afectados por la reserva al Pleno de este ámbito material de las relaciones internacionales.[93]

La materia objeto de reserva que ahora abordamos no se agota en la autorización para la ratificación de los tratados mencionados por el Art. 94.1° CE[94], sino que debe asimismo proyectarse hacia la intervención de las Cortes Generales a que se refiere el Art. 63.3° CE, a cuyo tenor, corresponde al Rey, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz, norma que aunque en los últimos lustros haya pasado a ser casi un exotismo en la mayoría de las constituciones, no deja de estar vigente. Concordamos con el juicio de Ruiz Robledo[95] cuando señala que la propia importancia de esos actos hace impensable que fueran tomados por las Comisiones; pero, por si acaso, el Art. 75.3° CE lo impide.

Hemos de referirnos, finalmente, a la última de las categorías normativas sujeta a reserva de Pleno. Se trata de los proyectos de leyes de aprobación de presupuestos y cuentas, categoría del Art. 72° de la Cons-

93 Los tratados que, a tenor del Art. 94.1° CE, requieren de la previa autorización de las Cortes Generales son éstos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

94 Villacorta se ha manifestado partidario de una más estricta reserva de Pleno en las cuestiones internacionales, tanto respecto de Italia como de España, tesis con la que no concordamos. Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.*, p. 428.

95 Agustín Ruiz Robledo: «La delegación legislativa en las Comisiones», *op. cit.*, p. 472.

titución italiana que tiene su correlato en el Art. 75.3° CE en los Presupuestos Generales del Estado.

La doctrina italiana ha entendido que esta categoría proyecta su ámbito material no sólo a los presupuestos y cuentas, sino, más ampliamente, a toda ley de programación global de los gastos públicos[97]. Asimismo, esta reserva se extendería a toda alteración de las determinaciones básicas de los balances de previsiones. Con el paso del tiempo se ha ido dando una interpretación cada vez más rigurosa a esta categoría, frente a lo que aconteciera en los primeros momentos de desarrollo constitucional en los que, por ejemplo, el Art. 26° del texto inicial del Reglamento del Senado dispuso expresamente que los proyectos legislativos que comportaran variaciones presupuestarias pudieran ser deferidos a las comisiones en función deliberante. Con todo, como constatara Elia[97], algunas incertidumbres subsistían al respecto, como, por ejemplo, en relación con la convalidación de los decretos presidenciales para los cobros parciales anticipados con cargo a los fondos de reserva con la finalidad de hacer frente a los gastos imprevistos.

La norma constitucional española ha sido en este punto bastante más precisa que la italiana al delimitar un ámbito muy concreto como es el de la Ley presupuestaria a que se refiere el Art. 134° CE. Aunque este precepto constitucional no establece ninguna específica exigencia procedimental que garantice de intervención del Pleno, parece claro, como se ha precisado[98], que el margen ya de la garantía del Art. 75.3° CE, la intervención de los Plenos debía de hallarse garantizada por tratarse del acto parlamentario por excelencia: la aprobación de los Presupuestos, y asimismo, porque el Congreso y el Senado son titulares de una auténtica competencia material en el ámbito presupuestario, muy superior a la estrictamente formal de aprobación del texto legal.

V. Una última cuestión debemos de abordar en relación con la reserva de ley de Pleno. Y es la relativa al significado que la misma presenta, si es que tiene alguno, en el marco de las fuentes del derecho.

En la doctrina italiana se ha difundido en algunos sectores la tesis de que las leyes reservadas al Pleno *(all'assemblea)* constituirían una catego-

96 Angelo Antonio Cervati: «*La formazione delle leggi*», *op. cit.*, p. 163.

97 Leopoldo Elia: «*Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*», *op. cit.*, p. 88.

98 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1167.

ría normativa caracterizada, frente a otras leyes formales, por dos rasgos que podrían definirse así: a) «*leggi rinforzate*», en virtud del particular procedimiento prescrito obligatoriamente para su aprobación, y b) «*fonti atipiche*», en consideración a su inmodificabilidad por parte de leyes posteriores que no hayan sido aprobadas de acuerdo con el mismo procedimiento[99]; en este tipo de fuentes, los dos aspectos, activo (eficacia abrogativa) y pasivo (resistencia a la abrogación), de la fuerza formal estarían disociados, según Crisafulli[100].

Se ha hablado asimismo por otros sectores doctrinales de una «*competenza innovativa maggiore*»[101] propia de las leyes sujetas a esta reserva, frente a las leyes aprobadas bien por el Pleno bien por las Comisiones, rasgo con el que se pretendería tan sólo mostrar un elemento de atipicidad, no obstante lo cual la doctrina ha terminado inevitablemente por plantear la cuestión en términos de jerarquía formal, esto es, de jerarquía en el marco de las fuentes del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como advierte Traversa[102], la peculiaridad de las leyes reservadas al Pleno de no poder ser modificadas por leyes ulteriores que no hayan sido aprobadas de acuerdo con el mismo procedimiento, no puede inducir a considerar aquellas leyes como jerárquicamente superiores a otras leyes formales aprobadas en Comisión, porque si bien es cierto que la ley reservada al Pleno resiste frente a su abrogación o modificación por parte de otras leyes formales no aprobadas con idéntico procedimiento, lo cierto es que ello depende no ya de elementos formales (el hecho de que la ley primera haya sido aprobada por el Pleno y no por la Comisión), sino de elementos materiales, pues lógicamente una norma que derogue o modifique normas que disciplinen materias reservadas al Pleno también entra dentro de las exigencias del último párrafo del Art. 72° CI por su propio contenido material. Interpretarlo de otro modo conduciría a consecuencias absurdas, como, por ejemplo, la de

99 Vezio Crisafulli: «*Gerarchia e competeza nel sistema costituzionale delle fonti*», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año X, 1960, fasc. 4, p. 775 y ss.; en particular, p. 792. Asimismo, Vezio Crisafulli «*Fonti del Diritto*» (*Diritto costituzionale*), en «*Enciclopedia del Diritto*», vol. XVII, Giuffrè, Milán, 1968, p. 925 y ss.; en particular, pp. 962-966.

100 *Ibidem*, p. 790.

101 Sorrentino: «*La Corte Costituzionale*», I, p. 48 y ss., Cit. por Angelo Antonio Cervati: «*La formazione delle leggi*», *op. cit.*, p. 157.

102 Silvio Traversa: «*La riserva di legge d'Assemblea*», *op. cit.*, pp. 274 – 275.

entender que en aquellos supuestos en que queda a la libre discrecionalidad de las Cámaras optar por uno u otro procedimiento legislativo (aprobación en Comisión o en Pleno del proyecto legislativo), adoptada la decisión en favor del procedimiento de Pleno, toda ley ulterior en la materia habría de ser, inexcusablemente, aprobada por el Pleno, lo que entorpecería notablemente el procedimiento legislativo en contraste frontal con el espíritu y la letra del Art. 72°.

En definitiva, no parece muy útil, a los fines de una ajustada interpretación del último párrafo del Art. 72° CI, entender que el mismo ampara la existencia de varios niveles de fuerza o eficacia de la ley, en el ámbito de la categoría general de las leyes ordinarias. Como dice Cervati[103], no se trata de negar que las leyes aprobadas por el Pleno en base a la reserva que nos ocupa, no puedan ser sustituidas más que por una nueva ley aprobada asimismo por el Pleno, sino de observar que ésta no es más que una consecuencia del hecho de que la Constitución veda en algunos supuestos el recurso a las comisiones deliberantes, rechazando de igual forma que la necesaria aprobación plenaria del proyecto constituya el corolario de la institucionalización por parte de la Constitución de un nuevo tipo de ley ordinaria de eficacia reforzada. Dicho de otro modo, la reserva de ley de Pleno no puede reconducirse al ámbito de las fuentes del ordenamiento jurídico.

VI. En España, la problemática anteriormente suscitada debe ser resuelta en términos análogos, siendo las reflexiones precedentes, en buena medida, perfectamente extrapolables al caso español. Nos detendremos algo más en ello.

Ante todo, hay que significar que la reserva de ley de Pleno que formula el Art. 75.3° CE carece de trascendencia en el ámbito de las fuentes del derecho, esto es, no comporta la creación de un tipo nuevo de norma, diferenciado de las restantes. Dicho de otro modo, las leyes constitucionalmente reservadas al Pleno no tienen, en contra de lo que sostuvo Sorrentino en Italia, una mayor capacidad innovadora, o lo que es igual, una eficacia superior a la de otras leyes. Por contra, las leyes de Comisión y las leyes de Pleno, independientemente ya de que estén o no constitucionalmente reservadas al Pleno, una vez superada la fase

103 Angelo Antonio Cervati: «*La formazione delle leggi*», *op. cit.*, p. 159.

integradora de eficacia a que se refiere el Art. 91° de la CE, esto es, una vez sancionadas por el Rey, promulgadas y publicadas, se incorporan al ordenamiento jurídico con idéntica fuerza. Como se ha dicho[104], unas y otra ocupan el mismo lugar en la jerarquía normativa y las posibles antinomias entre ellas habrán de resolverse en base a los criterios conocidos de la ley posterior que prima sobre la anterior y de la ley especial que prima sobre la general.

La regla precedente rige de modo general en las relaciones entre las leyes de Comisión y de Pleno siempre que, en el último supuesto, no vengan referidas a materias constitucionalmente reservadas al Pleno. Ello es así por cuanto que en este último caso las Cámaras carecen de la capacidad de optar entre el procedimiento legislativo ordinario o el descentralizado, imponiéndose *«ex constitutione»* el procedimiento ordinario a fin de garantizar, dada la trascendencia político-institucional de la materia a normar, un pronunciamiento plenario de la Cámara en cuanto que se entiende que el mismo viene rodeado de mayores garantías, como revela con perfecta nitidez la muy superior publicidad ínsita en tal procedimiento.

No ha de extrañar por ello que el quebrantamiento de ese mandato constitucional se traduzca, como dijera Ruggeri[105], en la pena de la invalidez constitucional de la ley. Ello presupone que una ley constitucionalmente reservada al Pleno no puede ser modificada o derogada por una ley de Comisión, lo que otorga al primer tipo de leyes una eficacia pasiva superior, una resistencia frente a su modificación o abrogación por el segundo tipo de normas legales, las leyes de Comisión.

Admitida esa mayor fortaleza desde el punto de vista de su eficacia pasiva, es necesario precisar que de ella no cabe derivar una relación jerárquica entre ambos tipos de normas legales. No es el principio de jerarquía normativa el que debe regir su relación, sino el principio de competencia.

La doctrina italiana ha dotado de un amplio contenido al concepto de «competencia», que abarca los supuestos de producción normativa diferenciada, tanto si proviene de órganos diversos, como si se origina

104 Javier Pérez Royo: «Las fuentes del derecho», Tecnos, 4ª. ed., Madrid, 1988, pp. 102-103.

105 Antonio Ruggeri: *«Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative»*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 149.

en un solo órgano, pero por procedimientos dispares. Mortati[106] ejemplifica perfectamente esta posición cuando tras vincular el principio de competencia a un criterio material, que se concreta en la identificación de la naturaleza objetiva de las relaciones que han de ser objeto de regulación, entiende que ese criterio material, puede conducir bien a fuentes diversas, como acontece en el reparto de los poderes normativos entre distintos entes territoriales, bien, en el ámbito de la misma fuente de emanación a procedimientos diferenciados.

En esta misma dirección, Crisafulli recurre al principio de competencia para las leyes constitucionalmente reservadas en Italia a las Asambleas, esto es, a los plenarios de las Cámaras en su confrontación o relación con aquellas otras aprobadas en Comisión[107], y otro tanto hace Zagrebelsky[108], que reconduce el fenómeno de las llamadas «leyes atípicas» *(leggi atipiche)*, entre las que deben incluirse aquellas que, como las leyes de Pleno, se hallan dotadas de una eficacia pasiva reforzada, al criterio de la competencia.

Bien es verdad que la relación internormativa entre las leyes reservadas *«ex constitutione»* al Pleno y las leyes de Comisión podría reconducirse no tanto al principio de competencia cuanto al que Santamaría denomina[109] principio «de procedimiento». *A* ello conduciría la consideración de que el concepto de competencia presupone la existencia de una pluralidad de centros o fuentes de producción normativa, lo que en modo alguno se da en el caso que nos ocupa por cuanto, como ya se señaló, el Parlamento es un órgano único de estructura compleja; por lo mismo, la delegación en Comisión ni supone que el órgano delegado ejerza una competencia propia, sino la competencia del órgano delegante, ni mucho menos entraña la conversión de la Comisión en un órgano independiente, externo y ajeno a la Cámara.

El principio de procedimiento, construido en torno a una delimitación constitucional de materias (en este caso, las expresamente contem-

106 Costantino Mortati: «*Istituzioni* [...]», *op. cit.*, tomo I, 10ª. ed., CEDAM, Padova, 1991, pp. 332-333.

107 Vezio Crisafulli: «*Gerarchia e competenza* [...]», *op. cit.*, p. 805.

108 Gustavo Zagrebelsky: «*Manuale di Diritto Costituzionalle*», vol. I (*Il sistema delle fonti del Diritto*), UTET, ristampa, Torino, 1994, p. 64.

109 Juan Alfonso Santamaría Pastor: «Fundamentos [...]», *op. cit.*, tomo I, pp. 320-322.

pladas por el Art. 75.3° CE), vendría a diferenciar los dos tipos de normas legales por el distinto procedimiento legislativo a seguir en cada caso, dada la exigencia Constitucional de exclusión del procedimiento descentralizado respecto de las materias enunciadas por el Art. 75.3. En esta dirección, Musacchia[110] significa que el reforzamiento de una fuente como la *«legge d'Assemblea»* del último párrafo del Art. 72° CI salvaguarda una determinada estructura procedimental.

En cualquier caso, el hecho de que los efectos de este principio ofrezcan una notable semejanza con los dimanantes del principio de competencia y la posibilidad, antes señalada, de reconducir a este último principio el supuesto de disparidad procedimental en la elaboración de las normas, aunque éstas provengan de un mismo órgano, nos conduce a optar por el principio de competencia como criterio delimitador de las relaciones entre las leyes constitucionalmente reservadas al Pleno y las leyes de Comisión, sin que de ello deban desprenderse consecuencias en el plano de la jerarquía normativa, consecuencias que, por ejemplo, extrae Crisafulli[111], pero que, a nuestro juicio, no entrañan sino un elemento de confusión.

5. La facultad de avocación del Pleno

I. El Art. 75.2° CE faculta al Pleno de cada Cámara para recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de delegación legislativa a una Comisión. La norma difiere sensiblemente de la equivalente cláusula italiana que prevé que mientras no haya recaído aprobación definitiva del proyecto, éste podrá ser reenviado al Pleno de la Cámara si el Gobierno, la décima parte de los componentes de la Cámara o la quinta parte de los de la Comisión reclamen que sea discutido y votado por la propia Cá-

110 Giuseppe Musacchia: *«Gerarchia e Teoria delle norme sulla produzione giuridica nel sistema costituzionale delle fonti»*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XX, núm 1, enero-marzo 1970, p. 172 y ss.; en concreto, p. 188.

111 A juicio de Crisafulli, de las *«leggi di Assemblea»* y de otras leyes reforzadas parece desprenderse un elemento de superioridad jerárquica respecto de las restantes leyes formales en razón de ese «plus» de competencia que viene a añadirse a la fuerza creadora de derecho común a las restantes fuentes del ordenamiento. Vezio Crisafulli: *«Gerarchia e competenza* [...]», *op. cit.*, p. 806.

mara o bien que sea sometido a la aprobación final de ésta únicamente con declaraciones de voto.

Nos hallamos ante una suerte de cláusula de garantía con la que se trata de posibilitar que el Pleno de una Cámara pueda en todo momento anterior a la aprobación del proyecto en Comisión pronunciarse sobre el mismo en sintonía con la que, por lo menos en un plano teórico, debe ser considerada como la regla general de ejercicio de la función legislativa: ésta debe ejercerse por la totalidad de los miembros de la Cámara, pues, como dice Martines[112], así lo requiere el sistema constitucional.

II. El significado último de esta garantía difiere notablemente, como antes señalamos. La Constitución italiana la contempla, inequívocamente, como una garantía de las minorías parlamentarias y también del Gobierno, aunque ello encuentre una menor justificación,[113] pues parece lógico entender que el Gobierno contará con el respaldo de la mayoría parlamentaria y que sin el beneplácito de ésta no resulta previsible que el Presidente de la Cámara proponga a la misma la asignación de un proyecto a una Comisión en régimen de competencia legislativa plena, y si, pese a ello, la propuesta se realiza, no es probable que salga adelante.

Es en relación con las minorías parlamentarias como cobra su plena significación esta garantía.[114] Las minorías, y qué duda cabe que también el gobierno, pueden considerar políticamente conveniente la aprobación de una ley con la solemnidad de la plena publicidad, que sólo otorgan las sesiones plenarias, y con las demás garantías que encierra el procedimiento legislativo ordinario. Como advierte Mazziotti[115], es evidente que para las minorías parlamentarias el respeto de estas garantías, particularmente de la atinente a la publicidad de las sesiones, puede revestir una particular relevancia.

112 Temístocle Martines: «*Diritto Costituzionale*», *op. cit.*, p. 341.

113 Mazziotti cree que esta referencia al Gobierno por parte de la Constitución sólo se explica como un eco, una inercia derivada de la Ley de 1939 en la que se halla el origen de la institución. Manlio Mazziotti di Celso: «*Parlamento. Funzioni*» (*Diritto costituzionale*) , *op. cit.*, p. 793.

114 Es innecesario subrayar, dice Pierandrei, que estas disposiciones pretenden, desde el punto de vista político, proteger a las minorías. Franco Pierandrei: «*Les Commissions Législatives* [...]», *op. cit.*, p. 571.

115 Manlio Mazziotti di Celso: «*Parlamento. Funzioni*» (*Diritto costituzionalle*), *op. cit.*, p. 793.

Esta garantía presenta, sin embargo, una paradoja, destacada por la doctrina ya desde los primeros momentos de vigencia de la Constitución: lo infrecuente del reenvío del proyecto de la Comisión al Pleno. En 1954, Goguel[116] ya se hacía eco del escasísimo número de casos en los que la oposición parlamentaria había utilizado la facultad de obstrucción que le otorgaba el párrafo tercero del Art. 75° CI, rasgo también constatable respecto del Gobierno, lo que, para el propio autor, era una prueba inequívoca de que el procedimiento legislativo descentralizado no colocaba al Ejecutivo, con vistas al debate legislativo, en peor posición que el procedimiento legislativo ordinario y, por lo mismo, con debate en el plenario. Esta pauta se ha mantenido con el transcurso del tiempo. Y así, Martines, en 1994, ha podido constatar[117] que el gobierno y las minorías parlamentarias rara vez han requerido el reenvío del proyecto al Pleno, prefiriendo, por el contrario, que el procedimiento se desarrollase y agotase en Comisión. Por su lado, Mortati[118] ha enjuiciado muy críticamente esta circunstancia al constatar que el Gobierno no ha utilizado más que rarísimamente su facultad de instar el reenvío del proyecto al Pleno, habiendo de este modo abdicado vergonzosamente del ejercicio de su función de dirección y coordinación de la actividad legislativa, a través de la cual, debe realizar la unidad del «*indirizzo politico*» de la que es responsable. No distinta, como antes dijimos, ha sido la actuación de la oposición parlamentaria, que se ha inhibido en el ejercicio de su facultad de reclamar el reenvío de un proyecto legislativo al «*plenum*» para su aprobación por el mismo, actuación que es a menudo tributaria de acuerdos más o menos subterráneos entre mayoría y minoría, realizados a expensas del interés general y susceptibles de perjudicar el siempre conveniente armónico desarrollo de la dirección política gubernamental. Si a todo ello se añade la deficiente calidad técnica de las leyes, se tiene, según Mortati[119], un diseño exacto del déficit de funcionalidad del Parlamento italiano en el delicado ámbito de la formación de las normas reguladoras de las relaciones sociales.

116 François Goguel: «*La procédure italienne de vote des lois par les commissions*», en *Revue Française de Science Politique*, vol. IV, 1954 (octubre-diciembre), núm 4, p. 836 y ss.; en concreto, p. 840.

117 Temístocle Martines: «*Diritto Costituzionale*», *op. cit.*, p. 340.

118 Costatino Mortati: «*Instituzioni* [...]», tomo II, *op. cit.*, p. 748.

119 *Ibidem.*

Señalemos, por último, que la solicitud de reenvío de un proyecto al Pleno se considera formalizada si es suscrita por el número de firmas constitucionalmente exigido, caso de que la iniciativa parta de los parlamentarios; si la misma tiene su origen en el gobierno, cabe señalar que la práctica parlamentaria ha admitido las propuestas provenientes de los Subsecretarios, aunque éstos no integren formalmente el Gobierno. De igual forma, la *praxis* ha venido a decantar la posibilidad de que la propuesta de reenvío al Pleno sea adelantada oralmente, a salvo una ulterior confirmación escrita del Presidente del Consejo de Ministros.

Innecesario es precisar, a la vista de la previsión constitucional, que basta con formalizar la solicitud de reenvío de un proyecto de la Comisión al Pleno por quien esté legitimado para ello para que, sin otro requisito se produzca tal reenvío. El Art. 92.4° del Reglamento de la Cámara de Diputados, de 18 de febrero de 1971, aunque modificado con posterioridad en varias ocasiones, es taxativo al respecto: «El proyecto de ley -prescribe- se devolverá al Pleno si el Gobierno, un décimo de los diputados o un quinto de la Comisión así lo piden».

III. La Constitución española, como antes avanzamos, ha seguido una óptica diferente a la italiana. El Art. 75.2°, en efecto, faculta al Pleno para recabar el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de delegación en las Comisiones. No son, pues, las minorías parlamentarias las habilitadas para desencadenar este reenvío del proyecto al Pleno, ni mucho menos el Gobierno. Más aún, las minorías, al margen ya de la posibilidad de que disponen de instar un pronunciamiento del plenario en torno a la avocación con ocasión de la celebración de la sesión plenaria en que se proceda a un debate de totalidad sobre un proyecto (pertinente, a tenor del Art. 112° del Reglamento del Congreso de los Diputados, siempre que se hubieren presentado enmiendas de totalidad) o de aquella otra sesión plenaria encaminada a la toma en consideración de una proposición de ley, carecen de toda capacidad de iniciativa, esto es, de instar un pronuncianiento del «*plenum*» sobre la avocación, pues fuera de los dos supuestos antes mencionados, a tenor del Art. 149.1° del Reglamento del Congreso (en adelante RCD), sólo la mesa del Congreso, oída la Junta de Portavoces, puede someter a votación del Pleno (que se ha de realizar sin debate previo) la propuesta de avocación.

Esta fórmula reglamentaria contrasta con la acogida por el Art. 102° del Reglamento provisional del Congreso de los Diputados de 1977,

que tras facultar a la Mesa de la Cámara para decidir que la Comisión encargada de dictaminar un texto legislativo lo hiciere en plenitud de poder legislativo, habilitaba a las minorías parlamentarias (dos Grupos Parlamentarios o cincuenta diputados) para, expresando un parecer contrario a la delegación legislativa en el plazo de tres días contados a partir de la publicación del acuerdo de delegación, desencadenar la intervención del Pleno para decidir al respecto.

También contrasta la normación del Reglamento de la Cámara baja con la acogida por el Art. 130.2° del Reglamento del Senado (en adelante RS), Texto Refundido de 3 de mayo de 1994. A tenor del mismo, el Pleno del Senado puede decidir sobre la avocación, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, de un Grupo Parlamentario o de veinticinco senadores, norma evidentemente mucho más respetuosa hacia las minorías.

A la vista de la normación expuesta, es clara la diferente filosofía que inspira a la norma constitucional italiana y a la española. En Italia, el reenvío al Pleno se concibe como una garantía de las minorías parlamentarias, incluso de las minorías presentes en la Comisión en función deliberante, pues la quinta parte de sus miembros puede desencadenar si así lo entienden oportuno, el reenvío del texto legislativo al plenario. En España, es el Pleno el único que puede avocar, siendo absolutamente ignoradas las minorías por el Reglamento del Congreso, en lo que hace a la cuestión que nos preocupa, y disponiendo en el del Senado tan sólo de una facultad de instar el pronunciamiento del Pleno.

Se ha dicho[120], y es cierto, que la regulación española es más congruente con la figura de la delegación, porque asegura la prevalencia de la voluntad de la Cámara en todas las hipótesis, mientras que en Italia puede existir un Pleno con voluntad mayoritaria de delegar, cuya decisión es revocada por una minoría de aquél. Algún sector de la doctrina italiana[121] ha utilizado incluso como argumento de rechazo a la calificación como «delegación» del título jurídico en que se asienta la competencia de la Comisión, el hecho de que el reenvío del texto de la Comisión al Pleno pueda ser provocado no sólo por la décima parte de los integrantes de la Cámara, sino también por la quinta parte de los miembros de la propia Comisión deliberante y, por último, por el mismo

120 Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.* p. 431.

121 Livio Paladin: «*Diritto Costituzionale*», *op. cit.* p. 341.

gobierno. En los dos últimos supuestos, al menos, es obvio que la autoridad «revocante» no coincide con la autoridad «delegante», titular de la potestad legislativa.

Ahora bien, que ello sea así, a nuestro juicio, no comporta necesariamente una valoración más positiva de nuestra regulación, a diferencia de lo que algún sector de nuestra doctrina entiende[122] por cuanto la razón de ser última de la avocación no es tanto salvaguardar la voluntad de la Cámara en torno al diseño de un determinado proyecto legislativo, pues es obvio que tal voluntad se encuentra asimismo garantizada con el procedimiento en Comisión, en cuanto que al hallarse compuestas las Comisiones de modo tal que reflejen la proporcionalidad de los distintos Grupos parlamentarios, la mayoría de la Cámara tendrá su reflejo en la Comisión y podrá ver plasmada, también en las leyes de Comisión, como no podría ser de otra manera, su voluntad. La auténtica «*ratio*» la de la avocación reside en posibilitar, en un determinado momento, una tramitación del proyecto legislativo en cuestión rodeada de todas las garantías procedimentales que ofrece el procedimiento legislativo ordinario, y a tal efecto debiera de ser determinante la voluntad de las minorías parlamentarias, incluso cuando se enfrente a una mayoría contraria a la avocación. Ciertamente, las minorías podrán utilizar el reenvío de un proyecto al Pleno con una finalidad básicamente obstruccionista; no cabe descartar esta hipótesis, pero ello no debe ser en modo alguno un argumento conducente a privarles de tal facultad. Más aún, se integra en la propia lógica de la vida y el debate parlamentarios la actuación obstruccionista de la oposición. De ahí que nos parezca mucho más adecuada al fin pretendido o que debiera en teoría perseguirse con la avocación, la norma constitucional italiana que la española.

IV. El párrafo tercero del Art. 72° de la CI abre una doble posibilidad a los titulares de la facultad de instar, con efecto vinculante, el reenvío del proyecto al plenario: de un lado, requerir que el texto sea discutido y votado por el Pleno, o, lo que es igual, que se acomode en su tramitación parlamentaria al procedimiento legislativo común u ordinario, y de otro, solicitar que sea sometido a la aprobación final del plenario únicamente con declaraciones de voto, lo que entraña que el debate del articulado del proyecto se desarrolla en Comisión. En el primer caso, la

122 Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.*, p. 431

competencia de la Comisión se conoce como *«in sede referente»;* en el segundo, como *«in sede redigente»*. En este segundo supuesto, es evidente que la Comisión continuará ejerciendo una función deliberante en relación con el articulado del texto legislativo, de forma análoga a como lo haría en el procedimiento descentralizado, reservándose al plenario tan sólo la aprobación final. Sobre la base de tal previsión constitucional, el Reglamento de la Cámara de Diputados (Art. 96°) y el Reglamento del Senado (Art. 36°) configuran como procedimiento especial el llamado del examen (por la Comisión) en función redactora (*«in sede redigente»*), supuesto en el que, como apostilla la doctrina[123], permanecen las garantías constitucionalmente previstas con relación a los procedimientos especiales, esto es, la reserva de ley de Pleno y la facultad atribuida al Gobierno y a las minorías parlamentarias de requerir con carácter vinculante el retorno al procedimiento legislativo normal.

Esta doble opción es reveladora, por lo menos teóricamente, de la flexibilidad subyacente en la normación constitucional italiana, elasticidad de la que, como significa Elia[124], constituye otro buen ejemplo la posibilidad de revocar la solicitud de reenvío al Pleno hasta tanto no se haya iniciado la discusión plenaria del proyecto.[125] En la misma dirección, Traversa[126] cree que no puede existir duda acerca de la admisibilidad de la facultad de retirada de la solicitud de reenvío al Pleno del proyecto. En general, la doctrina es concordante en este punto en ausencia de una específica norma que lo prevea, a condición de que se halle prevista la correlativa facultad de plantear positivamente la solicitud.[127]

123 Angelo Antonio Cervati: «*La formazione delli legge*», *op.cit.*, p. 153.

124 Leopoldo Elia: «*Le commissione parlamentari* [...]», *op. cit.*, p. 94.

125 A este respecto, Mohrhoff entiende como válida la retirada de algunas de las firmas constitucionalmente requeridas para la formalización de la solicitud vinculante de reenvío del proyecto al Pleno, supuesto en el que tal solicitud se convertirá en inoperante al no reunir el número suficiente de firmas. Federico Mohrhoff, «*Giurisprudenza parlamentare*», Roma, 1950, p. 280. Cit. por Leopoldo Elia: «*Le commissione parlamentari* [...]», *op. cit.*, p. 94.

126 Silvio Traversa: «*La riserva di legge d'Assemblea*», *op. cit.*, pp. 288-289 y p. 289, nota 28.

127 Análoga es la posición de Sandulli en relación a la retirada de la iniciativa legislativa, postura que puede extrapolarse al caso que nos ocupa. Aldo M. Sandulli: «*Legge* (*Diritto costituzionale*), en «*Novissimo Digesto italiano*» (*diretto da* Antonio Azara e Ernesto Eula), tomo IX, 3ª. ed., UTET, Torino, 1965, p. 630 y ss.; en concreto, p. 638.

La flexibilidad de la normación Constitucional italiana se echa de menos en el texto fundamental español, cuyo Art. 75.2° no contempla la doble posibilidad prevista por la Carta italiana en cuanto al reenvío al Pleno del proyecto legislativo. Por contra, el tenor del precepto español es inequívoco: el Pleno puede recabar el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley. Quiere ello decir que la avocación no admite matices, sino que, lisa y llanamente, presupone el retorno del proyecto al proceso secuencial del procedimiento legislativo común u ordinario (así lo prevé específicamente el Art. 130.2° RS), y es tal circunstancia la que, a nuestro juicio, con vulneración de las previsiones constitucionales, como veremos más adelante, condiciona los momentos en los que el Reglamento de la Cámara baja (que no el del Senado) contempla la posibilidad de la avocación.

Tampoco en el ordenamiento español, como es obvio si se advierte que es el Pleno el único legitimado para acordar la avocación, tiene sentido hablar de la posibilidad de revocar una solicitud de reenvío de un proyecto al Pleno.

V. Una cuestión relevante en orden a calibrar la eficacia real de la garantía de avocación por el Pleno es la relativa al momento en que puede producirse la avocación.

La Constitución italiana señala al respecto que el reenvío del proyecto al Pleno podrá tener lugar «mientras no haya recaído aprobación definitiva» *(«fino al momento della sua approvazione definitiva»).* A su vez, el Reglamento de la Cámara de Diputados (Art. 92.5°) señala como momento delimitador de la autoridad a la que ha de ser dirigida la solicitud de devolución al Pleno del proyecto, la inclusión del proyecto en el orden del día de la Comisión: con anterioridad a ese momento la solicitud debe dirigirse al Presidente de la Cámara; con posterioridad al mismo, al Presidente de la Comisión. Nada precisa, sin embargo, el citado Reglamento en torno al momento constitucionalmente previsto, a diferencia de la norma reglamentaria del Senado, cuyo Art. 35.2° alude específicamente a «mientras no llegue el momento de la votación final», para precisar también que con anterioridad al inicio de la discusión la solicitud se ha de dirigir al Presidente del Senado. Abierta la discusión, al Presidente de la Comisión.

Formalizada la solicitud vinculante de reenvío al Pleno, el proyecto habrá de ser de inmediato remitido al mismo. Bien es verdad que cuan-

do la devolución del proyecto se haga a los solos efectos de que sea sometido a la aprobación final del «*plenum*» únicamente con declaraciones de voto, tal devolución sólo podrá disponerse tras proceder la Comisión a la formulación definitiva del texto legislativo y a la aprobación de cada uno de sus artículos.

La Constitución española, en forma semejante a la italiana, ha contemplado con notable amplitud el momento en el que puede producirse la avocación «el Pleno (dice el Art. 75.2°) podrá [...] recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto». Ello no obstante, el Reglamento del Congreso ha alterado muy significativamente y, por lo mismo, en forma inequívocamente contrapuesta al mandato constitucional, la previsión de la Norma suprema, lo que, por contra, no ha sucedido con el Reglamento del Senado.

En coherencia con el Art. 75.2° CE, el Art. 130.2° RS dispone que: «el Pleno de la Cámara [...] podrá decidir en cualquier momento la observancia del procedimiento ordinario». Por el contrario, el Art. 149.1° RCD contempla dos momentos diferentes para la formalización de la avocación, delimitando por consiguiente de un modo restrictivo la determinación constitucional: respecto de los proyectos en que sea pertinente el debate de totalidad (lo que acontece, como ya se señaló, cuando se presente una enmienda de totalidad, a tenor de lo dispuesto por el Art. 112° del propio Reglamento) y respecto, asimismo, de las proposiciones de ley, la avocación deberá ser acordada, en su caso, en la sesión plenaria en que tenga lugar el debate de totalidad del proyecto o el debate de toma en consideración de la proposición. En los demás casos, la avocación habrá de acordarse «antes de iniciarse el debate en Comisión».

La plena comprensión de las anteriores previsiones reglamentarias exige tener presente otra norma del Reglamento de la Cámara baja de más que dudoso encaje constitucional: el Art. 148.1° por cuya virtud, «el acuerdo del Pleno por el que se delega la competencia legislativa plena en las Comisiones, se presumirá para todos los proyectos y proposiciones de ley que sean constitucionalmente delegables». Esta presunción de delegación transforma lo que, por mor de la Constitución, debiera ser un acuerdo potestativo del Pleno en favor de la delegación, en cuyo defecto no debería de producirse la misma, en un acuerdo avocatorio del propio pleno en cuya ausencia, por la presunción en favor de la universal delegación de todos los proyectos y proposiciones constitucionalmente delegables, quedará marginado del trámite de deliberación y

votación final del texto legislativo. Se explica así que el Art. 149.1° RCD exija de modo inexcusable un acuerdo formal del plenario de la Cámara para que ésta, en sesión plenaria, pueda deliberar y realizar la votación final del proyecto. Sin ese acuerdo expreso, el texto en cuestión se entenderá de la competencia legislativa plena de la Comisión correspondiente. Esta discutibilísima fórmula, que convierte en regla general lo que no debiera ser sino una excepción puntual, contrasta con la solución acuñada por el Art. 130° del Reglamento del Senado, que es justamente la contraria.

Retornando a las previsiones reglamentarias acerca del tiempo o momento de la avocación, cabe decir que la doctrina se ha mostrado prácticamente unánime en la crítica a la determinación del Art. 149.1° RCD, juzgada, asimismo de modo general, como contraria a la Constitución[128]. Quizás sea Recoder[129] uno de los pocos autores que no ve excesiva la limitación temporal, reglamentariamente establecida, e incluso cabe entender, según el mismo autor, que es razonable situar en momentos procesalmente idóneos el ejercicio de la potestad de recabar el conocimiento, si bien admite la persistencia de la duda sobre si es lo que el constituyente quiso.

La *praxis* parlamentaria parece haber modulado un tanto la aplicación de las normas más dudosamente conformes con los mandatos constitucionales[130]. Con todo, no deja de ser significativo que las proposiciones de Reforma del Reglamento del Congreso modifiquen de modo radical el sentido del actual Art. 149°. Así, por poner un ejemplo, en la Proposición de Reforma publicada el 28 de mayo de 1992[131], en el Art.

128 Este es el caso, entre otros, de Ramón Punset (en «La fase central del procedimiento legislativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 14, mayo-agosto 1985, p. 111 y ss.; en concreto, p. 130), Agustín Ruiz Robledo (en «La delegación legislativa en las Comisiones», *op. cit.*, p. 475), Fernando Santaolalla López (en su «*Derecho Parlamentario Español*», Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 238), Ma. Asunción García Martínez (en «El procedimiento legislativo», *op. cit.*, p. 295) y Piedad García-Escudero Márques (en «Las especialidades del procedimiento legislativo en el Senado», en el colectivo, «el Procedimiento Legislativo. 1994». -V Jornadas Derecho Parlamentario-, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 481 y ss.; en particular, p. 501).

129 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1167.

130 En tal sentido se manifestaba Paniagua en 1986. Juan Luis Paniagua Soto: «El sistema de comisiones [...]», *op. cit.*, pp. 137-138.

131 Boletín Oficial de las Cortes Generales, IV Legislatura, serie B, núm. 140-1, 28 de mayo de 1992.

160° (equivalente al actual Art. 149°), en su apartado tercero, posibilitaba que la avocación pudiera tener lugar en cualquier momento anterior a la finalización del debate en comisión. A ello se unía la supresión de la presunción de la delegación, que había de acordarse de modo expreso y particularizado para cada proyecto o proposición, debiendo someter el Presidente del Congreso a la votación de la Cámara, sin deliberación previa alguna, el acuerdo de delegación.

VI. Hemos de referirnos, en último término, a la existencia de algunos supuestos en los que puede hablarse, como advierte Mazziotti[132], de un reenvío automático de un proyecto al Pleno. Tal acontece en Italia en los dos casos a que alude el Art. 93° del Reglamento de la Cámara de Diputados: el primero, cuando la Comisión competente, actuando con plena competencia legislativa, no acepte el parecer de la Comisión de Presupuestos y Programación o de la Comisión de Asuntos Constitucionales, debiendo éstas pronunciarse, bien porque el proyecto en cuestión implique mayores gastos o una disminución de los ingresos, bien porque requiera de un examen en relación a los aspectos atinentes a su legitimidad constitucional, o en los referentes a la función pública, en cuyo caso, el proyecto se habrá de enviar simultáneamente a la Comisión competente y, para la emisión de un dictamen consultivo, a la Comisión de Presupuestos y Programación o a la Comisión de Asuntos Constitucionales, respectivamente. Pues bien, insistiendo estas dos últimas Comisiones en su dictamen se habrá de producir el reenvío automático del proyecto al Pleno. El segundo caso viene dado por el hecho de que se produzca un conflicto de competencia entre la Comisión que conoce del proyecto con plena competencia legislativa y otra Comisión que afirma también su propia competencia directa sobre el mismo proyecto o sobre alguna de sus partes.

Sustancialmente análoga es la incidencia de los dictámenes obligatorios de las Comisiones permanentes de Programación económica, Presupuestos y participaciones estatales y de Asuntos Constitucionales del Senado, sobre el conocimiento de un proyecto legislativo por una Comisión con competencia legislativa plena, tal, y como determina el Art. 40° apartados cuarto y quinto, del Reglamento del Senado italiano.

132 Manlio Mazziotti di Celso: «*Parlamento. Funzioni*», *op. cit.*, p. 793.

También en España puede identificarse algún supuesto de avocación automática en relación con el Senado. Respecto de esta Cámara, el Art. 131°, de su Reglamento acoge un supuesto de esta naturaleza cuando dispone que, no obstante la actuación de una Comisión con competencia legislativa plena si se presentase alguna propuesta de veto y fuese aprobada en Comisión, para su ratificación o rechazo deberá ser convocado el Pleno del Senado. Aunque un sector de la doctrina entiende[133] que en este caso nada obsta para que se mantenga la delegación en la Comisión respecto de la tramitación restante, es obvio que la intervención del Pleno, aún cuando se circunscribiere a la propuesta de veto, implica una revocación de la delegación y, por lo mismo, una quiebra del proceso descentralizado que, además se produce automáticamente, por imperativo de la norma reglamentaria.

Bien es verdad que este reenvío automático del proyecto al Pleno es deudor de la ya comentada reserva de ley de Pleno que establece el Art. 90.2° de la Constitución en relación con aquellos proyectos de ley que, independientemente de la materia sobre la que versaren, fueren objeto de un veto por parte del Senado, pues sólo el Pleno puede, por la mayoría absoluta de sus integrantes, formalizar el veto.

Otro supuesto de avocación automática se encontraba en el Art. 88.3° del texto inicial del Reglamento del Congreso, norma hoy inexistente tras ser derogada en la reforma del citado Reglamento aprobada el 23 de septiembre de 1993. A tenor de la misma, en los procedimientos legislativos en los que una Comisión actuara con competencia plena, cuando se produjera por tres veces consecutivas empate en una votación, el mismo sería dirimido sometiendo la cuestión a la decisión del Pleno. Como se señalara por la doctrina[134], la norma reglamentaria se hallaba en una especie de frontera entre una facultad de remisión de las Comisiones en casos extremos, y una especie de avocación automática presunta en favor del Pleno, establecida por éste con carácter general por intermedio de su propio Reglamento, para los supuestos en que concurriera la circunstancia descrita.

Tras la supresión del citado Art. 88.3° RCD, el empate a votos tras la tercera votación en una Comisión con competencia legislativa plena deberá dilucidarse de conformidad con las reglas generales fijadas por

133 Emilio Recoder de Casso: «Comentario al artículo 75°», *op. cit.*, p. 1168.

134 Luis Villacorta Mancebo: «Hacia el equilibrio de poderes», *op. cit.* p. 439.

los dos primeros apartados del Art. 88° siendo de recordar ahora que el Art. 88.2° dispone que en las votaciones en Comisión se entenderá que no existe empate cuando la igualdad de votos, siendo idéntico el sentido en el que hubieren votado todos los miembros de la Comisión pertenecientes a un mismo Grupo parlamentario, pudiera dirimirse ponderando el número de votos con que cada Grupo cuente en el Pleno.

Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano*

Héctor Fix-Zamudio

I. Introducción

1. He elegido este importante tema debido a su actualidad en el ordenamiento mexicano, en cuanto las sucesivas reformas electorales han propiciado el pluralismo político y el fortalecimiento de los partidos de oposición, por lo que es conveniente realizar un análisis sobre la evolución constitucional de los derechos de la oposición en nuestro país.

2. Sobre los aspectos políticos de la participación de la oposición en los gobiernos de la democracia liberal[1] se han elaborado numerosos estudios entre los cuales destacan la clásica obra de Robert Dahl[2] y el artículo también clásico de Pedro de Vega García[3], pero en cambio no han sido tan abundantes los análisis desde el enfoque estricta o predominantemente jurídico, aun cuando en los últimos años se han elaborado algunos trabajos que se refieren de manera específica a esta materia, entre los cuales podemos señalar de manera especial los de Giuseppe de Vergottini[4] y de Juan Fernando López Aguilar.[5]

---

* Publicado en Memoria de El Colegio Nacional, México, 1999, pp. 67-100.

1 Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *«Manual de Derecho Político»,* Volumen primero *Introducción y Teoría del Estado.* 2° ed. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 293-297.

2 *Political Opposition in Western Democracies,* Yale University Press, 1966.

3 «Para una teoría política de la oposición», en su libro *Estudios político-constitucionales,* México, UNAM, 1987, pp. 9-445.

4 «Opposizione parlamentare», en *Enciclopedia del Diritto,* tomo XXX, Milán, Giuffré, 1980, pp. 532-561; y *«La garanzia della funzione di opposizione como elemento unificante delle forme di governo»,* en su libro *Diritto costituzionale comparato,* 4ª. ed., Padua, Cedam, 1993, pp. 403-417.

3. Por el contrario, no ha existido una preocupación similar en los constitucionalistas latinoamericanos, incluidos los mexicanos, para examinar de manera especial esta cuestión, pues la mayoría de los estudios se han dirigido al examen de la regulación de los partidos políticos y de los sistemas electorales, sobre los cuales existe una amplia bibliografía, pero no respecto de los análisis de la función constitucional de la oposición. Como ejemplos significativos podemos señalar los recientes estudios colectivos editados el primero por el conocido estudioso alemán Dieter Nohlen[6] y el segundo coordinado por el mismo Dieter Nohlen con la colaboración de Sonia Picado y Daniel Zovatto[7].

4. Por ello, considero conveniente realizar un análisis preliminar de esta materia de gran trascendencia en la evolución reciente de los regímenes constitucionales latinoamericanos, en los cuales se advierte un creciente pluralismo con posterioridad a la superación de los regímenes autoritarios, la mayoría de ellos de carácter castrense, que predominaron en nuestra región en las décadas de los setentas y de los ochentas. Algunos de los nuevos ordenamientos constitucionales que se expidieron a partir de la Ley Fundamental de Guatemala de 1985, han establecido una regulación progresiva de los partidos políticos y de los sistemas electorales, y algunos de ellos como lo señalaré más adelante, han establecido normas específicas para la función de la oposición, tanto dentro de las cámaras legislativas como en las actividades extraparlamentarias de los partidos y grupos políticos. (Ver *infra* párrafo 22).

II. Institucionalización constitucional de los partidos políticos

5. Si bien existió la preocupación de la mayoría de las constituciones de los países que adoptaron la democracia liberal de regular jurídicamente a los partidos políticos modernos surgidos de acuerdo con el ejemplo de las costumbres y convenciones del derecho inglés[8], en la mayoría

5 *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa,* Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.

6 *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

7 *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina,* México, FCE, 1998.

8 Cfr. Dicey, A.B., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* 10ª. ed., London, The Macmillan Press, reimpresión, 1979, pp. 270-286.

de los casos esta regulación se efectuó por medio de leyes electorales, pero en la segunda posguerra se inició una tendencia progresiva hacia la constitucionalización de los partidos políticos, ya que en numerosos textos constitucionales se establecen los lineamientos esenciales que regulan el reconocimiento así como los derechos y obligaciones de los partidos políticos.

6. En esta dirección podemos señalar en Europa occidental a las Leyes Fundamentales de la República Federal de Alemania (1949), artículo 21°; de España (1978), artículo 6°; de Francia (1958), artículo 4°; de Italia (1948), artículo 49°; y de Portugal (1976-1982), artículo 117°. Por lo que respecta a los ordenamientos latinoamericanos, en la mayoría de los casos con normas más amplias que las europeas, destacamos las Constituciones de Argentina (1853-1860, en su texto reformado en agosto de 1994), artículo 38°; Bolivia (1967-1994) artículo 223°; Brasil (1988), artículo 17°; Chile (1980-1989), artículo 19°, fracción 15; Colombia (1991), artículos 107°-111°; Costa Rica (1949-1989), artículo 98°; Ecuador (1978, texto reformado en 1996 y 1998), artículos 114° - 118°; El Salvador (1983, texto reformado en 1991), artículo 85°; Haití (1987), artículo 31°, inciso 1; Honduras (1982), artículos 47°-50°; México (1917, reformas de 1977, 1993 y 1996), artículo 41°; Panamá (1972-1983), artículo 132°; Paraguay (1992), artículos 124°-125°; Perú (1993), artículo 35°; República Dominicana (1994), artículo 104°; Uruguay (1967, reforma de 1996), artículo 77°, inciso 11; Venezuela (1961), artículo 114°.

7. De la larga enumeración anterior, que no pretende ser exhaustiva, se puede observar que la tendencia hacia la regulación constitucional de los partidos políticos es cada vez más extensa en el derecho comparado. Sería imposible hacer referencia a cada uno de estos ordenamientos, pero en un examen de conjunto podemos señalar que en la mayoría de los preceptos fundamentales señalados en el párrafo anterior se establece un mínimo de requisitos para el registro oficial de los partidos políticos, así como de sus programas y estructura interna. Algunas de estas normas señalan que los partidos políticos deben respetar los valores de los regímenes democráticos en los cuales deben operar y por lo tanto no se admiten programas que postulen principios contrarios a la soberanía y a la propia democracia, y en ciertos preceptos se prohibe que establezcan como principios el uso de la violencia o la organización paramilitar. Varios preceptos fundamentales disponen expresamente que la organi-

zación interna de los partidos políticos debe ser democrática, y en esta dirección es posible señalar a las Constituciones de la República Federal de Alemania, Portugal, Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, entre otros.

8. En general se prohibe la existencia de partidos en cuyos principios se encuentran los de subvertir el orden democrático, y en el caso de la República Federal de Alemania, debido al doloroso recuerdo del nacionalsocialismo, y la existencia de algunos grupos minoritarios que postulaban ideas similares a las del gobierno totalitario de Hitler, se estableció la prohibición de los partidos inconstitucionales (artículo 21°, inciso 2), y se confió al Tribunal Federal Constitucional la declaración respectiva. De acuerdo con esta disposición, el citado Tribunal Federal Constitucional dispuso la disolución del Partido Socialista del Reich, de carácter neonazi, según fallo de 23 de octubre de 1952, así como del Partido Comunista Alemán, que postulaba ideas stalinistas, por sentencia de 17 de agosto de 1956. A partir de entonces los pequeños partidos o grupos políticos de extrema derecha o de izquierda se han sometido a las reglas fundamentales.[9]

9. Aun cuando existe variedad en las normas constitucionales que regulan los partidos políticos, algunas de ellas establecen los derechos de los partidos políticos registrados (que en otros ordenamientos se regulan por leyes ordinarias) a acceder a los medios de comunicación y a divulgar sus programas, y además a recibir financiamiento público, en proporción a su fuerza electoral, con el fin de evitar que se concentren en algunos de ellos recursos económicos provenientes de grandes corporaciones o del extranjero. El problema del financiamiento de los partidos políticos es uno de los más complicados y ha dado lugar a disposiciones legales muy complejas que a pesar de sus esfuerzos, no han podido resolver definitivamente la cuestión.[10]

9 Cfr. Dieter Grimm, «Los partidos políticos», en el libro *Manual de Derecho Constitucional,* trad. de Inter-Nationes, de Bonn, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, pp. 389-444.

10 Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos,* México, UNAM, 1993, y *La financiación política en Iberoamérica,* editado por Pilar del Castillo y Daniel Zovatto, San José, Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos-Capel, 1998. Petra Blendel, «Los partidos políticos: condiciones de inscripción y reconocimiento legal, democracia interna, etcétera», en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina,* cit. *supra* nota 7, pp. 384-409.

10. Otro aspecto importante para el funcionamiento de los partidos políticos en un régimen de pluralismo, se apoya en los regímenes electorales, ya que en los países que han servido de modelo histórico a los ordenamientos latinoamericanos, es decir, Inglaterra, algunos ordenamientos de la *Commonwealth,* como Canadá, Australia y Nueva Zelandia, así como los Estados Unidos, han seguido el sistema de mayoría relativa, lo que favorece a los partidos de mayor importancia y por ello también al bipartidismo que se ha impuesto en estos países. Por supuesto que este sistema no es adecuado para los incipientes partidos latinoamericanos, debilitados por los numerosos años de regímenes autoritarios, y por ello se han impuesto recientemente los diversos modelos de representación proporcional, por lo que, ha dado lugar, en la mayoría de los casos, a la implantación de sistemas de carácter mixto.[11]

11. Otro sector que merece destacarse es la tendencia cada vez más evidente hacia la judicialización de los conflictos electorales, que tradicionalmente se consideraban como ajenos a la intervención de los tribunales, por tratarse una cuestión estrictamente política. Podemos citar como ejemplo la jurisprudencia tradicional del derecho constitucional norteamericano, que estimaba la materia electoral como una *political question:* y por tanto ajena a la competencia de los tribunales, en particular de la Corte Suprema Federal,[12] pero ese criterio se modificó de manera paulatina para considerar como justiciables cuestiones que anteriormente se consideraban de naturaleza política en sentido estricto, como las electorales, aun cuando siempre por conducto de una controversia judicial. En esta dirección se cita el caso *Baker contra Carr* resuelto en 1962, como el que inició este desarrollo.[13]

11 Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral,* México, UNAM, 1993, esp. pp. 207-448, que contienen los estudios que se refieren de manera específica a los sistemas electorales.

12 Cfr. Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos,* trad. de José Juan de Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, pp. 576-579; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2ª. ed., México, FCE, 1971, pp. 56-58; Enrique Alonso García, «El Tribunal Burger y la doctrina de las "*Political Questions*" en Estados Unidos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

13 Cfr. Karl Loewenstein, «La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en Revista de *Estudios Políticos*, núm. 133, Madrid, enero-febrero de

12. En efecto, en los últimos años se ha atribuido de manera creciente a órganos autónomos de carácter administrativo, o inclusive a tribunales ordinarios o especializados, con predominio de estos últimos, la solución de los conflictos de carácter electoral, con lo cual ha surgido desde el punto de vista doctrinal una disciplina reciente que puede calificarse como «derecho procesal electoral»[14]. Para citar únicamente algunos ejemplos latinoamericanos, un modelo contencioso judicial encomendado a tribunales ordinarios especializados, es el establecido en el régimen constitucional brasileño, en el cual a partir de la Carta Federal de 1934 (y con exclusión de la Constitución autoritaria de 1937), se estableció una verdadera jurisdicción electoral, integrada por jueces y tribunales especializados para conocer y decidir las controversias surgidas en los procedimientos electorales. El artículo 118° de la Constitución brasileña vigente, promulgada el 5 de octubre de 1988, considera como órganos de la justicia electoral al Tribunal Superior, los tribunales regionales, los jueces y las juntas, todos ellos de carácter electoral.[15]

13. En varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una orientación hacia el establecimiento de tribunales electorales especializados, pero de carácter autónomo, y en la mayoría de los casos independientes del poder judicial y de los otros órganos del Estado. En esta dirección es posible señalar, entre otros, la Corte Nacional Electoral de Bolivia, (Constitución de 1967-1994), artículo 225°; el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales de Chile, (Constitución de 1980-1989) artículos 84°-85°; el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, (Constitución de 1949-1989), artículos 99°-104°; el Tribunal Supremo Electoral de Ecuador, (Constitución de 1978, texto de 1998), artículos 204°-210°; el Tribunal Electoral de Panamá, (Constitución de 1972-1983), artículos 136°-139°; el

1964, pp. 5-39. También puede consultarse el agudo comentario de Jack W. Peltason, sobre el citado caso «Baker v. Carr», en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States,* New-York-London, 1992, pp. 56-59.

14 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, «Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso-electoral», en *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales,* México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, pp.6-9; Flavio Galván Rivera, *Derecho procesal electoral mexicano*, México, McGraw-Hill, 1997.

15 Cfr. José Afonso De Silva, *Curso de derecho constitucional positivo*, 9ª. ed., 3ª. reimp. Sâo Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 497-498.

Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay, (Constitución de 1992), artículos 273°-279° y la Corte Electoral de Uruguay, (Constitución de 1967), artículos 322°-328°.[16] La introducción y el desarrollo de la jurisdicción electoral en México ha sido muy significativa como se señalará más adelante (ver *infra* párrafos 29-35).

14. Además de los anteriores, existen otros tribunales electorales que no están regulados constitucionalmente, como ocurre con los de Guatemala y de Honduras, y algunos consejos o jurados de elecciones, que tienen carácter mixto, pues además de sus facultades administrativas para organizar los sufragios, también conocen sobre conflictos electorales y deciden de manera definitiva sobre los resultados de la calificación respectiva, por lo que realizan funciones jurisdiccionales, por lo que generalmente se integran con jueces y magistrados como ocurre entre otras, en las legislaciones constitucionales de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela.[17]

III. Institucionalización constitucional de la oposición

15. Aun cuando varios de los instrumentos establecidos para la regulación de los partidos políticos en los textos fundamentales también están dirigidos para proteger los derechos de los grupos políticos minoritarios, como son las normas relativas al acceso a los medios de comunicación, el financiamiento público, los sistemas de representación proporcional, así como los órganos total o parcialmente jurisdiccionales, sin embargo se advierte, que de acuerdo con el ejemplo de Inglaterra y otros países de la *Commonwealth,* se ha manifestado la tendencia hacia

16 Cfr. Dieter Nohlen, (ed.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, cit., *supra* nota 5; José de Jesús Orozco Henríquez, «Los sistemas de justicia electoral desde una perspectiva comparativa», en la obra *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo,* cit. *supra* nota 11, pp. 793-826; Id. «Los sistemas contenciosos electorales en América Latina», en *Justicia Electoral*, México, vol. I, núm. 7, 1996, pp. 5-40; id. «El contencioso electoral. La calificación electoral», en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit. *supra* nota 7, pp. 708-807; Héctor Gros Espiell, La Corte Electoral del Uruguay, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Capel, 1990.

17 Cfr. Diego Valadés Ríos, *Constitución y Política*, 2ª. ed., México, UNAM, 1994, pp. 97-116.

el establecimiento de instrumentos que otorguen específicamente a la oposición el carácter de entidad constitucionalmente protegida.

16. Desde el punto de vista histórico, la llamada «disconformidad política» expresión de los sectores políticos contrarios a los órganos del gobierno, no fue reconocida, en un principio, ya que se marginó de manera sistemática a los opositores, pues durante el amplio desarrollo que parte de la antigüedad, pasa por la edad media y llega al renacimiento, no podía considerarse la existencia jurídica de una oposición, por el contrario predominó la tendencia de exclusión existencial del «enemigo». La oposición como tal surgió en la Inglaterra del siglo XVIII y tardó tiempo en reconocerse en los ordenamientos europeos continentales, debido a la influencia de las ideas de Juan Jacobo Rousseau sobre la voluntad general, y se consolidó en la democracia liberal, la que se encuentra estrechamente vinculada con la oposición como forma de disconformidad política.[18]

17. Por su parte, el distinguido constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini, señala tres etapas lógicas y no forzosamente históricas, en la evolución del concepto político y jurídico de la oposición: a) en primer término como «disentimiento», b) en segundo lugar como «límite», y c) finalmente como «alternativa»; de acuerdo con los regímenes políticos en los cuales se presenta. En cuanto al «disentimiento» se manifiesta en los gobiernos autoritarios, que en la época contemporánea se caracterizaron por partidos únicos, y por ello no aceptaron la posibilidad de grupos políticos diversos del que se encontraba en el poder, los que se consideraban inconstitucionales o ilegales, y por tanto eran reprimidos. Como «límite» se advierte en los gobiernos políticamente homogéneos, en los cuales tenía predominio el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau sobre la voluntad general, que establecía una unanimidad ficticia, por lo que únicamente se toleraba la existencia de grupos minoritarios, concepción que evolucionó hacia la consolidación con el reconocimiento del mencionado principio mayoritario con la tutela de las minorías políticas. Finalmente, en el Estado liberal se reconoce a la oposición como una «alternativa» en el cambio del gobierno y por ello se establecen disposiciones constitucionales que la tutelan. Es esta última

18 Cfr. Graciela Soriano de García Pelayo, «La noción de oposición como expresión histórica de la disconformidad política», en *Anuario Jurídico*, XVIII, 1991. México, UNAM, 1992, pp. 147-171.

etapa la que el profesor Vergottini califica como «oposición garantizada» terminología que ha tenido una excelente acogida en la doctrina contemporánea[19].

18. El reconocimiento jurídico de la oposición como una entidad constitucional indispensable para el funcionamiento del órgano parlamentario surgió, como se ha dicho, en Inglaterra y se consolidó de manera paulatina por medio de costumbres y convenciones, hasta su culminación en la ley aprobada por el parlamento intitulada *Ministers of the Crown Act de 1937*, que con otros ordenamientos posteriores estableció una regulación sobre la oposición considerada como una institución pública, ya que el jefe del partido que no obtuvo la mayoría en las elecciones en un régimen esencialmente bipartidista, es considerado como funcionario público, y puede designar a sus colaboradores, con lo que se conforma lo que se considera como *Shadow Cabinet,* cuyos integrantes reciben una remuneración del erario público, ya que existe la alternativa de que puedan formar un nuevo gobierno en el caso de obtener la mayoría de votos en los siguientes comicios.[20]

19. Tratándose de regímenes parlamentarios bipartidistas, varios países de cultura británica y miembros de la *Commonwealth*, adoptaron instituciones similares a las inglesas, es decir establecieron un cargo público remunerado para el jefe de la oposición y sus colaboradores, similar al «Gabinete en la sombra», y en esta dirección podemos citar a Australia, Canadá y Nueva Zelandia. Aun cuando la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania no contiene una disposición similar, no obstante ser un régimen parlamentario predominantemente bipartidista, sí se ha establecido regulación semejante a los de los países de la *Commonwealth* mencionados anteriormente, en las Constituciones de dos Estados alemanes, como son las de Baden de 22 de mayo de 1947, artículo 120° y de Hamburgo de 1946, artículo 25° reformado en 1971, así como la ley de Schlessig-Holstein de 1955, ordenamientos que establecieron el *Füher der Opposition.*[21]

19 Voz «Opposizione parlamentare», *op. cit. supra* nota 4, pp. 536-539.

20 Cfr. Giuseppe de Vergottini, Lo «*Shadow Cabinet*» *(Saggio comparativo sul rilievo costituzionale della oppsiziore nel regimen parlamentare britannico),* Milán, Giuffrè, 1973, possim.

21 Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. *supra* nota 4, pp. 406-408; Juan Fernando López Aguilar, *Minoría y oposición en el parlamentarismo*, cit. *supra* nota 5, pp. 210-212.

20. Debe mencionarse también el artículo 117°, inciso 2, de la Constitución Portuguesa (1976-1982), el cual dispone: «Se reconoce a las minorías el derecho de oposición democrática en los términos de la Constitución». Dicho precepto fue reglamentado por la Ley N° 59 de 1977, que regula en especial las facultades extralegislativas que hasta entonces estaban reservados a los grupos parlamentarios por los artículos constitucionales 179°, inciso 3; 183°, inciso 2; 195°, inciso 3; y 197°, inciso 2; 195°, inciso 3; y 197°, inciso 2, sobre los diversos derechos que se otorgan a los varios grupos legislativos. Dicha ley de 1977 define la oposición democrática como «toda actividad democrática de crítica y fiscalización política de la acción del Gobierno y la formulación de alternativas constitucionalmente legítimas al Gobierno. El propio ordenamiento confiere a los partidos de oposición, entre otros, los derechos de información, de participación, de consulta y de acceso a los medios de comunicación social. Además la citada ley reconoce el derecho de oposición a los partidos políticos representados en las asambleas regionales y que no formen parte del respectivo gobierno.[22]

21. Por lo que respecta al ordenamiento español, si bien no existe un precepto constitucional que reconozca expresamente la función de la oposición, se advierte la decisión de las Cortes de conformar un Estatuto formal de Oposición, en la combinación de un conjunto de resoluciones interpretativas y supletorias del Reglamento Interno del Congreso, con base en las cuales se suscribió un Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados el 8 de febrero de 1983, de conformidad con el cual se reconoció la figura parlamentaria del «Jefe de la Oposición» en tanto que presidente del Grupo Parlamentario mayoritario de cuantos componen la misma, figura que se incorporó al Real Decreto del 4 de agosto del mismo año de 1983, que regula el Protocolo y Precedencias Oficiales del Estado, en el cual aparece el Jefe de la Oposición con el número 15 en el elenco de la prelación institucional de autoridades del Estado.

22. Por lo que respecta a los ordenamientos constitucionales de América Latina, debemos hacer especial referencia a los artículos 112° de la Constitución colombiana de 1991, y 117° de la Carta Fundamental de Ecuador, reformada en 1998. El primer precepto tiene el epígrafe de Estatuto de Oposición y lo siguiente:

22 Cfr. J.J. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituiçâo da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 270-271.

> «Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves o evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales. Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos. Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia.»

A su vez el mencionado artículo 117° de la Ley Fundamental ecuatoriana, que al parecer se inspiró parcialmente en el precepto anterior del ordenamiento constitucional colombiano, establece de manera menos extensa:

> «Los partidos y movimientos políticos que no participen del gobierno, tendrán plenas garantías para ejercer, dentro de la Constitución y la ley, una oposición crítica, y proponer alternativas sobre políticas gubernamentales. La ley regulará este derecho.»

IV. La constitucionalización de los partidos políticos en México

23. El texto original de la Constitución Federal mexicana de 5 de febrero de 1917 no contenía una regulación de los partidos políticos, debido a que fue expedida en una época en la que todavía no se iniciaba la tendencia hacia la constitucionalización de dichos partidos, que como se dijo anteriormente, comenzó en la segunda postguerra (ver *supra* párrafo 6). Por tanto, la organización y funciones de los propios partidos se regulaba en las leyes electorales, tanto en el ámbito Federal como en el de las Entidades Federativas.[23]

23 Cfr. *Legislación Electoral Mexicana*, 1812-1973, México, Secretaría de Gobernación, Diario Oficial, 1973

24. Por otra parte, la realidad política no favoreció a los grupos políticos minoritarios debido a la creación en el año de 1929 del entonces Partido Nacional Revolucionario (PRN), que en 1938 se transformó en Partido de la Revolución Mexicana (PRM) y que finalmente se convirtió en 1946 en el actual Partido Revolucionario Institucional (PRI), que por casi siete décadas funcionó como un partido hegemónico, considerado como un caso excepcional dentro de la inestabilidad política latinoamericana, el cual acaparó prácticamente todos los cargos de elección popular, desde los municipales, hasta los Gobiernos Estatales y el de carácter federal, todo ello con apoyo en un sistema electoral de mayoría relativa y unos sufragios de dudosa legitimidad.[24] Sin embargo dicho Partido no podía considerarse, como algunos autores lo califican, de «Partido Único», ya que al menos formalmente admitía la existencia de otras agrupaciones políticas, aun cuando sin la posibilidad real de alternancia en el poder, por lo que esta etapa correspondió a la considerada «límite» en el concepto de Vergottini (ver *supra* párrafo 17).

25. En el año de 1963 se intentó una reforma constitucional bastante tibia para favorecer a los débiles partidos de oposición, al modificar el sistema mayoritario integral para introducir en el artículo 54° de la Carta Federal, un principio de representación proporcional bastante restringido, por medio de los llamados diputados de partido, que podían obtener los partidos políticos nacionales que hubiesen conseguido el dos y medio por ciento de la votación total en el país, en un número de cinco diputados, y uno más, hasta veinte, por cada medio por ciento más de los votos emitidos. Este porcentaje resultó excesivo debido a la escasa representatividad de algunos de dichos partidos, por lo que se redujo al uno *y* medio por ciento en la reforma al citado precepto fundamental en el año de 1972. Con tales modificaciones el PRI, que obtenía anteriormente más del noventa por ciento de los votos de mayoría, los redujo al 82.28%, y la oposición llegó al 17.22%, ya que en la legislatura electa en 1976, último año de este sistema, la Cámara de Diputados se integró con 237 curules, de las cuales el partido hegemónico obtuvo 195 y la oposición 41.[25]

24 Cfr. Alejandra Lajous, *Los orígenes del partido único en México*, México, UNAM, 1979; Luis Javier Garrido, *El partido de la revolución institucionalizada. La formación del nuevo Estado en México (1929-1945)*. México, Secretaría de Educación Pública, 1986.

25 Cfr. Javier Patiño Camarena, *Derecho electoral mexicano*, México, UNAM, 1994, pp. 208-209; Francisco J. de Andrea Sánchez, «Evolución de las instituciones electora-

26. El inicio de una verdadera reforma electoral se puede situar en la modificación constitucional a varios preceptos fundamentales en el mes de diciembre de 1977, promovida por el entonces Secretario de Gobernación, el destacado jurista y político mexicano Jesús Reyes Heroles. Entre los cambios esenciales introducidos deben mencionarse, en primer término la constitucionalización de los partidos políticos de acuerdo con la tendencia que se ha señalado con anterioridad (ver *supra* párrafos 5 y 6), y el establecimiento de un régimen mixto de mayoría con distritos uninominales y un verdadero sistema de representación proporcional por medio de distritos plurinominales, lo que permitió, a partir de entonces, el fortalecimiento de varios partidos políticos nacionales, inclusive algunos radicales de izquierda, como el partido comunista, de derecha como el tradicional sinarquista, que obtuvieron su registro condicionado, y posteriormente se fusionaron con otros.[26]

27. Por lo que respecta al reconocimiento de la función constitucional de los partidos políticos, calificados como instituciones de interés público el texto reformado del artículo 41° de la Carta Federal, dispuso:

> «Los partidos políticos son entidades de interés público, la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Los partidos políticos tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la ley. En los procesos electorales federales, los partidos políticos nacionales deberán contar, en forma equitativa, con un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales.»

---

les mexicanas: época contemporánea», en *La renovación política y el sistema electoral mexicano,* México, Porrúa, 1987, pp. 99-105.

26 Cfr. entre otros, *La reforma política y los partidos en México*, editado por Octavio Rodríguez Araujo, México, Siglo XXI, 1979.

28. Se debe destacar que en esta reforma de diciembre de 1977, se establecieron dos instrumentos para fortalecer a los partidos políticos de oposición, como son los relativos al uso permanente de los medios de comunicación social, y al financiamiento público de sus actividades tendientes a la obtención del sufragio, que debía ser desde entonces, de carácter equitativo, e inclusive se estableció un sistema incipiente de resolución de controversias electorales de carácter judicial, ya que se introdujo un recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia contra las decisiones finales de los órganos administrativos electorales, que careció de resultados prácticos, debido a su carácter excesivamente formal.[27] Estas modificaciones constitucionales fueron desarrolladas por la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 30 de diciembre de 1977.

29. A partir de la mencionada reforma sustancial de diciembre de 1977, se avanzó de manera paulatina en la consolidación del incipiente pluralismo implantado entonces, y se realizaron otras reformas constitucionales importantes, todas de carácter progresivo en cuanto a los derechos de los partidos políticos y su participación en los organismos electorales de carácter administrativo, así como la tendencia hacia la creación de organismos jurisdiccionales en esta materia. En efecto, en el año de 1986 se creó el Tribunal de lo Contencioso Electoral que se integraba únicamente en los períodos electorales, y con facultades decisorias todavía limitadas y se componía con siete magistrados numerarios y dos supernumerarios nombrados por el Congreso de la Unión a propuesta de los partidos políticos.[28]

30. Un paso adelante significaron las reformas constitucionales de 1990, ya que sustituyeron el anterior Tribunal de lo Contencioso Electoral, por el Tribunal Federal Electoral de carácter permanente. Este último poseía plena autonomía para dictar sus fallos y sus magistrados no tenían carácter partidista, puesto que eran designados a propuesta del presidente de la República y aprobados por el Congreso de la Unión. Estaba integrado por una Sala Central que funcionaba de manera continua en la ciudad de México y durante el período de elecciones se forma-

27 Cfr. Jorge Carpizo, «La reforma política mexicana de 1977», en su libro *Estudios constitucionales*, 5ª. Ed., México, Porrúa-UNAM, 1996, pp. 351-405.

28 Cfr. Enrique Sánchez Bringas, «Contencioso electoral», en el libro *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, cit. *supra* nota 25, pp. 243-249.

ban cuatro salas regionales. Sin embargo las decisiones finales de este organismo jurisdiccional electoral no tenían carácter definitivo ya que podían ser revisadas en ciertos supuestos por las Cámaras federales, que pronunciaban el fallo final (artículos 41° y 60° de la Carta Fundamental, reglamentados por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales del mismo año de 1990).[29]

31. El desarrollo hacia la jurisdicción electoral continuó en el ordenamiento mexicano por medio de la reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, que suprimió el sistema de autocalificación definitiva para las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, que se atribuyó al citado Tribunal Federal Electoral y sólo se conservó la decisión final sobre la elección del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados (artículo 74°, fracción I, de la Constitución Federal).

32. De acuerdo con las disposiciones de la citada reforma de 1993, el Tribunal Federal Electoral era el órgano autónomo y máxima autoridad jurisdiccional electoral. Se integraba en pleno y en salas regionales, que resolvían en forma definitiva las impugnaciones que se presentaran en materia electoral federal (con exclusión de la relativa al presidente de la República, según se expresó en el párrafo anterior). Las resoluciones de las salas podían ser revisadas por una sala de segunda instancia integrada por cuatro miembros de la judicatura federal, designados por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados entre los propuestos por la Suprema Corte de justicia. Dicha sala era encabezada por el presidente del citado Tribunal Federal Electoral (artículos 41° y 60° de la Carta Federal). Como puede observarse se produjo una transformación muy significativa respecto a la solución de los conflictos electorales, que se confiaron a un tribunal especializado por medio de un verdadero proceso contencioso electoral, y que decidía de manera definitiva y firme dichos conflictos.[30]

33. Esta evolución de las instituciones político-electorales ha culminado con la reforma constitucional de 23 de agosto de 1996. La innova-

29 Cfr. Arturo Núñez Jiménez, *El nuevo sistema electoral mexicano*, México, FCE, 1991, pp. 239-311.

30 Cfr. Javier Patiño Camarena, *Derecho Electoral Mexicano*, cit, *supra* nota 25, pp. 497-527; con respecto del funcionamiento de dicho tribunal en la resolución de conflictos derivados de las elecciones federales de 1994, legislativas y presidenciales, puede consultarse la *Memoria*, 2 vols., México, Tribunal Federal Electoral, 1995.

ción de mayor trascendencia según mi punto de vista, consiste en la incorporación del Tribunal Federal Electoral al Poder Judicial de la Federación. Este nuevo tribunal considerado por el texto actual del artículo 99° constitucional (con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105° constitucional, o sea la impugnación ante la Suprema Corte de Justicia de las leyes electorales por las dirigencias de los partidos políticos por medio de la acción de inconstitucionalidad, ver *infra* párrafo 58), como la «máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación». De acuerdo con lo anterior, la estructura y funciones de este organismo jurisdiccional especializado están reglamentadas actualmente por el título undécimo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículos 184° - 241°), en los términos de las reformas a dicha ley publicadas el 22 de noviembre de 1996.

34. El mencionado Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está integrado por una sala superior y por salas regionales, de carácter permanente, cuyos magistrados son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia. Entre sus funciones más importantes está la de decidir de manera firme sobre las impugnaciones en las elecciones de los diputados y senadores federales, así como las que se presenten sobre la elección del presidente de la República (en este último supuesto, en última instancia).[31]

35. Por vez primera en el sistema constitucional mexicano se atribuye a la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el cómputo final de la elección del presidente de la República, una vez resueltas, en su caso, las impugnaciones que se hubieran interpuesto con lo que procede dicho Tribunal a formular la declaración de validez de los sufragios y la del presidente electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos. En la actualidad corresponde a la Cámara de Diputados únicamente expedir el bando solemne para dar a conocer en toda la República la declaración de presidente electo que hubiere hecho el citado Tribunal Electoral (artículo 74°, fracción IV de la Carta Federal).[32] Ha sido significativo el desarro-

31 Cfr. Flavio Galván Rivera, *Derecho procesal electoral mexicano*, cit. *supra* nota 14, pp. 79-130.

32 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, «¿Constitución renovada o nueva Constitución?»; en *80 Aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,

llo de los procedimientos jurisdiccionales, y por ello las normas adjetivas se independizaron de las sustantivas y se concentraron en un ordenamiento específico denominado Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado el 22 de noviembre de 1996.[33]

36. También se debe subrayar que en las mencionadas reformas constitucionales y legales de 1996, se reformó sustancialmente la integración y funcionamiento del organismo administrativo encargado de organizar las elecciones federales y la actividad permanente de los partidos y agrupaciones políticas, es decir la anterior y tradicional Comisión Federal Electoral que se transformó en el Instituto Federal Electoral en las modificaciones constitucionales de 1990, hasta antes de la citada reforma de 1996, el Consejo General del citado instituto estaba encabezado por el Secretario de Gobernación y los integrantes del propio Consejo se cambiaron de manera paulatina, pero siempre con intervención activa de los representantes de los partidos políticos, es decir, con voz y voto. El referido Consejo General de dicho instituto se integró a partir de octubre de 1990 a abril de 1994 con cinco consejeros representantes del Estado (el representante del Ejecutivo era citado Secretario de Gobernación) con seis consejeros magistrados representantes de la sociedad con voz y voto, y con representantes de los partidos políticos nacionales cuyo número y votos podían oscilar entre uno y cuatro, según la votación nacional obtenida por cada uno de ellos en la anterior elección de diputados de mayoría relativa. En la reforma constitucional de marzo de 1994, se modificó la integración del citado Consejo General que se conformaba con un consejero del poder ejecutivo (Secretario de Gobernación), con cuatro consejeros del poder legislativo, con seis consejeros, ya no denominados magistrados, sino ciudadanos, todo los cuales tenían voz y voto y con sendos representantes de los partidos políticos nacionales, con voz pero sin voto.[34]

México, Comisión Plural Organizadora del LXXX Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos – Senado de la República – UNAM, 1997, pp. 108-109.

33 Cfr. Edmundo Elías Musi (coord.), *Estudio teórico-práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral,* México, Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997.

34 Cfr. Javier Patiño Camarena, *Derecho Electoral Mexicano*, cit. *supra* nota 25, pp. 366-376.

37. Sin embargo la mencionada reforma constitucional de 22 de agosto de 1996, y las modificaciones al Código Federal de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de 31 de octubre de ese año, como resultado de intensas negociaciones del ejecutivo federal con los partidos políticos, significó un cambio importante dirigido hacia la mayor autonomía e independencia al citado Instituto Federal Electoral,[35] ya que a partir de entonces se excluye totalmente al Poder Ejecutivo Federal de su Consejo General, el cual se integra por un Presidente y ocho consejeros electorales con el mismo número de suplentes (todos ellos calificados como «ciudadanos» a partir de las reformas de 1994, que iniciaron lo que se ha denominado «ciudanización de los órganos administrativos electorales») y que son elegidos sucesivamente, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, o en sus recesos, por la Comisión Permanente a proposición de los grupos parlamentarios y por un período de siete años. Acudirán al Consejo con voz pero sin voto, los consejeros del poder legislativo (uno por cada grupo parlamentario); los representantes de los partidos políticos y un secretario ejecutivo. Por este motivo, los únicos que pueden tomar decisiones son los nueve consejeros ciudadanos, que no representan a partido político alguno, sino que se pretende lo sean de la sociedad civil en su conjunto.

38. Con las citadas modificaciones se tiene el propósito de que no intervenga el ejecutivo federal en la organización y los procedimientos electorales, y que los representantes del poder legislativo y de los partidos políticos sólo tenga voz pero no voto en el Consejo General de dicho Instituto, por lo que este último es calificado como «Organismo público autónomo», por el texto actual del artículo 41° de la Carta Federal, el cual también agregó que el propio Instituto es independiente

35 En la parte relativa de la base III del artículo 41° constitucional, en su texto reformado en 1996 se dispone que: «La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participa el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores. El instituto Federal Electoral será autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesional en sus desempeño; [...].»

en sus decisiones y en su funcionamiento, todo ello para garantizar el carácter imparcial de las elecciones federales.[36]

V. El Estatuto de la oposición

39. Aun cuando la Constitución Federal mexicana no consagra disposiciones específicas, como las que se han mencionado con anterioridad respecto de Inglaterra y otros países de la *Commonwealth,* algunas cartas de los Estados de la República Federal de Alemania, Portugal así como Colombia y Ecuador en Latinoamérica, sin embargo contienen varias disposiciones, tanto de carácter constitucional como legislativas, que establecen instrumentos que fortalecen a los partidos y organizaciones políticas que no se encuentran en el Gobierno. Estas instituciones se han desarrollado con rapidez a partir de la mencionada reforma constitucional de diciembre de 1977 (ver *supra* párrafos 26-29), ya que se avanzó con rapidez en las modificaciones sucesivas de 1987, 1990, 1993, y 1994 y finalmente las más recientes de 1996, que permitieron la consolidación y creciente fortaleza de los partidos de oposición que incrementaron su participación tanto en las elecciones federales, como en las estatales y las municipales.

40. A partir de la existencia de un partido hegemónico, las sucesivas reformas constitucionales y legales de carácter electoral, una vez reconocida la función constitucional de los partidos políticos en 1977 (ver *supra* párrafo 27), favorecieron a los partidos de oposición y si bien hasta las elecciones presidenciales de 1994, el Jefe del Ejecutivo Federal ha pertenecido de manera invariable al Partido Revolucionario Institucional, el que todavía obtuvo la mayoría absoluta en ambas Cámaras en dichas elecciones federales, esta situación ha cambiado con posterioridad y en las elecciones legislativas de 1997 dicho partido perdió dicha mayoría en la Cámara de Diputados, lo que debe considerarse como un acontecimiento excepcional. Por otra parte, los partidos de oposición han incrementado su acceso a los gobiernos de varias entidades federativas, así como en las legislaturas locales y en los municipios, todos con integración pluralista.

36 Cfr. Eduardo Andrade Sánchez, *La reforma política de 1996 en México,* México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 25, UNAM, 1997, pp. 87-107.

41. Además, se modificó sustancialmente también en agosto de 1996 el artículo 122° constitucional, con una redacción excesivamente extensa, para ampliar las facultades legislativas de la Asamblea Legislativa (antes de Representantes) del Distrito Federal, y además establecer el cargo de Jefe del Gobierno del Distrito Federal (anteriormente libremente designado y removido por el Presidente de la República) electo por sufragio universal, libre, directo y secreto por los ciudadanos del propio Distrito Federal.[37] En las elecciones de 1997 fue electo como jefe del Gobierno del propio Distrito Federal el ingeniero Cauhtémoc Cárdenas, del Partido de la Revolución Democrática, el cual obtuvo también la mayoría absoluta en la referida Asamblea Legislativa.

42. De manera sintética se pueden señalar las disposiciones tanto constitucionales como legislativas que establecen derechos e instituciones que pueden ser considerados en su conjunto, como un estatuto de la oposición en el ordenamiento mexicano. a) En primer término podemos señalar el derecho de los partidos políticos para acceder a los medios de comunicación social (ver *supra* párrafo 26), lo que les ha permitido dar a conocer sus programas y sus proyectos de alternativa política.

43. b) Los partidos reciben financiamiento público para sus gastos de campaña electoral, todo ello de acuerdo con el resultado de las últimas elecciones, que es el sistema que generalmente se sigue en la mayoría de las legislaciones electorales.[38] De acuerdo con la doctrina, son tres los objetivos centrales de la financiación de los partidos políticos en México: dar plena supremacía al financiamiento público sobre el financiamiento privado; equilibrar la competencia, es decir, propiciar condiciones de mayor equidad en las campañas y finalmente, posibilitar un examen más incisivo y profundo de las estructuras contables, para hacer más transparentes las finanzas de los partidos. En tal virtud, el 30% de la cantidad total se distribuye entre los partidos en forma igualitaria y el 70% restante se reparte entre los mismos de acuerdo con el porcentaje de votos que hubiere obtenido en la elección de diputados federales inmediata anterior (que se realiza cada tres años).[39]

37 Cfr. Eduardo Andrade Sánchez, *op. ult. cit.* pp. 237-262.

38 Cfr. Daniel Zovatto G., «La financiación política en Iberoamérica. Una visión preliminar comparada», en la obra *La financiación de la política en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 10) pp. XI-CX.

39 Cfr. José Woldenberg, Ricardo Becerra y Pedro Salazar, «El modelo de financiación de los partidos políticos en México», en el libro citado en la nota anterior pp. 321-

44. c) El sistema electoral de carácter mixto, de mayoría y de representación proporcional establecido en la reforma constitucional de diciembre de 1977 (ver *supra* párrafo 26), que se perfeccionó de manera paulatina, de tal manera que en la citada reforma constitucional al artículo 53° constitucional se establecieron trescientos distritos uninominales de mayoría y cinco circunscripciones territoriales plurinominales, para la elección de cien diputados de representación proporcional. Estos últimos se elevaron a doscientos en las modificaciones constitucionales de 1986, que es la regulación que se conserva hasta la actualidad, es decir, de quinientos miembros de la Cámara de Diputados, de los cuales trescientos se eligen por mayoría en distritos electorales uninominales y doscientos de representación proporcional en cinco distritos plurinominales.

45. El régimen mixto ha permitido, también de manera paulatina el fortalecimiento de los partidos de oposición, que han incrementado su membrecía en la Cámara de Diputados, de tal manera que en la última elección para integrar la Cámara de Diputados en junio de 1997, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), perdió la mayoría absoluta que había obtenido desde su fundación, pues sólo tiene actualmente 239 diputados federales, es decir 47.8% de la votación total; en tanto que los partidos que no se encuentran en el Gobierno, tienen en su conjunto la mayoría de las curules: el Partido de Acción Nacional (PAN) 122 menos uno que se declaró independiente (121), (24.2%); el Partido de la Revolución Democrática (PRD), 125, más uno que se le adhirió (126), (25.2%); el Partido del Trabajo, 6, (1.2%), y el Partido Verde Ecologista Mexicano (PVEM), 8, menos dos que se declararon independientes de los sufragios (6), más los independientes, en total 500. Además, han surgido otras agrupaciones políticas que aspiran al registro, como el Partido del Centro Democrático y el Partido Demócrata Social Mexicano, entre otros, lo que indica claramente los resultados favorables para la oposición de la aplicación del sistema mixto electoral que hemos señalado.

46. Por lo que respecta a la Cámara de Senadores, se mantuvo por más tiempo con apoyo en el sistema de mayoría, con el argumento de que sus integrantes representaban a los Estados de acuerdo con el régi-

359; Xiomara Navas, «La financiación electoral; subvenciones y gastos», en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, cit. *supra* nota 7, pp. 454-488.

men federal, razonamiento inconsistente en cuanto son designados por voto directo y universal. Por tal motivo se impuso con cierta dificultad el sistema mixto, aun cuando modificado por lo que respecta a la integración de dicha Cámara que actualmente se forma por 4 senadores federales por cada Estado y por el Distrito Federal, de los cuales 2 son electos por el sistema de mayoría, otro por el de primera mayoría y el cuarto según el régimen de representación proporcional, por lo que se llega a un total de 128 senadores. El Partido Revolucionario Institucional conserva la mayoría en el propio Senado, ya que obtuvo 77 senadores (60.1%), en tanto que el Partido de Acción Nacional 33 (25.8%); el Partido de la Revolución Democrática 15 (11.7%); el Partido del Trabajo, 1 (0.8%); el Partido Verde Ecologista Mexicano 1 y un independiente, en la última elección para el Senado Federal (6 de julio de 1994), que se renueva cada 6 años, y que coincide con los sufragios para la presidencia de la República.[40]

47. d) La existencia de un registro electoral confiable. Debido al sistema de partido hegemónico que imperó por varias décadas en nuestro país, el registro electoral adolecía de defectos graves que no lo hacían de ninguna manera adecuado para servir de apoyo a las transformaciones hacia el pluripartidismo que actualmente predomina en el actual régimen federal. Pero en el breve período en el cual presidió el Consejo General del Instituto Federal Electoral (1993-1994), el entonces Secretario de Gobernación, el Dr. Jorge Carpizo, se hizo un esfuerzo considerable para lograr un registro electoral con todos los adelantos técnicos, y por este motivo las elecciones federales de 1994 para elección de diputados, senadores y Presidente de la República, se realizaron con apoyo en un registro electoral muy confiable, como lo reconocieron los partidos políticos contendientes. Es indudable que un registro electoral adecuado también se traduce en una garantía para la oposición política, como los resultados a partir de entonces lo demuestran con claridad en México.[41]

40 Cfr. Susana Thalía Pedroza de la Llave, «Poderes legislativo y ejecutivo», en la obra *Transacciones y diseños institucionales*, editado por María del Refugio González y Sergio López Ayllón, México, UNAM, 1999, pp. 163-164.

41 Cfr. Juan Manual Herrero, «Diagnóstico del registro electoral en México», en *Registro Civil y Electoral en Iberoamérica*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Capel, 1977, pp. 589-503; Marta León Rosch, «Los registros electorales», en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, cit. *supra* nota 7, pp. 250-307.

48. e) Participación de los grupos parlamentarios de oposición en las comisiones legislativas. El texto actual del artículo 70° de la Carta Federal en su párrafo segundo dispone que la ley determinará las formas y procedimientos «para la agrupación de los diputados según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas representadas en la Cámara de Diputados». Este precepto ha sido desarrollado por la ley Orgánica del Congreso General, en vigor a partir del 25 de mayo de 1979, pero reformada sustancialmente en 1994, que otorga una gran importancia a los grupos parlamentarios en las actividades de la citada Cámara de Diputados, tanto para la integración de la mesa directiva, como en la formación de las Comisiones permanentes y especiales.

49. Debe destacarse la introducción de la Comisión de Régimen Interno y de Concertación Política, que se integra con los coordinadores de cada uno de los diversos grupos parlamentarios partidistas, más otros tantos del grupo mayoritario de la Cámara. Funciona como órgano de gobierno a fin de optimizar el ejercicio de las funciones legislativas, políticas y administrativas que tiene la propia Cámara, y entre sus funciones posee la de proponer a los integrantes de las Comisiones y Comités (artículo 45° de la Ley). Las Comisiones se integran por no más de treinta diputados electos por el Pleno de la Cámara a propuesta de la citada Comisión de Régimen Interno y de Concertación Política, cuidando que en ella se encuentren representados los diferentes grupos parlamentarios, tanto en las presidencias como en las secretarías correspondientes y a este efecto debe tomarse en cuenta la importancia cuantitativa de cada grupo parlamentario, con la participación de los diferentes grupos parlamentarios, tanto en las presidencias como en las secretarías correspondiente. A este efecto se tomará en cuenta la importancia cuantitativa de cada grupo parlamentario, (artículo 47°).

50. En la Cámara de Senadores existe un régimen similar ya que el artículo 94° de la Ley Orgánica del Congreso invoca el artículo 70° constitucional (que como se ha dicho, se refiere a la Cámara de Diputados), para constituir los grupos parlamentarios de los senadores con el objeto de realizar las tareas específicas de la Cámara y coadyuvar al mejor desarrollo del proceso legislativo. Como órgano de gobierno actúa la Gran Comisión, que se integra con un senador de cada Estado y del Distrito Federal y así como con los coordinadores de los grupos parla-

mentarios, órgano que tiene entre sus funciones proponer el personal de las comisiones ordinarias y especiales (artículos 91° - 93°).[42]

51. Se pueden encontrar otros instrumentos que es posible integrar al estatuto de la oposición en México, aun cuando no estén establecidas sólo con este propósito como lo señalamos anteriormente, en cuanto al establecimiento y perfeccionamiento paulatino del actual tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (ver *supra* párrafos 29-35), y la transformación del órgano administrativo encargado de organizar las elecciones federales, que constituye en nuestros días un organismo autónomo e independiente de los restantes poderes públicos. Estos mecanismos se han establecido también en los ordenamientos de los diversos Estados y del Distrito Federal, por lo que las elecciones de carácter local, han permitido a los partidos de oposición obtener importante participación en los cargos de representación popular, así como la titularidad del ejecutivo, legislaturas y municipios en varias de esas entidades federativas. Se puede destacar que en la actualidad, de las 33 entidades federativas, el Partido de Acción Nacional tiene la titularidad del Gobierno en los Estados de Aguascalientes, Baja California, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León y Querétaro, en tanto que el Partido de la Revolución Democrática de la Baja California Sur, Distrito Federal, Tlaxcala y Zacatecas. En las restantes, todavía predomina el Partido Revolucionario Institucional, lo que significa un gran avance para los partidos de oposición si se toma en cuenta que hasta hace algunos años abarcaba todas las entidades federativas del país.

52. Un aspecto importante que falta en la legislación mexicana es la exigencia respecto a la democracia interna de los partidos políticos, no sólo respecto del PRI sino también en cuanto a los de la oposición, puesto que, hasta muy recientemente habían imperado las decisiones de la partitocracia. Así lo ha señalado agudamente el destacado constitucionalista mexicano Diego Valadés Ríos («Una Democracia sin excepciones») en Excélsior (29 de marzo de 1999). Sin embargo se observa una evolución favorable en esta dirección en cuanto en la práctica, los mismos partidos políticos han organizado elecciones primarias, (que no se realizaban anteriormente, ya que las decisiones eran verticales), para designar candidatos a las elecciones locales efectuadas recientemente,

42 Cfr. Susana Thalía Pedroza de la Llave, *El Congreso de la Unión. Integración y regulación*, México, UNAM, 1997, pp. 141-191.

y por lo que deben fijarse reglas para dichas elecciones primarias en vista a los sufragios presidenciales de diputados y senadores federales para el año 2000.

VI. La acción abstracta de inconstitucionalidad y el juicio de revisión constitucional como garantías de la oposición

53. Aun cuando otros instrumentos que se han señalado con anterioridad se han traducido directa o indirectamente en garantías para la oposición política en México, los dos procedimientos jurisdiccionales que ahora pretendo analizar muy brevemente, se han establecido con el objeto de permitir a los grupos y partidos políticos que no se encuentran en el gobierno, impugnar las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría en los órganos legislativos o combatir los resultados de una elección local cuando los afectados consideren que los organismos respectivos han infringido las normas de la Carta Federal.

54. a) La acción abstracta de inconstitucionalidad. Esta garantía constitucional fue introducida por vez primera en el ordenamiento constitucional mexicano con las reformas publicadas el 31 de diciembre de 1994, y de manera evidente se tomó del modelo europeo, en el cual surgió con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes, tribunales constitucionales e inclusive el Consejo constitucional francés) las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría, especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal.[43]

55. Dicho instrumento constitucional debe considerarse como una acción de carácter «abstracto», es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere la existencia de un agravio ni de un interés jurídico especifico para iniciar el procedimiento, y por ello generalmente se otorga la legitimación a los titulares de los poderes públicos (jefes de Estado o de gobierno), las Cámaras parlamentarias, los gobiernos centrales o las entidades federativas o de las comunidades autónomas, y en algunos supuestos también los organismos no jurisdic-

43 Cfr. Luca Mezzetti, *Giustizia costituzionale ed opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggiole Editore, 1992.

cionales de protección de los derechos humanos creados de acuerdo con el modelo escandinavo del *Ombudsman* o inclusive por medio de acción popular. Además, dichas acciones abstractas pueden ser de carácter previo, o sea, pueden invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada (como ocurre particularmente en Francia, en la instancia ante el Consejo Constitucional),[44] o bien *a posteriori,* cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas. Este último es el modelo que sigue el ordenamiento mexicano.[45]

56. En los ordenamientos de Europa Occidental en los cuales se ha establecido esta acción abstracta de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en beneficio de un sector de los parlamentarios de la minoría, generalmente un 30% de los mismos, ha tenido un desarrollo bastante significativo y, además, ha logrado una fiscalización constante y frecuente de los ordenamientos aprobados por las mayorías legislativas, en forma destacada en la República Federal de Alemania,[46] y en Francia.[47] Esta acción abstracta de inconstitucionalidad escasamente conocida en el derecho constitucional latinoamericano, debe considerarse como un instrumento importante para otorgar garantías jurídicas a la oposición, según se ha dicho, a fin de que ésta pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno.

57. De acuerdo con lo establecido por la fracción II, incisos a) y e) de los artículos 105° constitucional y 62° de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del citado precepto fundamental, publicada en febrero

44 Cfr., entre otros, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980, pp. 106-144.

45 Cfr. Héctor Fix-Fierro, «La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad», en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Núm. 13, especial sobre la reforma judicial, 1995, pp. 114-117.

46 Cfr. Luca Mezzetti, *Giustizia costituzionale e opposizione*, cit. *supra* nota 44, p. 114. Este autor considera que la jurisprudencia constitucional alemana se ha originado de manera predominante debido a los impulsos que provienen de la oposición, pp. 62-69; Jean Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne,* París, Economica, 1982, pp. 64-78.

47 En la obra de Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutitionnel,* 7ª. ed., Paris, Sirey, 1993, puede observarse el porcentaje significativo de instancias introducidas por los diputados y senadores de la oposición contra las leyes aprobadas por mayoría, antes de su publicación.

de 1995, se encuentran legitimados para interponer dicha acción abstracta el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de las legislaturas de los Estados.[48] También se ha otorgado legitimación al Procurador General de la República, el cual está facultado para actuar como parte en la tramitación de esta acción de inconstitucionalidad, en virtud de la atribución *ex officio* que le confiere el párrafo tercero del Apartado A) del artículo 102° constitucional.

58. Según la reforma constitucional de agosto de 1996, que admitió la impugnación de las leyes electorales por medio de la citada acción abstracta de inconstitucionalidad, se otorgó legitimación exclusivamente a las dirigencias nacionales estatales de los partidos políticos de acuerdo con la naturaleza de su registro (artículos 105°, fracción II, inciso f) de la Carta Federal y 62° de la Ley Reglamentaria, reformados por decretos legislativos publicados los días 22 de agosto y 22 de noviembre de 1996, respectivamente). Este precepto fundamental dispone, además, que «la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo».

59. Los citados incisos a) a e) de la mencionada fracción II del artículo 105° constitucional establecen una relación directa de fracciones legislativas con el tipo de normas sujetas a control. En virtud de lo anterior, los integrantes de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión podrán plantear la acción abstracta de las leyes federales y del Distrito Federal emitidas por el Congreso Federal, y los senadores también contra los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por la mayoría de dicha Cámara; los miembros de las legislaturas de los Estados contra las disposiciones normati-

48 Podemos señalar, de manera comparativa, que la legitimación para interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad se confiere en Austria a un tercio de los diputados del Consejo Nacional; en Francia a sesenta diputados o el mismo número de senadores; en España, a cincuenta diputados o cincuenta senadores; en Alemania, a un tercio de los miembros del Parlamento federal; en Portugal, a un décimo de los diputados. El extremo está representado por la Constitución de Bolivia, en cuyo artículo 120°, inciso a), reformado en agosto de 1994, se dispone que cualquier senador o diputado puede interponer la citada acción abstracta de inconstitucionalidad. Cfr. Héctor Fix Fierro, «La reforma judicial de 1994», cit. *supra* nota 45, pp. 115-117, y José Antonio Estrada Sámano «La inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, vol. 19, 1995, pp. 407-434.

vas generales expedidas por dichos órganos, y los que forman parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, contra las leyes emitidas por la propia Asamblea. En relación con la impugnación directa de las leyes electorales, el inciso f) del citado precepto constitucional establece que las dirigencias nacionales pueden combatir leyes federales y locales, pero las estatales sólo pueden interponer la acción contra disposiciones de carácter local.

60. Una situación especial corresponde al Procurador General de la República en cuanto facultado para interponer dicha acción abstracta por la inconstitucionalidad de las leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales (artículo 105°, fracción c) de la Constitución Federal).

61. El procedimiento se inicia con la demanda de acción de inconstitucionalidad que deberá interponerse dentro de los treinta días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación en el periódico oficial correspondiente de la ley o tratado internacional que pretende combatirse (artículo 105°, fracción II, de la Carta Federal y 60° de la Ley Reglamentaria). Este último precepto establece que si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. Sin embargo, en la reforma a dicho artículo 60° de noviembre de 1996, se agregó que en «materia electoral para el cómputo de los plazos todos los días son hábiles». [49]

49 Sobre la tramitación de las acciones de inconstitucionalidad, José Ramón Cossío Díaz, «Artículo 105°» en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada,* 9ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 1067-1062; Jorge Carpizo, José Ramón Cossío Díaz y Héctor Fix-Zamudio, «La jurisdicción constitucional en México», en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 771-775; Elisur Arteaga Nava, «Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», en Mario Melgar Adalid (editor) *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995, pp. 71-94; Tonatiuh García Castillo, *La defensa de la Constitución. El artículo 105° y el juicio constitucional*, México, ASBE, 1997, pp. 115-121; Juventino V. Castro, *El artículo 105° constitucional*, México, Porrúa, 1997, pp. 55-111; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, «El artículo 105° y sus reformas», en *Excélsior,* México, 1° al 5 de octubre de 1995, primera edición; Héctor Fix-Fierro, «La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994» en *La reforma constitucional en México y Argentina,* México, UNAM, 1996, pp. 41-57, y José Ramón Cossío Díaz y Luis Manuel Pérez de Acha, «Análisis comparativo entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad», en *La Defensa de la Constitución*, coordinada por dichos autores, México, Fontamara, 1996.

62. Por lo que respecta a los fallos dictados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, se adopta el principio de que si no fuesen aprobados por mayoría de ocho votos (respecto de once) dicho alto tribunal debe desestimar la acción ejercitada y ordenar el archivo del asunto (artículo 72° de la Ley Reglamentaria). Esta disposición nos parece muy inconveniente, ya que en los ordenamientos en los que se ha establecido una votación calificada en este tipo de procesos constitucionales, se ha traducido en una grave limitación en su conocimiento, especialmente cuando se trata de cuestiones controvertidas, en las que generalmente se divide la votación.[50]

63. b) El juicio de revisión constitucional electoral. Este instrumento fue introducido por el artículo 99° constitucional y por la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Federal de 1996, con el objetivo de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas, si se toma en consideración que no existe otro procedimiento por el cual pudiesen combatirse los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan directamente la Constitución Federal, ya que no procede el juicio de amparo, según la jurisprudencia tradicional, contra la violación de los derechos políticos,[51] y por el contrario, si

50 El ejemplo comparativo que conocemos se refiere a las Leyes Orgánicas del Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Carta peruana de 1979, de 19 de mayo de 1982 (número 23,385) y del Tribunal Constitucional en la ley fundamental del mismo Perú, expedida en 23 de diciembre de 1994 y publicada el 10 de enero de 1995 (número 26,345). El porcentaje de votos para la declaración general de inconstitucionalidad era de 6 sobre 9, en el primer caso y de 6 respecto de 7, en el segundo, lo que se ha traducido en una escasa actividad, en esta materia, de los citados tribunales, Cfr. FranciscoEguiguren Praeli, «Diez años de régimen constitucional en el Perú, 1980-1990», en *Los retos de una democracia insuficiente,* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 66 y ss.; Id., «El Tribunal de Garantías Constitucionales, las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad», en *Lecturas sobre temas constitucionales,* núm. 7, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 48-58; Javier Valle Riestra, «El fracaso de la Constitución», en *Lecturas constitucionales andinas,* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo,* Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425, y Samuel Abad Yupanqui, «La jurisdicción constitucional en la carta peruana de 1993: antecedentes balances y perspectivas, en *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, -Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 192-198.

51 Todavía se encuentra vigente el criterio de la jurisprudencia de la Suprema

pueden impugnarse las disposiciones legislativas electorales locales por conducto de la acción abstracta de inconstitucionalidad».[52]

64. En la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base a las reformas constitucionales de agosto de 1996, se manifestó que:

> «[...] al respecto la iniciativa plantea un mecanismo absolutamente respetuoso de nuestro sistema federal, al prever que esta nueva vía sólo procederá cuando haya violaciones directas a la Constitución Federal y en casos determinados que por su trascendencia ameriten ser planteados ante esta instancia jurisdiccional. Con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro texto fundamental, atentan contra nuestro Estado de Derecho. De igual manera, con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pueden afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas [...].»

65. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86° de la ley mencionada, el juicio de revisión constitucional electoral sólo procederá para impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos, pero siempre que se satisfagan determinados requisitos, cuyo incumplimiento determinará que se deseche de plano el medio de impugnación respectivo. En tal virtud, el citado ordenamiento exige que los actos o resoluciones combatidos tengan, en primer lugar, el carácter de definitivos y firmes; que violen algún precepto de la Constitución Federal; que la violación reclamada pueda ser determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; que la reparación

---

Corte de Justicia, que se estableció desde el siglo anterior, en el sentido: *Derechos políticos. Improcedencia*. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales». tesis 623, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación,* México, 1988, tesis comunes al pleno y a las salas, t. II, p. 1061.

52 Cfr. María Macarita Elizondo Gasperín, «El juicio de revisión constitucional», en *Estudio teórico práctico de medios de impugnación en materia electoral*, cit. *supra* nota 33, pp. 283-310.

solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, y finalmente, que se hubiesen agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales pudieran haberse modificado, revocado o anulado.

66. El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como de Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal (artículos 99°, fracción IV de la Constitución Federal; 189°, fracción I, inciso e) de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 87°, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

67. Únicamente los partidos políticos pueden promover dicho juicio de revisión constitucional electoral por conducto de sus representantes legítimos, siempre que esos representantes estén registrados formalmente ante el órgano electoral responsable cuando éste haya dictado el acto o resolución impugnados; cuando hayan interpuesto el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución combatida; los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución reclamada, o finalmente, los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo, en los casos que sean distintos a los precisados en los supuestos anteriores. La falta de legitimación o de personería será la causa para el desechamiento de plano del proceso impugnativo de que se trata (artículo 88° de la Ley General de Medios de Impugnación).

68. La Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral establece algunas modalidades especiales para la tramitación de este juicio de revisión constitucional contra actos y resoluciones de las autoridades electorales locales, las cuales: a) una vez que reciban el escrito por el cual se promueva el juicio, lo remitirán de inmediato a la sala superior del tribunal Electoral, con todos sus anexos, el expediente completo en el cual se hubiese dictado el auto o resolución combatidos, y su informe

que deberá contener los motivos y fundamentos jurídicos que considere pertinentes para sostener la constitucionalidad de los citados acto o resolución que se reclama; b) dentro del plazo de setenta y dos horas en que debe darse a conocer públicamente la impugnación (artículo 17°, inciso b) de dicho ordenamiento), el o los terceros interesados podrán formular los alegatos que consideren pertinentes, que, en el caso de que se presenten, deben ser enviados a la citada sala superior y se informará a la misma de la conclusión del mencionado plazo y la comparecencia de los terceros interesados; c) en el juicio no se podrá ofrecer o aportar prueba alguna, salvo en los casos extraordinarios de pruebas supervinientes, cuando éstas sean determinantes para acreditar la violación reclamada y d) finalmente, recibida la documentación en el Tribunal Electoral, el presidente de la sala superior turnará de inmediato el expediente al magistrado que corresponda para que formule el proyecto de resolución respectivo (artículos 89° - 92° de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación).

69. El artículo 93° de la referida ley consigna reglas particulares respecto de los efectos de las sentencias que decidan los juicios de revisión constitucional electoral, ya que dichos efectos pueden consistir en la confirmación del acto o de la resolución impugnados, o bien, en la revocación o modificación de los mismos, y consecuentemente, en el establecimiento de los medios necesarios para reparar la violación constitucional que se hubiese cometido.[53]

53 Como un ejemplo de la efectividad de este proceso de revisión constitucional, pueden citarse los juicios promovidos por el Partido de la Revolución Democrática contra las resoluciones del Consejo Electoral del Estado de Yucatán de 24 de mayo de 1998, y de las decisiones del Pleno del Tribunal Electoral de Estado de 17 de junio siguiente que desechó los recursos de inconformidad interpuestos por dicho Partido contra las resoluciones mencionadas, las que fueron modificadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con fecha 30 de junio de ese año, al día siguiente de su recepción y dicho Tribunal también resolvió los incidentes de inejecusión de sentencia, por fallos de 7 de julio, en que se declaró improcedente declarar inejecutables dichas sentencias. Cfr. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ejecución de sentencias en los juicio de revisión constitucional electoral (Caso Yucatán), México, 1998.

VII. Conclusiones

70. Con apoyo las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

71. Primera. La participación activa de la oposición política en los regímenes de la Democracia liberal de nuestra época ha sido objeto de estudio predominantemente por los cultivadores de la ciencia política, pero han sido escasos los análisis de carácter jurídico, particularmente en los ordenamientos latinoamericanos, y en especial en el régimen constitucional mexicano, por lo que resulta conveniente realizar un estudio, así sea preliminar, sobre esta significativa cuestión que asume de manera creciente una especial importancia.

72. Segunda. Ha sido paulatino el desarrollo de lo que se puede calificar como el estatuto constitucional de la oposición política, ya que según lo expresado certeramente por el constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini dicha regulación ha pasado por tres etapas lógicas no forzosamente históricas: «disentimiento», «límite», «alternativa», es decir, se ha caminado de la prohibición y represión, a la tolerancia y finalmente a la plena aceptación de la participación activa de los sectores políticos que no se encuentran en el gobierno, a los que se han atribuido directa o indirectamente un conjunto de prerrogativas que han conducido a un régimen de «oposición garantizada», terminología propuesta por el mismo profesor Vergottini y que ha tenido una gran aceptación en la doctrina contemporánea.

73. Tercera. Un primer paso en el reconocimiento de la función constitucional de la oposición estuvo conformado con la constitucionalización de los partidos políticos a los cuales se les confirieron varios derechos relativos a su registro, el acceso a los medios de comunicación social y al financiamiento público, con el objeto de lograr un mayor equilibrio entre los diversos partidos. Esto trajo como consecuencia el reconocimiento de prerrogativas para aquellos que se encuentran fuera del gobierno.

74. Cuarta. El reconocimiento de atribuciones específicas para la oposición se efectuó primero en el régimen constitucional británico por medio de costumbres y convenciones y finalmente por la legislación que se inició con la *Minister of the Crown Act* de 1937, y otros ordenamientos posteriores que confirieron al líder del partido que no logró vencer en las elecciones anteriores (en un sistema predominante-

mente bipartidista) la categoría oficial de Jefe de la Oposición, con la facultad de designar a sus colaboradores que constituyen el denominado *Shadow Cabinet*. Este sistema se extendió a otros países de la *Commonwealth*, tales como Australia, Canadá y Nueva Zelandia, así como algunos Estados de la República Federal de Alemania, por otra parte se han establecido lineamientos constitucionales para configurar un estatuto de la oposición en las Cartas Fundamentales de Portugal, Colombia y Ecuador.

75. Quinta. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, la carta Federal vigente de 1917 no reguló, debido a la época en que fue expedida a los partidos políticos, comprendidos en las leyes electorales, ya que dichos partidos fueron elevados a instituciones constitucionales en la segunda posguerra. Por otra parte, después de varias décadas de predominio de un partido de carácter hegemónico establecido en 1929, con un sistema electoral deficiente de mayoría, el primer paso importante hacia el fortalecimiento de las agrupaciones políticas de oposición se dio en la reforma electoral de diciembre de 1977, por la cual se modificaron varios preceptos fundamentales para constitucionalizar a los partidos políticos e introducir para los minoritarios un sistema de representación proporcional, que se perfeccionó de manera creciente en las subsecuentes reformas al texto de Ley Fundamental en 1986, 1990, 1993 y 1996.

76. Sexta. Si bien no se ha establecido de manera expresa en México un estatuto constitucional para la oposición, las diversas reformas constitucionales posteriores a la de diciembre de 1977 han permitido el fortalecimiento de los entonces muy débiles partidos políticos que no accedían al Gobierno debido al absoluto predominio del entonces partido hegemónico. Indirectamente podemos considerar a los preceptos constitucionales sobre partidos políticos y régimen electoral, como un estatuto de la oposición en el ordenamiento mexicano. En esta dirección pueden señalarse las disposiciones relativas al sistema electoral mixto, de mayoría y de representación proporcional, el acceso de los partidos y agrupaciones políticas a los medios de comunicación social, el otorgamiento de un financiamiento público, un registro electoral confiable, así como el desarrollo de la autonomía e independencia de los organismos administrativos que organizan los procedimientos electorales y la creación de tribunales independientes para resolver conflictos electorales.

77. Séptima. En las reformas constitucionales de 1994 y 1996, se introdujeron dos instrumentos procesales que se traducen en prerroga-

tivas para los partidos y agrupaciones políticas de oposición. El primero es la acción abstracta de inconstitucionalidad que pueden interponer el 33% de las fracciones parlamentarias contra las disposiciones legislativas aprobadas por mayoría (artículo 105° constitucional fracción II), y el segundo, el juicio de revisión constitucional electoral contra las decisiones definitivas de los organismos electorales de las entidades federativas (artículo 99° de la Carta Federal).

78. Octava. Todos estos instrumentos se han traducido en la práctica de una vigorización evidente de los partidos de oposición que ha resultado en un régimen pluralista que se ha consolidado de manera paulatina. En efecto, en las elecciones para diputados federales de julio de 1997, el Partido Revolucionario Institucional perdió su tradicional mayoría absoluta, ya que sólo obtuvo el 47.8% de los sufragios, por lo que el mayor número de las curules pertenecen en su conjunto a los partidos de oposición. Además la misma oposición ha obtenido la titularidad del Gobierno, de las diputaciones y de los municipios en varias entidades federativas.

79. Novena. Se requiere ahora que se establezca la regla que consagran numerosos ordenamientos contemporáneos, es decir la exigencia de la democracia interna de los partidos políticos, como lo señala certeramente el destacado constitucionalista mexicano Diego Valadés Ríos. En la práctica se observa que los partidos políticos han iniciado la modificación del sistema tradicional de decisiones verticales y han organizado recientemente convenciones primarias para designar a los candidatos para los gobiernos locales y al parecer este procedimiento se perfeccionará en las elecciones federales del año 2000 para la selección de candidatos a la Presidencia de la República, ya que en dichos sufragios habrá una competencia equilibrada que no se había presentado con anterioridad.

Derechos Humanos: desarrollo y circunstancia[1]

Sergio García Ramírez

1. Un asunto «explosivo y expansivo»

Los derechos humanos son un signo de nuestro tiempo, ha escrito un tratadista ilustre. Concurren, sobre todo, al diseño del porvenir. Significaron una «revolución copernicana» en la forma de entender la relación política. Su historia es la del largo plazo, mejor que la del tiempo inmediato[2]. Surgen y prosperan -o declinan- ahí donde se anima el antiguo encuentro inexorable entre el hombre y el poder. Este puede ser amo y servidor de aquél: que sea lo uno o lo otro ha sido el tema fundamental de la teoría política[3], pero sobre todo de la práctica del poder: una práctica que ha acompañado al ser humano en el curso de su infinita travesía. Esa compañía, por cierto, persistirá. De ahí que también perdure, inagotable, el desvelo por los derechos humanos: un desvelo que cuida el sueño de la humanidad.

1 Este trabajo forma parte de un estudio más amplio, actualmente en proceso, elaborado por el autor en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

2 *Cfr.* Norberto Bobbio, *L'età dei diritti,* Einaudi Tascabili, Torino, 1997, pp. 251-252, 256 y 264.

3 «Alfa y omega de la teoría política es el problema del poder: cómo se adquiere, se conserva y se pierde, cómo se ejerce y como se defiende [...]». Ahora bien, este mismo problema «puede ser considerado desde dos puntos de vista diversos, e incluso contrapuestos: *ex parte principis* o *ex parte populi* (desde la perspectiva del gobernante o desde la perspectiva del pueblo). Maquiavelo o Rosseau, para hablar de dos símbolos. La teoría de la razón de Estado o la teoría de los derechos naturales y el constitucionalismo». *Ibidem,* p. 157.

Los derechos humanos constituyen un asunto explosivo y expansivo -si se me permite emplear esta expresión-, que demandan y establecen sus propias garantías, tema de este ensayo. La explosión ha sido producto del trauma que se produjo al cabo de la Segunda Guerra mundial, y del consecuente fervor tutelar que aquél trajo consigo[4]. Después de esta conflagración se presentó un cambio radical: el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos hizo que éstos no fuesen vistos más como un asunto doméstico; los individuos pasaron a ser sujetos del Derecho de gentes, dotados con la posibilidad, potencial o actual, de acceder a la justicia internacional[5]. El Estado ya no puede disponer a su arbitrio de los individuos que se hallan bajo su jurisdicción y, lo que es más importante, bajo su imperio en más de un sentido: de *jure* y de *facto*.

Es verdad que el siglo XX ha presenciado hechos de violencia exacerbada, que cobraron infinidad de víctimas en Asia y en Europa, generaron un inmenso dolor y una poderosa indignación, y culminaron en la reacción bienhechora -una reacción constructiva del nuevo Derecho de los derechos humanos- de la comunidad internacional al cabo de la Segunda Guerra. Pero también es verdad que semejante violencia no es patrimonio de esa centuria ni de ciertos territorios. La hubo, desenfrenada, en siglos anteriores, cuando no se hablaba de derechos humanos, libertades civiles, derechos fundamentales, pero se hallaban puestas las bases morales para ellos.

Los pueblos americanos y africanos cuentan con una dura experiencia en este campo: a su manera, con sus propias versiones. En América se tiene la historia del etnocidio asociado a la conquista y a la colonización[6], y África fue el escenario de innumerables correrías consumadas

4 «Si es cierto que el siglo XX ha sido palco de crueldades perpetradas contra la persona humana en escala sin precedentes, también es cierto que esto ha generado una reacción -igualmente sin precedentes- en contra de tales atrocidades y abusos, como manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal para las necesidades apremiantes de protección del ser humano». Antônio A. Cançado Trindade, «Prólogo» en AAVV.- *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, p. XXIII.

5 En este sentido, *cfr.* Janusz Symonides, *«Access of individuals to international tribunals and international human rights complaints procedures»*, en AAVV.- *El sistema interamericano..., op. cit.*, t. I, p. 482.

6 «La fuerza militar, la mayor capacidad de matar, fue el pilar que sustentó el orden colonial: el argumento último y contundente de la dominación». Guillermo Bonfil

por los cazadores de esclavos[7]. Se debe recordar el despoblamiento que hubo en Mesoamérica, ampliamente documentado[8]. La suerte de los indígenas no fue mejor que la de otros pueblos, victimados en el curso del siglo XX. Ahí están, para acreditarlo, los testimonios de Fray Bartolomé de Las Casas -a quien se ha querido imputar, sin embargo, el establecimiento de una «leyenda negra»[9]. El liberalismo del siglo XIX no rescató los derechos de los indígenas, sino pugnó contra éstos: la

Batalla, *México profundo. Una civilización negada*, México, Grijalbo, 2001, p. 126. Siempre es aleccionadora la lectura de la obra notable de Miguel León Portilla, y Ángel María Garibay, *Visión de los vencidos. Relaciones indígenas de la conquista*, 18ª ed., México, UNAM, 2000. La toma del Templo Mayor propone el estilo de la conquista: «Luego se meten (los conquistadores) primeramente dentro de las casas (del templo) para matar a todos: a los que acarreaban el agua, a los que traían la pastura de los caballos, a los que molían, a los que barrían, a los que estaban de vigilancia». *Ibidem,* p. 138. Tiene algo más que significado físico la expresión del narrador indígena que refiere lo ocurrido tras la caída de la ciudad imperial: «Y ya no teníamos escudos, ya no teníamos macanas, y nada teníamos que comer [...]. Y toda la noche llovió sobre nosotros». *Ibidem,* p. 154.

7 No es fácil conocer el número de africanos transportados a través del Atlántico para servir como esclavos. Las estimaciones varían. Se habla de alrededor de diez millones de desembarcados, pero a esta cifra hay que añadir la de quienes murieron en la travesía y la de innumerables víctimas -inmediatamente o al cabo de cierto tiempo- como consecuencia del proceso de captura, que diezmaba poblaciones y causaba enormes daños actuales o futuros a sus habitantes. *Cfr.* Pierre Bertaux, *África. Desde la prehistoria hasta los Estados actuales,* trad. de Manuel Ramón Alarcón, 18ª. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998, p. 134.

8 Bonfil Batalla invoca las estimaciones de D. N. Cook y W. Borah, a propósito de la población indígena de México central en años de la conquista y la colonia: 1519, 15.3 millones; 1523, 16.8 millones; 1548, 2.6 millones; 1595, 1 millón 300 mil; y 1605, un millón. «Otras estimaciones -agrega- señalan que la población del valle de México descendió de aproximadamente 3 millones de habitantes en 1519 a sólo 70 mil indios a mediados del siglo XVII; los primeros años inmediatos a la caída de Tenochtitlan arrojan un saldo pavoroso, ya que para 1524 los habitantes del valle se han reducido a la tercera parte. La población india comienza a crecer lentamente a partir de la segunda mitad del siglo XVII, pero México alcanzará a tener una población semejante a la que habitaba su territorio en 1519, sólo bien entrado el presente siglo». Concluye, con énfasis: «Estos son los hechos». *México profundo..., op. cit.*, pp. 127-128.

9 Las Casas, que menciona a los indígenas como «ovejas mansas», relata que en el curso de los cuarenta años posteriores a la conquista, los conquistadores «no han hecho [...] sino despedazarlas, matarlas, angustiarlas, afligirlas, atormentarlas y destruirlas, por las extrañas, y varias y nunca vistas, ni leídas, ni oídas maneras de crueldad». *Doctrina*, 5ª. ed., México, UNAM, 1992, p. 5.

respuesta gubernamental a las reclamaciones indígenas fue la represión militar[10]. Tampoco se podría olvidar, por supuesto, la histórica devastación que han traído consigo las numerosas dictaduras que sometieron a nuestros pueblos[11], bajo un sistema de represión que tal vez comienza a disiparse[12].

Aquello -el drama europeo- auspició el fortalecimiento del constitucionalismo, por una parte -que implica una «técnica de la libertad»[13]-, y la

10 *Cfr.* Carlos Montemayor, *Los pueblos indios de México hoy*, México, Temas de hoy, 2000, pp. 65 y 77.

11 Desde la dictadura de Porfirio Díaz, de la que John Kenneth Turner dejó constancias abrumadoras («México es un país sin libertad política, sin libertad de palabra, sin prensa libre, sin elecciones libres, sin sistema judicial, sin partidos políticos, sin ninguna de nuestras queridas garantías individuales, sin libertad para conseguir la felicidad». *México* bárbaro, México, Ed. Época, 2001, p. 7), hasta la guerra sucia en el Cono Sur del Continente; por ejemplo, «esos largos años de violencia y exterminio en la Argentina, donde seguramente murieron 10,000 personas y 15,000 más desaparecieron». Jacobo Timerman, *Preso sin nombre, celda sin número*, Nueva York, Random Editores, 1981, p. 15. Se ha dicho que en este país la ofensiva contra el «enemigo interno» -en procuración de una nación «blanca, occidental y cristiana»-, «fue el pretexto para desencadenar una represión que se calcula ha costado más de treinta mil muertos». Luis Díaz Muller, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 207. En 1982, César Sepúlveda observaba: «estamos testificando un panorama desolador, preocupante, que no se había presentado antes, ni con tintes tan sombríos. Es impresionante la lista de países a los que se imputan ataques despiadados y arteros contra las libertades, la dignidad y la vida de las personas, generalmente opositores conscientes a un régimen gubernamental». *Estudios sobre Derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 41.

12 «La militarización del poder se entrelaza con la universalización de la represión», expone Marcos Kaplan en un examen de lo ocurrido en países suramericanos; en este esquema de poder, se «convierte la violencia en la solución privilegiada para todo problema o conflicto. La represión se universaliza en sus objetivos, en sus destinatarios y formas, en sus niveles y aspectos. Sus medios aumentan en número, refinamiento, intensidad y eficacia. Se rompe más aún el equilibrio entre la represión estatal y paraestatal y la capacidad defensiva y ofensiva de grupos e instituciones de la sociedad civil. Se obstaculizan y se destruyen las organizaciones y movimientos, los procesos de concientización y movilización de los sectores medios y populares; se refuerza la despolitización, el conformismo y la apatía, la automarginación». *El Estado latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 268.

13 La sugerente expresión es de Matteucci, *op. cit.* Pedro de Vega, «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional y*

plena asunción del individuo como sujeto del Derecho internacional, por la otra[14]. Esto último se escrituró definitivamente en una serie de instrumentos sucesivos -con precedentes estimables y desarrollos numerosos-, tanto generales como regionales: las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas[15] y la Organización de los Estados Americanos[16], la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[17], la

globalización, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, 2001, p. 177. De Vega explica la conformación ideológica de la ideología del constitucionalismo: «a los elementos liberales extraídos de la experiencia inglesa (principio liberal del constitucionalismo), pronto se sumarían los supuestos democráticos derivados de la doctrina contractualista (principio democrático del constitucionalismo), de clara raigambre continental». *Ibidem*, p.179. El proceso histórico del Estado constitucional moderno se halla «coronado en la actualidad, por un lado, por un abigarrado conjunto de técnicas jurídicas garantizadoras de la libertad, que culminaron con la creación de los tribunales constitucionales y, por otro, por un complejo sistema de mecanismos limitadores y controladores del poder que enriquecieron los viejos criterios del garantismo». *Ibidem*, p. 185.

14 *Cfr.* Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2ª. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 53 y ss. Asimismo, *cfr.* César Sepúlveda, *Estudios sobre Derecho internacional....*, *op. cit.*, p. 13 y ss.; y Cançado Trindade, *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 48 y ss., y «Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos», en AAVV, *El sistema interamericano...*, *op. cit.*, t. I, p. 7.

15 En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se expresa la resolución de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad de derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad los derechos hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas»; y en el artículo 1.3 se incluye, entre otros propósitos de las Naciones Unidas, «el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión».

16 En el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (reformada en Buenos Aires, en 1967) éstos se manifiestan por «consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». La misma Carta señala: «Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo». Asimismo, *cfr.*, las diversas normas que entrañan derechos de la persona, contenidas en los capítulos VII a IX de este instrumento internacional.

17 Que representa un trascendental jalón en la historia: gran consenso sobre los derechos humanos, prueba de fundamento, reconocimiento y validez. Establece el prin-

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, anterior a la universal), la Convención de Roma sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), que previó la existencia de una Corte Europea sobre esta materia, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)[18] la Convención Americana sobre Derechos Humanos o «Pacto de San José» (1969, que prevé la creación y las atribuciones de la correspondiente Corte Interamericana) y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981)[19].

El gran conjunto forma el más poderoso escudo protector del ser humano, con doble cobertura, íntimamente comunicada: una pretende abarcar el mundo entero, y por este medio a la humanidad en pleno, un antiguo sueño ecuménico; otra recoge y refuerza la tutela en los planos regionales, con lo que concilia la «idea general» con la «realidad regional», y de esta manera acoge las pretensiones universales y reconoce y respeta las tensiones regionales, mucho más cercanas que aquéllas a las tensiones nacionales, que es preciso advertir y admitir. Lo interesante y decisivo, en todo caso, es que las fronteras nacionales han sido trascendidas precisamente en la materia en que esa trascendencia puede tener la

cipio de un largo proceso, cuyo final se halla distante. *Cfr.* Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, pp. 18-24.

18 Se considera que la Declaración Universal y los Pactos Internacionales integran la «Carta Internacional de los Derechos Humanos». Jorge Montaño, *Las Naciones Unidas y el orden mundial 1945-1992*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 77, y Yerenit Morgan Sotomayor, «Los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas», en *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, nos. 55-56, febrero de 1999, pp. 71-72. En 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció, mediante resoluciones 5 (1) y 9 (II) de la Comisión de Derechos Humanos y le encomendó inmediatamente la redacción de una Carta Internacional de Derechos Humanos. *Cfr.* Morgan Sotomayor, *ibidem*, pp. 70-71.

19 Se trata, en este caso, del instrumento que cimienta un sistema emergente de tutela de los derechos humanos. En éste, conocido también como «Carta de Banjul» (aprobada el 27 de julio de 1981, en Nairobi, Kenia), el Preámbulo reconoce «por una parte, que los derechos fundamentales del ser humano se fundamentan sobre los atributos de la persona humana, lo que justifica su protección internacional; y por la otra parte, que la realidad y el respeto a los derechos del pueblo deben necesariamente garantizar los derechos humanos». La Carta prevé la existencia de una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, todavía no del órgano jurisdiccional correspondiente, a la manera europea o americana.

más penetrante eficacia: los temas jurídicos radicales del ser humano[20].

Así, en ese conjunto imperioso aparece nítidamente la figura del individuo en el escenario del Derecho entero: lo estaba ya en el plano nacional, merced a las Constituciones herederas del humanismo del siglo XVIII; llega a estarlo -para no perder esta posición privilegada- en el Derecho de gentes[21], aun cuando comparezca, por lo pronto, con una «subjetividad jurídica muy limitada» [22], y en buena medida figure ahí como lo hizo en los albores del constitucionalismo humanista y redentor: para contener el asedio o el impacto del poder arbitrario. Esta fue, en su hora, la gallarda misión de la Declaración francesa de 1789, expedida -previo debate en la Asamblea- como solitaria y suficiente expresión de un acuerdo político. No fue necesario que precediera o acompañara a la Constitución: «tendría una vida autónoma y además -hay que reconocerlo- gloriosa»[23].

Aquí, donde una revolución se ha producido, la Carta de las Naciones Unidas encabeza la profesión de fe humanista. «Ha roto -escribió un ilustre internacionalista- con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de

20 Sergio López Ayllón señala que la globalidad ha captado el espacio de los derechos humanos. La internacionalización de éstos genera un auténtico Derecho internacional que conforma cuatro sistemas supranacionales, cada uno con vida propia: el global, de las Naciones Unidas, y los regionales de Europa, América y África. *Cfr. Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 74-76; y «Globalización y transición del Estado nacional», en María del Refugio González y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 315.

21 Se trata, en fin, de la defensa del ciudadano frente al «Estado delincuente», como lo denomina Ferrajoli, para el caso de que no sea efectivo el Derecho penal y procesal interno. Este es un tema tradicional del internacionalismo. «En teoría, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos vitales de los ciudadanos frente a los Estados equivale, desde el punto de vista externo, a la afirmación de su carácter supra-estatal y, por consiguiente, internacional». *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3ª. ed., Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 937.

22 Manuel Becerra Ramírez, «Derecho internacional público», en *El Derecho en México. Una visión de Conjunto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, t. III, p. 1364.

23 Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, p. 130.

que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional»[24]. Esa Carta y la Declaración Universal -se ha escrito también- «transformaron el orden jurídico del mundo, llevándolo del estado de naturaleza al estado civil. Los Estados signatarios quedaron legalmente sujetos a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos»[25]. Finalmente los derechos humanos han pasado a constituir un valor propio en el Derecho internacional, que incumbe y compromete a éste[26].

De esto -y de otros notables desarrollos- resulta un nuevo dato de la vida jurídica, que se proyecta sobre el ordenamiento internacional y los órdenes jurídicos nacionales: «hoy día es indiscutible que la materia de los derechos humanos no es un tema perteneciente al dominio reservado de los Estados». En tal sentido se inscribe una vigorosa corriente de opinión[27]. La globalidad -a la que me referiré en el siguiente capítulo- milita en la misma dirección. Más aún, la admisión y la protección de los derechos humanos son vistas como puntos de legitimidad[28] y presti-

24 La Carta contiene «un reconocimiento internacional de principio de los derechos humanos», en pos de la Declaración de 1° de enero de 1942, en la circunstancia de la Segunda Guerra, en la que las potencias aliadas se comprometían a preservar los derechos humanos y la justicia en los propios países de los individuos y en otros territorios (*in their own lands as well as in other lands*). Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, trad. de Antonio Truyol y Sierra, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 442-443.

25 «Desde aquel momento -sostiene Luigi Ferrajoli- la soberanía se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico [...] la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales, sino supraestatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los Estados». «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, *op. cit.*, p. 317.

26 *Cfr.* Germán F. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 434 y ss.

27 Aquella «afirmación es compartida prácticamente por la unanimidad de la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Héctor Gros Espiell, «El llamado "derecho de injerencia humanitaria" en un mundo interdependiente», en Modesto Seara Vázquez (comp.), *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, 1ª ed., 1ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 210-211.

28 López Ayllón señala que hoy día, bajo la globalización, «una parte significativa de la construcción de la legitimidad de un Estado encuentra sus bases en el respeto a estos derechos. Estos se han convertido así en un elemento legitimador de las relacio-

gio. He aquí una nueva proyección de Jano, rostro dual, espada de doble filo: la vertiente luminosa se significa por la preocupación genuina cifrada en los derechos humanos; la sombría, por el uso de éstos –o de esta bandera y este discurso, mejor dicho- con fines y métodos muy distantes de aquélla.

La índole expansiva de los derechos humanos -del núcleo duro, irreductible[29], al florecimiento en número y calidad, a través de sendos círculos concéntricos- viene del origen mismo de esos derechos, que ha sido materia de intenso debate[30] y prosigue hoy día, no exenta de pro-

---

nes políticas y sociales, tanto desde el punto de vista interno como del externo, y ha sido inevitable su transformación en un elemento de política internacional en el que intervienen no sólo los Estados, sino una variedad de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, constituidas frecuentemente en sedes que desafían cualquier intento de control territorial». «Globalización y transición...», en María del Refugio González y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños...*, p. 316. Adelante volveré sobre el papel destacado de las organizaciones no gubernamentales, a propósito de su actuación en la jurisdicción interamericana. Conviene subrayar desde ahora que aunque no todas actúan en el campo de los derechos humanos, hay muchas que operan en este ámbito. Refiriéndose a aquéllas, en general, Hugo Concha informa que hace dos décadas eran sólo un centenar (en México). En 1995 ese número había crecido espectacularmente: llegaban a 1,300 según la Secretaría de Gobernación, o a 10,000, según el grupo San Ángel. «La legitimidad del Estado mexicano», en María del Refugio González y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños...*, *op. cit.*, pp. 391-392.

29 Ante todo, pero no exclusivamente, los derechos reconocidos en los instrumentos «germinales» de los derechos humanos. La sección 1 de *The Virginia Declaration of Rights*, del 12 de junio de 1776, proclama «que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad». La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776, sostuvo, entre otras verdades «evidentes por sí mismas», que «todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que, entre éstos, están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]». A su vez, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, del 20-26 de agosto de 1789, señala que «los hombres nacen y viven libres e iguales en derecho [...]» (artículo 1°), y que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre «son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» (artículo 2°).

30 Recuérdese la vigorosa polémica entre el alemán Jellinek y el francés Boutmy. Aquél diría que la Declaración francesa no tiene su raíz en la doctrina contractualista de Rousseau, sino en las declaraciones americanas, y que «el primer Estado que ha

blemas[31]. Obviamente, no se pretende que todos los derechos sean calificados como humanos, en el sentido que ahora interesa[32], aunque es evidente que sólo el ser humano es titular de derechos de este carácter -sin perjuicio de la atribución de facultades a personas morales, que luego examinaré-; de lo que se trata, en fin de cuentas, es de preservar derechos fundamentales, esenciales para la vida y para cierta calidad de vida[33].

producido una Declaración de Derechos en el pleno sentido de la palabra, fue el de Virginia». George Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 85-92. Bobbio señala que la Revolución americana abrió la puerta a las revoluciones de Europa. La francesa «ha constituido, durante casi dos siglos, el modelo ideal para todos los que luchan por su propia emancipación y por la liberación de su propio pueblo. Los principios de 1789 constituyeron para bien o para mal, un punto de referencia obligado para los amigos y para los enemigos de la libertad, invocados por aquéllos, execrados por éstos». Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, pp. 95 y 100.

31 La «ampliación de la noción de derechos humanos, no puede darse sin generar varias dificultades. Y ello es así porque a fuerza de querer ampliar y ensanchar el concepto, este mismo corre el grave riesgo de perder su consistencia real, y que en lugar de reforzar la protección de las libertades fundamentales, corra el peligro de debilitarlas y menguar su alcance jurídico». Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, 2000, p. 284.

32 Podríamos hablar mejor de derechos fundamentales: los esenciales, los nucleares e irreductibles, los intransigibles e indeclinables conforme al concepto que prevalece en cierto tiempo y espacio, conforme a determinada cultura, según la exigencia radical del nombre a la luz de su dignidad inviolable y de las exigencias de su desarrollo. Para Luigi Ferrajoli «los derechos fundamentales, en contraposición a todas las demás situaciones jurídicas (son) aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad». *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 908.

33 En efecto, «no nos referimos a todos los derechos de que pueda ser titular un ser humano [...] Esta expresión (derechos humanos) se ha reservado para ciertos derechos básicos o elementales, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano». Se resalta, pues, «el carácter histórico y valorativo de los derechos humanos, sugiriendo que son el producto inacabado de las luchas sociales, y que reflejan el tipo de sociedad que queremos»; por ende, «tienen un carácter fluido y dinámico, que corresponde a las relaciones de poder y a las ideas prevalecientes en el seno de la sociedad en que aquellos adquieren vigencia». Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 21-22.

Ahora bien, aquí nos hallamos ante un concepto histórico, necesariamente movedizo: no se retrae, se expande. Los derechos humanos «no nacen todos de una vez. Nacen cuando deben y pueden nacer»[34]. Lo que pudo parecer suficiente para los americanos emergentes que se alejaban de la corona inglesa o para los revolucionarios que recorrían las calles de París en 1789 -¡y vaya que entonces era y parecía suficiente el apretado haz de derechos que contuvo la *Déclaration* de aquel año!-, testigos de una formulación laboriosa y difícil[35], ya no lo es para quienes hoy transitamos las calles de las grandes concentraciones urbanas del tercer milenio. Cada contingente de libertades y derechos representa un momento en el camino ascendente de la justicia y de libertad. hubo, sin embargo, un episodio formidable en este trayecto perseverante: la Revolución francesa, con la que «ingresa a la imaginación de los hombres la idea de un suceso político extraordinario que al romper la continuidad del curso histórico, marca el final de una etapa y el principio de otra»[36].

Ese carácter dinámico, expansivo, de los derechos fundamentales se manifiesta en lo que algunos tratadistas denominan, gráficamente, «generaciones de derechos humanos»[37], un concepto que no todos aceptan de buen grado[38]. Estas son, en rigor, la expresión de diversas generacio-

34 Los derechos del hombre son derechos históricos, inmersos en una circunstancia caracterizada por la lucha para defender nuevas libertades contra viejos poderes. Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, pp. XIII, XV y 9 y ss.

35 Se ha escrito -a la vista del arduo proceso de elaboración del documento, erizado de tensiones- que, «sorprende[...] la contradicción que hay entre el éxito histórico del texto y las difíciles condiciones de su producción, su carácter inacabado». Christine Fauré, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez Herrejón, 1ª. ed., 2ª reimp., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos/ Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 15. Igualmente, sobre este proceso, *cfr.* Carlos Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1956.

36 Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, p. 120.

37 *Cfr.* Bidart Campos, *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss. *Cfr.* los componentes del sistema de derechos humanos, como dato actual de las aportaciones «generacionales», y su posible síntesis en un derecho individual al desarrollo, que abarca libertad, justicia y bienestar, en García Ramírez, *Los derechos humanos y el Derecho penal, op. cit.*, pp. 172-173. *Cfr.*, asimismo, mi trabajo «La jurisdicción americana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas», en García Ramírez, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 280-281.

38 Así, Cançado Trindade la impugna: es una teoría «reminiscente de la triada *liberté/égalité/fraternité* de los compatriotas de Voltaire (con posible mérito pedagógico

nes revolucionarias que alimentan la expansión y el enriquecimiento de aquellos derechos, o dicho de otra forma, generaciones de exigencias emergentes y de libertades, facultades y prerrogativas vinculadas con éstos. Es lo que va de las reivindicaciones de los revolucionarios norteamericanos y franceses, en el ocaso del siglo XVIII[39], a las reclamaciones de los revolucionarios mexicanos, estampadas en la Constitución de Querétaro,[40] apenas iniciado el siglo XX -que aportarían al mundo la herencia de los derechos sociales[41], tema de enorme importancia en el

o quizás literario): dicha construcción teórica ha ejercido y sigue ejerciendo una cierta fascinación en nuestros círculos jurídicos, reflejada en la bibliografía especializada latinoamericana, a pesar de (ser) históricamente inexacta y jurídicamente infundada». «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 583.

39 En aquéllas hubo anticipaciones de carácter «social». Al calor del movimiento revolucionario francés, florecieron algunas declaraciones precursoras de los que serían, un siglo más tarde, «derechos sociales constitucionales». Así, a propósito del derecho a la instrucción pública, en los términos del Título Primero de la Constitución del 3 de septiembre de 1791; la instrucción elemental, que debe proveer la sociedad, conforme al artículo 23° del proyecto girondino presentado el 15 y el 16 de febrero de 1793, y a los artículos 21° y 22° de la Constitución del 24 de junio de 1793 (o del año I), acerca de esta misma prerrogativa y del derecho al apoyo social para la subsistencia de los menos favorecidos, sea mediante el acceso al trabajo, sea mediante la asistencia a quienes no se hallan en condiciones de trabajar. Los derechos sociales, bajo la forma de instituciones de instrucción pública y de provisiones en favor del trabajo, «hicieron su primera aparición» en la Constitución francesa de 1791 y en la Declaración de Derechos de junio de 1793. *Cfr.* Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, pp. 258-259.

40 Sobre este punto reviste particular importancia la obra del diputado constituyente Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27° y 123° de la Constitución Política de 1917*, 2ª. ed., México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959. Los diputados renovadores integraron lo que el propio Rouaix denominaría el núcleo fundador u original, que redactaría el proyecto de artículo 123°. *Cfr.* Varios autores, *La Constitución Mexicana de 1917. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.

41 Un amplio examen de esta materia, en Jorge Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, 1ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991. De esto me he ocupado en diversos trabajos, entre ellos «Raíz y horizonte de los derechos "sociales" en la Constitución mexicana», en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 77 y ss., así como en *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, p. 15 y ss. Sobre la naturaleza y objetivos de los derechos sociales, *cfr.* Luis

casi centenario examen de la Constitución Mexicana[42] -, y de aquí al final de esa centuria, con la generalización de otras proclamaciones: los derechos de solidaridad. Dicho de otra manera, es lo que va de los «derechos de libertad (o "derechos de") (que) aseguran la igualdad formal o política», a los «derechos sociales (o "derechos a") que posibilitan la igualdad sustancial o social»[43].

En fin de cuentas el modelo tradicional –largamente anhelado y generosamente celebrado- que confió en los derechos fundamentales primigenios y la división del poder, gran esperanza del pensamiento liberal, «no sólo no promovió el establecimiento de una sociedad armónica y estable, sino que exacerbó la desigualdad, la explotación y el descontento social»[44]. Por ello, a los derechos humanos –del cuño tradicio-

Prieto Sanchís, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (comps), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 15 y ss. *Cfr.*, asimismo, Alfonso Noriega Cantú, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, p. 70 y ss. y 112 y ss.; Rodolfo Lara Ponte, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 127 y ss.; Mariano Palacios Alcocer, *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995; De la Madrid, «La Constitución y sus principios fundamentales», en Diego Valadés y Gutiérrez Rivas (coords.), *Economía y Constitución. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 44 y ss, y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 191 y ss.

42 *Cfr.* García Ramírez, «Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana», en *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, p. 52 y ss. José Ramón Cossío reconoce que los derechos sociales fueron «lo nuevo de nuestro texto»; y plantea interesantes consideraciones sobre los efectos de la representación Constitucional dominante en los derechos sociales. *Cfr. Cambio social y cambio jurídico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 122 y ss.

43 Unos «tutelan las diferencias, para las que postulan la tolerancia; "los otros" remueven o compensan las desigualdades que postulan, como intolerables. Los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo son derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia. En el primer caso, la diversidad es un valor a garantizar; en el segundo, un desvalor al que hay que oponerse». Ferrajoli, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 907.

44 Concha Cantú, «La legitimidad del Estado...», en María del Refugio González y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños...*, *op. cit.*, p. 359.

nal- se agregaron los derechos sociales, «entendidos, al menos en un primer momento, como protecciones dirigidas de manera directa a las clases más dañadas por las relaciones económicas»[45].

Es así que se ha constituido paulatinamente –o se está constituyendo, con notable adelanto- un *corpus juris* universal. La humanidad avanza hacia lo que podría denominarse una «Constitución Universal», que no será solamente la estructura de la comunidad (el cuerpo), sino también el fin hacia el que ésta se dirige y la forma de alcanzarlo (el alma): derechos humanos y democracia.

Tras las declaraciones, que por sí mismas pudieran carecer de eficacia real -o al menos de exigibilidad-, acuden los instrumentos y los procedimientos, esto es, las garantías de los derechos, que propuso el artículo 16° de la Declaración francesa de 1789[46]: una suma de medios, al alcance del individuo concreto -aunque el acceso a esta vertiente de la justicia se halla todavía sembrado de obstáculos-, que le permitan recuperar sus derechos negados o violentados, evitar la probable vulneración o alcanzar debido y puntual resarcimiento una vez que la infracción se ha cometido[47], incluso cuando las condiciones prevalecientes, en forma pasajera, llevan a suspender el ejercicio de ciertos derechos.

La fijación de las hipótesis de suspensión de derechos suele ser insuficiente u oscura[48]. La inconsecuencia entre las medidas adoptadas por

45 *Ibidem*, p. 362.

46 Artículo 16°: «Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución»; digamos: no dispone de un Estado de Derecho, en el profundo sentido jurídico y ético de esta expresión.

47 Ferrajoli destaca la importancia que revisten las garantías de los derechos fundamentales. Subraya dos principios: 1) de legalidad: es preciso que esos derechos no queden al arbitrio de las autoridades, y por ello es indispensable «que las leyes provean únicamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos»; y 2) de jurisdiccionalidad: es menester que los derechos «sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión, sea por omisión». *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 917.

48 Diego Valadés advierte: «Todas las constituciones latinoamericanas precisan los casos en que procede declarar el estado de excepción; pero ninguna escapa, aunque parezca haber intentos en ese sentido, a la extrema vaguedad conceptual». Por ello, en el fondo, la «principal» causa «es la voluntad de los detentadores del poder. Volvemos, así, a la vieja razón de Estado». *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 47.

la autoridad que dispone la suspensión y el problema que se pretende afrontar de esta manera, implica «establecer una dictadura con el pretexto de una suspensión de garantías»[49] precisamente para preservar la vida y la marcha de la sociedad o la continuidad del Estado de Derecho[50], posibilidad empleada con prudencia o con desmesura, hasta introducir, en este último caso, lo que se ha denominado, expresivamente, una «dictadura constitucional».[51]

Por todo ello, las jurisdicciones sobre derechos humanos, nacionales e internacionales, que sirven a esos fines indispensables, caracterizan la actual etapa constructiva de la tutela al ser humano: una etapa desarrollada a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, con la que hemos iniciado el XXI[52]. Es así que, una vez resuelto, al través de cierta convergencia internacional, el fundamento de los derechos humanos, -una

49 Ulises Schmill Ordóñez, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, p. 172.

50 En tales casos, sin embargo, subsisten intocables determinadas garantías jurisdiccionales, como lo previene con puntualidad el artículo 27° de la Convención Americana (no así el correlativo artículo 29° de la Constitución mexicana, cuyo sistema, por lo tanto, debe ser complementado y acotado por la norma de la Convención Americana) y lo ha expresado la Corte Interamericana en sus Opiniones Consultivas 8, de 30 de enero de 1987, y 9 de 6 de octubre del mismo año. Sobre esta materia, *cfr.*, Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999. Sobre garantías suspendibles en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, *cfr.* Valadés, *La dictadura...*, *op. cit.*, p. 91 y ss; y sobre el caso de México, *ibidem*, p. 114 y ss.

51 El uso inmoderado de la suspensión de garantías, estado de excepción, estado de sitio, etcétera, con «sustento» en normas constitucionales –más o menos aplicadas a la hipótesis que determina la alteración—ha dado lugar a lo que algunos autores llaman dictadura constitucional, que «ha representado uno de los más caros *desiderata* del Estado latinoamericano –escribe Diego Valadés-. Este ha tenido la habilidad, quizá, de practicarla en nombre de una supuesta democracia. *Ibidem*, p. 158.

52 En un balance sobre el desarrollo en materia de derechos humanos a partir de la Declaración Universal (1948), Antônio Cançado Trindade resume: «Al volver los ojos tanto hacia el pasado reciente como hacia el presente, nos damos cuenta de que efectivamente hubo, en estas cinco décadas de experiencia acumulada en esta área, un claro progreso, sobre todo en la jurisdiccionalización de la protección internacional de los derechos humanos». *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 379; en el mismo sentido, de aquel autor, «Prólogo» a AAVV, *El sistema interamericano...*, *op. cit.*, t. I, p. XXIII.

cuestión filosófica- se marcha adelante en la solución del otro problema que aquí se suscita: su tutela efectiva –una cuestión política-[53].

En rigor, la jurisdiccionalización de los conflictos internacionales -desarrollada a imagen y semejanza de su contrapartida nacional-, en el amplio espacio de lo que se pudiera denominar la «jurisdicción internacional plena», es el moderno sucedáneo de la fuerza, que batalla por sus fueros cada vez que se rehusa a entregar a los órganos de la justicia las contiendas que ésta puede y debe resolver[54] [55].

Este conjunto magnífico de libertades, expectativas y garantías ha dejado de ser materia exclusiva de alguna competencia, reducida a los límites de un territorio y de una jurisdicción. Hoy interesa al mundo entero, que cultiva los derechos -o debiera hacerlo: también en esta luna hay una cara luminosa y otra sombría- tanto a través de medios nacionales como de instrumentos internacionales[56]. Desde luego, la jurisdic-

53 *Cfr.* Bobbio, «Presente y futuro de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10; *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, España, Ed. Gedisa, 1982, p. 130; Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, p. 16.

54 Hans Kelsen, que coteja el desenvolvimiento equivalente entre órganos nacionales e internacionales, observa que «la evolución natural de los hechos tiende a una judicatura internacional. El primer paso hacia una paz duradera debe consistir en el establecimiento de una comunidad internacional, cuyos miembros estén obligados a someter todas las disputas que surjan entre ellos a un tribunal internacional permanente y a respetar las decisiones de esta autoridad». *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 180 y ss.

55 Henry Kissinger denuncia: «En menos de una década, ha surgido un movimiento que carece de precedente y que consiste en someter la política internacional a procesos judiciales». Previene que esto puede llegar a «extremos que ponen en riesgo de sustituir la tiranía de los gobiernos por la de los jueces; la historia nos enseña que la dictadura de los virtuosos ha llevado a menudo a inquisiciones y cacerías de brujas». «Las trampas de la jurisdicción internacional» (artículo que constituye una adaptación del libro de aquel autor, *Does America need a foreign policy? Toward a diplomacy for the 21st. Century)*, en *Foreign Affairs* (en español), México, vol. I, num. 3, otoño-invierno 2001, p. 87. Kissenger impugna particularmente la Corte Penal Internacional. Réplicas de Michael Mandelboum, «La conciencia de un conservador. Los peligros del dogmatismo en la política exterior estadounidense», en *ibidem*, p. 264 y ss.; y Kenneth Roth, «El debate de la jurisdicción universal», en *ibidem*, p. 259 y ss.

56 «En la actualidad se conceptúa que los derechos del hombre constituyen una materia regulada por el derecho interno y por el internacional y que el Derecho de los Estados y el derecho internacional, universal o regional, deben necesariamente coexis-

ción nacional –como el Derecho nacional en su conjunto- suele tener y debe poseer carácter preferente; la internacional es subsidiaria. De todo ello proviene el estatuto del hombre contemporáneo, un tema del que me ocuparé adelante.

En esta etapa se recupera un antiguo sueño, que inicia su afirmación en la tierra: aparece el ser humano en el contexto universal, un *citoyen du monde*, que no deja de ser –ni conviene que esto ocurra- ciudadano de su propia ciudad. El hombre adquiere –como se ha escrito- un *status mundialis* fundamental[57].

2. La circunstancia de los derechos humanos

La efectiva vigencia de los derechos humanos tiene que ver, sobre todo, con «la tierra en la que se siembren»[58]. También ellos son la suma de lo que entrañan y de la circunstancia en la que aparecen y prosperan. La naturaleza de ésta -que es fundamento, escudo y contexto- puede extraerse de los dos términos con que caracterizamos el dinámico concepto de los derechos humanos, y son su fuerte razón y sustento. Por una parte, la dignidad humana; por la otra, el Derecho y los derechos. Así, el reconocimiento de la dignidad del ser humano, que se halla en la raíz de los derechos humanos –y en tal virtud concilia las corrientes iusnaturalistas y positivistas- induce al culto de ésta -que es la idea motriz- y al cultivo de sus implicaciones -que es la práctica, a partir de aquélla-, un cultivo que se discurre en el cauce propuesto por Ulpiano:

---

tir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana». Héctor Gros Espiell, «Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos», en AAVV, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 8.

57 *Cfr.* Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 182 y ss.

58 Es aplicable la reflexión de Piero Calamandrei: «El verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución democrática, sino que se requiere que detrás de la ley fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad». *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 56.

constans et perpetua voluntas. Voluntas política y social: aquélla, como voluntad del Estado; ésta, como determinación de la sociedad.

Por otra parte, la vitalidad y efectividad de los derechos humanos requieren -en lo que toca a la segunda referencia del concepto- el culto del Derecho -que es, en este orden, la idea- y después, con este cimiento, el cultivo. Un cultivo en el que vuelve a volcarse la voluntad del Estado y de la sociedad, asociada a la enérgica determinación del individuo[59]. Es aquí que viene al caso la lucha por el derecho, para citar el título de la famosa obra de Rodolfo Ihering: por el Derecho de todos, el orden jurídico objetivo, que encarna en el Estado de Derecho, y por el derecho de cada uno, el derecho subjetivo, sin el cual aquél permanecería inerte y vacío, como continente exento de contenido[60].

Estos conceptos pueden asociarse a la estupenda convicción y disposición que contiene el artículo 1° de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: «La desigualdad de la persona humana es sagrada. Todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla. El pueblo alemán reconoce, pues, la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Nos hallamos, pues, como se ha escrito, ante un Estado constitucional en cuya «premisa antropológico-cultural» figuran los derechos fundamentales. La Constitución se eleva sobre una concepción antropocéntrica, que se manifiesta tanto en las leyes supremas tradicionales como en las de cuño más reciente: en éstas, la función de los textos se encuentra plenamente al servicio del ser humano, de su dignidad, libertad e igualdad[61].

Se podría afirmar que el propósito perseguido en este campo es la efectiva vigencia del principio de legalidad, la *rule of law,* el Estado de Derecho: que el poder se subordine a la ley, el gobernante a la norma,

59 *Cfr.* García Ramírez, *Los derechos humanos y el Derecho penal, op. cit.*, pp. 175-176.

60 *Cfr. La lucha por el Derecho*, trad. de Luis M. de Cádiz, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Atlántida, 1954, pp. 87-89.

61 *Cfr.* Häberle, *El Estado..., op. cit.*, pp. 3 y 115. Bidart Campos subraya que «de la dignidad humana se desprenden todos los derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle su personalidad integralmente». El «derecho a ser hombre es el derecho que engloba a todos los demás en el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana», *Teoría general... op. cit.*, p. 88.

para cumplir el ideal platónico y aristotélico[62]. Ahora bien, al hablar de legalidad no solamente nos remitimos a la existencia de un ordenamiento que formalmente reúna las características de una ley, sino entendemos que ese ordenamiento debe merecer igualmente, desde una perspectiva sustancial -que no naufrague en las apariencias, engañosas a menudo-, la calificación de ley conforme a los patrones -o estándares, se suele decir- de una sociedad democrática. La Corte Interamericana de Derechos Humanos –a la que en lo sucesivo identificaré también como la Corte o CIDH- se ha ocupado en este asunto[63].

62 Está próximo a su ruina «todo Estado en que la ley carece de fuerza y está sometida a los que gobiernan; y por el contrario, dondequiera que la ley es la única soberana y donde los magistrados son sus primeros súbditos, veo afianzada la salud pública con el cortejo de todos los bienes que los dioses han derramado siempre sobre los Estados». Platón, *Las leyes*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1979, p. 82. Es necesario que las leyes rectamente establecidas sean soberanas, mientras que las gobernantes, trátese de uno o de más, deben serlo sólo en materias en que es imposible a las leyes expresarse con exactitud»; es preferible «que gobierne la ley antes que uno solo de los ciudadanos; y aún en el caso de que fuera mejor el gobierno de algunos, habría que constituir a éstos en guardianes de la ley y subordinados a ella». El gobierno de un hombre tiene «un elemento de impulso animal [...] la concupiscencia, y el mismo apetito generoso extravía a los gobernantes y a los mejores entre los hombres. La ley es [...] la razón sin apetito». Aristóteles, *Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 1981, pp. 209 y 217. *Cfr.*, igualmente, Bobbio, «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?», en *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, 9ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 167 y ss.

63 Sostuvo la Corte en su jurisprudencia consultiva, y lo ha reiterado en la contenciosa, que «no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30° (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según la cual «los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». Se dice en seguida: «La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En

En la historia reciente de los derechos humanos -cuya historia total es, en cierto modo, relativamente reciente: sólo a partir de la insurgencia norteamericana y de la Revolución Francesa- han aparecido nubes adversas, que militan contra ellos bajo diversas banderas, dotadas de poder persuasivo y capacidad de convocatoria. Algunos de estos escollos, en cuyas raíces hay una rara combinación de ignorancia y autoritarismo, se formulan como dilemas exigentes: el ser humano o la sociedad, el ser humano o el Estado, los derechos humanos o la seguridad pública, la soberanía o las jurisdicciones internacionales[64]. Se querría que cada término eliminara al otro, y de esta manera se pretende animar a la opinión pública en una cruzada contra los derechos humanos. Evidentemente, se ignora o se quiere olvidar que sociedad y Estado toman su sentido del ser humano, al que sirven, no del que se sirven; que la seguridad pública es producto del respeto a los derechos humanos y que ella misma es un derecho que reclaman los individuos; que la decisión soberana de las naciones, operando en forma convencida y progresiva, ha instituido las jurisdicciones internacionales a las que los Estados se someten[65].

En el ancho campo de la tutela internacional de los derechos humanos abundan, por otro lado, las paradojas. Del mismo modo que la

cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana». Prosigue: «Asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas». CIDH, *La expresión «leyes» en el artículo 30° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986* Serie A No. 6, párrs. 26-28.

64 Ciertas «obsesiones» acerca de la seguridad nacional, el progreso, la incapacidad material de algunos Estados, entre otros argumentos, han opuesto obstáculos a la protección eficaz de los derechos humanos y a la sanción de las violaciones cometidas en este ámbito. *Cfr.* César Sepúlveda, *El Derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, 1ª. ed., 1ª. reimp. México, UNAM, Facultad de Derecho/ Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 194.

65 Al referirse a las aportaciones de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), Cançado Trindade hace ver cómo aquélla «afirmó de modo inequívoco la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por la promoción y protección de los derechos humanos por todos y en todas partes». *El Derecho internacional de los derechos humanos, op. cit.*, p. 88.

primera conflagración mundial no sería, en lo absoluto, la guerra que pusiera término a todas las guerras -como entonces se proclamó-, las declaraciones y los tratados no han bastado para asegurar en definitiva el respeto a los derechos humanos de manera completa y general. Sucede, además, que ahí donde la tutela internacional «es posible, no es siempre necesaria, y donde sería necesaria, no siempre es posible»[66]. Además, no es infrecuente observar actitudes contradictorias de algunos gobiernos: «entre más autoritario es un gobierno con respecto a la libertad de sus propios ciudadanos, es más libertario [...] en su confrontación con la autoridad internacional»[67].

3. Universalidad de los Derechos. Norma nacional y norma internacional

Por su propia naturaleza, los derechos humanos tienen pretensión de universalidad[68]: corresponden al ser humano, en su condición de tal; si bajo las cartas medievales hubo grandes conjuntos marginados[69], no hay personas fuera del imperio de las declaraciones contemporáneas;

66 Bobbio, *L'età...*, *op. cit.*, p. 38.

67 *Ibidem*, p. 34.

68 «No se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad. Lo que me parece más exacto -escribe Mauricio Beuchot- es decir que esa tensión entre lo universal y lo particular de los derechos humanos se equilibra no postulando que es algo que se va acordando en cada contexto y por eso se hace universal, sino que se va acordando en cada contexto precisamente porque es universal [...]. Ardua labor la de buscar los fundamentos de la universalidad de los derechos humanos. Pero si no tiene(n) algún tipo de universalidad, es claro que no funcionarán como tales derechos». «Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad», Javier Saldaña (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 58-59.

69 Porque los derechos otorgados constituían «una ley a favor de los privilegiados» (*Cfr.* Dorn, Herbert, «Los derechos humanos como fuerzas formativas del desarrollo económico y social», en Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, *Cursos monográficos*, La Habana, 1953, vol. III, pp. 152-153) o bien, dicho en otras palabras, «las libertades medievales tenían como sujetos entidades corporativas, de modo que las libertades disfrutadas por el hombre lo eran en tanto fuese miembro de tales corporaciones». Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*. Cuadernos de la Revista de Occidente, 7ª. ed., Madrid, 1964, p. 141.

éstas y los pactos que tienen a la vista ciertas categorías de sujetos, sólo distinguen o se especializan para equilibrar la suerte de algunos con la suerte de todos: se trata, en fin, de igualar, no de discriminar[70]. En cambio, los derechos humanos se consagran -se reconocen, se atribuyen, se tutelan: como se prefiera- en tanto el sujeto es persona, ser humano, mujer, varón, sin otro título que lo abarque o lo mejore, que lo exalte o lo distinga.

Aunque no se atraiga el concepto de derecho natural, los derechos humanos tienen un sentido esencial, radical, que proviene de una honda justificación en el dato mismo de «humanidad», una condición que es al mismo tiempo una razón[71] para construir sobre este cimiento todo

70 Me refiero, por supuesto, al gran número de instrumentos específicos, destinados -en su proyecto nuclear- a la protección de grandes grupos o pequeños conjuntos, que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad; así, sólo por ejemplo, *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (Naciones Unidas, 1992), *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (Naciones Unidas, 1967), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (Naciones Unidas, 1979), *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (Naciones Unidas, 1993), *Declaración de los Derechos del Niño* (Naciones Unidas, 1959), *Convención sobre los derechos del niño* (Naciones Unidas, 1989), *Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño y Plan de Acción para la aplicación de la Declaración mundial* (Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 1990), *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* (Naciones Unidas, 1957 y 1977), *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos* (Naciones Unidas, 1990), *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación* (OIT, 1948), *Declaración de los derechos del retrasado mental* (Naciones Unidas, 1971), *Declaración de los derechos de los impedidos* (Naciones Unidas, 1975), *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares* (Naciones Unidas, 1990), *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (OEA, 1994), *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* (OEA), etcétera.

71 La justificación de los derechos humanos «no puede encontrarse en el derecho positivo mismo, sino en el orden de la justicia. La formulación de los derechos humanos en la jurisprudencia existente en un Estado, puede verse como el reconocimiento de una razón que justifica esos derechos. Esa razón no puede ser sino la aceptación de un valor que, por ser común, debe ser asumido por todos; los principios de justicia se reducen a proclamar la vigencia, igual para todos, de ciertos valores [...]. La aceptación de los derechos humanos supone entonces la de un orden ético del que se derivan los principios de justicia que debe cumplir el orden jurídico». Luis Villoro, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, 1ª. ed., 1ª. reimp., México, El Colegio Nacional/Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 302-303.

el edificio del Derecho, la sociedad y el Estado[72]. No sobra decir, por cierto, que ese universalismo entra en crisis cuando se enfrenta a una realidad imperiosa, que pone frente a frente a quienes pueden satisfacer sus mayores necesidades -y otras de menor envergadura-, y a quienes se hallan, de *facto*, impedidos para hacerlo[73]. ¿Cuál es, paradójicamente, la geografía del universalismo?

Desde luego, universalismo no es equivalente a globalización o mundialización, un proceso que ha encendido la polémica. En el viento de la universalidad soplan corrientes devastadoras, que han engendrado protestas crecientes en cada plaza donde la mundialización aparece, encarnada y flagrante -los hechos de julio del 2001, en Génova, son apenas un eslabón en la cadena[74]-, y han suscitado la crítica de un buen sector del pensamiento moderno, que denuncia el choque frontal entre la ideología del constitucionalismo, en su más luminosa versión, y la ideología de la mundialización económica[75]. Es evidente que esas co-

72 Los derechos humanos son «un referente inexcusable de la modernidad», su «signo distintivo»; en «los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos», indica Miguel Carbonell en su artículo «Los derechos en la era de la globalización», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional..., op. cit.*, p. 325.

73 Ha surgido una antinomia: «la existente entre el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía». No es suficiente ser persona; hay que ser, además, ciudadano. Ferrajoli, «Más allá de la soberanía...», Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional..., op. cit.*, pp. 315-316.

74 Hechos que convirtieron a Génova en una «zona de guerra. Italia no había presenciado semejante violencia en varias décadas»; una violencia que empañó el «primer momento de gloria internacional» del nuevo gobierno de Silvio Berlusconi. *«After the Genova summit, Picking up the pieces»*, en *The Economist*, Inglaterra, july 28th-august 3rd 2001, p. 29. Fue así como la realidad estableció su propia presencia en lo que Berlusconi calificaría, ante el Senado, como «un éxito diplomático y político» para Italia. *«M. Berlusconi tente de désamorcer la polémique sur les violences policières de Gênes»*, en *Le Monde*, Francia, dimanche 29-lundi 30 juillet 2001, p. 3.

75 «No se necesita demasiada perspicacia -escribe Pedro de Vega- para percatarse de que en el seno de una sociedad civil recorrida en su conjunto por los deplorables efectos de la mundialización económica, cualquier constructivismo ético de la vida política y social ha de verse inexorablemente condenado al más estrepitoso fracaso». Chocan frontalmente la ideología del constitucionalismo y la ideología de la mundialización económica. «Mundialización y Derecho constitucional...», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional..., op. cit.*, pp. 175-177. Gerardo

rrientes devastadoras ponen sitio a los derechos de un amplísimo conjunto, los relativizan -tanto, por lo menos, como el relativismo cultural- y finalmente los convierten, en el mejor de los casos, en utopía o ilusión.

La universalidad, que «arranca del humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes»[76], puede ser observada desde diversos planos; en todo caso, «para mantener la imprescindible idea de universalidad *a priori* hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos»[77]. Nadie debiera quedar excluido de los beneficios que entrañan los derechos humanos, y más estrictamente, nadie debiera hallarse al margen de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan el medio precioso para la exigencia, la consolidación o la recuperación de esos derechos. A esto corresponde la idea de la universalidad de las cartas de derechos -declaraciones y pactos- y de las jurisdicciones contenciosas creadas a la luz de aquéllas. Bajo el mismo concepto se inscribe el regionalismo -europeo, americano, africano-, que ha dado grandes pasos adelante[78]. No pugna, por lo demás, con la corriente universalista. Cada

Pisarello señala «desde un punto de vista jurídico-político, que en la medida en que los derechos de una parte creciente de la humanidad son enunciados cada vez más como mercancías, y no como auténticos derechos; esto es, indisponibles e innegociables, la globalización contradice y usurpa el principio ilustrado de universalidad concebido como un ideal de emancipación humana y, en ese sentido, de progreso moral». «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico», en *ibidem,* p. 244.

76 Gregorio Peces-Barba Martínez, «La universalidad de los derechos humanos», en AAVV, *La Corte y el sistema interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Rafael Nieto Navia, editor, Organización de los Estados Americanos/Unión Europea, 1994, p. 399.

77 «Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin, nos situamos en el plano espacial, por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción». Peces-Barba, *ibidem,* p. 401.

78 Es así que se ha «europeizado» el Derecho de los países de aquel Continente. Hoy se habla, inclusive, de un «Derecho constitucional nacional de Europa». *Cfr.* Peter Häberle, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 66 y ss.

método tiene sus ventajas y contribuye a su manera en el gran objetivo común[79].

Los vientos de la globalización –«término poco agradable»[80] y concepto que requiere precisiones-[81] soplan sobre los derechos humanos y sugieren el replanteamiento de las grandes corrientes que han interesado o ahora interesan a la vida internacional. En punto donde concurren las reivindicaciones de soberanía, en un extremo, y de tutela de los derechos humanos, en el otro, con sus copiosas implicaciones en cada caso[82]. El fortalecimiento de las democracias liberales, tras el ocaso del comunismo, ha puesto en manos de algunos países la opinable «misión» de velar por los derechos humanos en su concepción liberal, arraigada en las tradiciones de Occidente, y en este mismo ímpetu se han ampliado las instancias internacionales de salvaguardia de esos derechos[83]. Sobra decir que en estas circunstancias resulta indispensable «repensar» con-

79 Héctor Gros Espiell considera que «universalismo y regionalismo deben coexistir, en un proceso recíproco de cooperación y estímulo, del que mucho puede esperarse, para la corrección o la atenuación de los factores que disminuyen o atenúan la eficacia y la efectividad de los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos». Este autor -expresidente de la CIDH- observa que «puede ser peligroso que sólo exista un régimen regional, por las presiones y las afinidades políticas en la región, que en ciertos casos pueden ser factores negativos para la acción internacional, pero no es conveniente, en principio, que sólo exista un sistema universal, ya que, en ciertas situaciones, esto puede dificultar la acción internacional que, a su vez, puede ser en ocasiones más eficaz por el contacto, la proximidad y las afinidades regionales». «Universalismo y regionalismo...», en AAVV, *Los tratados sobre derechos humanos..., op. cit.*, p. 15.

80 En expresión de Anthony Giddens, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de Pedro Cifuentes Huertas, México, Taurus, 1999, p. 40

81 «Uno de los problemas de la expresión globalidad es que la misma es considerada, al menos, como metáfora, descripción, ideal o necesidad», escribe Cossío, que también propone avanzar en el examen, todavía insuficiente, de la dimensión jurídica de la globalidad. *Cambio social..., op. cit.*, p. 200 y ss.

82 Entre ellos, las posibilidades de intervención, que cubren un amplio elenco; «de la presión diplomática a las sanciones económicas y a la intervención militar». David Wippman, *«Defending democracy through foreign intervention»*, en AAVV, *El papel del Derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 129.

83 *Cfr.* Miguel De la Madrid, «Soberanía nacional y mundialización», en AAVV, *El papel del Derecho internacional..., op. cit.*, p. 15.

ceptos tradicionales[84]; no para eliminarlos, en mi concepto, sino para conferirles vitalidad y persistencia en la nueva escena internacional.

No hay admisión pacífica del principio de universalidad[85], que, por lo demás, tampoco excluye cierta consideración derivada de la diversidad cultural,[86] ni hace de lado «alguna corrección conceptual», vinculada con datos históricos[87]. Recientes explicaciones colocan la pretensión

84 Por varias razones se sostiene que el Estado nacional constituye la «base de la organización política de los países y de la organización internacional. Al mismo tiempo, el concepto de soberanía entra en un proceso dinámico de adaptación, en el que será necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad de mantener el Estado nacional y la de mejorar, perfeccionar y ampliar la competencia de la organización internacional». De la Madrid, *ibidem*, p. 18.

85 Así, Rodolfo Stavenhagen reexamina el tema bajo la óptica de los pueblos indígenas, «actores emergentes»; quienes defienden el relativismo «señalan que el mundo real está formado por una multiplicidad de grupos y pueblos culturales distintos, y que a menos que se reconozcan los problemas particulares relacionados de cada grupo, se trata simplemente de abstracciones sin sentido». *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, p. 17. Sobre los riesgos del relativismo, precisamente en lugares donde éste se presenta como medio para la protección de comunidades tradicionales, *cfr.* Carbonell, «Los derechos en la era...», *op. cit.*, 329.

86 Jesús González Amuchástegui examina los resultados de la Conferencia de Viena, a la luz de su Declaración final (un tema al que me refiero en los siguientes párrafos, desde la perspectiva de Huntington), y se pronuncia por «una reivindicación firme de la noción de humanidad», idea que «está en la base de un requisito que los filósofos morales coinciden en exigir a las normas morales, la universalidad»; se debe seguir «profundizando en la determinación consensuada (del) paradigma o *standard* de moralidad universal» al que deben conformarse las leyes internas; pero la «pretendida legitimidad universal de dicho *standard* moral debe ser compatible con el respeto y el reconocimiento de la diversidad cultural». Sin embargo, «dos matizaciones son urgentes: en primer lugar, este reconocimiento de la diversidad cultural no puede ser ilimitado; y en segundo lugar, la puesta en práctica de (los) derechos de los pueblos a la autodeterminación y a la identidad cultural debe ser cautelosa y prudente». «Derechos humanos: universalidad y relativismo cultural», en AAVV, *La Corte y el sistema..., op. cit.*, p. 215 y ss. Sobre los problemas que enfrenta el universalismo en África, donde es preciso considerar -y conciliar- las concepciones características de los mundos musulmán, occidental y «animista», *cfr.* Isaac Nguema, «*Universalité et specificité des droits de l'homme en Afrique*», en *ibidem*, pp. 361 y ss. Acerca del debate entre universalismo y relativismo cultural, *cfr.* María Dolores Prieto Davó, *Economía abierta, globalización y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, p. 44 y ss.

87 Germán Bidart Campos señala que «la universalidad de los derechos humanos no ofrece inconveniente con alguna módica corrección conceptual». Los derechos son

occidental sobre la universalidad de los derechos humanos -como de otras creencias, costumbres, desarrollos- en el centro de la confrontación entre culturas[88]: occidente querría extender sobre el mundo entero su modo de ver y querer la vida; pero otras culturas resisten: lo que para aquél es universalismo, para éstas es imperialismo[89]. No se hallan lejos los ecos de una controversia que cedió al cabo de la guerra fría entre el concepto «capitalista» de los derechos humanos y la democracia, y la noción «socialista» sobre los mismos extremos. Empero, la polémica no tiene hoy el eje ideológico, político y económico que tuvo, sino corre sobre las confrontaciones culturales -distancias y cercanías, que reconstruyen el mapa de las tensiones internacionales en la postguerra fría-; son ellas el motor de los nuevos conflictos.

A la vista de los debates y resultados de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, de Naciones Unidas (Viena, 1993), Huntington invoca las elocuentes expresiones de diversos participantes y observadores, que dan cuenta de una crisis generada por el cuestionamiento sobre la universalidad del concepto corriente de los derechos humanos. Se dice que «el régimen internacional de derechos humanos de 1945 [...] ya no existe [...]. El mundo es ahora tan árabe, asiático y africano como occidental. Hoy la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales son menos relevantes para gran parte del pla-

debidos al hombre, en todas partes, «pero conforme a la situación histórica, temporal y espacial que rodea a la convivencia de (los) hombres en (el) Estado [...]. El modo de realización de los derechos exigido por el valor es, por propia naturaleza y vocación de encarnadura histórica del mismo valor, variable y dependiente de las situaciones sociopolítico-jurídicas». *Teoría general..., op. cit.*, p. 45.

88 «Occidente, y particularmente los Estados Unidos, que siempre han sido una nación misionera, cree que los pueblos no occidentales deben comprometerse con los valores occidentales de democracia, mercados libres, gobierno limitado, derechos humanos, individualismo, imperio de la ley, y deben incorporar dichos valores a sus instituciones. En otras civilizaciones hay minorías que aceptan y promueven estos valores, pero las actitudes dominantes hacia ellos en las culturas no occidentales van del escepticismo generalizado a la oposición radical». Samuel P. Huntington, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, trad. de José Pedro Tasaus Abadía. Paidós, 1ª. ed., reimp, 2000, p. 217. Occidente se esfuerza frente a otras sociedades por «promover los valores e instituciones políticos occidentales presionando (a aquéllas) para que respeten los derechos humanos tal y como se conciben en Occidente y para que adopten la democracia según los criterios occidentales». *Ibidem*, p. 220.

89 *Cfr.* Samuel P. Huntington, *El choque de las civilizaciones..., op. cit.*, p. 217.

neta que durante la era inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial»[90].

El punto de las jurisdicciones internacionales suscita numerosos temas relevantes. Uno de ellos, que hoy atrae la atención de políticos y juristas -y que merece el interés de los mexicanos, siempre en la víspera de reformas constitucionales, que en este caso serían pertinentes-, es el relativo a la relación entre las normas del orden jurídico internacional y las disposiciones del Derecho doméstico[91]. El examen de este asunto y las implicaciones que ha tenido en los ordenamientos nacionales nos ponen a la vista de un sistema en evolución, cuyo destino es predecible.

Sobre este punto hay diversas soluciones posibles. La primera en el tiempo, que largamente prevaleció sin oposición severa, sostiene el predominio del Derecho nacional en general sobre el Derecho de gentes; el argumento que esgrime es la soberanía. Una posición más moderada en este mismo campo sugiere el predominio de la Constitución nacional sobre las disposiciones internacionales, que prevalecerían, sin embargo, sobre otras normas domésticas. Hay soluciones que proponen la interpretación de los derechos humanos recogidos en la ley nacional a la luz del Derecho internacional, que de esta manera propiciaría el mayor y mejor alcance de aquéllos[92]. Otros tratadistas -sobre todo en el campo del Derecho internacional, por supuesto- acogen sin reticencia el predominio de ese orden jurídico sobre el régimen interno de los Estados, que se plantearía, inclusive, en el caso de los propios textos constitucionales: sobre ellos prevalece la norma internacional[93].

90 O bien, en los términos de otro crítico: «Por primera vez desde que la Declaración Universal fue adoptada en 1948, están en primer plano países no impregnados completamente de las tradiciones judeo-cristianas y de derecho natural. Esa situación sin precedentes definirá la nueva política internacional de derechos humanos. También multiplicará las ocasiones de conflicto». *Cit.* Samuel P. Huntington, *El choque de las civilizaciones...*, *op. cit.*, p. 233.

91 Es muy amplia la bibliografía sobre este punto, como acerca de los restantes que se examinan en este artículo. Entre las exposiciones panorámicas de publicación reciente, *cfr.* Germán Bidart Campos, «Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2001, pp. 665 y ss.

92 *Cfr.*, en cuanto al régimen argentino, Germán Bidart Campos, «La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna», en AAVV, *La Corte y el sistema...*, *op. cit.*, p. 46.

93 Carlos Ayala Corao, que examina las relaciones entre norma nacional y norma

La expresión más viva de esa superioridad se localizaría en el *jus cogens,* que no puede ser negado, desvirtuado o reducido por los Estados[94], un concepto de antigua raíz, que proviene de Francisco de Vitoria y de su idea sobre una *auctoritas totius orbis*, y al que Francisco Suárez llamó *jus praeceptivum.*[95]. En esta dirección avanzó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[96], e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de conocer algún caso sobre esta materia[97]. Digamos, por último, que se ha considerado posible es-

internacional, se refiere –entre otros sistemas- a los ordenamientos que reconocen a ésta rango supraconstitucional; así, el caso de la Constitución de los Países Bajos, de 1956 (artículo 63°: «si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución»), reformada en 1983; el artículo 83° declara que un tratado prevalece sobre la Constitución si es aprobado por mayoría de dos tercios de los votos escrutados. También se refiere -citando al jurista costarricense Piza Rocafort- a los supuestos de las constituciones de Guatemala y Honduras. *Cfr.* «La jerarquía de los tratados de derechos humanos», en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano..., op. cit.*, pp. 141-142.

94 Los autores de raíz jusnaturalista fundan la ley positiva en la norma natural, independiente de la voluntad de los Estados; otra cosa postula el positivismo: la norma jurídica proviene de la voluntad de los Estados que pactan sus propios compromisos. *Cfr.* Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho internacional*, Bogotá, Temis, 1983, t. I, pp. 310-311.

95 *Cfr.* Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho internacional. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 35.

96 Dice, en efecto: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter» (artículo 53°). Son normas de Derecho taxativo o *jus cogens* -escribe Alfred Verdross-, entre otras, las «reconocidas como tales por los pueblos civilizados, como el principio de que no tienen fuerza obligatoria los tratados inmorales y los que violan los principios de humanidad». *Derecho internacional..., op. cit.* p. 81. *Cfr.* Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (Estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982.

97 Así, al tomar conocimiento de un tratado de 19 de septiembre de 1762, celebrado entre la tribu Saramaca y los Países Bajos, que concedió autonomía a los indígenas saramacas, asentados en el territorio actual de Suriname, en cuyos términos aquéllos se obligan, entre otras cosas, a capturar a los esclavos fugitivos y devolverlos al gobernador de Suriname, quien pagaría entre 10 y 15 florines por cada uno; una cláusula permitió,

tablecer determinada prelación en el sistema de los tratados, favorable a los convenios internacionales sobre derechos humanos, que no sólo incorporan obligaciones de los Estados entre sí -sostiene esa corriente de opinión, acogida en la jurisprudencia de la CIDH-, sino ante la comunidad internacional en pleno y ante los individuos; son los intereses profundos de aquélla y de éstos lo que viene al caso en la hipótesis de los tratados sobre derechos humanos, y no exclusivamente las relaciones directas entre los Estados[98].

Por cierto, cuando aludo a tratados sobre derechos humanos no me refiero sólo a los instrumentos que únicamente consideran esta materia,

asimismo, la venta de otros cautivos. Obviamente, semejante tratado sería nulo en la actualidad, en virtud del *jus cogens superveniens*. «Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos». CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993*. Serie C No. 15.

98 Sobre el particular, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta los criterios de otros órganos y tribunales, entre ellos el parecer de la Corte Internacional de Justicia, en *Opinión Consultiva Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1951)*. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982*, acerca de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*: «los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia el individuo bajo su jurisdicción». Párr. 29. En el mismo sentido, *cfr. Caso del Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999*, Serie C No. 55, párr. 41, y *Caso Ivcher Bronstein. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999*. Serie C No. 54, párr. 42. Últimamente, la Corte Interamericana volvió sobre el tema en el *Caso Hilaire, Excepciones preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001*, párr. 94: la Convención Americana, al igual que los restantes tratados de derechos humanos, «se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección al ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno».

como el Convenio Europeo de Roma, los Pactos de Naciones Unidas o la Convención Americana, sino a cualesquiera acuerdos formales entre Estados -con rango de convenio, pacto o tratado- en que se abarcan uno o más derechos humanos, aunque éstos no sean el tema preferente o fundamental del instrumento. En otros términos, viene al caso la precisión que hizo la propia Corte Interamericana al emitir su *Opinión Consultiva OC-16,* en lo que respecta a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuestión a la que me referiré *infra*, específicamente: aquí se alojan normas que cubren aquel ámbito (así, la información sobre el derecho a la asistencia consular, regulada por un precepto: artículo 36°), aun cuando el tema esencial de la Convención es el régimen de las relaciones consulares[99]. Por otra parte, hay que mencionar ahora, asimismo, que los derechos recogidos en los tratados no constituyen, en modo alguno, el «máximo» posible en esta materia, sino un «mínimo»: así, «dejan sitio a derechos implícitos y a un mejoramiento de lo que esos tratados formulan».[100]

En México, el artículo 133° aborda y resuelve la cuestión: los tratados internacionales, es decir, el *ius gentium* convencional, forman parte

99 En la OC-16, la Corte Interamericana tuvo en cuenta, asimismo, sus propios desarrollos en la OC-1 (*Cfr. «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (Artículo 64° Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.* Serie A No. 1; opinión, punto primero). En el párr. 76 de la OC-16, la Corte hizo ver que «México (Estado que pidió la opinión) no solicita al Tribunal que interprete si el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es la protección de los derechos humanos, sino si una norma de ésta concierne a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal (se alude a la OC-1/82), que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal». Una vez desarrollado su argumento, que se funda en las características de la función de asistencia consular en estos casos, la Corte concluye que el citado artículo 36° «efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél». De ahí que esta disposición «concierna» a un derecho del individuo, cuya naturaleza se explora en otra parte de la Opinión Consultiva.

100 Germán Bidart Campos, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 441. La Convención Americana hace ver que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar o excluir derechos o libertades recogidos en otros ordenamientos. Interesa, sobre todo, la preservación de «otros derechos y garantías, que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno» (artículo 29°).

de la ley suprema de la Unión[101]. Existe, empero, una condición perentoria: que esos tratados, acuerdos internacionales de voluntad, se realicen en forma consecuente con la Constitución y que sean aprobados por el Senado de la República[102]. Se trata, pues, de un acto jurídico complejo, en el que se asocian la voluntad del Ejecutivo y la del Senado[103], no así la del Legislativo en su conjunto, que abarca a la Cámara de Diputados. Tampoco se inscriben en este marco las resoluciones, declaraciones y otros actos del Derecho internacional público[104] en los que no se presenta ese acto complejo reclamado por la ley fundamental de la República, no obstante el valor que pudieran tener bajo una variable concepción que ayer negaba imperio jurídico a las declaraciones[105] y

101 No se alude, sin embargo, a otra fuente de notable relevancia, cuyas aportaciones suelen preceder e informar las normas convencionales: la costumbre internacional. El silencio constitucional y jurisprudencial suscita interrogantes. *Cfr.* Manuel Becerra Ramírez, «Derecho internacional...», en *El Derecho en México..*, *op. cit.*, pp. 1389-1390.

102 «Esta Constitución -resuelve el artículo 133° de la mexicana, que llegó a nuestra ley fundamental a partir del artículo 6°, inciso 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América-, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión». Añade el precepto, en una patente manifestación del control difuso de la constitucionalidad, que no ha permeado, sin embargo, la actividad de los tribunales mexicanos: «Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados». El precedente norteamericano señala: «Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado». *Cfr.* comentario sobre la conexión entre ambos preceptos, en Ruperto Patiño Mánffer, «Comentario al artículo 133° constitucional», en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4ª. ed., México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, t. XII, p. 1175 y ss.

103 Es atribución del Presidente de la República «celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado» (artículo 89° constitucional, fracción X), y lo es del Senado «aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión» (artículo 76°, fracción I).

104 *Cfr.* Jorge Castañeda, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, El Colegio de México, 1967.

105 Las declaraciones universal y americana –señaló Eduardo Novoa Monreal- «por sí mismas no tienen efecto normativo ni valen para imponer a un Estado determi-

hoy se lo reconoce en forma creciente[106], reconocimiento que se extiende explícitamente, por supuesto, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[107].

En la pirámide normativa mexicana, la ley suprema domina al tratado. Durante mucho tiempo se entendió que los tratados tenían el mismo valor normativo que las leyes federales emanadas de la Constitución: ordenamientos que desarrollan, como las ramas de un árbol que prolongan el tronco -decía Mario de la Cueva-, los textos de la norma fundamental[108].

---

nado el reconocimiento o el respeto de los derechos de quienes viven en su territorio». *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, México, Siglo XXI Editores, 1979, pp. 16-17.

106 La Proclamación de Teherán, emitida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 1968, estableció: «La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional» (punto 2). César Sepúlveda subraya que hoy día no es posible discutir el valor de las resoluciones internacionales para el orden legal y la sociedad de Estados. Precisa: «Unas de ellas pueden ser ya consideradas como derecho internacional general consuetudinario, otras como una interpretación autorizada de los preceptos de la Carta, unas más como nuevo derecho donde no lo había, y todavía existen otras que elaboran con mayor detalle y con mejor precisión normas básicas preexistentes». *El Derecho de gentes..., op. cit,* p. 112; asimismo, p. 164 y ss. En este punto del desarrollo del Derecho internacional, considero pertinente rectificar la opinión que sostuve, treinta años atrás, en alguno de mis primeros trabajos sobre la materia, acerca del carácter no vinculante de las grandes declaraciones de derechos. *Cfr.* mi libro *Los derechos humanos y el Derecho penal*, cuya primera edición apareció en 1976 bajo el sello de SepSetentas.

107 En 1949, el Comité Jurídico Interamericano entendió que la Declaración de Bogotá no creaba obligaciones convencionales entre los Estados y carecía de la condición de Derecho Internacional positivo. En 1975, Thomas Buergenthal consideró que el Protocolo de Buenos Aires, que enmendó la Carta de la OEA y atribuyó a la Comisión Interamericana la calidad de «órgano principal» de aquella organización, también modificó el carácter de la Declaración de 1948 en tanto elevó el Estatuto de la propia Comisión al rango de «parte integral de la Carta». *Cfr.* Christina M. Cerna, *«International law and the protection of human rights in the Inter-American system: rethinking national sovereignty in the age of regional integration»*, en AAVV, *El papel del Derecho internacional..., op. cit.*, pp. 214-215.

108 *Cfr.* Mario De la Cueva, *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Porrúa, 1982, p. 113 y ss.

La Suprema Corte de Justicia ha modificado aquella opinión[109]. Este tribunal sostuvo ya que los convenios internacionales poseen mayor rango que las leyes federales derivadas inmediatamente de la Constitución: aquéllos comprometen a la nación en su conjunto y rebasan los ámbitos asignados a la ley federal y a la ley local; plantean deberes en el plano regional o mundial y pueden versar sobre cualesquiera materias -con exclusión de las proscritas por la ley fundamental: por ejemplo, supresión de garantías[110]-, tanto las reservadas a los Estados como las atribuidas a la Federación.

Anteriormente, el mismo supremo tribunal mexicano consideró que había igualdad jerárquica entre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la ley suprema y los tratados internacionales[111]. El nuevo criterio[112] esgrime dos razones, como ya señalé: a) los tratados, «compromisos internacionales (,) son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad

109 Sobre los diversos criterios sustentados por la jurisprudencia federal en esta materia, *cfr.* Loretta Ortiz Ahlf, «Jerarquía entre leyes federales y tratados», en AAVV, *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2000, t. II, pp. 1045 y ss.; y Guadalupe Barrera y Carlos Montemayor «Incorporación del Derecho internacional en la Constitución mexicana», en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, en *Derechos Humanos. Memoria...*, *op. cit.*, p. 172 y ss. En este trabajo se examina también el silencio constitucional en relación con la costumbre internacional, p. 183 y ss., así como la incorporación de decisiones judiciales de tribunales internacionales, p. 188 y ss.

110 Artículo 15° constitucional: «No se autoriza la celebración [...] de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano». Este precepto fue invocado para objetar la suscripción, por parte del gobierno de México, del Estatuto de Roma (1998) que crea la Corte Penal Internacional.

111 Así, en P.C./92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, No. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p. 27. En foros profesionales se ha propuesto modificar la Constitución para que las leyes federales que emanen de la Constitución y los tratados internacionales guarden «igual jerarquía entre sí». Eduardo Revilla Martínez «Órgano facultado para celebrar y aprobar tratados», en AAVV, *Propuestas de reformas...*, *op. cit.*, t. II, p. 645.

112 A.R. 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999, Novena Época, Pleno, *SJF y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVII/99, p. 46. Materia: constitucional. Tesis aislada.

internacional». En tales casos, el Presidente de la República suscribe como jefe de Estado y el Senado interviene como «representante de la voluntad de las entidades federativas»; y b) «en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas». El Presidente y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

La renovadora tesis de la Suprema Corte de Justicia, que alienta la conveniencia de una enmienda constitucional sobre el procedimiento doméstico para la aprobación de los tratados, acaso con la participación de la Cámara de Diputados -como ha sugerido un sector de la doctrina[113] y se ha propuesto en foros políticos[114]-, alecciona sobre futuras

113 El tema ha sido examinado por Diego Valadés, quien apunta que la Constitución mexicana conserva una solución -la aprobación de tratados a cargo del Senado, únicamente- que ya no recogen otras constituciones. Además -advierte- por obra de la globalización o mundialización «el número de cuestiones que van siendo consideradas como propias de la comunidad internacional va en aumento, por lo que la competencia normativa del presidente y del Senado puede ensancharse de una manera prácticamente ilimitada». *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 74-76. Leonel Pereznieto Castro examina el problema que se crea cuando un tratado versa sobre materia reservada a las entidades federativas. Sugiere que en estos casos intervenga una comisión dictaminadora de la Cámara de Diputados, que haga el planteamiento correspondiente al Senado, o bien, una comisión conjunta de ambas Cámaras que lleve recomendaciones a éstas. Sin embargo, en la propuesta de reforma constitucional que el mismo autor formula sólo alude al caso de tratados internacionales que «impliquen la modificación de legislación federal». *Cfr.* «Participación de las entidades federativas en la celebración de acuerdos interinstitucionales y los tratados que versen sobre derecho común», en AAVV, *Propuestas de reformas..., op. cit.*, t. II, pp. 1072 y 1074.

114 Se sugiere «facultar a la Cámara de Diputados para aprobar tratados internacionales; se plantearon dos procedimientos que, sin obtener acuerdo, obtuvieron mayorías: a) facultar a ambas cámaras del Congreso para aprobar todos los tratados, y b) establecer una distinción legal por materia para que, en razón de su naturaleza, unos instrumentos pasen por la aprobación de ambas Cámaras y otros, sólo por el Senado; en todos los casos, el Senado es la cámara de origen». En este mismo trabajo se manifiesta la sugerencia de «enviar los instrumentos aprobados por el Congreso o, en su caso, por el Senado a las legislaturas locales con la finalidad de que éstas actualicen las leyes ordinarias a fin de iniciar el proceso de incorporación en sus respectivos ámbitos». Porfirio Muñoz Ledo (coord.),Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, *Conclusiones y propuestas*, México, UNAM, 2001, p. 267.

reformas constitucionales, que tendrían su base en el desarrollo de la vida jurídica internacional y en la posición que México asuma en esta materia.

También es relevante mencionar la posibilidad de que se abra la vía del amparo contra violaciones a derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales -como ocurre en otros países- suscritos y ratificados por México, con aprobación del Senado. En el pasado, esta propuesta se miró con escepticismo[115]; acaso ya existen las condiciones, en este momento animado por la tutela de los derechos humanos, para que el juicio de garantías avance en la dirección que le permita tutelar tanto las garantías individuales que la Constitución consagra como los derechos humanos que otros instrumentos -integrados en el ordenamiento mexicano, bajo el artículo 133° constitucional- reconocen.

Esta última es la propuesta -plausible, a mi modo de ver- que plantea el proyecto de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo elaborada por una comisión de respetables juristas[116] bajo el auspicio de la

115 Así, el profesor Antonio Martínez Báez (que en este punto discrepaba explícitamente del parecer de Antonio Carrillo Flores): «la correlación de los sistemas de derechos humanos (es decir, garantías constitucionales mexicanas y derechos estatuidos por los textos internacionales) no alcanza a fundirlos en uno solo, y [...] la defensa mexicana de las garantías individuales, o sea el Juicio de Amparo, habrá de mantenerse para asegurar los derechos consagrados en nuestra Carta Magna, al través de sus conocidos mecanismos jurisdiccionales», al paso que «la instancia adecuada para intervenir en la defensa de esos derechos humanos supranacionales, habrá de residir en organismos especializados, de integración también plurinacional, que superen las naturales limitaciones de los tribunales domésticos o de carácter municipal». «Correlaciones entre la Constitución y los Pactos de las Naciones Unidas», en AAVV, *Los tratados sobre derechos humanos..., op. cit.*, p. 28.

116 La Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo quedó integrada por los abogados Humberto Román Palacios (ministro de la Suprema Corte y coordinador general de la Comisión), Juan N. Silva Meza (ministro de la Suprema Corte), César Esquinca Muñoa (magistrado de circuito), Manuel Ernesto Saloma Vera (magistrado de circuito), Héctor Fix-Zamudio (académico), José Ramón Cossío Díaz (académico), Javier Quijano Baz (abogado postulante) y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (abogado postulante). Acerca de los trabajos realizados por esta Comisión, *cfr.* «Presentación» («A la comunidad jurídica nacional»), en el volumen *Proyecto de la Suprema Corte de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, p. 10 y ss.

Suprema Corte de Justicia de la Nación[117], con la que se daría cumplimiento, además, a la exigencia del artículo 25.1 de la Convención Americana acerca de protección judicial, de la que *infra* me ocuparé. Habría que precisar, aunque la respuesta se desprende de una rigurosa lectura del texto de la propuesta, si la expresión «instrumentos internacionales generales» sólo abarca los tratados, en sentido estricto, criterio que comparto, o si es debido extenderla a todos los instrumentos sobre derechos humanos, lo que traería aquí el amplísimo número de declaraciones emitidas por órganos internacionales o en conferencias de este carácter, con la participación y la firma de México.

Conviene tomar en cuenta que no siempre se asigna el mismo valor a todos los tratados internacionales[118], como antes señalé a la cabeza suelen ir -para un buen sector de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación- los correspondientes a derechos humanos[119], e inclusive entre

117 El proyecto sugiere este nuevo texto del artículo 103° constitucional, con su correspondencia en la Ley de Amparo (artículo 1°): «Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado». *Cfr.*, las Exposiciones de Motivos de la reforma constitucional y de la propuesta Ley de Amparo, en *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103° y 107° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2001, pp. 31-32 (Ley de Amparo) y 255-257 (Constitución). *Cfr.*, igualmente, por lo que toca a la primera versión del proyecto, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, «Breves comentarios al proyecto de nueva Ley de Amparo», en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001,pp. 209 y ss. El primer párrafo del artículo 27° de la nueva Constitución venezolana, de 1999, estatuye: «Toda persona tiene el derecho de ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a las personas que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

118 *Cfr.* Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana, *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el Derecho interno*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo/ American University, 1999, p. 87 y ss.

119 En México se ha planteado: «Establecer la jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano, ubicando en primer lugar a la Constitución y a los instrumentos

éstos hay cierta jerarquía. De ello es muestra clara el régimen constitucional argentino, en el que aparecen cinco tipos de tratados: dos de ellos relativos a derechos humanos; unos, específicamente mencionados, con «nombre y apellido»; otros, «los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos»[120]. También la muy reciente Constitución venezolana asigna el más alto valor al Derecho internacional convencional sobre derechos humanos[121].

Los convenios referentes a derechos humanos tienen un rasgo diferencial, con respecto a los restantes actos similares del Derecho internacional: están «destinados a obligar a los Estados parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados»[122]. Digamos, finalmente, que un sistema de control difuso de la constitucionalidad y de las normas del más alto rango preceptivo lleva a los jueces ordinarios a aplicar la norma internacional por encima de lo que prevengan las disposiciones de menor jerarquía.

Sea de esto lo que fuere, es evidente que resulta necesario abrir el ámbito del Derecho nacional a la recepción de las normas internacionales y, por ende, de las jurisdicciones de esta misma naturaleza. Tal es el

internacionales en materia de derechos humanos; en segundo lugar, al resto de los tratados y, por último, a las leyes federales y locales». Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, *Conclusiones..., op. cit.*, p. 272. En el mismo sentido, *cfr.* Ortiz Ahlf, «Jerarquía entre leyes...», en AAVV, *Propuestas de reformas..., op. cit.*, t. II, p.1052.

120 *Cfr.* Jorge R. Vanossi, «Los tratados internacionales ante la reforma de 1994», en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 106-107. Las categorías, desde la perspectiva de la Constitución argentina, son : tratados clásicos; tratados y normas vinculados con derechos humanos mencionados en el inciso 22 del artículo 75° «y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema»; «los demás tratados y convenciones de derechos humanos»; tratados de integración con los países latinoamericanos; y tratados de integración con Estados no latinoamericanos.

121 Artículo 23°: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público».

compromiso contraído por Estados que suscriben convenios en materia de derechos humanos -como la Convención Americana, cuyo artículo 1° es explícito sobre el deber de adoptar medidas que permitan la observancia de las estipulaciones del tratado-, y en este sentido habría que considerar futuras reformas al ordenamiento jurídico mexicano[123], ahora que nuestro país ha ingresado en el espacio de jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[124].

122 Germán Bidart Campos, «El artículo 75°, inciso 22, de la Constitución nacional», en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit.*, p. 78.

123 Como la anunciada reforma al artículo 21° constitucional, que actualiza la normativa constitucional a propósito de las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales, e introduce al ordenamiento mexicano el régimen de la Corte Penal Internacional.

124 Desde luego, el tema de la recepción nacional de las normas internacionales -que involucra el problema de la prelación normativa, pero no se reduce a él- se ha planteado dondequiera y ha producido numerosos estudios relevantes. *Cfr.*, para una revisión general, algunos de los trabajos contenidos en la obra de en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desde la perspectiva de un jurista español

Miguel Revenga Sánchez

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («La Carta», en lo sucesivo), proclamada por el Consejo Europeo en diciembre de 2000, es uno de esos textos que hacen las delicias de cualquier jurista, teórico o práctico del Derecho. Es un texto que entusiasma por su sencillez, cincuenticuatro artículos bien ordenados y sistematizados en capítulos, y un breve Preámbulo redactado con claridad diáfana. Se trata de un texto normativo bien diferente de los que estamos acostumbrados a leer en el ámbito del derecho Comunitario. Un texto que, hablando en líneas generales, «se entiende» sin necesidad de ser un experto, pero cuya densidad normativa y cuyas implicaciones simbólicas en lo político son enormes. No es de extrañar que en el año apenas transcurrido desde su aprobación hayan proliferado las Discusiones y los Convenios dedicados a analizarla, fruto de los cuales contamos ya con abundantes *papers* y alguna monografía . Porque además, en torno a la Carta, concurre una circunstancia que hace de ella un instrumento especialmente sugestivo para el diálogo científico. La Carta es, por el momento, puro *law on the books*, un texto precioso, pero falto en absoluto de práctica aplicativa que permita constatar lo acertado o desacertado de las diagnosis que se van realizando. Es como si, a resultas del plazo de espera marcado por el Consejo de Niza, se hubiera invitado a la comunidad científica a especular y a arrojar luces, antes de tomar cualquier decisión comprometida sobre el destino final del Documento.

La particular contribución que deseo realizar a ese debate es una enmarcada en límites bien precisos : en sentido negativo, los que resultan de mi condición de jurista teórico, constitucionalista por más señas, y más familiarizado, por tanto, con las «grandes cuestiones» de la

constitucionalización de Europa, que con los problemas de detalle derivados de la aplicación casuística del derecho comunitario. Y en sentido positivo, los que me impongo conscientemente, dadas mi procedencia y las características de la audiencia a la que tengo el honor de dirigirme. Hablo, pues, como el que soy : alguien interesado en cuestiones de teoría constitucional, que sigue, también como ciudadano, las discusiones sobre el futuro de Europa, y que enseña (y vive bajo el influjo de) la Constitución que los españoles nos dimos en 1978.

Me referiré brevemente, en primer lugar, al contexto político y constitucional en el que se inserta la nueva Carta de derechos (I). Analizaré luego, siempre desde la perspectiva española, la sistemática utilizada por la misma para recoger los derechos (II), y contemplaré, por fin, las incógnitas que la Carta abre de cara a una posible «constitucionalización» de Europa (III).

I. La Carta de derechos en el contexto constitucional de la integración

En la década transcurrida entre 1975 y 1985 (una década prodigiosa para muchos) España pasó de ser una dictadura pintoresca en el contexto europeo a estar integrada, como democracia plenamente normalizada, en la Comunidad Europea. La mayor parte de las fuerzas de oposición al franquismo venía considerando la integración en Europa, desde los años sesenta, como el destino deseable para la España democrática. Por eso no es de extrañar que, al tiempo de elaborarse la Constitución, se tuviera bien presente ese objetivo político y se instaurara un cauce expreso para hacerlo compatible con la norma constitucional. Dicho cauce expreso quedó recogido en el Capítulo que la Constitución consagra a los Tratados Internacionales y precisamente en el artículo que lo abre : «mediante ley orgánica - dice el artículo 93° - se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». El artículo habla, como se ve, de atribuir el ejercicio de competencias, no de ceder la competencia misma. Con tan sutil juego lingüístico se pretendió quizá calmar los ánimos de los «soberanistas» a ultranza, sentando una idea no del todo desacertada a la luz de los avatares jurídicos sufridos por los Tratados en los últimos años : la de que el fundamento último de la integración reside en la soberanía particulari-

zada de cada Estado-miembro y, relacionada con ella, al menos en el plano teórico, la de que la cesión del ejercicio de las competencias podría estar sujeta a revocación.

Bien sabían quienes hicieron la Constitución que esa posibilidad pertenecía más a la política ficción que a la realidad de unas Comunidades integradas entonces por nueve Estados (los seis originarios más el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca), pero no deja de ser curioso comparar el lenguaje calculadamente ambiguo del artículo 93°, con la rotundidad del utilizado para repartir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tanto conocían las implicaciones jurídico-políticas de una eventual integración, que para reasegurar que ella no fuera a producir un conflicto irresoluble con la norma constitucional, se contempló la posibilidad de un control preventivo sobre Tratados que pudieran incluir estipulaciones contrarias a ella, a cargo del Tribunal Constitucional. Así viene establecido en el artículo 95° CE, que obliga a poner en marcha la operación de reforma constitucional - aunque el artículo habla de «revisión» - con carácter previo a la celebración del Tratado, cuando se apreciara incompatibilidad entre el texto de éste y la Constitución. Tras la supresión, en 1985, del Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de leyes orgánicas, que recogía la Ley Orgánica del Tribunal, ese cauce del artículo 95° CE ha quedado como la única atribución de carácter preventivo, al estilo francés, dentro de un sistema de jurisdicción constitucional que, como se sabe, incluye también elementos característicos de los sistemas italiano (cuestión de inconstitucionalidad) y alemán (recurso de amparo).

Con tan escasos fundamentos constitucionales, objeto de abundante discusión doctrinal sobre el alcance del poder de integración que confieren, lo cierto es que la Ley Orgánica N° 10/1985, de 2 de agosto, autorizó la adhesión de España a las Comunidades (con efectos a 1° de enero de 1986 para la incorporación del derecho comunitario), y otro tanto hicieron varias leyes orgánicas para autorizar la ratificación del Acta Única Europea (LO 4/1986), el Tratado de la Unión Europea (LO 10/1992) y el Tratado de Ámsterdam (LO 9/1998). De todas esas ocasiones, la más conflictiva fue la que dio lugar, en 1992, a la reforma de Maastricht. Ella fue la que ha dado lugar a la única «Declaración», por el momento, del Tribunal Constitucional a través del cauce del artículo 95° CE. Y ella ha sido también la que originó la única reforma experimentada por la Constitución española en sus veintitrés años de vida. La reforma, de bien

limitado alcance, afectó al artículo 13°, para propiciar que los nacionales de países comunitarios pudieran concurrir como candidatos a las elecciones locales.

Hoy es un lugar común afirmar que el «manto de silencio constitucional» que cubre en España todo lo relativo al proceso de construcción europea, es algo insostenible. A raíz de Maastricht, el proceso de reforma, realizado sin intervención directa del electorado por la vía del referéndum, y culminado en pleno período vacacional, en agosto de 1992, no captó ni mucho menos el interés de la opinión pública. Quizá porque de todo lo decidido en Maastricht, la posibilidad del sufragio pasivo, como un aspecto de la incipiente ciudadanía comunitaria, no es precisamente lo más importante. El caso es que pesó el argumento de la «economía de la reforma» (no tocar la Constitución más de lo estrictamente imprescindible), y luego, en los años transcurridos desde entonces, es como si hubiéramos caído en una especie de fetichismo constitucional que tiende a ver en las propuestas de reforma no sé qué peligros desestabilizadores.

Incidentalmente cabe decir que, a través del artículo 93°, hemos tenido también, no hace mucho, otra cesión de competencias a instancias supranacionales, esta vez con motivo de la ratificación por España del Tratado sobre el Tribunal Penal Internacional (LO 6/2000).

Pero el proceso de integración no está sólo regido por las disposiciones que acabamos de recordar. A veces se olvida que, fuera del Capítulo dedicado a los Tratados Internacionales, y abriendo precisamente el Título que la Constitución consagra a los derechos fundamentales, encontramos un artículo que atañe de lleno a nuestro tema. Me refiero al artículo 10°, con sus dos Apartados, a cual más importante. En el primero se recoge lo que hoy solemos llamar la vertiente objetiva de los derechos, esto es, su condición de «fundamento del orden político y de la paz social». Y en el segundo se incluye la única disposición-guía en materia de interpretación de los derechos - quizá sería mejor decir del Derecho a secas - que podemos encontrar en la Constitución :

> «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En un principio se tendió a decir que esta disposición no añadía nada al artículo 96° CE, aquel que establece la recepción en el ordenamiento interno español de los Tratados válidamente celebrados. Pero la evolución de las cosas, y especialmente el abundante uso que el Tribunal Constitucional hizo enseguida de tal cláusula para explicar sus construcciones en materia de interpretación de los derechos, permitió que empezáramos a ser conscientes de su significado. Hoy nadie pone en duda el lugar central, y no meramente subsidiario, o a los solos efectos de interpretación sistemática, que el artículo 10.2 CE viene desempeñando en la elaboración dogmática de nuestro sistema de los derechos fundamentales. Sobre la estela del camino abierto por el artículo 16° de la Constitución portuguesa de 1976, en el que se inspiró el artículo 10.2 de la nuestra, la irrupción de lo que Häberle llama «el quinto método de interpretación», yuxtapuesto a los cuatro tradicionales de Savigny, es una de las marcas distintivas del constitucionalismo más reciente.

El método comparado, la apertura dialogante hacia el exterior, de cara a la interpretación de los derechos, están haciendo emerger, cada vez con más fuerza, un Derecho Constitucional Común de los derechos. Una cultura de los derechos (que se corresponde con una concepción del Derecho Constitucional como ciencia cultural) que cada vez es menos dependiente del marco estatal y que se va afirmando y reafirmando ante nuestros ojos a lo largo y ancho de la «gran Europa», la del Consejo y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tengo para mí que esa capacidad de integración de los derechos fundamentales se va a ver potenciada, de manera espectacular, por la Carta. Y creo también que un efecto de la Carta, que ya se deja sentir, es el de superar para siempre las relaciones de contraste y conflicto que los derechos reconocidos por cada Constitución nacional han tendido a manifestar con respecto al Derecho comunitario.

II. La Carta y su sistemática

Para cualquiera que esté acostumbrado a leer textos jurídicos en materia de derechos, lo primero que le llama la atención de la Carta europea es su distribución sistemática. Los derechos se agrupan en función de unos valores o unos principios *fuertes* (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), que la Unión, según se afirma en el Preám-

bulo, reconoce. Se reconocen derechos, libertades y principios, y estos últimos por sí mismos, sin perjuicio de que, en algún caso, se reformulen además como derechos. Acerca de esa positivización de los principios y de los valores, y en torno a la ausencia de cualquier gradación o jerarquía entre los derechos y principios que la Carta recoge, es sobre lo que me gustaría realizar alguna consideración desde la perspectiva española.

Los principios comunes en materia de derechos fueron, como es sabido, el expediente del que se valió el Tribunal de Justicia para evitar un choque frontal entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario. El Tratado de la Unión reforzó y multiplicó en 1992 la referencia a los principios y a las tradiciones constitucionales comunes, que han pasado a ser desde entonces - y así lo atestigua el Preámbulo de la Carta - el nexo de unión más consistente. Lo que llama la atención no es el valor simbólico, en lo político, de esa proclamación de fe en los valores comunes, sino el auge, en lo jurídico, de una técnica declarativa y una práctica aplicativa que es cada vez más «principialista» y, en consecuencia, menos tributaria de categorías y formulaciones concebidas en circunstancias históricas distintas, por no decir contrapuestas, a las del constitucionalismo democrático de nuestros días.

La experiencia española nos parece, desde este punto de vista, bastante interesante. Como es sabido, la CE de 1978 es pródiga en el reconocimiento de valores y principios. El artículo 1° propugna unos valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), y hace de la defensa de ellos el objetivo último del Estado social y democrático de derecho que se constituye. El 10.1 eleva la dignidad de la persona, con los derechos inviolables que le son inherentes, a la posición de fundamento del orden político y de la paz social. Y luego el considerable grado de abstracción de esos valores se concreta en principios (el caso paradigmático, pero no el único, es del artículo 9.3) y/o en derechos (como ocurre, por ejemplo, con la igualdad en el artículo 14°).

El deseo de dotar a la Constitución de fuerza normativa, algo inédito en nuestra historia, explica el poco entusiasmo, por no decir escepticismo combativo, con que los valores y principios fueron recibidos en sede doctrinal. Sobre esa actitud pesaba, sin duda, el recuerdo de una utilización abiertamente conservadora de los viejos «principios generales del derecho», del Código Civil. Pero también subyacía algo que, aquí en Italia, conocieron muy bien durante los años iniciales de andadura cons-

titucional : la separación entre un Derecho programático y vacío de consecuencias prácticas (no por casualidad, el de la Constitución y sobre todo el de su parte llamada tradicionalmente «dogmática»), y el Derecho *verdadero*, el que comienza más allá de la Constitución, en la medida en que así lo quieran los encargados de desarrollarla.

Nuestro TC combatió, desde sus primeras Sentencias, un punto de vista como el apuntado. Pero no por ello se decidió a embarcarse en una jurisprudencia de valores. Y ello pese a que muy pronto - desde la STC 11/1981 - un concepto como el del «contenido esencial» de los derechos, verdadero «límite de los límites» de éstos, según el artículo 53.1 CE, dio lugar a muy curiosas disquisiciones por parte de algún magistrado para aproximarse al significado de aquel concepto. Hasta es posible que la pujanza con que se recurrió al método comparado pudiera ser expresión de las cautelas del Tribunal a la hora de recurrir a los valores y a los principios. En todo caso es interesante comprobar cómo el miedo al recurso de los valores ha ido declinando en la misma medida en que las líneas jurisprudenciales se han ido haciendo más sólidas y se han ido perfilando mejor el uso de categorías - clave en la justicia constitucional de nuestros días, como la razonabilidad o la proporcionalidad.

Un indicio de ese cambio de actitud con respecto al recurso a valores podemos encontrarlo comparando el voto particular que realizara el magistrado Tomás y Valiente a la STC 53/1985, sobre la Ley despenalizadora del aborto, y la actitud reflejada por dicho magistrado, años más tarde, en un trabajo publicado poco antes de su vil asesinato a manos de la banda terrorista ETA. En el primer caso, el del voto particular, vemos un posicionamiento contrario a cualquier contaminación de la «filosofía de los valores» sobre la tarea de la jurisdicción constitucional; en el segundo, asistimos a una reivindicación entusiasta de la fuerza normativa de los valores (que no son, en las propias palabras de Tomás y Valiente, «música celestial») y a una defensa de la «moralidad política», a la Dworkin, en el campo de la interpretación del Derecho.

Bien sabemos que una cosa es la ética de la responsabilidad, en la labor de magistrado, y otra la ética de la convicción en la de profesor y teórico. Pero ese cambio de perspectiva en un jurista de tanto influjo como el malogrado ex Presidente del Tribunal simboliza, creo, la evolución de una concepción del Derecho hoy bien abierta a valores. Aunque sólo sea de pasada, tampoco sería justo dejar de mencionar que probablemente no hay libro en la doctrina española que haya contribuido

tanto a ese cambio de perspectiva como el *Diritto mite*, de Gustavo Zagrebelsky.

Por lo que se refiere a la gradación y a la jerarquía (o más bien ausencia de ella) en los derechos reconocidos en la Carta, también eso es llamativo para un jurista español. De nuevo la obsesión de nuestro constituyente por hacer del texto constitucional algo operativo en materia de derechos, unido al deseo de proclamar cuantos más derechos mejor, llevó a que el Título a ellos consagrado esconda una «orografía» de los derechos que los distingue y jerarquiza, ya desde el *nomen iuris* y abre una brecha insalvable entre unos genuinos derechos *fundamentales*, y unos heterogéneos e imprecisos derechos sociales, agrupados bajo la incoherente rúbrica - ahora con intención de menoscabar su valor - de *principios rectores* de la política social y económica. Para empeorar las cosas, entre unos y otros todavía hay una imprecisa categoría de derechos constitucionales (por ejemplo el derecho de propiedad, el de contraer matrimonio o el derecho a la negociación colectiva laboral), que no se sabe muy bien dónde emplazar, pues no tienen recurso de amparo - verdadera marca distintiva del nivel máximo de garantías - pero superan con creces el valor meramente informador de la legislación positiva y la práctica de los poderes públicos, que es lo que corresponde, según el artículo 53.3 CE, a esos llamados principios rectores.

El concepto de derecho fundamental es todavía, entre nosotros, a la luz de la Constitución, algo bastante conflictivo y sobre lo que seguimos discutiendo. Por eso choca la horizontalidad al respecto de la Carta. No hay en ella nada que permita hablar de derechos de primer y de segundo o tercer nivel, aunque ello no significa que la vieja contraposición entre los derechos de libertad y los derechos de prestación - o, si se prefiere, desde una perspectiva histórica, los que separan la primera y segunda de la tercera generación de los derechos llamados comúnmente *sociales* - no siga ejerciendo un influjo, quizá decisivo, sobre el lenguaje de la Carta. Por ahí han asomado ya las primeras críticas y los primeros asombros, como si cupiera esperar más de ella, sobre todo considerando el paso adelante que supuso la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea, en los términos que hoy figuran en los artículos 136° y 137° del Tratado de la Comunidad Europea, tras la reforma de Ámsterdam. Muchos de los derechos agrupados bajo el epígrafe «Solidaridad» aparecen, en efecto, sujetos a un reenvío condicionante al derecho comunitario y a las «legislaciones y prácticas nacionales». Sobre todo, llama la

atención esta última referencia a las prácticas nacionales, una técnica ciertamente insólita para delimitar el alcance de un derecho, que parece pensada para consolidar lo existente, neutralizando cualquier dimensión transformadora de una realidad y unos condicionantes que se asumen de la manera más descarnada y acrítica.

Otras diferenciaciones deducibles de la Carta son las que separan a la mayor parte de los derechos, tenidos por tradicionales, del pequeño, pero significativo número de derechos y prohibiciones, de carácter nuevo. Dada la timidez de nuestro TC a la hora de «descubrir» derechos no escritos en el texto constitucional, la Carta puede actuar, al respecto, como un buen incentivo. Para el debate actualmente en curso en España sobre la equiparación del matrimonio heterosexual a las Uniones de hecho, homo o heterosexuales, la Carta no parece, sin embargo, demasiado innovadora, pues, pese a la prohibición de discriminación por razón de la tendencia sexual (artículo 21°), el derecho a casarse y a fundar una familia (artículo 9°) aparece también sujeto a la cláusula de remisión a las legislaciones nacionales.

En cambio las diferenciaciones de la Carta atinentes al título en virtud del cual se reconocen los derechos, *qua* persona o *qua* miembro activo de una determinada comunidad política, es decir, los distingos y jerarquizaciones relativas al estatuto de ciudadanía, sí podrían influir sobre el conflicto que enfrenta en España a los defensores y a los detractores de la actual Ley de Extranjería. En los próximos meses, el TC habrá de dilucidar si se ajusta o no a la Constitución sujetar el ejercicio de los derechos de reunión y asociación, por parte de los extranjeros, al requisito de haber obtenido autorización de estancia o residencia en España (arts. 7° y 8° de la LO 4/2000). Por haber mantenido que se trata de un límite desproporcionado y, en consecuencia, inconstitucional, hemos comprobado con satisfacción que la Carta reconoce ambos derechos, para la defensa de sus intereses, a «todas las personas». Aún cuando el ámbito de aplicación de la Carta está circunscrito, en el caso de los Estados, a la aplicación del Derecho de la Unión (artículo 51.1), no tenemos duda alguna acerca del influjo que la Carta va a ejercer - y, de hecho, está ejerciendo ya - a nivel interno y supranacional, en la interpretación de cualquier sistema de los derechos fundamentales.

III. La Carta y la *constitucionalización* de Europa

La proximidad del semestre que se inicia el 1° de enero, en el que corresponderá a España la presidencia de la Unión Europea, ha hecho que los líderes de los dos grandes partidos españoles (el Partido Popular, actualmente en el Gobierno y el Partido Socialista) hayan acudido no hace mucho a Bruselas a exponer las líneas maestras de su proyecto de Europa. Aunque las ideas de una y otra fuerza política difieren en cuestiones de detalle, las dos se sitúan en una especie de punto equidistante entre la Europa *federal*, preconizada por el canciller alemán, y la Europa de las naciones *confederadas*, auspiciada por el primer ministro francés. Ambas visiones coinciden en reivindicar «más Europa», algo que los políticos españoles ven especialmente atractivo en el campo de las políticas de seguridad y defensa común, como un medio (en trance de lograrse tras el 11 de septiembre) de comprometer a la Unión en la lucha contra el terrorismo etarra.

Curiosamente, el presidente Aznar y el líder del Partido Socialista, Rodríguez Zapatero, han hablado también de la necesidad de constitucionalizar los Tratados. Sea cual fuere el significado de tal objetivo, lo que parece evidente es que «constitucionalizar los Tratados» quiere decir, en ese contexto, hacer de ellos algo más simple e inteligible para el ciudadano medio. La actual dispersión de las normas básicas europeas en sucesivas versiones de cuatro grandes Tratados, y un número de Protocolos y Declaraciones que supera holgadamente la treintena, no contribuye en nada a la claridad : ¡más de 800 artículos, detallistas a veces hasta lo mareante, para no resolver los interrogantes básicos que están dentro de cualquier Constitución! Aunque sólo fuera por el logro simplificador plasmado en la Carta, los esfuerzos de quienes la han elaborado, alumbrados por el modesto propósito de dotar de «visibilidad» a un incipiente sistema europeo de los derechos, habría valido la pena.

Desde una visión optimista de las cosas, la Carta puede presentarse como un paso decisivo en el camino de la constitucionalización de Europa. De ella se ha dicho que viene a culminar, por ahora, un decurso de la historia de la construcción europea, que se ha ido mostrando sucesivamente cada vez más ambicioso en materia de reconocimiento y garantía de los derechos. A partir del originario deseo de paz y bienestar, presente en los momentos iniciales, cada una de las grandes etapas de ese recorrido ha ido acompañada de actitudes combativas en defensa de los

derechos. Si en la década de 1970, y hasta la primera ampliación, el protagonismo fue del Tribunal de Justicia, en la década de 1980, coincidiendo con el ingreso de Grecia, Portugal y España, fue el Parlamento (y en menor medida la Comisión) quien más se destacó en reclamar una incorporación sistemática de los derechos.

Tras los cambios decisivos que hemos vivido en la década de 1990, quizá ha llegado el momento de que la razón *jurídica*, y las razones *técnica*, *democrática* y *político-estatal* (es decir, las que pueden encarnar, respectivamente, el Tribunal de Justicia, la Comisión, el Parlamento y el Consejo), sincronicen su tiempo histórico para adaptarlo a la hora constitucional. La Carta representaría entonces un punto de llegada y también un punto de partida culminado de acuerdo con las exigencias de la más rigurosa ortodoxia constitucional : proclamando ideales y definiendo las posiciones básicas de los individuos antes de empezar a discutir todo lo demás. En su haber efectivo hay que incluir el haber dotado a Europa de una *lingua franca*, la de los derechos fundamentales, y haber insuflado *anima* a un ideal, oscurecido por el día a día de una «eurocracia» fría y alejada de los ciudadanos. Con su elaboración, se ha realizado además un ensayo de laboratorio constitucional y una práctica de democracia deliberativa, hasta ahora inéditos en el contexto europeo. El éxito de la empresa, en un plazo de tiempo decididamente corto, demuestra que nada es imposible cuando concurre imaginación y coraje político.

La Carta es hoy por hoy - según las palabras que utilizara Bagehot para describir la Constitución inglesa de su tiempo- *dignified part* de una inexistente Constitución europea. Pero la cualidad esencial de ese fragmento consiste en que también es ya *efficient part* de un proyecto político, que se nos muestra como una de las pocas utopías que tenemos a nuestro alcance.

La protección internacional de los Derechos Humanos y la soberanía nacional

Mara Gómez Pérez

I. Nota introductoria

El desarrollo de los sistemas de protección de los derechos humanos está estrechamente relacionado con el establecimiento del Estado de derecho. Una administración pública elegida democráticamente, sujeta al ordenamiento constitucional que libremente haya dictado el pueblo a través de sus legisladores, junto con la existencia de una justicia independiente, son garantías fundamentales de un régimen justo.

Sin embargo, la ingenua creencia del siglo XVIII y primera mitad del XIX de que era suficiente consagrar los derechos humanos en los textos constitucionales de las naciones para que fuesen respetados por las autoridades y los propios ciudadanos, ha caído junto con el desbordamiento constante de los poderes públicos[1]. La realidad ha dado múltiples ejemplos que demuestran que la Constitución ya no es suficiente para garantizar la libertad, la justicia y el bienestar de los ciudadanos[2].

De ahí precisamente surge la necesidad de instrumentar la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pues la sumisión del Estado a todos los sistemas de protección de derechos humanos, ya sean nacionales, regionales o universales, hoy día constituye la manera más sólida, y en algunos casos la única, de

1 Héctor Fix-Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos. Estudios Comparativos*, CNDH, México 1999, p. 26.

2 Felix Laviña, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, Ed. Palma, Buenos Aires 1987, p. 2.

asegurar el efectivo reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona humana[3].

II. Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos

Durante los siglos XIX y XX se operó un proceso lento pero progresivo hacia la internacionalización de la protección de los derechos humanos que se intensificó sobre todo después de la segunda guerra mundial.

El derecho internacional público estableció como uno de sus fines esenciales la protección de los derechos humanos y paso a paso, desde la proscripción de la trata de esclavos por los tratados de Viena de 1815, hasta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, fue consagrando una legislación internacional progresista y progresiva que ha ido otorgando cada vez más y mejores sistemas de protección de estos derechos.

Esta protección se ha ido dando a través de esquemas tanto universales como regionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un instrumento de tipo universal en el sistema de las Naciones Unidas que, si bien no es un tratado sino una resolución de la Asamblea General, es una fuente de derecho y constituye el fundamento esencial de todo el sistema de la ONU en esta materia.

Predominantemente y además de esta Declaración Universal, el sistema universal se integra por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ambos de diciembre de 1996) y el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, legislación internacional que, además, ha creado órganos de protección de los derechos humanos y procedimientos especiales para ello.

Pero, a su vez, se han creado sistemas regionales como el de Europa, cuyo origen se cifra en la Convención de 1950, desarrollada a través de varios protocolos adicionales, y el sistema regional americano, que

3 Cfr. Héctor Gros Spiell, «La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Eficacia de las Estructuras de Protección en el Ámbito Regional Americano», en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, N° 4, 1984.

comprende a todos los países que son parte en la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

La coexistencia de sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos nos lleva al estudio de la cuestión del universalismo y el regionalismo en la materia. Al respecto, coincidimos con la doctrina dominante[4] en el sentido de que no son fórmulas antitéticas ni excluyentes, y que, en la medida de lo posible, deben adecuarse para sumar sus ventajas con el fin de obtener un mejor resultado en función de la defensa de los derechos y libertades del ser humano.

Sobre el tema, la doctrina ha analizado la interacción del universalismo y el regionalismo en la creación de las normas internacionales, observando que tanto los textos universales han influido en los regionales, como éstos en aquéllos. Merece aquí anotarse que la Declaración Americana de 1948 antecedió en unos siete meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos[5].

De igual manera, se han estudiado las consecuencias de la coexistencia de dichos sistemas y sus respectivos órganos. A este respecto se entiende que la previa consideración de un determinado caso en el sistema regional no debe impedir la acción del sistema universal, y a la inversa, la investigación iniciada en el sistema universal, no impide la acción del regional, e incluso, se estima que es perfectamente admisible la intercomunicación de informaciones y resultados entre los órganos de uno y otro sistema. No obstante, tratándose de procedimientos ya iniciados, los diversos tratados sí han pretendido impedir la existencia de dos o más procedimientos sobre el mismo caso y, con ello, la posible emisión de resoluciones contradictorias, señalando expresamente que una demanda sólo será admitida cuando el asunto no haya sido sometido a otra instancia internacional, ya sea regional o universal.

4 Félix Laviña, *op.cit.*, p. 11.

5 Thomas Buergenthal, Robert E. Norris y Dinah Shelton, *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Civitas/IIDH, Madrid 1990, p. 34; y Jorge Madrazo, *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano*, FCE, México 1993, p. 24.

III. México y la protección de los derechos humanos. Los orígenes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien México ha mostrado una marcada proclividad a la tutela de los derechos humanos como lo demuestra el establecimiento en la Constitución de las garantías individuales y políticas, su avanzada legislación en materia de derechos sociales, la instauración y difusión internacional del juicio de amparo, la reciente creación de otros medios de control constitucional y su perfeccionamiento jurisprudencial, y la subscripción de múltiples y muy diversos instrumentos internacionales que establecen catálogos y crean sistemas alternos de protección de esos derechos, lo cierto es que también en ciertos momentos se ha mostrado receloso a este respecto[6].

Las experiencias negativas de América Latina en la Sociedad de Naciones provocaron cierta desconfianza en los sistemas universales y en un principio, nuestro país optó por pugnar por una declaración regional, convencido de que en un ámbito territorial más estrecho podían obtenerse documentos más acordes con la realidad del continente[7].

En el siglo XX, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación regional por los derechos humanos se expresó mediante la subscripción de convenciones en materia de derechos de los extranjeros, nacionalidad y asilo, derechos de la mujer, condiciones de los trabajadores, protección a la niñez, etcétera[8].

No obstante, el gobierno mexicano fue controlando paulatinamente su ímpetu inicial y sus criterios respecto a un sistema regional de protección de los derechos del hombre, porque conceptuaba que ello iba en contra del *Principio de la no Intervención* que ha sido una de las normas fundamentales de las relaciones internacionales de México. Ello también explica que, posteriormente, México haya abogado sólo por una declaración de derechos humanos y no por un mecanismo intergubernamental de tutela de estos derechos.

Como sea, hacia el año de 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y no deja de sorprender porque, como se señalaba, el concepto de la no intervención estaba fuertemente arraigado, y

6 César Sepúlveda, «México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en: *La Protección Internacional de los Derechos del Hombre. Balances y Perspectivas*, UNAM, México 1983, p. 191 y ss.

7 *Idem.*

8 Thomas Buergenthal, *et al*, *op. cit.*, p. 33.

un cuerpo de esta naturaleza no dejaba de significar un posible escrutinio de los asuntos domésticos que el nacionalismo de los países americanos reserva exclusivamente al dominio interno.

Muy probablemente influyó que para entonces, ya habían madurado muchas nociones sobre la tutela internacional de los derechos de la persona humana y se había observado que el funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no había suscitado mayores problemas, además de que ya había ganado terreno la idea de que la transgresión de los derechos humanos en un país no sólo afecta a éste, sino que constituye un factor de alteración de la paz en toda la región.

Si bien en un inicio la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue concebida como un órgano con funciones que podríamos calificar de inocuas o anodinas (estimular la conciencia de los derechos humanos en América Latina, preparar estudios o informes sobre el desempeño de sus funciones, servir de cuerpo consultivo de la OEA en materia de derechos humanos, etc.), curiosamente su buen desempeño, sobre todo en ciertos conflictos clave de la región, demostró pronto que se le había puesto un cerco demasiado estrecho.

Así, entre 1965 y 1967 (primero en la Conferencia Extraordinaria de Río de Janeiro y luego en el Protocolo de Buenos Aires) se reexaminó el papel y las funciones de la Comisión y se le confirieron nuevas y más importantes atribuciones, y casi inmediatamente después, en el año de 1969, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de fundamental importancia en nuestros días, en tanto que tiene competencia contenciosa, esto es, para decidir casos en los que se alega la violación por un Estado miembro de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de competencia consultiva, la que le autoriza interpretar esta Convención y otros instrumentos de derechos humanos a petición de los Estados miembros de la OEA o de algunos órganos de la misma[9].

IV. La Convención Americana de Derechos Humanos

Esta Convención fue aprobada en 1969 durante la conferencia intergubernamental convocada por la OEA que se celebró en San José

9 *Ibidem*, pp. 54 y 55.

de Costa Rica, por lo que también se le conoce como «Pacto de San José». No obstante, entró en vigor hasta 1978, después de recibirse el depósito del instrumento de ratificación número once en términos de su artículo 74.2.

La Convención Americana es más extensa que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Contiene 82 artículos y codifica más de dos docenas de derechos que incluyen: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la privacidad, al nombre, a la nacionalidad, a participar en el gobierno, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial. Asimismo, proscribe la esclavitud y proclama la libertad de conciencia y de religión, de pensamiento y de expresión, así como la libertad de reunión, asociación, circulación y de resistencia, además de prohibir la aplicación retroactiva de las leyes y de las sanciones penales.

Los Estados parte se comprometen a *respetar* y *garantizar* el libre y pleno ejercicio de estos derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, por lo que bien puede afirmarse que tienen tanto deberes positivos como negativos. Por un lado, tienen la obligación de no violar los derechos de los seres humanos (*vr. gr.* no torturar a una persona) pero las obligaciones de los Estados se extienden más allá de este deber negativo, de tal forma que también se le puede exigir a las autoridades internas la adopción de las medidas positivas necesarias y razonables, según las circunstancias, que garanticen el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (por ejemplo, garantizar la no tortura de sus nacionales aun cuando dicha tortura no sea llevada a cabo por agentes públicos).

Se ha dicho que los derechos que la Convención Americana proclama son tantos y de tal magnitud (incluso mayores que los contenidos en la Convención Europea o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) que puede dudarse que exista algún país en América que cumpla con todos ellos[10]. Este hecho, sin embargo, no impidió que la Convención obtuviese el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor y, más aún, que curiosamente la mayoría de dichas ratificaciones no contuviesen ninguna reserva, pese a que las condiciones jurídicas y fácticas de por lo menos algunos países ratificantes, tal vez debieron haber dado lugar a un mayor número de reservas.

10 *Ibidem*, p. 42.

Por último, vale la pena remarcar que la Convención Americana establece dos órganos para asegurar su cumplimento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada uno compuesto por siete expertos en materia de derechos humanos, elegidos a título personal y no como representantes gubernamentales. Las normas que regulan el funcionamiento de la Corte están contenidas en tres instrumentos que son, en orden jerárquico: la Convención, el Estatuto de la Corte y el Reglamento expedido por los propios miembros de la Corte.

V. Las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional

El derecho interno debe velar por la observancia de los derechos humanos excluyendo la razón de Estado. A su vez, el derecho internacional debe actuar eficazmente protegiendo dichos derechos fuera de las soberanías nacionales[11]. Estas expresiones, lógicas en sí mismas, adquieren un valor paradójico cuando las normas de cada uno de estos sistemas se contraponen o de alguna manera entran en contradicción.

En nuestro país, la Constitución mexicana es la norma de normas. Impone deberes, crea limitaciones, otorga facultades y concede derechos. Nada ni nadie puede estar sobre ella, pues su naturaleza de suprema niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto de autoridad esté de acuerdo con ella. Toda la estructura normativa del país descansa sobre esta idea.

El principio que determina la superioridad de nuestra Constitución se puede constatar de muy diversas maneras. Por un lado, los artículos 40° y 133° le otorgan la cualidad de «ley fundamental» y de «Ley Suprema de la toda la Unión». Esta supremacía se evidencia también en el término que se utiliza para denominarla: *Constitución*; es decir, lo que constituye, lo que funda, crea o establece, lo que organiza, faculta o limita. Pero además y muy especialmente, su supremacía deriva de las garantías de cumplimiento, pervivencia y defensa de la Constitución que consagra este mismo cuerpo normativo, *verbi gratia*: la protesta de

11 Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1996, p. 28.

los funcionarios públicos, el procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia, el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, los principios relativos a la inviolabilidad de la Constitución, etcétera[12].

En nuestro derecho, ella es la norma de normas; la que da validez y coherencia a todo el orden jurídico, la norma que organiza cada uno de los componentes de ese orden y los jerarquiza a fin de que puedan aplicarse e interpretarse de una manera armónica y funcional. En ese sentido, cualquier otra norma, ya sea internacional o bien nacional, siempre estará subordinada a la Constitución.

Estos principios, consagrados no sólo en nuestra Constitución sino en la de muchos otros países, encuentran una franca oposición al contrastarlos con los tratados internacionales y, en especial, con aquéllos relativos a la materia de derechos humanos.

Conviene precisar aquí que la doctrina internacionalista encuentra en el derecho comparado cuatro tipos de jerarquía o interrelación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y el derecho interno:

1. *Supraconstitucional:* en la cual los tratados sobre derechos humanos, por disposición expresa de la propia Constitución, tienen una jerarquía superior a ella. Este es el sistema que rige en Holanda.
2. *Constitucional:* en donde también por disposición expresa de la Constitución, los tratados sobre derechos humanos tienen una jerarquía exactamente igual a la de la propia Constitución. Este método funciona en Argentina y en 1999 fue introducido en la nueva Constitución Bolivariana de Venezuela.

   En los dos sistemas antes apuntados, los tratados internacionales sobre materias diversas a los derechos humanos tienen una jerarquía inferior a la Constitución.
3. *Supralegal*: en el que los tratados internacionales sobre derechos humanos o, incluso, sobre cualquier otra materia, se colocan por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes internas. Este sistema rige en Colombia y, aunque no de manera totalmente definida, también en México[13]; y

12 Para mayor información sobre el tema ver: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, *«Garantías de Cumplimento, Defensa y Pervivencia de la Constitución»*, artículo inédito.

13 Por muchos años se sostuvo en México que las leyes federales y los tratados

4. *Legal:* En donde los tratados internacionales, sean de la materia que sea, tienen un rango inferior a la Constitución e idéntico a una ley interna. Este es el sistema que todavía se sigue en la mayoría de las naciones.

Empero, para el derecho internacional la jerarquía interna de un tratado o su adecuación con las normas internas, es prácticamente irrelevante.

De conformidad con los artículos 26°, 27° y 46° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y, por ello mismo, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, salvo en lo relativo a las normas concernientes a la competencia para celebrar los tratados, pero de una manera muy restringida.

En efecto, una vez que un tratado internacional es propalado en el ámbito internacional y en tanto éste se encuentre en vigor (es decir, mientras no se solicite su anulación, terminación, suspensión o el retiro del Estado), no existe ningún procedimiento o mecanismo por virtud del cual el Estado se pueda desligar de las obligaciones asumidas por su causa, lo que implica que, más allá de que dicho documento internacional vaya en contra de cualquiera de las normas internas o, incluso, de la propia Ley Fundamental, la nación está obligada a su cumplimiento y dicho acatamiento le puede ser exigido a través de cualquiera de los medios que el mismo derecho internacional público establece.

---

internacionales tenían la misma jerarquía normativa, esto es, justo el rango inmediato inferior a la Constitución; de tal forma que un tratado internacional no podía servir de criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Este criterio fue abandonado en el año de 1999 cuando la Suprema Corte de Justicia Mexicana, al resolver el amparo en revisión 1475/98 promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, emitió una tesis aislada en la que dijo que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución. Empero, este criterio no resulta obligatorio y, hasta el día de hoy, tampoco ha sido reiterado en la solución de ningún otro juicio. Para mayor información sobre el tema ver: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, «Derecho Internacional y Derecho Constitucional: Un fallo interesante», en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2000, KAS/CIEDLA, Buenos Aires 2000, pp. 529-539; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional)», en: *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México 2001, p. 711.

Estas premisas que de alguna manera son evidentes y hasta asequibles casi para cualquiera, suscitan no pocas complicaciones cuando se les aprecia en su funcionamiento ordinario, pues lo cierto es que, por un lado, en ocasiones los órganos internos de los Estados signatarios de un instrumento internacional no conocen la trascendencia de éstos ni la intromisión que implica para su propio orden jurídico y, además, porque los tribunales creados por estos tratados, al ir definiendo su competencia a través del conocimiento de procesos y la emisión de sentencias, han tomado cauces que muy probablemente nunca imaginaron los redactores de dichos documentos internacionales.

Para explicar estas nociones con más claridad nos referiremos a continuación a dos casos resueltos recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VI. Los casos «Barrios Altos» y «La Última Tentación de Cristo»

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió un par de casos que sentaron sendos precedentes de fundamental importancia. Nos referimos a los casos conocidos como «La Última Tentación de Cristo» y «Barrios Altos».

El último de ellos, es decir, el caso «Barrios Altos», llamado así por ser éste el nombre con el que se conoce al vecindario limeño en donde se sucedieron flagrantes transgresiones a los derechos humanos por parte de un escuadrón de eliminación del ejército peruano llamado «Grupo Colina», se suscitó con motivo de la impugnación de que fueron objeto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dos leyes peruanas emitidas bajo el «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» al mando del ahora expresidente Alberto Fujimori.

Estos ordenamientos, es decir, las leyes N° 26479 y N° 26492, tuvieron por objeto, por un lado, exonerar de responsabilidad a los militares, policías y también civiles que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, y por el otro, neutralizar o de alguna manera detener las actuaciones de los tribunales peruanos sobre este particular.

Al cabo de un largo y controvertido procedimiento, y pese a que el Estado Peruano se allanó a la demanda, los Magistrados de la Corte Interamericana resolvieron que las referidas leyes N° 26479 y N° 26492

transgredían los artículos 4° (derecho a la vida), 5° (derecho a la integridad personal), 8° (garantías judiciales) y 25° (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que concluyeron señalando que dichas leyes «carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú».

A pesar del eufemismo utilizado por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta por demás evidente que la declaración relativa a que dichas leyes «carecen de efectos jurídicos» implica, necesariamente, la nulidad de las mismas.

Es decir que la Corte Interamericana, al igual que lo hace cualquier tribunal constitucional, asumió una función de legislador negativo, y desde su ámbito internacional, anuló con efectos generales ambos ordenamientos.

Las consecuencias en el hermano país latinoamericano no se hicieron esperar. Poco después del fallo de la Corte comenzaron a dictarse numerosas órdenes de detención en contra de los responsables y a ejecutarse con prontitud aunque, vale decir, ello en cierta medida gracias a que el régimen político bajo el cual se habían dictado las referidas leyes, ya había cesado.

Pero lo que para nuestros efectos destaca en relación con esta sentencia es la facultad que de alguna manera ha asumido dicho tribunal internacional para declarar la nulidad con efectos generales de una ley nacional.

En el orden jurídico mexicano, las leyes sólo pueden emitirse o reformarse mediante el procedimiento que dispone el artículo 72° constitucional, en el ámbito federal, y los correspondientes preceptos, en el orden local, y en igual medida, solamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional, está facultada para declarar la nulidad total o parcial de una ley. Igual o análogos sistemas rigen en la mayoría de las naciones.

Aunado a ello, la nulidad que puede declarar nuestro Máximo Tribunal, única y exclusivamente puede ser motivada por razones de orden constitucional, esto es, cuando la ley haya sido dictada sin atender al procedimiento de creación respectivo o cuando su contenido vaya en contra del texto de nuestra Norma Fundamental.

Además, la sentencia que sobre el particular emita nuestra Suprema Corte de Justicia será, por el simple hecho de haberla emitido ella, inapelable, firme, ejecutoria, y ningún otro órgano colegiado o unipersonal de nuestro país podrá revocarla, puesto que goza del privilegio de convertirse automáticamente en cosa juzgada. Pero ¿podría un tribunal internacional revocar un fallo del Máximo Tribunal de una nación?

Veamos el segundo caso al que hicimos referencia desde un inicio; el denominado caso de «La Última Tentación de Cristo».

El artículo 19°, punto 12, de la Constitución Política de Chile establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. Con base en dicho precepto constitucional y en el Decreto Ley N° 679, el Consejo de Calificación Cinematográfica chileno rechazó la exhibición en este país de la película «La Última Tentación de Cristo», previa petición que para tales efectos le formulase la empresa *United International Pictures Ltda.* Dicha compañía, en un intento por conseguir la exhibición de la película, recurrió la resolución del Consejo ante un tribunal de apelación, pero la resolución fue confirmada por este último.

Siete años después, ante una nueva petición de esta misma compañía norteamericana, el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó su resolución y en esta ocasión, por mayoría de votos, autorizó la exhibición de la película para espectadores mayores de 18 años.

La resolución del Consejo nuevamente fue recurrida, pero esta vez por siete personas físicas «por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos» ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que previo el trámite correspondiente, emitió su sentencia estimando el recurso de apelación promovido y dejando con ello sin efectos la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica, con lo cual, nuevamente quedó prohibida la exhibición del film.

Sin embargo, nuevamente diversas personas físicas interpusieron en contra de este último fallo una apelación ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, esto es, la máxima autoridad judicial en ese país, la que de nueva cuenta confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y por ende, ratificó la prohibición para exhibir en Chile el referido film.

Cabe decir que si bien el entonces Presidente de Chile, Eduardo Frei, presentó un proyecto de reforma al artículo 19°, punto 12, constitucional y que dicha iniciativa fue aprobada casi de inmediato por la Cámara

de Diputados, hasta el momento no ha sido completado el proceso de reforma constitucional.

A este respecto la Corte Interamericana, previa la tramitación del procedimiento correspondiente, resolvió por unanimidad de votos que el Estado Chileno había violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrados en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, por ende, debía modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa y permitir la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo».

Necesario resulta hacer notar en este punto que la modificación al derecho interno a que se refería la Corte Interamericana, concretamente aludía al Decreto Ley N° 679 y, muy especialmente, al artículo 19°, punto 12, de la Constitución Política de Chile. Es decir que por virtud de la sentencia de este tribunal constitucional, no sólo se revocó una sentencia ejecutoria del Máximo Tribunal chileno, sino que además, se obligó a la nación a reformar su texto constitucional.

Pero hay asimismo un punto en este fallo que destaca de manera fundamental: Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que es quien formalmente somete todos los asuntos a la jurisdicción de la Corte) había expresado en sus alegatos que «un acto contrario al derecho internacional producido por el Poder Judicial puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial» y, en orden a ello, había solicitado a la Corte que declarase que Chile se encontraba «en un proceso para que [...] se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película», haciendo con ello alusión a la iniciativa de reforma constitucional al artículo 19°, punto 12, promovida por el entones presidente Eduardo Frei y que, como se dijo, se encontraba ya en discusión ante el Poder Legislativo de dicha nación, el referido tribunal internacional sentenció lo siguiente: «Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19° núme-

ro 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial».

Como puede apreciarse, si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no dijo literalmente que revocaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, lo cierto es que prácticamente la dejó sin efectos o, de alguna manera, pasó sobre ella y, además, claramente señaló que los actos u omisiones provenientes de cualquier autoridad nacional, sean de la jerarquía que sea y sin importar que hayan sido emitidos por un órgano de funciones esencialmente técnicas y apolítico como lo es un Tribunal Constitucional, pueden dar lugar a que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Todo esto tiene una gran importancia para todas las naciones pero, de manera muy particular, para aquéllas en las que rigen sistema jurídicos como el nuestro que todavía se encuentran estructurados bajo la idea de que no existe nada ni nadie por encima de la Corte Suprema y mucho menos de la Constitución.

VII. Conclusiones

De todo lo expresado podemos concluir, en primer término, que pese a lo que señalen las normas internas de una nación y sin que obste para ello lo que al respecto ejecuten, establezcan o sentencien las autoridades nacionales, los tratados internacionales, y sobre todo aquéllos que se refieren a la protección de los derechos humanos, tienen una jerarquía superior a la Constitución de los Estados signatarios.

En esa medida, menester es reconocer que los jueces internos de cada nación signataria tienen obligación de conducirse como verdaderos jueces internacionales, interpretando y aplicando, de la misma forma en que lo haría un juez internacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos.

A este respecto resulta particularmente importante señalar que en lo relativo a los derechos de la persona humana se han reconocido dos principios o reglas de actuación jurisdiccional: 1º el Principio de Progresividad, conforme al cual un individuo puede invocar los derechos del ordenamiento jurídico que más le favorezca, sin importar si éste es nacional o internacional, y 2º que en materia de derechos huma-

nos nunca es válida la interpretación restrictiva, de tal forma que siempre deben interpretarse de la manera más favorable para la persona humana.

Queda de manifiesto, asimismo, que los tribunales protectores de los derechos humanos tienden a convertirse en verdaderos tribunales constitucionales internacionales, y no sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la cual se ha hecho aquí especial referencia, sino también la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo y, desde luego, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo[14].

Sobre el particular, resulta interesante hacer notar cómo estos tribunales de alguna manera definen su propia competencia a través de sus fallos, y que por lo menos en lo que respecta a la Corte Interamericana, esta competencia ha tendido a dilatarse cada vez más.

Una forma a través de la cual se podría evitar toda la problemática que de alguna manera se deja ver en líneas anteriores respecto al enfrentamiento entre el derecho nacional y el internacional, es el llamado *control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales* mediante el cual, la máxima autoridad jurisdiccional de una nación juzga sobre la adecuación del instrumento internacional a las normas internas del Estado antes de que el tratado sea propalado, determinando así de antemano si éste contraviene o no alguna norma constitucional[15].

Así, por ejemplo, en Colombia la Corte Constitucional determina a través de este procedimiento si existe un vicio superable o uno no superable. En el primer caso, dicha Corte emite un fallo provisional y el tratado regresa al órgano encargado de su celebración para su ajuste, retornando posteriormente a la propia Corte Constitucional para que ésta falle en definitiva si es posible su celebración o no. En el caso de que la Corte advierta un vicio no superable, emite una declaración inmedia-

14 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México», en: *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, p. 67

15 Humberto Nogueira Alcalá, «Las Constituciones Latinoamericanas, los Tratados Internacionales y los Derechos Humanos», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Edición 2000, KAS/CIEDLA, Buenos Aires 2000, p. 174 ; y Eduardo Ferrer Mac-Gregor «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional)» en: *op. cit.* p. 713.

ta de inconstitucionalidad que puede ser total o únicamente parcial, y conforme a la cual no podrá ser celebrado dicho tratado si previamente no se modifica la norma constitucional.

Como sea, es ya un hecho que la protección internacional de los derechos humanos va más allá de la soberanía nacional. Es ésta una tendencia que cada vez se consolida con más fuerza y que, al día de hoy, es imposible de desconocer.

Iniciativas para la formulación de normas uniformes en el ámbito del Derecho procesal civil internacional[1]

Antonio Gidi

Los litigios judiciales no son raros. Los litigios judiciales son rarísimos. Todos los días comemos en restaurantes, cogemos autobuses, compramos mercancías y establecemos relaciones contractuales de consumo, bancarias y comerciales. La gran mayoría de las veces, las transacciones se realizan sin conflictos. Tal vez, de un billón de relaciones jurídicas, solamente una termina en los tribunales.

Esto no quiere decir que los ilícitos civiles y los conflictos sean tan raros. Casi todos los días somos, o pensamos que somos, objeto de engaño o lesionados por la conducta de otras personas. Y muchas veces lo somos sin saberlo. Pero casi nunca iniciamos por ello un proceso judicial. Los motivos son tan variados como variadas son las relaciones humanas, pero las causas más comunes de esta conducta son: que los hechos resultan difíciles de probar; que el proceso es muy largo; que el proceso es caro, o que mi reclamación es de tan escasa cuantía que no merece el esfuerzo de iniciar el proceso; o, por último, la razón puede encontrarse en que si pierdo el litigio deberé asumir el pago de los honorarios del abogado del vencedor.

1 Presentación hecha en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en la Jornada Internacional sobre *Nuevos retos para el Derecho procesal civil internacional* realizada el 5 de noviembre de 2001 y en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México el 1° de marzo de 2002. El autor desearía agradecer la amable invitación de los profesores Alegría Borrás, Joaquim Forner, Cristina Pellise y Jorge Sánchez Cordero.

Este artículo fue originalmente escrito en español, y ha contado con la revisión de María Camila Morilla, estudiante en la Maestría en Derecho en la Universidad de Pennsylvania.

La decisión entre iniciar o no iniciar un proceso judicial es compleja y son muchas las variables que inciden en esta decisión. Un gran número de esas variables decisivas se encuentran reguladas por las leyes procesales. Por ello, es importante conocer el proceso y saber con anterioridad lo que nos espera. Esto puede resultar relativamente fácil si el litigio se suscita en nuestro país. Pero se convierte en algo sumamente complejo cuando el proceso ha de desarrollarse en el extranjero. A diferencia del derecho sustantivo, las normas procesales presentan numerosas diferencias en cada uno de los países. Las diferencias procesales **no** son solamente teóricas, sino que tienen también importantes consecuencias practicas de acceso a la justicia. Por ejemplo, sabemos que en China, Japón y Estados Unidos, la parte que es vencida en el litigio **no** paga los honorarios de la parte vencedora; en los Estados Unidos y en Inglaterra, los honorarios de los abogados se computan por hora y resultan enormemente elevados en la práctica; en los Estados Unidos, no solamente los honorarios de los abogados son muy elevados, sino también los costes del proceso. Otra diferencia esencial relativa al proceso civil en los Estados Unidos, se encuentra en que el demandante puede iniciar un proceso sin información ni pruebas de su pretensión, pues éstas las podrá obtener en el desarrollo del proceso a través del *discovery*.

Disponer de esa información es importante a la hora de decidir si iniciar o no un proceso judicial, al igual que resulta relevante para tomar la decisión de contestar la demanda o aceptar una propuesta de acuerdo. Finalmente, esa incidirá también en la decisión acerca de dónde interponer la demanda. Si el proceso americano es costoso, quizás sea preferible iniciarlo en España. Pero, si lo que busco es un amplio acceso a medios de prueba e información que se encuentran en manos del demandado, quizás sea preferible iniciar el proceso en los Estados Unidos.

Uno de los objetivos del proyecto ALI/UNIDROIT sobre Principios y Normas de Derecho Procesal Transnacional es uniformar o armonizar algunas de las normas procesales existentes en los diversos países, en lo que se refiere a las controversias internacionales.[2] Es decir, su principal

2 Véase la tradución al español del Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter en este volumen 54 y la tradución del Prof. Aníbal Quiroga León en el volumen 52 de Derecho PUC. Aquellos interesados podrán consultar el texto original en inglés, acompañado de una introducción y comentario artículo por artículo, en la Página Web del *American Law Institute*. Ver http://www.ali.org/ali/transrules.htm.

objetivo consiste en reducir la falta de certeza y la inseguridad del extranjero que se ve obligado a litigar en un foro judicial que no le es familiar, sometido a unas leyes procesales que desconoce.

Con la reducción de la inseguridad no se persigue simplemente la protección del extranjero contra los nacionales en un proceso internacional. Las personas beneficiadas por este proyecto son fundamentalmente empresas sofisticadas, acostumbradas a realizar negocios en muchos países. Con su experiencia y sus medios parece obvio que esas compañías no requieren una protección reforzada frente a los sujetos nacionales. Por ello puede afirmarse que el objetivo principal de este proyecto, al hacer el proceso más transparente, no es tanto proteger, sino incentivar las relaciones comerciales internacionales.[3]

El Proyecto está patrocinado conjuntamente por el *American Law Institute* (ALI) y por UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law).* El ALI es 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 de los Estados Unidos de Norteamérica. Entre las obras más importantes que han sido producidas por este Instituto están innumerables «*Restatements*»[4], o el «*Uniform Commercial Code*» y el «*Model*

3 Comparar Gerhard Walter and Samuel P. Baumgartner, *Improving the prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thought on Purpose and Means of Implementation*, 18 RITSUMEIKAN L. REV. 169 (2001) (argumentando que en la Introdución de los Principios y Normas «se habla mucho de globalización y de la correspondiente necesidad de armonizar el derecho procesal, pero hay poca discusión sobre porqué la armonización de las leyes procesales en el mundo sería importante para esto) con Constantinos D. Kerameus, «*Procedural Unification: The Need and the Limitations*». En: *International Perspectives on Civil Justice* 50 (I.R. Scott ed., 1990) (argumentando que la necessidad de la armonización del derecho procesal en la Comunidad Europea es la falta de uniformidad en las leyes procesales que causa «*distortion of free competition and alteration of the trade flow*») Véase también *Approximation of Judiciary Law in the European Union* 46, 59 y 69-70 (Marcel Storme ed., 1994).

4 «Trabajos de doctrina, elaborados por el *American Law Institute*, que exponen y analizan en forma similar a un código comentado, las principales reglas jurídicas de origen jurisprudencial aplicables en los Estados Unidos en distintas materias» Guillermo Cabanellas, *Lexis English-Spanish Legal Dictionary*, 1991.

Penal Code».[5] UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente, fundada hace más de setenta años, y cuyo objetivo es armonizar y unificar el Derecho Privado a través de Tratados y Convenciones Internacionales y leyes-modelo. UNIDROIT está compuesto por casi sesenta países-miembros y tiene su sede en Roma.

Esta jornada está dedicada al estudio de técnicas jurídicas que «pretenden responder a las necesidades del comercio internacional en un entorno económico globalizado». La globalización es la premisa de este encuentro. No es preciso comprobar aquí el hecho notorio de que las transacciones comerciales internacionales se han multiplicado, y que también el derecho procesal necesita acompañar a 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 mercancías. Con menos frecuencia, se habla de la libre circulación de las personas y los trabajadores. Los litigios de dimensión internacional son cada vez más frecuentes y la consecuencia natural es que debemos comenzar a pensar también en la libre circulación de las decisiones judiciales.

La necesidad de una armonización de las normas procesales se hace sentir ya desde hace algún tiempo, necesidad que perciben con mayor intensidad los abogados habituados a trabajar 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]

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*, p. 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.

6 Cf. Antonio Gidi, Presentación del Proyecto de Normas transnacionales del Proceso Civil, Derecho PUC, vol. 52, p. 609. 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 of the*

El procedimiento propiamente dicho continúa estando regulado por el derecho procesal interno de cada país.

Aquí radica la importancia de este proyecto. Tal y como se expresa en los objetivos de esta jornada: «El objetivo de la jornada es presentar las principales novedades a nivel mundial y regional en el ámbito del derecho procesal civil internacional, para facilitar la interposición de acciones judiciales ante tribunales extranjeros y la libre circulación de decisiones judiciales.» A la vista de esos objetivos, llego a la conclusión de que el objetivo de este proyecto es el mismo.

Este proyecto tiene además otro objetivo importante. Al mismo tiempo que persigue reducir las incertidumbres y temores de los litigantes extranjeros ofreciéndoles una alternativa al arbitraje internacional, este proyecto puede ser también utilizado como base común para los procedimientos arbitrales 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, quien habitualmente tenderá a elegir el sistema con el cual esté más familiarizado. No es difícil imaginar que un arbitro inglés adoptará las ***Rules of Court*** inglesas, y uno alemán utilizará las normas de la ZPO como estructura procedimental de base para el proceso arbitral así como para las decisiones de contenido procesal. La adopción de las Normas Transnacionales podrá traer una cierta uniformidad en los procedimientos de arbitraje transnacionales. Las partes contratantes podrán libremente elegir que el procedimiento arbitral se rija por las Normas Transnacionales, independientemente de quién llegue a ser la persona o cuál sea la organización encargada de arbitrar la controversia.

Para comprender el alcance de este proyecto es importante aclarar que la denominación «Principios Fundamentales del Proceso Civil Transnacional» puede resultar equívoca, y quizás sería más correcto utilizar la denominación «Principios del Proceso Comercial Internacional». Aquí la palabra «principios», sin embargo, no alude únicamente a conceptos filosóficos abstractos del derecho procesal. Se incluyen princi-

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).

pios, pero obviamente también normas procesales concretas. En este contexto debe entenderse la palabra «fundamental»: Los principios son fundamentales solamente en el contexto de la armonización de los litigios internacionales.

En definitiva, la aplicación de este proyecto se limita a litigios comerciales internacionales. No se aplica a otros litigios civiles ni a litigios exclusivamente nacionales.[7] El ámbito material de aplicación se regula específicamente en el Art. 2°.

Es preciso dejar claro que no estamos ante un código en el sentido que el derecho continental europeo da a esta expresión. No es un cuerpo normativo con pretensión de ser un sistema completo, se trata solamente de un conjunto de normas procesales cuya finalidad es más específica: conferir un tratamiento jurídico uniforme a los problemas más relevantes que surgen en la resolución de las controversias transnacionales, y otorgarles una disciplina jurídica uniforme en todos los países. En relación con las cuestiones no reguladas por estas normas será de aplicación lo dispuesto en las leyes locales. Como se dijo en el Art. 10°, «las normas procesales del foro serán de aplicación supletoria en aquellas materias no reguladas en estos Principios y Normas».

En este proyecto, cada artículo es importante, con un contenido y significado complejo, pues son el fruto del intenso debate sostenido entre abogados y profesores de numerosos países. El estudio en detalle de algunos de estos artículos podría constituir una tesis de doctorado en derecho comparado.

Al aproximarnos a las normas, ha de tenerse presente un dato importante: en un principio, todos tenemos una visión esencialmente selectiva de este proyecto: nos fijamos principal o exclusivamente en aquello que nos resulta diferente, mientras que aquellas normas que se asemejan a las de nuestro derecho, tendemos a considerarlas como reglas de aplicación universal, sin llegar a entender en muchas ocasiones que la adopción de esa norma representa una, a veces gran concesión de los ordenamientos jurídicos de otros países.

Para comprender el resultado y los objetivos de este proyecto, es necesario tener presente que casi todos los principios y normas son el re-

7 Véase el artículo 2.6 de las Normas que autoriza al Estado que haya adoptado este proyecto a excluir materias así como extender la aplicación de las presentes Normas a otras materias civiles transnacionales.

sultado de un compromiso entre muchos sistemas jurídicos. El término «compromiso», sin embargo, no quiere decir la adopción del «mínimo común denominador» entre todos los sistemas. Encontrar un mínimo denominador común no es el objetivo de este proyecto. Siempre que ha sido posible, los compromisos que se han adoptado en la elaboración de este proyecto han buscado la finalidad de encontrar la mejor norma jurídica. La mayoría de las veces, las normas que creamos pueden considerarse «especies genéticamente modificadas» y como tales no existen en ningún ordenamiento jurídico.[8]

El proyecto se encuentra en plena evolución y la participación de los procesalistas de España es aún incipiente. Se espera que la iniciativa de la Revista Derecho PUC, de publicar el texto del proyecto en el Perú, con la traducción al español realizada por Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter, sirva de estímulo para una mayor participación de los procesalistas españoles en este importante proyecto.[9]

En este proyecto se ha intentado alcanzar una, tal vez, aún utópica o ingenua armonía entre el proceso civil de los países del *civil law* y los países del *common law*. Por ello, tal vez, este proyecto sea adelantado para nuestro tiempo. Si esto es así, sólo el tiempo lo podrá decir.

Si bien es cierto que este proyecto todavía se encuentra lejos de ofrecer un adecuado equilibrio entre los diversos sistemas, ha de reconocerse que tiene el innegable mérito de introducir técnicas, ideas e instituciones desconocidas y, en algún caso, hasta exóticas para las coordinadas nacionales. Por ello, este proyecto puede verse de momento como un trabajo de laboratorio, trabajo cuyo resultado sería muy útil que en un futuro fuera considerado como una ley procesal modelo. En este con-

8 Véase Antonio Gidi, «*Vers un Procés Civil Transnational: Une Première Réponse aux Critiques*», en ***Vers un Procès Civil Universel? Les Règles Transnationales de Procédure Civile de l'American Law Institute 139*** (Philippe Fouchard ed., 2001).

9 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 a
American Law Institute
4025 Chestnut Street
Philadelphia PA, 19103
Estados Unidos
Fax: 215/ 243-1636
E-mail: transrules@ali.org.

texto prestaría el proyecto su mejor contribución en una eventual armonización de las normas procesales en el nuevo siglo.

En la medida en que estemos, todos nosotros, dispuestos a aprender nuevas técnicas y a introducir y aplicarlas en nuestros sistemas, nuestro derecho progresará en una misma dirección y nos estaremos aproximando a ser, todos nosotros, vecinos cada vez menos distantes.[10]

10 Cf. Antonio Gidi, Presentación del Proyecto de Normas transnacionales del Proceso Civil, Derecho PUC, vol. 52, p. 620, 1999.

Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional

Geoffrey C. Hazard Jr., Rolf Stürner,
Michele Taruffo y Antonio Gidi

1. Jurisdicción

La jurisdicción sobre las partes, los bienes y el objeto del litigio se ejercerá de acuerdo con los principios generalmente aceptados en el derecho internacional, incluidos los tratados internacionales suscritos por el estado del foro.

2. Independencia, imparcialidad y competencia del tribunal

2.1 En la resolución de los litigios transnacionales el tribunal actuará con imparcialidad y gozará de independencia judicial, incluida una inamovilidad razonable y libertad frente a injerencias externas.

2.2 Se establecerá un procedimiento para hacer valer las causas de abstención y recusación.

2.3 Los jueces competentes para decidir litigios transnacionales tendrán una acreditada experiencia, así como suficientes conocimientos jurídicos, tanto en derecho sustantivo como procesal.

3. Igualdad y derecho de defensa

3.1 El tribunal garantizará la igualdad de oportunidades de defensa a las partes. Ello implica el derecho a realizar alegaciones de hecho y de derecho y a presentar los medios de prueba de conformidad con la ley procesal aplicable, con independencia de cuál sea la naturaleza de la disputa, y la nacionalidad o residencia de las partes.

3.2 No podrá exigirse a una parte la constitución de fianza para responder de las costas o de los daños y perjuicios, por el hecho de no tener su domicilio en el estado del foro.

3.3 Las normas de competencia territorial deberán asegurar que el tribunal que conoce del litigio sea razonablemente accesible a las partes y a sus abogados.

3.4 El tribunal garantizará a las partes la oportunidad de argumentar frente a la prueba practicada por la parte contraria.

3.5 El tribunal tomará en cuenta cada una de las alegaciones jurídicas y fácticas relevantes que hayan sido aducidas por las partes.

3.6 El litigio deberá resolverse con la debida celeridad.

4. El derecho a la asistencia letrada

4.1 Las partes gozarán del derecho a la asistencia letrada. Podrán designar un abogado que esté habilitado para ejercer ante el tribunal del foro, y otro que lleve a cabo funciones de asesoramiento, sin necesidad en este último caso de que esté habilitado en el foro.

4.2 Se respetará la independencia profesional de los abogados.

5. Derecho de audiencia y actos de comunicación

5.1 Las partes tienen derecho a ser informadas de manera razonable de aquellos procesos que afecten a sus intereses, tanto de la incoación del litigio como de las actuaciones importantes que se produzcan a lo largo del proceso.

5.2 En particular, la demanda será comunicada formalmente al demandado a través de los medios razonables que sean más efectivos. Igualmente se le advertirá de la posibilidad de ser condenado en rebeldía si no contesta dentro del plazo establecido.

5.3 Cada una de las partes deberá tener la oportunidad de conocer y responder a las alegaciones fácticas y jurídicas realizadas por la parte contraria.

5.4 En aquellos casos en que el tribunal, a instancia de parte, resuelva sin que se haya podido trasladar la comunicación a la parte contraria, ésta tendrá derecho a que se revise esa resolución «de novo».

5.5 Cada parte, en el debido momento, hará saber a la contraria cuáles son los hechos en los que se funda la demanda o la contestación, así como los argumentos legales que serán invocados, de tal manera que cada una de las partes tenga la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa.

6. Ley aplicable

La determinación de la ley aplicable, tanto a las cuestiones procesales como a las sustantivas, deberá realizarse de conformidad con los principios aceptados por las normas de derecho internacional privado.

7. Estructura del proceso

7.1 El proceso se dividirá en tres fases: fase de alegaciones, fase de instrucción ("pretrial" en la terminología del *common law*), y audiencia plenaria ("trial" en la terminología del *common law*).

7.2 En la fase de instrucción el tribunal resolverá cuestiones preliminares, controlará el acceso a los medios de prueba y la posible exhibición y práctica de prueba, y establecerá el calendario para las actuaciones subsiguientes.

7.3 Toda la prueba que no pudiera practicarse en la fase de instrucción se practicará en la audiencia plenaria siguiendo el principio de concentración.

8. Iniciación del proceso a instancia de parte y determinación del objeto del proceso

8.1 El litigio se iniciará a instancia de parte con la presentación de la demanda. En ningún caso se iniciará de oficio.

8.2 El objeto del proceso quedará determinado por las pretensiones y excepciones alegadas por las partes en la demanda y contestación respectivamente. Esas pretensiones y excepciones servirán de base para apreciar la litispendencia y la preclusión.

8.3 Las partes podrán disponer de la finalización del proceso mediante desistimiento, mediante allanamiento parcial o total, o mediante transacción.

9. Las funciones del tribunal en la dirección y desarrollo del proceso

9.1 El tribunal velará por el adecuado avance del proceso, pudiendo ejercer la discrecionalidad judicial con el fin de lograr que el litigio se resuelva de manera justa y dentro de un plazo razonable.

9.2 El tribunal decidirá acerca de la relevancia de la prueba y la validez de los argumentos jurídicos.

9.3 El tribunal, tras consultar a las partes, fijará el orden en el cual se resolverá cada una de las cuestiones, así como los términos, los plazos preclusivos, y las fechas para la celebración de las audiencias.

10. Potestad judicial en el control del procedimiento; proporcionalidad

10.1 El tribunal tendrá autoridad para sancionar a las partes que incumplan o se nieguen a cumplir las órdenes judiciales o actúen en contra de las reglas de la buena fe procesal.

10.2 Las sanciones serán razonables y su alcance se fijará en función de la importancia y cuantía del objeto del litigio, así como de las intenciones de las personas cuya conducta se pretende sancionar.

11. Principios rectores de la actuación de las partes

11.1 Las partes respetarán las reglas de la buena fe procesal en sus actuaciones ante el tribunal como frente a las otras partes.

11.2 Las partes se abstendrán de plantear demandas o excepciones temerarias.

11.3 Las partes tienen la carga de alegar los hechos y practicar la prueba que funde sus pretensiones y excepciones. También habrán de informar al tribunal y a las otras partes acerca de la prueba que pretenden practicar y los argumentos legales sobre los cuales habrá de pronunciarse el tribunal.

11.4 Los fundamentos de hecho y de derecho se presentarán de manera detallada en la demanda o en la contestación.

11.5 La falta de respuesta dentro del plazo establecido frente a la demanda, la contestación o cualquier otra alegación que requiera ser contestada, podrá servir de base para considerar admitidas las alegaciones no contestadas.

11.6 Las partes deberán cooperar en el adecuado desarrollo del proceso y en la práctica de la prueba.

12. Modificación de la demanda y contestación

12.1 En la fase de instrucción, las partes podrán modificar de manera razonable su demanda o su contestación, dando noticia de ello al tribunal y a las demás partes.

12.2 Con el fin de evitar una injusticia y siempre que ello no suponga un perjuicio para la otra parte, también será admisible introducir esas modificaciones en la audiencia plenaria.

13. El derecho a la prueba y el deber de aportación de pruebas

13.1 Las partes tienen, salvo supuestos excepcionales, derecho a acceder a toda la información y pruebas no objeto de exención que sean relevantes.

13.2 Las partes tienen derecho a realizar declaraciones con efectos probatorios. Tendrán también la oportunidad de proponer y practicar prueba relevante, incluida la prueba pericial, dentro de los términos razonables.

13.3 El interrogatorio de los testigos, las partes y los peritos se efectuará conforme a las leyes del foro. Así, el interrogatorio podrá estar dirigido inicialmente por las partes (como en los sistemas de common-law), o bien por el tribunal (como en los sistemas jurídicos continentales).

13.4 Las partes tendrán la oportunidad de realizar preguntas adicionales tanto en los interrogatorios dirigidos inicialmente por el juez como aquellos en que son dirigidos inicialmente por la parte contraria.

13.5 En la fase de instrucción cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de pruebas relevantes que se encuentren en su posesión o

bajo su control. La parte requerida no podrá negarse a la exhibición requerida basándose en el argumento de que esa prueba le puede resultar adversa.

13.6 Las partes tienen derecho a obtener, dentro de unos límites razonables, el descubrimiento de pruebas respecto de terceros.

13.7 El tribunal podrá extraer conclusiones adversas para la parte que incumpla con el requerimiento de exhibición de prueba, cuando existan elementos suficientes que permitan deducir que esa prueba se encuentra en su poder o bajo su control. Iguales conclusiones podrá extraer el tribunal en el caso de que la parte requerida se niegue a colaborar de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan el proceso.

14. Exenciones probatorias

14.1 El tribunal respetará las exenciones probatorias generalmente aceptadas, tales como el derecho a no autoincriminarse y el derecho a no revelar las comunicaciones profesionales con el abogado y las conversaciones privadas con el cónyuge.

14.2 El tribunal respetará las exenciones que afecten a terceros de conformidad con la ley del foro, incluyendo la determinación de la ley aplicable.

15. Terceros

15.1 Los terceros que acrediten un interés legítimo en la causa tendrán la oportunidad de participar en el proceso con los mismos derechos y deberes que los litigantes iniciales.

15.2 Los terceros colaborarán en el adecuado desarrollo del proceso y en la práctica de la prueba. Ello incluye la obligación de cumplir los deberes relativos al descubrimiento y exhibición de pruebas.

16. Oralidad y actuaciones escritas

16.1 Siempre que sea posible, las declaraciones de los testigos, de las partes y de los peritos se efectuarán oralmente, salvo que las partes, con la autorización del tribunal, acuerden otra cosa.

16.2 También podrán limitarse los testimonios orales a las preguntas adicionales planteadas después del interrogatorio escrito dirigido a los testigos principales o a los peritos.

16.3 Las pretensiones, las objeciones procesales y las argumentaciones jurídicas deberán presentarse por escrito, pero las partes podrán completar oralmente la fundamentación de cuestiones sustantivas o procesales.

17. Publicidad

La audiencia plenaria (juicio) y los autos serán públicos, salvo aquellás materias que estén protegidas por el derecho a la confidencialidad.

18. Carga de la prueba y reglas probatorias

Conforme a las reglas del foro, el demandante tiene la carga de probar los hechos que fundan su pretensión. El demandado tiene la misma carga respecto de los hechos que fundan las excepciones que alega en su defensa

19. Deberes judiciales respecto de la aplicación del derecho y la apreciación de los hechos

19.1 El tribunal tiene la función de determinar, después de dar audiencia a las partes, cuál es el fundamento jurídico de su decisión.

19.2 El tribunal podrá fundar su decisión en principios jurídicos, hechos o elementos probatorios que no hayan sido aportados por las partes, sólo después de que las partes hayan tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y hayan podido introducir modificaciones en sus alegaciones.

19.3 La práctica de la prueba y la fundamentación jurídica podrá presentarse ante uno de los magistrados en quien delegue el tribunal. Si se estima necesario el tribunal también podrá delegar la práctica de la prueba en otra persona adecuada.

19.4 El tribunal podrá ordenar la práctica de la prueba a instancia de parte o de oficio.

19.5 Será admisible todo tipo de prueba relevante no objeto de exención, incluidas las declaraciones de las partes.

19.6 La fijación de los hechos se realizará sobre la base de la prueba practicada en el proceso, y de conformidad con el principio de la libre valoración de la prueba.

19.7 El tribunal controlará la admisión y utilidad de la prueba, indicando los hechos relevantes que requieren ser probados, así como el tipo de prueba requerida para decidir sobre esos hechos.

19.8 El tribunal podrá designar un perito para que declare sobre cualquier cuestión relevante, siempre que la prueba pericial sea apropiada. Las partes podrán solicitar la práctica de la prueba pericial por un perito de su elección, sobre cualquier cuestión relevante y para la cual la prueba pericial resulte apropiada.

19.9 La audiencia plenaria (el juicio) se celebrará en presencia del juez o jueces que dictarán la sentencia.

20. Decisión y motivación de la sentencia

20.1 Concluido el juicio, el tribunal dictará sentencia de inmediato. En la sentencia se indicarán los recursos que contra ella procedan.

20.2 La sentencia estará motivada jurídica y fácticamente.

21. Transacción

21.1 Entre las funciones que corresponden al juez está la de intentar que las partes lleguen a un acuerdo cuando ello resulte posible. El tribunal instará a las partes a acudir a procedimientos previos, a medidas de resolución alternativa de controversias, y a que lleguen a acuerdos en cualquier estado del proceso.

21.2 Las partes deberán cooperar en la búsqueda de una resolución negociada.

22. Costas

22.1 La parte vencedora será reembolsada de las costas razonables del proceso, en las que se incluirán los honorarios de abogados, o la parte sustancial de los mismos que el tribunal considere justa y adecuada.

22.2 El tribunal podrá denegar la imposición de costas a favor de la parte vencedora, si existe una clara justificación para ello.

23. Decisión definitiva

Sin perjuicio del derecho a recurrir en apelación, la sentencia será definitiva y, como regla, ejecutable de inmediato.

24. Apelación

24.1 Se garantiza a las partes el derecho a la apelación en los mismos términos en que se garantice ese derecho en la ley del foro para procesos análogos.

24.2 El objeto de la apelación queda limitado a las acciones, excepciones, reconvenciones y prueba aducidas en la primera instancia.

Normas del Proceso Civil transnacional*

Geoffrey C. Hazard Jr., Michele Taruffo,
Rolf Stürner y Antonio Gidi

A. Reglas de interpretación

1. Reglas de interpretación

1.1 Estas normas se interpretarán de conformidad con los objetivos sentados en los Principios Fundamentales contenidos en el preámbulo.

1.2 Estas normas se interpretarán de acuerdo con el fin de promover la justicia material y procesal, y teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas y culturales de las partes litigantes.

1.3 Se garantizará el derecho de igualdad procesal y el derecho de defensa.

1.4 El procedimiento se ajustará a las reglas de la buena fe, y deberá ser eficaz en términos económicos y de tiempo.

1.5 El tribunal velará porque todas las personas que actúan en el proceso mantengan una conducta correcta y profesional.

---

* Traducción realizada por la Prof. Dr. Lorena Bachmaier Winter, Profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, con base en el texto original inglés de *Principles and rules of Transnational Civil Procedure, Discussion Draft* N° 2 de 12 de abril de 2001, proyecto del *American Law Institute* y de UNIDROIT. Rogamos envíen sus sugerencias o críticas en español o inglés a la siguiente dirección:

- The American Law Institute
- Principles and Rules of Transnational Civil Procedure
- 4025 Chestnut Street
- Philadelphia, PA 19104-3099
- Fax: + 1(215) 243-1664
- E-mail: transrules@ali.org
- http://www.ali.org/ali/transrules.htm

1.6 La imposición de sanciones así como la limitación de facultades procesales frente a las partes o a terceros, serán proporcionales a su fin.

B. Ámbito de aplicación de estas normas

2. Controversias a las que se aplican estas normas

2.1 Los tribunales del Estado que haya adoptado las presentes normas las aplicarán en todos litigios surgidos en materia de compraventa, *leasing*, inversiones, contratos de adquisiciones, contratos bancarios, en materia de acciones y títulos valores, de derechos de propiedad y de propiedad intelectual, así como en cualquier otra transacción mercantil, comercial o financiera, respetando las normas constitucionales del estado y aquellas leyes que no contravengan expresamente lo dispuesto en las presentes Normas:

2.1.1 Cuando el demandante y el demandado sean residentes habituales de diferentes estados y la controversia no haya surgido íntegramente dentro del estado del foro; o

2.1.2 Cuando la demanda se refiera a bienes inmuebles sitos en el territorio de un estado contratante, y el derecho de propiedad o cualquier otro derecho relativo a esa finca es reclamado por una persona con residencia habitual en otro estado.

2.2 Una corporación, sociedad anónima, asociación no inscrita, *partnership* u otra entidad organizada, se considerará residente habitual del estado donde se constituyó como ente con personalidad jurídica, así como del estado donde se encuentre su centro de efectiva administración y dirección.

2.3 En casos de pluralidad de partes o pluralidad de acciones, el tribunal determinará cuál es el asunto o asuntos principales debatidos. Si éstos entran dentro del ámbito de aplicación de las presentes Normas, las Normas se aplicarán a todas las partes y acciones. En caso contrario, el tribunal aplicará la ley del foro. El tribunal también podrá proceder a la desacumulación de acciones, si con ello se contribuye a una más eficaz administración de justicia.

2.4 La participación de otros intervinientes, ya sea como demandantes, como demandados o como tercero, se regula en el artículo 5 de estas Normas.

2.5 A petición de todas las partes que no sean residentes habituales del estado, el proceso podrá desarrollarse conforme a las normas procesales del foro.

2.6 El estado podrá excluir materias así como extender la aplicación de las presentes Normas a otras materias civiles transnacionales.

2.7 Cuando el demandante se haya sometido a la jurisdicción de un tribunal conforme a estas normas, no podrá posteriormente impugnar su jurisdicción para aplicarlas, sin perjuicio de la posibilidad de que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, declare su manifiesta falta de jurisdicción para conocer del proceso transnacional.

2.8 Después de haber presentado la contestación a la demanda, precluye para el demandado u otra parte la posibilidad de impugnar la aplicación de estas normas, sin perjuicio de que el tribunal, de oficio o por sugerencia de otra parte, declare su manifiesta falta de jurisdicción para aplicarlas.

3. El fuero para litigios civiles transnacionales

3.1 Los litigios civiles transnacionales se desarrollarán ante los tribunales de primera instancia con jurisdicción general del estado del foro, salvo que el estado haya creado un tribunal especializado, o bien una sección especial de los órganos ordinarios para estos procesos.

3.2 La apelación se substanciará ante los tribunales que conozcan de la apelación frente a las resoluciones dictadas por los tribunales de primera instancia con jurisdicción general, salvo que el estado del foro establezca otra cosa.

3.3 Con el fin de alcanzar una mayor eficacia en la resolución del litigio, el tribunal competente para conocer del proceso civil transnacional podrá delegar funciones judiciales en favor de otro tribunal estatal, o en favor de un tribunal de otro estado que acepte esas funciones, o en favor de un oficial judicial designado específicamente para ello.

3.4 El tribunal podrá celebrar audiencias fuera de la sede del tribunal, así como hacer uso de medios de telecomunicación, siempre y cuando con ello no se prive a las partes el derecho a interrogar a los testigos de la parte contraria.

C. Jurisdicción personal, normas sobre acumulación y competencia

4. Jurisdicción personal

4.1. Un proceso regido por las presentes Normas, podrá iniciarse y desarrollarse ante los tribunales ordinarios del estado:

4.1.1. Designado por mutuo acuerdo de las partes;

4.1.2. A cuyos tribunales se encuentre sometido el demandado, en virtud de los principios reguladores de la jurisdicción personal, o en virtud de convenio internacional suscrito por el Estado.

4.1.3. Donde radique el bien inmueble cuando la aplicación de estas Normas derive de lo dispuesto en el Art. 2.1.2.

4.1.4 En apoyo de un proceso civil transnacional que se sustancie ante otro fuero.

5. Acumulación subjetiva o de acciones

5.1 La jurisdicción podrá extenderse sobre todas aquellas personas que, en virtud de normas imperativas, estén sometidas al tribunal, y cuya conexión con el objeto del litigio justifique, en interés de la eficaz administración de justicia, que sean citada como parte.

5.2 La persona llamada a ser parte de conformidad con el Art. 5.1 será citada en la forma prevista en el Art. 10 de estas Normas.

5.3 A una persona no sometida de manera imperativa a la jurisdicción del tribunal se le podrá notificar el proceso y podrá ser invitada a intervenir en el mismo. Su intervención en el proceso se regirá por lo dispuesto para la intervención en las leyes del foro.

5.4 La jurisdicción fundada en estas Normas podrá extenderse al conocimiento de las acciones nacidas de la misma relación jurídica objeto de la demanda original, aunque no estén incluidas en el ámbito de aplicación de estas Normas según lo dispuesto en los arts. 2.2 y 5.5.

5.5 La acumulación subjetiva de acciones procederá de conformidad con las normas procesales del foro, siempre que los sujetos estén sometidos a la jurisdicción de este tribunal. La aplicación de estas Normas no se verá afectada por la acumulación de acciones ni por la intervención adicional de terceros, con excepción de lo dispuesto en el Art.2.5.

5.6 Si con anterioridad a la audiencia plenaria se admite la acumulación de acciones o la intervención de un tercero que determinara la aplicación de lo dispuesto en el Art.2, las presentes Normas serán de aplicación, salvo que el tribunal, en virtud del Art. 2.3, ordene lo contrario en interés de la correcta administración de justicia.

6. Intervención

6.1 Una persona no parte podrá solicitar ser tenida como parte interviniente, siempre y cuando alegue:

6.1.1 Tener interés en el objeto del proceso;

6.1.2 Que la sentencia que se dicte en ese proceso podría afectarle negativamente; o

6.1.3 Que entre esa persona y una o más partes del proceso existe una cuestión de hecho o de derecho en común que afecta a alguna o algunas de las cuestiones debatidas en el litigio.

6.2 El tribunal resolverá acerca de la solicitud de intervención, teniendo en cuenta si la misma podría originar un retraso o perjuicio indebidos para los derechos de las partes del proceso; el tribunal admitirá al interviniente como parte si lo estima oportuno y dictará la resolución correspondiente.

6.3 Cualquier persona, pública o privada, podrá presentar un informe como *amicus curiae* relativo a datos, información, observaciones, dictámenes jurídicos, contexto social y cualesquiera otras consideraciones que pudieran contribuir a una justa y adecuada resolución del caso. El tribunal podrá invitar a un tercero a que presente un informe como *amicus curiae*. Deberá garantizarse la posibilidad de que las partes formulen alegaciones escritas respecto del contenido de los informes *amicus curiae* con carácter previo a la valoración del informe por parte del tribunal.

7. Competencia territorial

El proceso se substanciará ante los tribunales de primera instancia del lugar que corresponda conforme a las normas de competencia territorial del estado.

D. Composición y jurisdicción del tribunal

8. Composición del tribunal

8.1 La composición del tribunal se ajustará a lo previsto en las normas del foro. En los procesos en que se discutan cuestiones técnicas o científicas, el tribunal de primera instancia podrá designar de oficio un máximo de dos asesores imparciales que sean expertos en la materia objeto del litigio. En la elección de esos asesores, el tribunal podrá tomar en cuenta las indicaciones de las partes. Los asesores carecerán de voto.

8.2 En sus deliberaciones el tribunal podrá reunirse con los asesores expertos únicamente en presencia de las partes, o bien consultarles mediante escrito. De estas comunicaciones escritas se facilitará copia a cada

una de las partes. Los honorarios y gastos de estos expertos serán de cuenta de las partes, salvo que el tribunal disponga otra cosa.

9. Autoridad del tribunal

En un proceso civil transnacional, el tribunal tiene autoridad para dirigir el procedimiento, incluido señalar las vistas orales, y hacer efectivos los Principios Fundamentales contenidos en el preámbulo.

10. Procedimiento del foro

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1, las normas procesales del foro serán de aplicación supletoria en aquellas materias no reguladas en estos Principios y Normas.

E. Fase preliminar

11. Iniciación del proceso y notificación

11.1 El demandante presentará la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 12. El tribunal procederá a su notificación a las partes designadas como demandadas. El proceso se denominará Proceso Civil Transnacional.

11.2 La notificación al demandado se efectuará de conformidad con el Convenio Internacional que sea aplicable. De no ser aplicable ningún Convenio Internacional, la notificación se efectuará dando traslado de la copia de la demanda y emplazando a la parte para que comparezca en un tiempo razonable.

11.3 En la notificación de la demanda se indicará cuál es el plazo previsto para contestar a la demanda y que el procedimiento se ajustará a lo previsto en las presentes Normas. Asimismo se advertirá al demandado que si no contesta en el plazo señalado, el proceso se podrá resolver mediante sentencia en rebeldía.

11.4 La notificación de la demanda se redactará en el idioma del foro y, además, en el idioma del demandado, salvo que no se tenga conocimiento de cuál es su idioma.

11.5 Para determinar si el proceso se ha iniciado dentro del plazo establecido en la norma aplicable para la prescripción, se considerará iniciado desde el momento de la presentación de la demanda ante el tribunal según lo dispuesto en el Art. 11.1.

12. Contenido de la demanda

12.1 La demanda contendrá la afirmación de los hechos y los argumentos jurídicos que fundan la pretensión, así como los motivos que justifican la aplicación de las presentes Normas. En la fundamentación fáctica se procurará expresar con el detalle adecuado el momento, el lugar, los hechos acaecidos y los sujetos que en ellos participaron. Si conforme a la ley aplicable el demandante debiera haber intentado previamente una resolución arbitral o una conciliación u otro modo de resolución semejante, el demandante indicará los esfuerzos realizados en ese sentido.

12.2 En la demanda se fijará lo que se pida, expresando, en la medida de lo posible, la cuantía pecuniaria reclamada, así como cualquier otro tipo de pronunciamiento.

13. Contestación a la demanda; reconvención

13.1 El demandado dispondrá de un plazo de [treinta días consecutivos], desde la notificación de la demanda, para contestar a la misma, admitiendo o negando las alegaciones que en ella se contengan. El plazo para contestar a la demanda podrá ser prorrogado por otros [treinta días], a petición del demandado. Por decisión del tribunal o mediante acuerdo de las partes podrá prorrogarse por un plazo razonable.

En la contestación a la demanda, el demandado:

13.1.1 Negará aquellas alegaciones de la demanda que desee fijar como objeto de la controversia;

13.1.2 Admitirá aquellas alegaciones respecto de las cuales muestre su conformidad, explicando los motivos de esa admisión, o bien presentará una versión alternativa de los hechos;

13.1.3 Alegará los hechos y los fundamentos de derecho sobre los cuales se funde cualquier excepción.

13.2 En el escrito de contestación, el demandado podrá formular reconvención frente el demandante, así como formular pretensiones frente a un codemandado o frente a un tercero, siempre que sean conexas con la demanda, por ejemplo en casos de derecho de restitución y en casos de solidaridad. La parte frente a la cual se dirijan esas pretensiones deberá a su vez contestar a ese escrito.

13.3 Lo previsto en el artículo 12° respecto del contenido de la demanda será de aplicación para la contestación a la demanda, y para cualquier otra pretensión.

13.4 Cada parte deberá negar aquellas alegaciones respecto de las cuales no esté conforme. Las alegaciones que no sean negadas expresamente se considerarán admitidas. Los hechos que hayan sido admitidos expresamente o que puedan considerarse admitidos tácitamente, no requieren ser probados, a excepción de los previsto en el Art. 15.2 en relación con la sentencia dictada en rebeldía.

13.5 La parte frente a la cual se haya formulado una pretensión podrá en su contestación realizar las objeciones preliminares que se regulan en el Art. 18.1. La presentación de la contestación o de la reconvención no implica la renuncia a formular esas objeciones preliminares.

14. Modificaciones de la demanda y de los demás escritos de alegaciones

14.1 En la fase preliminar, cualquiera de las partes podrá modificar su escrito de alegaciones en los términos en que el tribunal lo autorice. Si la modificación se refiere a hechos acaecidos con posterioridad a los ya alegados por las partes, o bien al descubrimiento de nuevos hechos o elementos de prueba que, a pesar de haber empleado una diligencia razonable no hubieran podido haberse aportado previamente, se permitirá a la parte efectuar las modificaciones oportunas, siempre que ello no genere un perjuicio indebido para la otra parte. Después de la obtención de prueba según el procedimiento dispuesto en los arts. 19° y 20°, podrán introducirse alegaciones complementarias referidas a los datos obtenidos a través de esas actuaciones.

14.2 El tribunal admitirá la modificación de la demanda o de los escritos de alegaciones en los términos que resulten justos, salvo que con ello se produzcan perjuicios que no puedan ser compensados en las costas o mediante un aplazamiento.

14.3 Del escrito de modificación se dará traslado a la parte contraria, la cual dispondrá de un plazo de treinta días [30] para contestar, salvo que el tribunal fije otro plazo.

14.4 En los casos en que se haya modificado la demanda, sólo podrá dictarse sentencia en rebeldía sobre la base de la demanda ampliada, si ésta ha sido previamente notificada a la parte.

14.5 Cuando el escrito de demanda o de contestación no cumpla los requisitos establecidos en estas Normas, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que requiera a la otra parte para que efectúe las aclaraciones o precisiones oportunas.

15. Sentencia en rebeldía

15.1 La sentencia en rebeldía procederá contra la parte que no dé impulso al proceso, contra la parte que sin causa justificada no conteste dentro del plazo previsto en estas normas, o cuya contestación esté infundada, o contra la parte que después de presentar la contestación se mantenga inactivo.

15.2 Antes de dictar sentencia en rebeldía, el tribunal deberá comprobar que se han observado los requisitos procesales exigidos en los Convenios Internacionales que sean de aplicación, y además:

15.2.1 Si la sentencia en rebeldía procede por falta de impulso procesal del demandante, previamente se le advertirá de que se va a dictar la sentencia;

15.2.2 Si la sentencia procede contra cualquier otra parte, se comprobará que la notificación se ha realizado correctamente y que la parte ha tenido suficiente tiempo para responder;

15.2.3 Se comprobará que la pretensión es jurídicamente viable, tanto en lo relativo a la responsabilidad como a la tutela solicitada, y también en relación con el importe de la indemnización por daños y perjuicios que en su caso haya solicitado el demandante.

15.3 La tutela que se otorgue en la sentencia dictada en rebeldía no podrá exceder de la cuantía pecuniaria solicitada ni tampoco ser más gravosa que la tutela solicitada en la demanda.

15.4 A la parte que formule su contestación fuera del plazo previsto en estas Normas, pero antes de dictarse sentencia, se la tendrá por comparecida, si ofrece una razón justificada; pero el tribunal podrá imponer a la parte que estuvo en rebeldía las costas que de su conducta se derivaran para la otra parte.

16. Propuesta de transacción en el proceso transnacional

16.1 Antes del comienzo o después de haber comenzado el proceso regido por estas Normas, cualquiera de las partes podrá presentar a la otra una propuesta escrita de transacción respecto de alguna o todas las pretensiones y las costas de ellas derivadas. Esta propuesta se denominará «Propuesta de transacción de controversia transnacional» y habrá de hacer referencia a las sanciones aplicables conforme a estas Normas. La propuesta de transacción tendrá una vigencia de [60 días], salvo que se rechace antes o que sea revocada mediante escrito entregado al destinatario antes de que éste haya aceptado.

16.2 La parte receptora de la propuesta podrá presentar a su vez una contraoferta que estará vigente por un plazo de [treinta días]. Si ésta no es aceptada, la parte podrá aceptar la propuesta original, si todavía está vigente.

16.3 La propuesta que no se haya retirado ni aceptado antes del plazo de vigencia previsto, se considerará rechazada.

16.4 Salvo consentimiento de ambas partes, la propuesta no se hará pública ni se comunicará al tribunal antes de que se dicte sentencia, revelación que podrá dar lugar a la aplicación sanciones o a un pronunciamiento adverso en cuanto al fondo.

16.5 Dentro del plazo de 10 días después de haberse dictado la sentencia, la parte podrá informar de la propuesta al tribunal. Si el contenido de la sentencia es menos favorable que el de la propuesta de transacción, el tribunal impondrá las sanciones que estime apropiadas, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso.

16.6 Salvo que el tribunal considere que concurren circunstancias especiales que justifiquen una sanción diferente, la sanción apropiada será la imposición de las costas asumidas por el proponente desde el momento en que se dio traslado de la propuesta transaccional. Esta sanción será adicional a las costas determinadas conforme a lo dispuesto en el Art. 33° de estas Normas. El destinatario de la propuesta tiene derecho al reembolso de los gastos realizados hasta el momento en que el proponente notifique la aceptación, a menos que en la propuesta se disponga otra cosa.

16.7 Si la transacción aceptada no se cumple dentro del plazo señalado en la misma, o dentro de un plazo razonable el proponente podrá optar entre solicitar su ejecución forzosa o bien por que se continúe con el proceso iniciado.

16.8 Este procedimiento no es exclusivo de la transacción judicial, y no excluye la posibilidad de que las partes mantengan negociaciones que no estén sometidas a sanciones.

17. Medidas provisionales

17.1 De conformidad con la ley del foro y con sujeción a lo dispuesto en los Convenios Internacionales que sean de aplicación, el tribunal podrá dirigir a cualquier persona que esté sometida a su jurisdicción un mandato ordenándole o prohibiéndole una determinada conducta, si ello resulta necesario para mantener una situación de hecho o de derecho o para

evitar un perjuicio irreparable durante la pendencia del proceso. El alcance de esa medida se ajustará al principio de proporcionalidad.

17.1.1 El tribunal sólo podrá emitir ese mandato antes de que la parte contraria haya tenido oportunidad de contestar, si se acredita la urgente necesidad del mismo, y siempre que existan suficientes razones de justicia que justifiquen la adopción de esa medida. Tan pronto como sea posible deberá darse a la parte o al destinatario del mandato la oportunidad para oponerse frente a la adopción de esta medida.

17.1.2 Después de dar audiencia a las partes o a los interesados, el tribunal podrá emitir, dejar sin efecto, renovar o modificar un mandato.

17.1.3 El solicitante responde de todos los daños y perjuicios que se causaran al destinatario del mandato en el caso de que la emisión de dicho mandato no hubiese sido procedente.

17.1.4 El tribunal podrá exigir al solicitante de la medida la prestación de fianza o asumir la obligación de indemnizar a la persona afectada por el mandato.

17.2 El mandato judicial podrá prohibir a una persona sujeta a su jurisdicción que transfiera propiedades o bienes, con independencia de donde se encuentren los mismos, mientras esté pendiente el proceso. El tribunal también podrá requerir a una parte para que, sin demora, informe acerca de la situación de sus bienes patrimoniales o de los bienes de personas cuya identificación o paradero resulten relevantes.

17.3 Cuando la propiedad u otros bienes patrimoniales se encuentren en el extranjero, la ejecución de la medida provisional emitida en virtud del apartado anterior se regirá por la ley del estado donde esos bienes estén localizados y se llevará a cabo a través de una orden judicial emitida por el tribunal competente de ese estado.

18. Cuestiones preliminares

18.1 A instancia de parte, por propia iniciativa, o como consecuencia de una de las audiencias celebradas según el Art. 23.2, el tribunal en la fase preliminar podrá decidir:

18.1.1 Que el objeto del proceso no entra dentro del ámbito de aplicación de estas Normas, que el tribunal carece de competencia para conocer del litigio, y, a instancia de parte, que carece de jurisdicción sobre alguna de las partes;

18.1.2 Que la demanda o la contestación, o cualquier otro acto procesal realizado por alguna de las partes infringe lo dispuesto en estas Normas;

18.1.3 Que el litigo versa únicamente sobre cuestiones de derecho, o que puede ya adoptarse una decisión completa o parcial sobre la base de las pruebas aportadas, sin necesidad de celebrar la audiencia plenaria. No obstante, antes de adoptar esta decisión el tribunal deberá respetar la oportunidad de las partes de realizar actos relativos a la exhibición de prueba;

18.1.4 Que la decisión acerca de la responsabilidad debiera adoptarse antes de valorar el importe de los daños o el tipo de indemnización;

18.1.5 Sobre cualquier otra cuestión de derecho sustantivo o procesal, cuya resolución sea necesaria para dictar sentencia sobre el fondo.

18.2 Después de haber emitido una resolución conforme a los apartados precedentes, el tribunal deberá conceder a la parte afectada la posibilidad de modificar su escrito de demanda, si los defectos apreciados pudieran subsanarse mediante una modificación del mismo.

18.3 Si resulta necesario, antes de resolver en virtud de este precepto, el tribunal podrá ordenar a las partes que aporten la información a la que se refieren los arts. 19° y 20°.

19. Exhibición de prueba

19.1 A los escritos de alegaciones las partes acompañarán copia de los documentos principales en los que pretenda fundar su pretensión, como por ejemplo, los contratos o correspondencia relevante, así como una relación de todos los llamados a declarar, ya sean partes o no, y peritos que pretenda presentar como prueba. En la relación se incluirán todos los documentos y testigos que sean conocidos por la parte al momento de presentar su escrito de alegaciones. En la medida de lo posible, se identificará a los testigos con su nombre, domicilio y número de teléfono.

19.2 La parte podrá modificar la relación presentada conforme al apartado anterior con el fin de incluir documentos o testigos que no eran conocidos al momento de su elaboración inicial. Cualquier cambio que se efectúe en la relación de documentos o testigos se comunicará por escrito a la parte contraria al menos [30 días] antes del comienzo de la audiencia plenaria, salvo que el tribunal disponga otra cosa.

19.3 En un plazo de [45 días] después de presentada la contestación a la demanda, cada parte facilitará a las demás un resumen de la declaración prevista para cada testigo propuesto. El tribunal podrá reducir o

ampliar ese plazo atendiendo a las circunstancias del caso. En caso de modificación de los escritos de alegaciones, o si se produce algún cambio en el testimonio esperado, las partes aportarán también un resumen de las declaraciones testificales que se vean afectadas por esas modificaciones.

19.4 Los resúmenes a que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidos por una declaración testifical jurada del testigo que se pretende presentar, que habrá de aportarse con al menos [15 días] de antelación a la celebración de la audiencia. Si el examen de ese testigo resulta necesario, comenzará con las preguntas adicionales que formule la parte contraria o el tribunal.

19.5 Para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Norma, los abogados de las partes podrán entrevistar a los testigos potenciales, para descubrir posibles elementos probatorios o para identificar partes potenciales, pero no podrán entrevistar a otra parte o persona representada por otro abogado.

20. Intercambio de pruebas

20.1 Cada parte, una vez que conforme al art. 20 haya exhibido los elementos de prueba que pretende utilizar en el proceso, podrá, previa comunicación a la otra parte, solicitar al tribunal que dicte un orden para que las demás partes, aporten cualquier material o información que no sea objeto de exención según la ley aplicable, que sea admisible y que no se haya aportado inicialmente. Esta orden podrá dirigirse también frente a los terceros en las condiciones que se especifican en el Art. 30°. En concreto podrá solicitar:

20.1.1 Documentos u otros instrumentos que estén específica o genéricamente identificados, y que sean relevantes para probar un hecho cuya carga de la prueba corresponde a la parte que los solicita.

20.1.2 La identidad y domicilio de personas que tengan un conocimiento personal de los hechos controvertidos en el proceso;

20.1.3 La identidad de cualquiera de los peritos que la otra parte pretende designar conforme a lo dispuesto en el Art. 26.3 y una declaración en la que se exprese la opinión del perito acerca de las cuestiones debatidas en el proceso, incluyendo su análisis y conclusiones.

20.2 La solicitud podrá dirigirse directamente a la parte contraria, la cual mostrará su conformidad a ese requerimiento en todo o en parte, y presentará sin dilación la pruebas correspondientes. Si la solicitud es

adecuada, la parte cumplirá el requerimiento dentro de un plazo razonable, a menos que se refiera a pruebas irrelevantes o privilegiadas o resulte excesivamente onerosa.

20.3 Si la parte requerida no accede a la solicitud, podrá solicitarse al tribunal que emita un orden para la aportación de pruebas específicas. El tribunal, tras dar audiencia a las partes, decidirá acerca de la solicitud, y dictará la orden que proceda.

20.4 Los hechos alegados en los escritos de alegaciones determinan la relevancia de la prueba.

20.5 Salvo que el tribunal disponga, o las partes acuerden otra cosa, la solicitud para la presentación de pruebas se podrá realizar de la siguiente manera:

20.5.1 El demandante realizará las solicitudes iniciales en el escrito de demanda o en los[60 días] siguientes a la contestación de la demanda, y el demandado en el escrito de contestación o en un plazo de [30 días] desde que el demandante formulara sus peticiones.

20.5.2 Podrá presentarse una segunda solicitud en un plazo de [30 días] a partir de que la parte contraria hubiese cumplido las peticiones iniciales.

20.5.3 El tribunal podrá ordenar que se realicen adicionales intercambios de pruebas en relación con alguna cuestión relevante no privilegiada, que sean necesarios para prevenir una injusticia material, incluyendo declaraciones orales o escritas de parte o de testigos. Esas declaraciones se efectuarán según lo dispuesto en el Art. 21.

20.5.4 La respuesta a estas órdenes deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días.

20.6 La parte que no tuviera en su posesión la prueba al tiempo de serle requerida, pero que la obtenga posteriormente, deberá entonces cumplir con la petición.

20.7 Cualquier persona puede invocar la protección de su derecho a no declarar contra sí mismo de acuerdo con lo establecido en la ley aplicable, pero no será suficiente como causa de oposición alegar que la información requerida perjudica los intereses de la parte que ha de facilitarla.

20.8 El tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá designar un oficial neutral especial para que presida las declaraciones, que supervise la presentación de prueba documental o para que de cualquier otro modo coopere con el tribunal en el control del cumplimiento de lo previsto en

esta Norma. En la realización de esas funciones, el oficial especial tendrá las mismas facultades y obligaciones que el juez. Las decisiones que adopte el oficial especial están sujetas a inmediata revisión por parte del tribunal.

20.9 Para hacer efectivas las peticiones de prueba que sean oportunas y que se ajusten al principio de proporcionalidad, el tribunal podrá:

20.9.1 Extraer conclusiones adversas para la parte que incumpla con la petición de prueba, respecto de los hechos controvertidos;

20.9.2 Hacer uso de las medidas autorizadas en los arts. 28° y 29°;

20.9.3 Rechazar pretensiones, excepciones, o alegaciones respecto de las cuales sea relevante la actividad de probatoria.

20.9.4 Dictar sentencia conforme a lo dispuesto en el Art. 15.

21. Declaración de partes, testigos y mediante *affidavit*

21.1 Se podrá tomar declaración a las partes o a testigos siempre que el tribunal en interés de la justicia así lo ordene, según el Art. 20.5.3.

21.2 La declaración se prestará bajo promesa de decir la verdad, según establece el Art. 28.3.1 y será transcrita íntegramente, grabada o filmada en vídeo, según lo acuerden las partes o lo ordene el tribunal. Los costes de la trascripción serán de cuenta de la parte que solicitó la declaración, a menos que el tribunal disponga otra cosa.

21.3 Con al menos [treinta días] de antelación se notificará por escrito a todas las partes y al tribunal el día, hora y lugar donde vaya a realizarse la declaración. El interrogatorio se llevará a cabo según lo dispuesto en el Art. 28° y podrá desarrollarse ante un oficial judicial específicamente designado para ello de conformidad con lo previsto en el Art. 28°. En cualquier momento antes de que comience la declaración, el tribunal podrá remitir preguntas adicionales para que sean respondidas por el declarante.

21.4 La declaración podrá incorporarse como testimonio a los autos, si así lo acuerdan las partes o lo ordena el tribunal.

21.5 Las partes podrán presentar un *affidavit* firmado por un sujeto que no es parte y que afirma declarar la verdad, con declaraciones sobre hechos relevantes para el caso. El tribunal podrá valorar esas declaraciones como si se tratara de una declaración testifical emitida oralmente. Si la parte contraria niega la veracidad de lo declarado mediante *affidavit*, podrá solicitar al tribunal que ese declarante sea citado para comparecer personalmente.

22. Confidencialidad de las actividades relativas a la exhibición o intercambio de prueba

22.1 La información obtenida en virtud de estas Normas, pero que no sea presentada en juicio, será confidencial.

22.2 Cuando la información cuya revelación se pretende afecte a un secreto comercial o empresarial y esté protegida por el deber de confidencialidad según la ley aplicable; o cuando su divulgación pública pueda originar un perjuicio o situación incómoda que pueda evitarse o mitigarse mediante una orden protectora, el tribunal deberá dictar una orden que imponga a las partes, a sus abogados y a los testigos, la obligación de guardar secreto.

22.3 A los efectos de la correcta aplicación de las órdenes previstas en este artículo, el tribunal podrá examinar los elementos de prueba cuya exhibición se pretende en una audiencia privada.

23. Ordenación del proceso

23.1 Con el fin de promover la debida administración de justicia, el tribunal asumirá una activa ordenación del procedimiento.

23.2 El tribunal podrá celebrar una o más audiencias en la fase preliminar del proceso. La comparecencia de los abogados a estas audiencias es preceptiva, y el tribunal también podrá ordenar la comparecencia de otras personas, de conformidad con la ley del foro. El tribunal podrá celebrar la audiencia utilizando cualquier tipo de instrumentos de comunicación.

23.3 Después de consultar a todas las partes, el tribunal podrá:

23.3.1 Ordenar la modificación de los escritos de alegaciones para que se proceda a la acumulación, eliminación o alteración de las pretensiones, excepciones y otras cuestiones, a la vista del ámbito de la controversia en ese momento;

23.3.2 Ordenar que alguna o algunas acciones sean enjuiciadas y decididas por separado. El tribunal podrá dictar una resolución interlocutoria sobre esa cuestión y su relación con las restantes acciones objeto del proceso;

23.3.3 Ordenar la acumulación de procesos pendientes ante el mismo tribunal, de conformidad con estas Normas o con la ley procesal del foro, siempre que los distintos procesos tengan por objeto la misma o relaciones jurídicas conexas, y la acumulación de procesos sirva para facilitar el desarrollo del proceso y su adecuada resolución;

23.3.4 Resolver acerca de la admisibilidad de la prueba y de otras cuestiones procesales;

23.3.5 Fijar el orden en que declararán los testigos y los peritos;

23.3.6 Fijar la fecha para la audiencia plenaria;

23.3.7 Dictar cualquier otra resolución que contribuya a simplificar o agilizar el desarrollo del proceso;

23.3.8 Dictar una resolución, de acuerdo con la ley del foro, para que cualquier persona sometida a su jurisdicción aporte algún documento u otro medio de prueba, o que sea llamada a declarar conforme a lo dispuesto en el art. 21.

23.4 El tribunal podrá sugerir a las partes que consideren la posibilidad de una transacción, mediación, arbitraje o cualquier otra forma de resolución alternativa de la controversia. El tribunal podrá suspender las actuaciones y remitir a las partes a alguno de los medios alternativos de resolución de disputas, como la conciliación o la mediación.

24. Idioma

24.1 En las actuaciones procesales, documentos, vistas orales y actividad probatoria, se utilizará el idioma de la sede del tribunal.

24.2 Si no hay perjuicio para ninguna de las partes, el tribunal podrá autorizar la utilización de otro u otros idiomas para algunas o todas las actuaciones procesales.

24.3 La traducción de documentos extensos o voluminosos se limitará a los fragmentos que sean relevantes, según indicación de las partes o del tribunal.

24.4 La traducción se realizará por un traductor imparcial elegido por las partes o nombrado por el tribunal.

24.5 El coste de la traducción será abonado por la parte que aporte el documento o proponga al testigo que hacen necesaria la traducción, salvo que el tribunal disponga otra cosa.

25. Pertinencia, utilidad y admisibilidad de la prueba

25.1 A excepción de lo dispuesto en el Art. 27, será admisible toda prueba referida a las cuestiones de hecho objeto de la controversia, incluida la prueba circunstancial.

25.2 La capacidad de las partes declarantes y de los testigos vendrá generalmente determinada por la ley del foro, pero las partes podrán en todo caso realizar declaraciones con eficacia probatoria.

25.3 Las partes tienen derecho a la prueba testifical, siempre de acuerdo con las exenciones fijadas en la ley del foro, cuando el testimonio de una persona sea relevante, admisible y pueda realizarse en la jurisdicción del tribunal. El tribunal podrá citar como testigo a cualquier persona que reúna esas condiciones.

25.4 Las partes podrán ofrecer como medio de prueba cualquier documento u objeto. El tribunal podrá ordenar a cualquier persona, ya sea parte o no, que exhiba cualquier documento u objeto que esté en su posesión o bajo su control, y que sea relevante como medio de prueba.

26. Prueba pericial

26.1 El tribunal, de oficio, nombrará un perito o un equipo de peritos imparciales, cuando que la ley del foro así lo exija; también podrá hacerlo cuando estime que el dictamen pericial puede ser útil para resolver las cuestiones objeto del proceso. El dictamen pericial podrá versar sobre derecho extranjero o derecho internacional.

26.2 El tribunal determinará las cuestiones que se someterán a dictamen pericial judicial y podrá dictar órdenes relativas a los «tests», evaluaciones u otros procedimientos a emplear por el perito. El tribunal podrá dictar los mandatos necesarios para facilitar la investigación y el dictamen del perito, así como especificar la forma en que deberá emitirse el dictamen.

26.3 Las partes podrán designar su propio perito o equipo de peritos para que informen sobre alguna cuestión controvertida. Los peritos designados a instancia de parte deberán actuar bajo los mismos principios de objetividad e imparcialidad que los peritos nombrados por el tribunal. Los peritos designados por las partes y sus abogados estarán autorizados para observar o participar en la realización de los tests, evaluaciones u otros procedimientos de investigación que lleven a cabo los peritos designados por el tribunal. El tribunal podrá ordenar a los peritos que deliberen entre ellos antes de presentar sus conclusiones al tribunal. Los peritos designados por las partes podrán presentar sus informes al tribunal en la misma forma que lo realice el perito nombrado por el tribunal. Cada parte asume inicialmente los gastos del perito designado por ella.

27. Exenciones probatorias

27.1 Las exenciones frente a la obligación de exhibición o intercambio de prueba se reconocerán respecto de:

27.1.1 El secreto profesional de la defensa letrada;

27.1.2 Las comunicaciones entre abogados durante las negociaciones para llegar a una transacción;

[27.1.3 Las materias que afecten a la seguridad y defensa nacional.]

27.2 No podrá obligarse a aportar prueba que se refiera a información secreta según la ley aplicable. Si la prueba no goza de ese carácter, pero estaría excluida conforme a otras leyes, la práctica de la prueba se realizará a puerta cerrada en el tribunal, pero en presencia de las partes y de sus abogados. El tribunal ordenará que se respete el secreto en relación con el material privilegiado.

27.3 La petición de que un documento se considere cubierto por una exención probatoria incluirá una descripción detallada del mismo con el fin de que la otra parte pueda rebatir la exclusión de esa prueba.

27.4 La exención probatoria es susceptible de renuncia por la parte beneficiada del mismo. Se entenderá que una parte renuncia a la exención si, por ejemplo, frente a la petición de exhibición o intercambio de prueba, deja transcurrir el plazo sin oponerse. No obstante, por razones de justicia el tribunal podrá tener por n realizada la renuncia a la exención.

F. Audiencia plenaria (juicio)

28. Audiencia plenaria concentrada (juicio)

28.1 Los documentos que no se hubieran aportado al proceso, deberán aportarse antes de la audiencia plenaria por la parte que pretenda utilizarlos como medio de prueba.

28.2 La práctica de la prueba se concentrará en una sola audiencia, o en audiencias consecutivas dentro de los siguientes días hábiles, salvo que el tribunal disponga otra cosa, atendiendo a los intereses de las partes, los sujetos de la prueba, o de la propia administración de justicia.

28.3 En la audiencia plenaria, la prueba se practicará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

28.3.1 La prueba que se presente oralmente o por escrito deberá ser veraz, so pena de incurrir en el delito de falso testimonio, de acuerdo con las leyes del foro.

28.3.2 La persona llamada a declarar será interrogada directamente por la parte que solicitó su comparecencia. A continuación los abogados de las demás partes podrán formular preguntas adicionales, tras lo cual el tribunal podrá permitir que se formulen nuevas preguntas y

repreguntas. El tribunal, de oficio o ante la protesta de las partes, excluirá las pruebas que sean irrelevantes y aquellas preguntas que sean inadecuadas. El tribunal cuidará de que no se acose o perturbe innecesariamente a los sujetos llamados a declarar.

28.3.3 Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, el tribunal podrá interrogar a la parte llamada a declarar, en cualquier momento después de haber sido interrogado por las partes.

28.3.4 La persona que haya sido citada para declarar a instancia del tribunal podrá ser interrogada previamente por el tribunal. A continuación podrá ser interrogada por los abogados de las partes.

28.3.5 La preguntas directas podrán referirse a cualquier hecho o cuestión relevante para el caso. Las preguntas adicionales sólo podrán referirse a las cuestiones que hayan sido objeto interrogatorio directo, salvo que el tribunal autorice extender su ámbito.

28.3.6 Cuando una de las partes reconozca fuera del proceso hechos que le sean perjudiciales, ese reconocimiento será admisible como medio de prueba.

28.3.7 La fiabilidad de un testigo o de un perito podrá ser cuestionada a través de interrogatorio, o bien mostrando la inconsistencia de afirmaciones previas, o a través de cualquier otro medio de prueba que sirva para poner en duda la fiabilidad del testigo. El tribunal podrá formular preguntas relativas a la credibilidad de la persona llamada a declarar.

28.3.8 En términos similares, el tribunal podrá admitir también que se cuestione la autenticidad o exactitud de los documentos o instrumentos presentados como medio de prueba.

29. Facultades y medios de impugnación en la práctica de prueba

El tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte:

29.1 Establecer reglas sobre las materias reguladas en el Art. 23°;

29.2 Excluir las pruebas que sean irrelevantes o redundantes, y aquéllas cuya práctica origine perjuicios indebidos, o gastos, cargas, confusión o retrasos excesivos;

29.3 Extraer conclusiones adversas para la parte que se niegue a declarar, o a presentar un testigo, o a aportar un documento u otro medio de prueba que pudiera aportar;

29.4 Imponer las sanciones que autorice la ley del foro, incluyendo multas o condenas por desobediencia a la autoridad judicial a cualquier persona que, sin justificación alguna y previa orden judicial dictada de

conformidad con la ley, no comparezca cuando es citado para declarar, deje de responder a las preguntas formuladas, se niegue a aportar documentos u otros elementos de prueba, o de alguna otra manera obstaculice la correcta administración de justicia;

29.5 Relevar a alguna de las partes de las sanciones que procedan por incumplimiento de las normas sobre prueba, cuando así convenga a los intereses de la justicia.

30. Ordenes dirigidas a terceros

30.1 El tribunal podrá, después de efectuar la correspondiente notificación de conformidad con la ley del foro, dirigir órdenes a personas sometidas a su jurisdicción que no sean parte del proceso:

30.1.1 Para que cumplan con el mandato emitido según el Art. 17.1;

30.1.2 Para que conserven aquellos bienes sobre los cuales versa la controversia, o para que sólo se desprendan de los mismos en las condiciones fijadas en la orden judicial;

30.1.3 Declarar como testigos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 21° y 28°;

30.1.4 Aportar documentos o cualquier otro elemento de prueba.

30.2 El tribunal exigirá a la parte que solicite la emisión de una orden dirigida a un tercero que asuma los gastos de la misma.

30.3 La orden dirigida contra un tercero podrá ejecutarse forzosamente a través de los medios autorizados por la ley del foro, incluyendo la imposición de las costas, de multas coercitivas, responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad u otras medidas.

31. Documentación de la actividad probatoria

31.1 El secretario del tribunal, bajo la dirección del tribunal, consignará en acta lo actuado en las audiencias.

31.2 De oficio o a instancia de parte se efectuará una transcripción literal de las actuaciones, o una grabación sonora o videográfica de las mismas. La parte que solicite esta transcripción o grabación asumirá las costas de la misma.

32. Conclusiones finales y sentencia

32.1 Después de practicada la prueba cada parte tiene el derecho a presentar conclusiones escritas sobre las cuestiones de hecho o de dere-

cho. Con la autorización del tribunal todas las partes podrán presentar conclusiones finales orales. Asimismo el tribunal podrá autorizar un debate oral entre los abogados de las partes, así como con el tribunal. Este debate versará sobre las cuestiones principales del caso.

32.2 El tribunal podrá instar a los abogados de las partes que formulen propuestas de resolución. El tribunal podrá dictar una resolución oral pero, en todo caso, deberá publicar sin dilación la sentencia escrita con la correspondiente motivación. La sentencia incluirá las conclusiones acerca de los fundamentos de hecho en relación con las pruebas relevantes y los principales argumentos jurídicos sobre los que se funda la resolución. La sentencia indicará la fecha. Los hechos quedarán fijados según la ley aplicable en materia de distribución de la carga de la prueba.

33. Costas

33.1 Como regla, cada parte abonará sus propias costas y gastos, incluyendo las tasas judiciales, los honorarios de abogados, los honorarios del traductor designado a instancia de parte, y los gastos incidentales.

33.2 Las costas que se vayan produciendo en concepto de honorarios y gastos de asesores, peritos, oficiales judiciales, u otras personas que hayan intervenido en el proceso a instancias del tribunal, serán provisionalmente abonados por las partes por mitad o en la forma que determine el tribunal.

33.3 La parte condenada reembolsará a la parte vencedora las costas y gastos razonables, pero la fijación de esas costas quedará en suspenso si se ordena la suspensión de la ejecución al amparo del Art. 38.3.

33.4 La parte vencedora presentará dentro del plazo de [treinta días] desde que se haya dictado la sentencia, la tasación de sus costas y gastos, certificada por la propia parte o por su abogado. La parte condenada deberá abonar sin demora la suma requerida, a excepción de las partidas o gastos respecto de los que no esté conforme. El importe de esas costas y gastos se determinarán por el Juez, o bien a través del procedimiento que las partes convengan.

33.5 En la sentencia, el tribunal podrá limitar o reducir el importe de las costas y gastos reembolsables, atendiendo a la adecuada fundamentación fáctica y jurídica de los argumentos esgrimidos por la parte condenada. El tribunal podrá imponer a la parte que haya litigado

con mala fe una multa de hasta el doble de la suma reembolsable en concepto de costas y gastos de conformidad con el Art. 33.3.

33.6 Las reglas y procedimiento para la tasación e imposición de las costas establecidos en este precepto, serán de aplicación para las costas del proceso de apelación.

33.7 Si la ley del foro lo permite, el tribunal podrá exigir la prestación de una fianza para responder de las costas y gastos.

G. Actuaciones posteriores a la sentencia

34. La apelación

34.1 Salvo lo dispuesto en el siguiente subepígrafe, la apelación sólo procederá frente a sentencias definitivas dictadas por el tribunal de primera instancia. La sentencia será ejecutable provisionalmente durante la substanciación de la apelación, según lo dispuesto en los arts. 38.3 y 38.4.

34.2 La resolución de un tribunal de primera instancia que acuerde la concesión o denegación de un mandato o requerimiento solicitado al amparo del Art. 17°, será susceptible de apelación inmediata. El mandato o requerimiento mantendrá su eficacia durante la tramitación de la apelación, salvo que el tribunal de apelación disponga otra cosa.

34.3 Otras resoluciones judiciales que no sean la sentencia definitiva o la resolución que se contempla en el subepígrafe anterior, sólo serán apelables previa autorización del tribunal de primera instancia o del tribunal de apelación. Dicha autorización podrá concederse cuando el objeto de la apelación directa afecte a una cuestión de interés jurídico general o de especial importancia para el proceso en curso.

34. 4 El objeto de la apelación se limita a las pretensiones, excepciones y reconvenciones planteadas en la primera instancia. No se admitirán pruebas complementarias que pudieran haberse aportado previamente, excepto en los casos en que sea necesario para evitar una injusticia manifiesta.

35. Recursos frente a la sentencia de apelación

La sentencia dictada por el tribunal de segunda instancia podrá ser recurrida mediante el recurso que proceda de acuerdo con la ley del foro. El objeto de este recurso se limitará a cuestiones de derecho sustantivo o procesal. Los hechos no podrán ser revisados, ni tampoco se admitirán nuevas pruebas, pretensiones o excepciones.

36. Plazo para recurrir en apelación.

Salvo lo dispuesto en el Art. 37°, la regularidad formal o la corrección de fondo de una sentencia no puede ser revisada después de transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación frente a la misma.

37. Anulación de la sentencia

37.1 La sentencia sólo podrá anularse mediante un nuevo proceso y sólo si quien solicita la anulación ha actuado con la debida diligencia, en los siguientes casos:

37.1.1 Cuando la sentencia se hubiese dictado con falta de jurisdicción sobre la persona que solicita la anulación; o

37.1.2 Cuando la sentencia se haya obtenido mediante fraude; o

37.1.3 Cuando aparezcan nuevos elementos de prueba que no estaban disponibles anteriormente, o que no pudieron haber sido conocidos actuando con la debida diligencia, o bien que fueron ocultados fraudulentamente en la fase de exhibición o de intercambio, o durante la práctica de la prueba, y cuya práctica conduciría a un resultado diferente; o

37.1.4 Cuando la sentencia hubiese incurrido en un error o injusticia manifiesta.

37.2 La solicitud de anulación de sentencia deberá presentarse en el plazo de [un año] desde la fecha en que se dictó. A la solicitud de anulación fundada en la existencia de un fraude al tribunal no se le aplicará el plazo anterior.

38. Ejecución de la sentencia

38.1 La sentencia que pone fin al proceso, incluida la que otorgara una tutela provisional, será inmediatamente ejecutable, salvo que su efectividad haya quedado suspendida conforme a lo dispuesto en el Art. 38.3. En particular, la sentencia definitiva podrá ejecutarse mediante el embargo de bienes o derechos de crédito pertenecientes al condenado.

38.2 Si la parte condenada no cumpliera la sentencia en el plazo previsto, o dentro de los 30 días desde que se dictó la sentencia definitiva en caso de que el tribunal no hubiera fijado un plazo, el tribunal podrá imponer medidas coercitivas sobre el condenado. Esas medidas podrán incluir la manifestación obligatoria de sus bienes y una sanción pecuniaria que el condenado habrá de pagar al tribunal o a la persona que el tribunal señale.

38.2.1 Estas medidas sólo podrán ser solicitadas por la parte que esté legitimada para instar la ejecución de la sentencia.

38.2.2 La sanción por incumplimiento voluntario de la sentencia podrá consistir en las costas y gastos del proceso de ejecución, incluyendo los honorarios de los abogados y, además, una multa por desobediencia a la autoridad del tribunal. La multa no podrá exceder del doble de la cuantía de la condena fijada en la sentencia.

38.2.3 Si la parte condenada en la sentencia persiste en su actitud incumplidora, el tribunal podrá imponerle sanciones adicionales.

38.2.4 No se impondrán sanciones a la persona que acredite su insolvencia o la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia.

38.2.5 El tribunal podrá ordenar a terceras personas que revelen información acerca de los bienes patrimoniales del deudor.

38.3 Tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelación, a instancia de la parte condenada, podrán ordenar la suspensión de la ejecución durante la tramitación de la apelación, si ello resulta necesario en interés de la justicia.

38.4 El tribunal podrá exigir al apelante la constitución de una caución apropiada u otra medida de garantía como condición para ordenar la suspensión de la ejecución, así como exigir al ejecutante una contracautela como condición para denegar la suspensión.

39. Cooperación judicial

Los tribunales de un estado que haya suscrito estas Normas deberán cumplir las peticiones de cooperación que se soliciten en apoyo de un proceso que se substancie en otro estado. Los tribunales de un estado que no haya suscrito estas normas podrán prestar su cooperación.

¿Qué es ser «persona» para el Derecho?

Carlos Fernández Sessarego

1. La persona como tema central del derecho

La persona es, sin duda, el tema central del derecho. Lo recordó en el Perú, en 1962 y en ajustados términos, el maestro José León Barandiarán al expresar que «la calificación del ente humano *sub specie juris* es tema fundamental de la ciencia jurídica. Es su tema central. Por eso continuamente es necesario recapacitar en él, e ir considerando y reconsiderando los complejos asuntos que se ofrecen dentro de la unidad del tema»[1]. En la Argentina lo había anticipado el maestro cordobés Alfredo Orgaz quien, en 1946, al referirse a la persona, manifestó que «se tiene que fijar con claridad y precisión un concepto que juega papel tan decisivo en nuestra sistemática jurídica»[2], mientras que, un año después, en 1947, Ramón M. Alsina señalaba que «todo detenido examen de la sociedad, el derecho y el Estado, debe necesariamente girar en torno a la persona humana, principio, medio y fin de ellos, a punto tal que fija su sentido y destino, como la evolución humana lo pone de manifiesto»[3].

1 José León Barandiarán, en el Prólogo a la primera edición del libro del autor de este trabajo *La noción jurídica de persona*, publicado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima en el año de 1962, p. 11. Existe una segunda edición, editada por la misma Universidad, correspondiente al año 1968.

2 Alfredo Orgaz, *Personas individuales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 3.

3 Ramón M. Alsina, en el prólogo a la obra *Persona y Derecho* de David Zambrano (h), Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947, p. 1.

En España, el tratadista José Castán Tobeñas, en 1952, sostiene escuetamente «que el hombre es el centro del Derecho»[4], mientras que el jusfilósofo Ulrich Klug confirma este aserto cuando dice que, «fundamentalmente, el hombre es ciertamente el centro del derecho, y esto especialmente en la sensibilidad jurídica moderna»[5]. Ennecerus, en Alemania, considera que «la persona constituye la condición previa de todos los derechos»[6]. Savatier, en Francia, expresa, por su parte, que la persona se ha convertido «en el centro de la meditación jurídica contemporánea»[7].

Lo expuesto nos revela que, desde las décadas anteriores a la primera mitad del siglo XX, el concepto de persona era considerado por los juristas y jusfilósofos, casi unánimemente, no sólo como el tema central del derecho sino que, al mismo tiempo, resultaba ser una noción problemática. Cabe señalar que designamos como «problema» algo que necesita de alguien que lo piense y para quien exista. Si bien es cierto que el problema, como anota Wagner de Reyna, está dado en la realidad siendo en cierto modo algo objetivo, -«posibilidades lógicas que están como el oro en las minas»[8] - no es menos evidente que para que algo se constituya en problema se requiere que con urgencia se necesite saber algo o compaginar verdades discordantes. El problema está ahí, como el oro en las minas, mientras no asumamos la difícil tarea de afrontarlo e intentar desentrañarlo.

La persona, contrariamente a lo que acontecía en siglos anteriores donde la protección de la propiedad era la principal preocupación del derecho, es actualmente considerada como el eje y el centro del derecho. Esta realidad se ha abierto paso penosamente en el tiempo dentro de la disciplina jurídica. Para que ello sucediera ha debido superarse tendencias y corrientes unidimensionales que hacían girar el derecho

4 José Castán Tobeñas, «*Los derechos de la personalidad*», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª. Etapa, Tomo XXIV, N° 192, Madrid, 1952, p. 5 y ss.

5 Ulrich Klug, «Tesis para un análisis de la idea del hombre dentro del Derecho», en *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 1967, p. 80.

6 Ludwig Ennecerus, en *Derecho Civil*, Parte General, vol. I, Barcelona, 1934, p. 325.

7 René Savatier, *Les metamorphoses economiques et sociales du droit privé d'aujorrd'hui*, troisieme série, Librarie Dalloz, París, 1959, p. 5.

8 Alberto Wagner de Reyna, *La filosofía en Ibero-América*, Imprenta Santa María, Lima, 1949, p. 20.

tan sólo en torno a los valores, como la justicia o, reductivamente, alrededor de la norma jurídica que es tan sólo, como se sabe, una estructura formal del pensar humano. La vida humana y los valores fueron considerados como lo metajurídico por un sector dominante de la doctrina jurídica bajo la inspiración de Hans Kelsen.

De otro lado, y con más fatiga, se ha debido también superar una concepción individualista-patrimonialista que se interesaba preferentemente por la protección jurídica de los intereses materiales de la persona -por su patrimonio- más que por la persona considerada en sí misma y, por consiguiente, por sus derechos subjetivos e intereses existenciales.

La posibilidad de superar ambos escollos que, como se ha expresado, se alzaban como obstáculos que impedían una precisa y clara aprehensión del significado de la persona para el derecho, se debe al decisivo aporte de la filosofía de la existencia, lo que ha permitido comprender cuál es la naturaleza misma del ser humano.

El humanismo o personalismo jurídico, cuya raíz histórica se encuentra en la doctrina cristiana, se desarrolla y profundiza por los pensadores que se adhieren, desde distintas vertientes ideológicas, a la filosofía de la existencia que surge en la primera mitad del siglo XX, en el período comprendido principalmente entre las dos guerras mundiales que asolaron la humanidad. Es a la sombra de esta corriente de pensamiento que se produce la revalorización de la persona humana[9]. El planteamiento filosófico, su significativo aporte, es recogido por el derecho.

Por dicha razón a la persona se le percibe en la actualidad como la creadora, destinataria y protagonista del derecho. La pregunta obligada, por ello, se centra en saber, en primera instancia, qué tipo de ente es éste que denominamos «persona»[10] para, luego, preguntarnos por su significación jurídica.

9 Dentro de estos pensadores cabe citar, entre otros, a Jean Paul Sartre, Gabriel Marcel y Emmanuel Mounier, en Francia; Martín Heidegger y Karl Jaspers en Alemania; y Xavier Zubiri en España. Debe considerarse a Kierkegaard, que escribe en 1844 su obra *El concepto de la angustia*, como un válido predecesor de la filosofía de la existencia.

10 Se suele generalmente aludir al ente que somos con la expresión de «persona humana». En nuestro concepto resulta suficiente referirse a la «persona» pues no existe persona que, de suyo, no sea «humana».

2. Confusión acerca del significado de persona

La noción jurídica de persona, en aquellas décadas vecinas a la primera mitad del siglo XX, no resultaba ni clara ni precisa, es decir, no reunía las dos condiciones que exigía Alfredo Orgaz para la cabal comprensión de la significación del concepto «persona», tal como se ha referido en precedencia. Contrariamente, la noción de persona se presentaba confusa, pues cada jurista o científico del derecho se hallaba obligado, necesariamente y como acto de fe, a tomar una determinada posición en torno a lo que se comprendía como persona para el derecho. Ello trajo consigo una impresionante multiplicación de enfoques a tal punto que incursionar en la materia era «como ingresar a una maraña impenetrable»[11]. No es, así, poca la confusión y la imprecisión que aparejaba, por aquel tiempo, el tema que venimos tratando.

La situación antes anotada lleva decir a Recaséns Siches que los juristas, al desentrañar la noción básica de persona, a menudo suelen involucrar cuestiones varias y heterogéneas que han generado una tal confusión «que ha embarullado de modo lamentable el pensamiento jurídico durante siglos»[12]. El propio jusfilósofo hispano comprueba y afirma que «los sociólogos y los juristas han producido una ingente y variada literatura en torno al concepto de persona»[13]. Es, pues, confusión de siglos la que existe en torno a la persona.

3. Probables causas de la confusión en torno a la noción de persona

Frente a lo dicho en el parágrafo precedente, surge la insoslayable pregunta destinada a saber cuál o cuáles serían las causas o razones que motivan que en torno a la noción de persona exista la confusión advertida por no pocos juristas y jusfilósofos como, entre otros, por el citado de Recaséns Siches. A nuestro parecer, ellas son plurales. Trataremos, en las páginas siguientes, de esbozar algunas hipótesis en torno a este asun-

11 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, 1968, p. 18.

12 Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, segunda edición, México, 1961, p. 260.

13 Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, p. 259.

to, el mismo que no ha contribuido a la clarificación de lo que constituye la persona para el derecho.

3.1. La persona como tema de diversas disciplinas del saber

Una de las causas que contribuyen a la confusión reinante en cuanto al significado de persona es que ella no sólo es materia de indagación e interés para el derecho sino que también lo es para otras diversas disciplinas del saber humano. Nuestras primeras apreciaciones sobre el asunto, que datan de los años cuarenta del siglo pasado, nos llevaron a comprobar dicho aserto[14]. A las preocupaciones de los juristas habría que agregar, por consiguiente, aquella propia de los teólogos, de los filósofos, de los psicólogos, de los sociólogos, de los antropólogos, entre otros. Es decir, que el problema en torno a la persona no era propio ni exclusivo de la disciplina jurídica.

Lo expuesto explica el que Luis María Estibalez afirmara, en la década de los años cincuenta del siglo pasado, que el concepto de persona es «uno de los más llevados y traídos en las ciencias del espíritu» y uno de lo pocos que tienen tanta importancia y que suscitan tantas discusiones[15]. Gómez Arboleya, unos años antes, había sostenido, dentro de la misma línea de pensamiento, que la noción de persona es uno «de los grandes temas en que tienen que hablar a la par la teología, la metafísica del hombre y la teoría jurídica»[16].

Son pues muchos los intereses así como las particulares visiones de las diversas disciplinas del saber que confluyen en torno a la persona. Ello no favorece el logro de una concepción unitaria de la misma.

3.2. Carácter jusfilosófico de la indagación a emprender

Otra causa de la confusión antes anotada, por su importancia e indiscutible jerarquía, es el que la cuestión concerniente a la naturaleza y signi-

14 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, 1968, p. 18.

15 Luis María Estibalez, *En torno a la persona*, Estudios de Deusto, vol. III, Bilbao, 1955, p. 67.

16 Enrique Gómez Arboleya, *Sobre la noción de persona*, Revista de Estudios Políticos, vol. XXII, N°47, Madrid, 1949, p. 104.

ficación de la persona es un tema reservado a la reflexión -al menos, primariamente- de los filósofos del derecho. La tarea de éstos es, precisamente, encontrar respuestas a los más hondos y radicales problemas relativos al ser humano sobre la base de los aportes de la filosofía general. De ahí que sea comprensible su angustia existencial por descubrir su propio hontanar.

La filosofía es un trance vital, una faena personal en la que se involucra aquel sujeto para el cual aparece como «problema» el saber de ultimidades, tales como aquellas referentes al ser del derecho o al ser de la persona humana. La Historia de la Filosofía es, como muy bien lo señala Julián Marías, «la dramática historia de esa pretensión humana»[17] por encontrar la verdad radical. La verdad que consiste en saber quién soy yo en cuanto persona.

Decimos que desentrañar el significado de lo que es la persona es tarea de jusfilósofos porque los juristas o científicos del derecho no se han puesto ni siquiera aún de acuerdo sobre una concepción única, mayoritariamente aceptada, de lo que sea el derecho. Estimamos que ambas cuestiones, la del derecho y la de la persona, están esencialmente ligadas en tanto que si no se comprende lo que es la persona tampoco será posible entender la naturaleza y función del derecho.

Si bien nos reservamos volver sobre dicho cardinal asunto, cabe apuntar desde ahora y con Zubiri, que toda ciencia se refiere siempre a un objeto más o menos determinado «con el que el hombre se ha encontrado ya». Es decir, a cada ciencia corresponde un objeto a conocer y estudiar. De ahí que «si la presunta ciencia no posee claridad previa acerca de lo que persigue - es decir, sobre cuál sea su objeto - es que aún no es ciencia»[18]. Cualquier titubeo en este punto, como lo anota el citado filósofo español, «es signo inequívoco de imperfección».

Si nos atenemos a lo expresado por el filósofo hispano, comprobamos que el padecimiento de la ciencia jurídica es que no tiene suficientemente claro –o al menos, no lo ha tenido- cuál es el objeto propio de su conocimiento y estudio. Ello nos lleva a preguntarnos, una y otra vez, por el objeto de la disciplina. Y, cuando nos formulamos esta interrogante y nos

17 Julián Marías, *Introducción a la Filosofía*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1947, p. 14.

18 Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, p. 135.

ponemos a reflexionar sobre el tema, surgen ante nosotros tres objetos diferentes, aunque esencialmente relacionados, que pretenden constituirse en el «objeto» del derecho. Nos referimos a la vida humana social -el ser humano en relación-, los valores y las normas jurídicas[19].

Históricamente, diversas corrientes de pensamiento han hecho de alguno de tales objetos el «objeto» propio del conocimiento y estudio de la disciplina jurídica. Nos referimos, en particular, a las unidimensionales visiones que sobre el tema tienen el jusnaturalismo, el normativismo-formalista y el sociologismo realista. Ante el panorama que nos ofrece la historia de nuestra disciplina cabe preguntarse, no sin cierta perplejidad, cuál de aquellos tres objetos es «el objeto» del derecho o es que, por el contrario, resultaría posible que una disciplina del conocimiento tenga simultáneamente tres objetos de estudio.

El tema, en última instancia y como está dicho, es de índole filosófico antes que jurídico. Por ello la pretensión de esclarecer lo referente a la noción de persona se constituye como una actitud, como una amorosa y anhelante vocación por aprehender ultimidades, por encontrar certidumbres radicales y primarias. Es decir, dicha actividad es la propia del filosofar en cuanto se trata de una actitud inquisitorial tras un objeto[20].

19 Esta preocupación nos asaltó desde que éramos estudiantes de derecho. Nos desorientaba y nos inquietaba el escuchar o leer las diversas posiciones que existían sobre un tema que, en cuanto se constituía como una ciencia, debería tener claro cuál era su objeto. Este primer problema, con el que nos tropezamos siendo estudiantes nos motivó a cuestionar las respuestas que se daban, por insuficientes o incompletas, y a buscar por nuestros propios medios una solución que aquietara nuestra inquietud en cuanto a saber cuál era el objeto de la ciencia que estudiábamos y a la cual le dedicaríamos toda nuestra vida y, a la vez, nos permitiera tener una base firme para futuros desarrollos. Resultado de esta apetencia jusfilosófica fue el que nos dedicáramos siendo estudiantes a esta ambiciosa y audaz tarea. Su resultado fue nuestra tesis para obtener el grado de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional de San Marcos de Lima intitulada *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, la misma que fuera presentada en 1950. En ella se llegó a la conclusión de la tridimensionalidad del derecho, es decir, de una teoría que estimaba que el derecho es una disciplina en la cual interactúan dinámicamente tres objetos: vida humana social, valores y normas jurídicas. De esta interacción dinámica surgía el concepto "derecho". Al tema nos referiremos más adelante.

20 Carlos Fernández Sessarego, *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Lima, 1950 y *en La noción jurídica de persona*, pp. 16-17.

Como señalaba García Bacca, «ser filósofo es nacer condenado a perpetuidad al trabajo forzado de pensar»[21]. Kant, en la *Crítica del juicio,* complementa esta sentencia al señalar los tres atributos que distinguen al filósofo: «pensar por sí mismo, enterándose de lo que piensan los demás, sin incurrir en contradicción».

El conocimiento científico es, por su propia naturaleza, parcial y fragmentario. Aborda el conocimiento de los objetos del mundo tal como se presentan ante nosotros. La ciencia, por ello, vale para dar razón de los entes que están bajo nuestra escrutadora mirada más no para brindar una respuesta sobre la «entidad» en sí misma. El conocimiento científico se limita al conocimiento del ente sin preguntarse por el «ser» del ente. Esta última tarea es, precisamente, aquella propia de la filosofía.

La ciencia jurídica necesita fundamentarse, inquirir no sólo por cuál es el ente u objeto de su conocimiento y estudio sino que también requiere aproximarse al conocimiento del ser de su objeto, así como discutir sobre las vías epistemológicas para aprehenderlo. El derecho necesita dar una razón primaria de su existencia y de su sentido. Es aquí donde aparece la filosofía para hacerse cargo de esta problemática. El científico del derecho, el jurista, no se pregunta normalmente por los supuestos del derecho. Se reduce a recibir de la jusfilosofía estos materiales, como algo dado y, a partir de ellos, desarrolla su trabajo dogmático. Esto no obsta, por cierto, para que los juristas recusen o cuestionen tales materiales si ellos no le ofrecen respuestas satisfactorias a sus inquietudes científicas [22].

De todo lo expuesto se desprende, como conclusión, que el tema dedicado a desentrañar en última instancia el significado de la persona «trasciende, por su envergadura y características peculiares, el ámbito preciso de las diversas ramas del derecho para situarse en el plano de la filosofía del derecho»[23].

21 Juan David García Bacca, *Invitación a filosofar*, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 1.

22 Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*, segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994, pp. 5-6.

23 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, 1968, p. 21.

3.3. La cuestión etimológica

Acrecienta la confusión en cuanto al significado de la persona el origen etimológico mismo del vocablo y su sentido. Se discute si dicho origen se encuentra en el griego[24], en el latín o en el etrusco. Según Stowasser, citado por Gómez Arboleya, la voz provendría de un participio, *personatus, a, um*, del verbo *personare*, que significaba revestirse o disfrazarse y que derivaba de una voz que se encuentra en Plauto: *sona*. Esta interpretación es acogida por Walde en su *Diccionario Etimológico Latino* [25].

Modernamente se suele acoger mayoritariamente la tesis sostenida por Skutsch para quien la palabra «persona» tendría su origen en la voz *persu* proveniente del etrusco. Fundamenta su tesis en el hecho que, visitando la necrópolis de Cornete Tarquinii, halló la inscripción *phersu* al lado de dos personas enmascaradas. Considera que del etrusco pasó al latín en virtud de las conexiones existentes entre el teatro romano y la cultura etrusca[26].

Francesco Ferrara reproduce la interpretación de Gavio Basso, referida por Aulo Gellio, que hace derivar la expresión «persona» del vocablo *personare* que significaba «resonar». Al admitir Ferrara que la expresión es equívoca y, por lo tanto, «susceptible de varios significados», deja constancia que la investigación glosológica es «aún bastante oscura», a pesar de lo cual estima que la indicada derivación es la más probable[27].

---

24 La procedencia del griego es sostenida por Breal e Bailly en *su Dictionnaire étimologique latin*, 1866, p. 260 así como por Klotz en su *Diccionario manual de lengua latina*. Esta misma posición es asumida por Fadda en su *libro Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, p. 8, para quien dicha palabra pertenece al griego y significaba «máscara».

25 Al respecto, ver Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, 1968, p. 52.

26 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit.*, p. 52. Esta concepción es asumida por Pierre Ruffel, citado por Eugene Duthoit en su libro *La personne humaine en péril*, que transcribe Orgaz en *Persona individual*, p. 9. Para Ruffel «persona» deriva del etrusco *phersu*.

27 Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1947, 1929, p. 313 y ss.

3.4. Confusión histórica sobre la significación del vocablo «persona»

La confusión en cuanto al significado de la persona se acentúa si consideramos las diversas significaciones que se otorgaban en Roma a la palabra «persona». Así, para unos, el término se usó en el sentido de la «máscara» utilizada por los actores en el teatro para interpretar sus respectivos roles. Otros, en cambio, se referían con tal expresión a los personajes que eran por ellos interpretados, mientras que no faltaban quienes aludían con dicho vocablo a la «cualidad» o «función» desempeñada en la vida corriente o al hombre, en general[28].

Como se aprecia de lo expuesto, las significaciones otorgadas históricamente al vocablo «persona» eran discordantes.

En tiempos recientes, como lo apunta Recaséns Siches, un factor histórico que ha contribuido a enmarañar el tema relativo a la persona ha sido el haber confundido diversos problemas en torno a la persona, los que se han superpuesto, y que no han sido debidamente esclarecidos. De ahí que el autor pueda sostener que «seguramente se debe a esa indebida involucración de cuestiones el que, a pesar de la copiosa literatura jurídica producida sobre la persona, aparezca todavía este tema rodeado de equívocos y vacilaciones».

Los temas que según Recaséns Siches no han sido delimitados adecuadamente para su debido tratamiento son aquellos que tienen que ver con las respuestas a cuatro preguntas: qué es persona para el derecho, quiénes son los entes sobre los que recae la calificación de persona, cuál es la naturaleza o el ser del ente al cual el derecho denomina persona y a quiénes el derecho debería conceder la calificación de persona. De ellos nos ocupamos sistemáticamente en el parágrafo 10 de este trabajo.

Otro tema que históricamente ha contribuido a complicar la concepción jurídica sobre la persona ha sido, sin duda, el de la aparición en el escenario jurídico de aquella persona que los pandectistas llamaron «persona jurídica» para distinguirla de la persona «natural» que era la única auténticamente tal. La persona «jurídica» es, por contraste, una persona «artificial» creada por el derecho, aunque en realidad y más exactamente, por la dimensión formal-normativa del derecho. Así nos encontramos en el siglo XIX con dos personas, una real y otra artificial. Desentrañar el problema relativo a la «persona jurídica» es todavía un

28 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit.*, p. 54.

tema pendiente aunque para el sector mayoritario de la doctrina resulte ser un tema por lo demás claro y, por tanto, un caso cerrado.

Para el sector mayoritario de la doctrina la persona jurídica es tan sólo un centro unitario ideal de referencias normativas. Una entelequia, una abstracción, una fantasmagoría. La persona jurídica se nos imagina como un castillo habitado por fantasmas, en el que nada tienen que hacer los seres humanos, las personas naturales, y los valores que otorgan sentido a sus vidas. Desde nuestra perspectiva propugnamos una concepción tridimensional de la persona jurídica que es una «organización de personas inscrita en un registro público», hecho por el cual se crea, por abstracción, un ser ideal que funge de centro unitario de atribución de derechos y deberes. Es decir, se establece un régimen jurídico especial para esta organización de personas, un régimen de privilegio sobre el cual, sin embargo, pende la espada de Damocles del denominado «abuso de la personalidad jurídica» que, de producirse, tiene como efecto la desestimación o extinción del régimen de privilegio establecido por la normatividad jurídica.

3.5. Confusión entre los conceptos de «persona» y de «personalidad»

Otro problema que a nuestro parecer ha complicado modernamente aún más la comprensión de lo que es la «persona» es el referido a la confusión producida entre este concepto y el de «personalidad». Estimamos que ha faltado un deslinde conceptual entre ambas nociones, así como entre la de «personalidad» y la de «capacidad». Es decir, que con el término «personalidad» se alude por muchos, indistintamente, tanto a la «persona» como a la capacidad que le es inherente. Es evidente que ello conduce a una innecesaria como peligrosa confusión en asuntos donde, por su importancia, debería imperar la claridad conceptual.

Un sector de la doctrina considera como sinónimos los conceptos de «persona» y de «personalidad»[29]. Por ello, los utiliza indistintamente para referirse al ente que es el sujeto de derecho, es decir, a la «persona». Así, numerosos autores para referirse a los «derechos de la persona», que es el sujeto de derecho, siguen refiriéndose a ellos con la expresión «de-

29 Entre los autores que identifican ambos conceptos recordamos a Jellineck, entre otros. Kelsen, por su parte, identifica ambos conceptos pero a nivel estrictamente normativo.

rechos de la personalidad». Es decir, estiman a la «personalidad» como titular de derechos y deberes, como sujeto de derecho. La persona es el sujeto de derecho, es decir, el ser humano. La personalidad es tan sólo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar manera de ser.

No obstante lo dicho, cabe señalar que un sector importante de la doctrina utiliza el concepto «personalidad» ya no para aludir a la «persona» sino más bien para designar a la «aptitud» que tiene el ente, que es «persona», para adquirir derechos y obligaciones. Es decir, a una aptitud abstracta que no es otra cosa que lo que se conoce como «capacidad de goce o de derecho» [30]. Así, Ferrara considera, entre otros autores, que «personalidad» es una cualidad jurídica que debe acceder a determinado sustrato que es la «persona». Para Ferrara ambos conceptos son diferentes, ya que, en sus propias palabras, no es posible confundir «el peso» con el «objeto pesado» ni el «color» con el objeto «coloreado». Es decir, Ferrara plantea una diferencia entre la cualidad abstracta o aptitud del ente y el sustrato, es decir, el ente en sí mismo [31].

Estimamos que el concepto «personalidad» no puede sustituir ni al de «persona» ni al de «capacidad». En el primer supuesto no hay duda que «persona» es el «ente que cada uno es» y «personalidad» es la proyección del ente «que cada uno es» hacia el exterior, es decir, su manera de presentarse en el mundo. Cada una de las personas, bien lo sabemos, «es la que es y no otra». Esta identidad personal se aprehende, por lo demás y entre otras vías, a través de la «personalidad» o «manera» de ser persona. Pero esta «personalidad» es diferente del ente mismo que, mediante ella, se proyecta al mundo exterior, se expone ante la mirada de los «otros». De ahí que no cabe confundir el concepto «persona», que es el ente considerado en sí mismo, con el de «personalidad». Sus significaciones son diferentes.

De otro lado, concebir que el concepto «personalidad» significa la «aptitud» para ser sujeto de derecho carece de sentido pues sólo el ser humano es, por su propia naturaleza, el ente «capaz» de adquirir derechos y deberes. En otras palabras, el término «personalidad» es inútil, innecesario, pues el ente que es sujeto de derecho es el ser humano, la persona, y

30 Cabe citar a Aubry et Rau, Trabucchi, Ennecerus, Gangi, Coviello, Barassi, entre otros, como autores que identifican «personalidad» con «capacidad».

31 Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, p. 320.

precisamente, por serlo tiene ontológicamente capacidad de goce. No es posible concebir al ser humano, en cuanto ser ontológicamente libre, carente de su inherente capacidad para proyectarse en el mundo, para convertir en actos o comportamientos sus más íntimas decisiones.

De ahí que la noción de «personalidad» no puede sustituir ni al «ente» que es sujeto de derecho, es decir, a la «persona», ni a la «capacidad» o aptitud que le es inherente. Si se es «persona» se es «capaz». La capacidad de goce pertenece a la naturaleza misma de la persona, no es un atributo o un agregado concedido por el ordenamiento jurídico. No se concibe persona alguna que no tenga plena capacidad de goce, es decir, que no posea naturalmente la «aptitud» para ser sujeto de derecho. El derecho no puede actuar sobre esta capacidad de goce pues ella pertenece a la esfera del *ser* mismo del hombre y, por lo tanto, su comprensión es de índole filosófica. Es decir, el derecho no puede limitar ni restringir ni suprimir la capacidad de goce que es, como está dicho, inherente al ser humano. Sólo la muerte acaba con la persona, con su ontológica libertad y su inherente capacidad conocida como de «goce».

El derecho, por consiguiente, no puede intervenir sobre la capacidad de goce, no puede limitarla ni restringirla mediante norma alguna. El derecho sólo puede, mediante el aparato formal-normativo, limitar o restringir la capacidad de «ejercicio» o de «obrar» más nunca la capacidad de «goce», impropiamente también conocida como capacidad «de derecho». Limitar la capacidad de goce es, como está dicho, un imposible ontológico[32]. En cuanto el ser humano es *libre*, es capaz de realizarse como tal, es decir, de convertir en acto sus decisiones a través de su inherente capacidad de goce. El ser humano, todos y cada uno de los seres humanos, tienen la innata capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano. Todos y cada uno de los seres humanos tienen la misma capacidad de goce.

En todo caso, lo que podría identificarse conceptualmente son los términos de «personalidad» y de «capacidad de ejercicio» más nunca los de personalidad y capacidad de goce. No obstante lo cual, no vemos la

32 A este propósito ver Carlos Fernández Sessarego, *Código civil peruano. Balance y perspectivas*, Universidad de Lima, Lima, Tomo I, 1995 y «La capacidad de goce ¿es posible su restricción legal?» en la revista «*Cáthedra*», Año 3, N°5, Palestra Editores, Lima, 1999 y en *Jurisprudencia Argentina*, N°6185, Buenos Aires, 15 de marzo del 2000.

necesidad de introducir un vocablo innecesario en el lenguaje jurídico, como es el de «personalidad», en sustitución de otro que ya cuenta con una designación apropiada y tradicional como es el de la «capacidad de ejercicio».

En un anterior trabajo, fechado en 1962, decíamos al respecto que « la "personalidad" no es una *cualidad* que se agrega al hombre como sustrato, sino que la personalidad, entendida como concepto, es la forma como se aprehende al hombre como sujeto de derechos y obligaciones»[33]. Es decir que, a través de la personalidad, logramos aproximarnos a la identidad de la persona.

Según nuestro parecer, por consiguiente, el concepto «personalidad» ni sustituye al «ente» o sujeto de derecho, que es nada más ni nada menos que el ser humano - jurídicamente designado «persona» -, ni a su capacidad inherente, conocida como «capacidad de goce». Es por lo anteriormente expuesto que, desde hace décadas, descartamos en nuestros trabajos jurídicos la utilización de la expresión «derechos de la personalidad», pues tales derechos, en nuestro concepto, no pertenecen ni se atribuyen a la «personalidad» sino al «ente que cada uno es», es decir, a la «persona» y no a su proyección en el mundo exterior. La «personalidad», por consiguiente, no puede erigirse en titular ni de derechos ni de deberes. Y es que, como está dicho, el concepto personalidad, que tiene más un carácter psicológico que jurídico, no se refiere al ente persona sino tan sólo a su proyección mundanal, a su «manera de ser». De ahí que el Libro Primero del Código Civil peruano de 1984 se denomina «Derecho de las Personas» y no se designa, como ocurre en otros cuerpos legales, como «Derechos de la personalidad».

Por lo demás, en el texto del mencionado Libro Primero del Código civil peruano de 1984 no aparece la expresión «derechos de la personalidad». Lamentablemente, comprobamos que la confusión conceptual que, a nuestro parecer, existe entre «persona» y «personalidad» continúa aún vigente[34], pues se sigue empleando con profusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y por los textos legales.

33 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit.*, p. 185.

34 En el Proyecto de Código civil argentino de 1998 observamos, no sin natural preocupación por nuestra vecindad de larga data con la cultura jurídica y con los civilistas argentinos, que se sigue empleando la noción de «personalidad» como sinónimo de «persona». Sería interesante un repensamiento del tema a la luz de los aportes de la jusfilosofía.

Como se aprecia de lo hasta aquí brevemente expuesto, no son pocas las causas que han contribuido a impedir que, hasta no hace mucho tiempo atrás, los juristas no pudieran acceder a un concepto, mayoritariamente aceptado, de lo que significa la persona para el derecho. Ciertamente que la enumeración de dichas causas no es excluyente, por lo que podrían existir otras que en alguna medida pudieran haber contribuido a la confusión que tradicionalmente ha imperado en cuanto a la cuestión relativa a la persona y que escapan a nuestra observación.

3.6. Ser humano, persona, hombre, individuo

Advertimos, finalmente, que una cuestión de índole conceptual-terminológica se añade a las causas o razones de la confusión, antes referida, en torno al concepto jurídico de «persona». Estimamos que dicho factor consiste en que no siempre se deslindan adecuadamente las sutiles fronteras que existen, a nuestro parecer, entre los vocablos «ser humano», «hombre», «persona», «individuo». Por lo general no se repara en la cuestión o, simplemente, al no hacer de ella un «problema» para nuestro conocimiento optamos, a menudo, por la simple vía de utilizar tales expresiones, o algunas de ellas, como sinónimos en el lenguaje común y hasta en el jurídico. No obstante, se advierte entre ellas matices diferenciales que deben ser tomados en consideración a fin de precisar los conceptos que trasuntan tales expresiones. En los próximos parágrafos intentaremos identificar cuáles son los matices antes aludidos, desde que consideramos que vale la pena intentar esclarecer sus diferencias o similitudes.

3.6.1. Ser humano

El término «ser humano» se atribuye a todos los entes de nuestra especie denominada, precisamente, «humana». Desde esta perspectiva, los «humanos» somos animales mamíferos -como el chimpancé, el delfín, el perro o el caballo– que estamos dotados de ciertas características que nos hacen diferentes al resto de los animales mamíferos.

Por siglos se consideró que la diferencia entre el ente «ser humano» y el resto de animales mamíferos era que aquél estaba dotado de «razón» mientras que éstos, por el contrario, carecían de ella. Así lo aprendimos

en la escuela[35] y podemos comprobar que aún se sigue repitiendo en numerosos ambientes de la sociedad en contraste con los hallazgos que sobre el particular nos muestra la filosofía de la existencia. En cuanto animal mamífero el «ser humano» pertenece, como todos los animales, vegetales y minerales, a la naturaleza.

Los entes «humanos» somos, desde el punto de vista somático o biológico, seres «naturales». Compartimos, por ello, los instintos propios de nuestra especie de animales mamíferos, como los concernientes al comer o al reproducirse. El ser humano, en cuanto tal, está sujeto a todos los condicionamientos que provienen de la naturaleza. Como nos lo recuerda Mounier, nuestras ideas y nuestros humores son modelados por «el clima, la geografía, mi situación en la superficie de la tierra, mis herencias, y más allá, acaso por el flujo masivo de los rayos cósmicos». A estas influencias se les añaden todavía, dice Mounier, determinaciones psicológicas y colectivas posteriores[36].

3.6.2. Ser humano y «persona»

No obstante lo dicho, sin dejar de ser un animal mamífero perteneciente a la naturaleza, el «ser humano», a diferencia de los demás animales mamíferos, posee un *plus*, un algo más, que constituye su ser, que es lo que conocemos como el espíritu de la libertad. La *libertad* constituye el núcleo existencial del «ser humano». De ahí que el «ser humano» no se reduzca a pura naturaleza -exclusivamente a la materia- sino que es, simultáneamente, un ser «espiritual». El «ser humano» trasciende la naturaleza. Es el espíritu de la libertad, y no solamente la razón, lo que caracteriza al «ser humano» y lo hace distinto de los demás entes del mundo.

El «ser humano» resulta así una unidad indisoluble, inescindible, entre lo que es su esfera psicosomática –su soma y su psique- y su centro existencial que es el espíritu de la libertad. A este ente, que es el «ser humano», se le designa filosóficamente como «persona». Con la expre-

35 Intuimos que por lo menos algunos mamíferos como el chimpancé, por ejemplo, están dotados de cierta elemental racionalidad. Este mamífero, como lo ha descubierto recientemente la ciencia, tiene un 90% de genes comunes con el ser humano. Los científicos están llegando a esta conclusión, por lo que es hasta ahora una simple intuición de nuestra parte tendría el aval científico requerido.

36 Emmanuel Mounier, *El personalismo*, Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 1962, pp. 12-13.

sión «persona» se quiere significar, precisamente, que el ser humano, sin dejar de ser un animal mamífero, es decir, un ente perteneciente a la naturaleza, es un ser simultáneamente *espiritual* cuyo centro o núcleo existencial es la libertad. Los demás mamíferos puede ser que posean, en algunos niveles, cierto grado de racionalidad, pero no son seres libres, seres espirituales.

El ser libre hace al ser humano responsable de sus actos. No se concibe la libertad sin responsabilidad. Tal vez ello mueva a muchos a renunciar *libremente* a actuar movido por sus propias decisiones y, más bien, someterse a los dictados de un tercero, ya sea un progenitor, un maestro, un jefe, un caudillo. En este caso se produce el fenómeno psicológico de la llamada «transferencia de culpa», mediante el cual el ser humano evita los estragos de sentirse responsable.

Los animales mamíferos, por ser tales, responden a sus instintos, mientras que los seres humanos, en cuanto seres «libres», son capaces de administrarlos. Risueñamente podemos decir al respecto que los animales no hacen huelgas de hambre ni dejan de comer para bajar de peso. Ellos están absolutamente condicionados por sus instintos. El ser humano, sin dejar de poseer instintos, los sublima, los administra. Ello es posible en tanto ser libre, no obstante estar sometido a numerosos condicionamientos.

Como anota Mounier, en tanto el ser humano pertenece a la naturaleza, el espiritualismo es de suyo insuficiente para dar cuenta cabal de lo que es el ser humano como lo es también el materialismo. De ahí que sostenga que «el espiritualismo y el moralismo son impotentes porque descuidan las sujeciones biológicas y económicas». Pero, a continuación agrega, que también «lo es, y en igual medida, el materialismo, por la razón inversa». El «ser humano», en cuanto «persona», no es puramente animal, parte de la naturaleza, sino también un ser espiritual cuyo centro existencial es la libertad. Justamente, como está dicho, es esta «libertad» la que diferencia radicalmente al ser humano de los demás entes de la naturaleza.

El «personalismo», que es una filosofía humanista, se hace cargo del universo de la persona, tal como ella es. Esta corriente de pensamiento, si bien entronca en una larga tradición, sólo se desarrolla, tal como actualmente la aprehendemos, en el siglo XX. Es sorprendente que se haya esperado tantos siglos para que los hombres de pensamiento, los filósofos, desviaran su escrutadora mirada, original y tradicionalmente cen-

trada sobre el ser de los entes del mundo, para fijarla en ellos mismos, en el ser humano. De ahí que Mounier sostenga que «el personalismo no es un espiritualismo; muy por el contrario, aprehende cualquier problema humano en toda la amplitud de la humanidad concreta, desde la más humilde condición material a la más alta posibilidad espiritual» [37]. El personalismo, como lo hemos puesto de manifiesto, nos ofrece una visión completa, totalizadora, de lo que es la persona. Ciertamente, hasta donde ello es posible en tanto el universo personal es totalmente inabordable. La cuota de misterio que encierra el ser humano no ha sido aún puesta de manifiesto y difícilmente lo será -tal vez sea más preciso decir que ello deviene en un imposible- desde que la libertad supone impredicibilidad. En el ser humano, por ser libre y creador, existirán siempre conductas o comportamientos inéditos, que no se pueden predecir.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que todo «ser humano», en cuanto ser libre y espiritual, es «persona», así como que no existe «persona» alguna que no sea un «ser humano». Con el vocablo «persona» se describe a un ser que, sin dejar de ser parte de la naturaleza, es también, radicalmente, un ser libertad. Esta realidad espiritual hace que al ser humano se le defina como «persona». Y este término, de raíz filosófica, ha sido asumido para referirse al ser humano no sólo por el derecho sino por un conjunto de disciplinas que centran en él su estudio. Es el caso, entre otros de la Psicología, la Antropología, la Sociología.

3.6.3. Hombre y «ser humano»

Lo dicho nos lleva a comprobar que el «ser humano», aprehendido como una indisoluble unidad psicosomática sustentada en la libertad espiritual resulta ser, desde una perspectiva filosófica -que no deja de ser realista- una «persona». Esta es, por lo demás, la realidad que designamos comúnmente como «hombre». Con la expresión «hombre» identificamos comúnmente al «ser humano», a la «persona». Es decir, que tales conceptos se utilizan indistintamente, como sinónimos, en el lenguaje común, por lo que el hombre es un ser humano, el hombre es una persona.

Frente al empleo de la expresión «hombre», dentro de los alcances conceptuales antes anotados, debemos considerar que, en la realidad de

37 Emmanuel Mounier, *El personalismo*, p. 15.

la vida, la especie humana, como bien lo sabemos, se compone tanto de «hombres» como de «mujeres», por lo que resulta impropio e inadecuado, designar a la mujer con el concepto genérico de «hombre». El hombre, como la mujer, son igualmente seres humanos, más precisamente, personas. Es decir, que bajo la expresión «ser humano» se comprende tanto al hombre como a la mujer. En otros términos, el concepto genérico es «ser humano» y el específico es tanto el de «hombre» como el de «mujer», que equivalen, respectivamente, al macho y a la hembra de las especies animales.

La expresión «hombre» resulta, por lo dicho, insuficiente para aproximarnos a la realidad que designamos como «ser humano». En efecto, el «ser humano», como está dicho, no se reduce a los hombres -que son los machos de la especie humana- sino que el concepto, dada su amplitud, comprende también a las mujeres, las que constituyen tan sólo un género diferente. El pertenecer tan sólo a un género diferente hace que sea inadecuado que a la mujer se le identifique con el concepto «hombre». En cambio, bajo el genérico concepto de «ser humano» se comprende tanto a unos como a otras.

3.6.4. Individuo y «persona»

Con el empleo del término «individuo» se designa, comúnmente, a un determinado «ser humano», a una sola «persona». El concepto «individuo» carece, por consiguiente, de carga ideológica alguna. Significa simplemente un número, designa la unidad. Es, por ello, una expresión puramente cuantitativa. Podemos decir, así, que «individuo» resulta ser un término neutro, carente de significación filosófica, pues con su utilización no se da cuenta de la naturaleza del «ser humano» en cuanto «persona». Su empleo, por tanto, sólo significa que nos hallamos frente a un cierto «ser humano», a una determinada «persona».

Algunas veces, precisamente, por la neutralidad filosófica inherente al concepto «individuo», se le utiliza en el lenguaje ordinario o común en sentido peyorativo. Se quiere significar, en el fondo, que «ese» individuo al cual nos referimos carece de la calidad de persona o de algunas de sus características positivas. Es decir, que su valor se reduce tan sólo al de constituir una unidad.

4. La persona en la concepción tradicional de los juristas

Consideramos de interés, antes de afrontar el tema relativo a la relación entre «sujeto de derecho» y «persona», apreciar sintéticamente como se ha tratado por los juristas el problema referente a la naturaleza de la persona para el derecho en la historia reciente[38].

4.1. Posición formalista sobre la persona

En cierto tramo de la historia, cuando los juristas de formación normativista-formalista consideraban que el derecho se reducía a la normatividad, es decir, al ordenamiento jurídico positivo, el concepto de persona -es decir, el de sujeto de derecho- emergía, necesariamente, de dicho ordenamiento[39]. Si el derecho, según el positivismo formalista, es un sistema de normas, es evidente que el tema relativo a la «persona» tiene que desarrollarse en el mero campo de la normatividad. Es ahí donde, según la concepción formalista del derecho, deberíamos encontrar a la persona. Cabe advertir que como la norma es un objeto ideal, la persona ha de reducirse, también, a la misma categoría objetal. Es decir, la persona es para el formalismo jurídico una construcción lógico-formal[40]. Así, Hans Kelsen encuentra sistemáticamente que la «persona» no es sino un conjunto de normas. En sus propias palabras, la persona es «una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complexo de normas»[41].

Guillermo A. Borda anota al respecto que, dentro de dicha corriente de pensamiento, la verdad axiomática y elemental de que el hombre es la persona natural o física, ha quedado «esfumada en la doctrina moderna -sobre todo después de las enseñanzas de Kelsen- por un abuso en el

38 Sobre el tema ver Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit.*, p. 93 y ss.

39 *Ibid*, p. 95 y ss.

40 En esta línea de pensamiento se sitúa Ferrara, quien sostiene que persona es «un concepto puramente formal que no implica ninguna relación de corporalidad o espiritualidad en el investido» y que es «una cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y no resultante de la individualidad corporal y psíquica». Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929, pp. 318-319.

41 Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, segunda edición, 1946, p. 83.

desarrollo lógico del concepto»[42]. La persona, para el profesor argentino, no es un simple centro ideal de imputación de normas, representa una unidad de una pluralidad de normas. Es decir, que el derecho, en tanto sistema de normas, no crea a la persona.

Ferrara, uno de los más lúcidos expositores de la posición formalista sobre la persona, considera que ésta, sea individual o colectiva, no es una realidad, un hecho, sino una categoría jurídica formal. Ferrara distingue el hombre o ser humano, en tanto individuo, que es para él una realidad teológica-filosófica, de lo que es «persona» en cuanto cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y «no resultante de la individualidad corporal y psíquica». Si la persona es una entidad ideal, una entelequia, que se halla en el tiempo más no en el espacio, no existe dificultad alguna para que esta categoría formal y abstracta sea otorgada a entes que no sean hombres. Es así que la historia nos demuestra, según Ferrara, el que en Roma se concedió esta categoría de «persona» a algunos dioses como es el caso de Apolo o Júpiter y que, en los derechos orientales, se reconocía como dotados de esta categoría a las plantas, a los animales, a las cosas inanimadas[43].

Para los juristas que aceptan la concepción formalista del Derecho[44] y, por ende, la de la persona, el ordenamiento jurídico positivo puede, como está dicho, conceder esta categoría formal a cualquier ente de la naturaleza, sea o no el ser humano. De ahí que «persona» podía ser, indistintamente, el ser humano o *Incitatus,* el caballo de Calígula que fuera designado Cónsul. Todo depende, por consiguiente, del ordenamiento jurídico positivo. Del mismo modo, el ordenamiento jurídico positivo podía «despojar» de la calidad de persona a ciertos seres humanos. Es el caso de los esclavos. C iertamente, este despojo es un imposible ontológico pues todo ser humano es, de suyo, «persona». Lo que sucede en el caso de los esclavos es que se le limitaba su capacidad de ejercicio, más no podía negársele por una simple norma, legal o consue-

42 Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1955, pp. 205-207.

43 Francesco Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, p. 332.

44 Dentro de los autores que aceptan la teoría formalista sobre la persona -aparte de Ferrara y Kelsen- podemos citar a Lehman,Von Thur, Josserand, Michoud, los Mazeaud, De Diego, De Cupis, Di Semo, Gangi, Rotondi, Barassi, Bevilacqua, Salvat, entre otros. Todos ellos, o casi todos, desarrollan sus trabajos jurídicos en la primera mitad del siglo XX o en los últimos del siglo XIX.

tudinaria, su calidad de ser humano, de persona y, por consiguiente, su inherente capacidad de goce [45].

4.2. Visión realista

Frente a la concepción formalista de la persona se alzó, históricamente, aquella que denominamos «realista». Para esta corriente de pensamiento[46] la persona no es un producto o resultado del ordenamiento jurídico positivo, es decir, una categoría abstracta y formal, sino que ella se constituye como una realidad natural, como un objeto real[47]. De ahí que no hay más persona que el «ser humano» en cuanto tal. Esta realidad debe ser necesariamente reconocida por la normatividad como una situación preexistente. La normatividad, debe adecuarse a la realidad, a la experiencia.

Entre los autores que se afilian a una concepción realista sobre la persona podemos citar a Colin y Capitant, quienes identifican a la persona con los seres humanos. Estos son, para ellos, los sujetos del derecho, las personas propiamente dichas. Estas personas, «con dudosa exactitud llamadas físicas», son «las únicas verdaderas personas». No obstante lo dicho, se presenta una incongruencia en su pensamiento por cuanto, a pesar de lo expresado, los autores le otorgan dos significaciones al concepto «persona» una de las cuales, contradictoriamente, se resuelve en una abstracción desde que se le considera, desde el punto de vista del papel[48] que ella desempeña en la sociedad, como actora o protagonista de la vida social.

45 Obviamente, no compartimos esta tesis pues todo ser humano es persona. En el caso de los esclavos lo único que sucede – y no es poca cosa – es que se le limita su capacidad de ejercicio en diversa medida. Han habido momentos en la historia donde la limitación era muy marcada. En otros momentos dicha limitación era menos exigente. Es decir, que el problema de la esclavitud no es uno que tiene que ver con la privación de la categoría de persona de los denominados esclavos sino tan sólo de una limitación de su capacidad de ejercicio. Ciertamente, la capacidad de goce del esclavo, como la de cualquier ser humano, se mantenía intacta.

46 Se alinean en esta posición Colin y Capitant, Planiol, Renard, Borell, Valverde y Valverde, Ruiz Jiménez, Rodríguez Arias-Bustamante, Carnelutti, Ruggiero, Dusi, Gonella, Borda, Hübner Gallo, entre otros.

47 La forma es un objeto ideal en cuanto está en el tiempo más no en el espacio. Los objetos reales, por el contrario, se hallan en el tiempo y en el espacio.

48 Ambrosio Colin y H. Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 132.

En el pensamiento de Borell, se rechaza la tesis de que la persona sea sólo un concepto jurídico y que, por lo tanto, no implique ninguna condición de corporalidad o espiritualidad. Por el contrario, sostiene que la persona es el hombre, el ser humano en cuanto tal, con independencia del reconocimiento del derecho objetivo. La calidad de persona es inherente al ser humano[49]. En este mismo sentido se pronuncia Gonella al afirmar «que la persona es inseparable del hombre, y es tal en el hombre», es decir, su naturaleza es humana[50].

4.3. Teoría ecléctica

Una tercera posición sobre la persona para el derecho, que podemos designar como ecléctica, sostiene que los autores que se adhieren a la tesis formalista y a la realista sobre la persona consideran sólo un aspecto de una misma realidad. Así, la teoría realista incide en el aspecto ético-jurídico del problema con prescindencia del aspecto dogmático y la teoría formalista se preocupa tan sólo del ángulo normativo dejando de lado la realidad existencial[51]. Para los autores que se afilian a esta posición resulta necesario armonizar los puntos de vista parciales del realismo y del formalismo con el propósito de lograr una visión completa y no fragmentaria de una misma realidad.

Estimamos de interés glosar brevemente dentro de la concepción ecléctica la posición de dos juristas argentinos como son Spota y Orgaz, que escriben aproximadamente al finalizar la primera mitad del siglo XX. Es decir, cuando el tema sobre la naturaleza de la persona era de toda actualidad bajo un enfoque superado en la actualidad a partir de los hallazgos filosóficos del existencialismo.

Spota se pregunta al respecto si la persona es sólo una tesitura meramente formal, un centro al cual el ordenamiento jurídico imputa hechos y actos jurídicos, o sí, por el contrario, el concepto de persona exige la materialidad ínsita al hombre[52]. Estima que es preciso enunciar

49 Antonio Borell, *Derecho Civil Español*, Tomo I, Parte General, Bosch Editores, Barcelona, 1955, p. 105.

50 Guido Gonella, *La persona nella filosofia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1938, p. 227.

51 Entre los autores que se adhieren a esta posición podemos citar a Orgaz, Dabin, Spota, Pugliatti, entre otros.

52 Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 5.

que el concepto de persona encierra un elemento formal y un elemento material. Y, clarividentemente, también inquiere sobre si dicha materialidad se puede también observar en las organizaciones humanas para alcanzar fines sociales. Es decir, como diríamos actualmente, si es propio de la naturaleza de la persona jurídica la organización de personas aparte del dato meramente formal y de los valores perseguidos por los miembros de dicha organización.

Para el tratadista argentino, cuyo pensamiento hemos glosado, no es suficiente la presencia del elemento formal para configurar el concepto jurídico de persona. Si esto fuera así, se trataría según el autor, de un pecado lógico. No basta afirmar, sostiene, que la persona es un mero centro ideal de imputación de derechos y deberes desde que no puede prescindirse del ente que «realmente» tiene la aptitud de ser dicho centro de imputación.

Orgaz, por su parte y con toda razón, considera que ninguna «cualidad jurídica» puede existir por sí misma sino que necesita de un soporte o sustrato real. Recordando el origen etimológico del término «persona», Orgaz recuerda que ella no es solamente el individuo humano, la colectividad, que representan el sustrato, ni tampoco lo es únicamente la cualidad abstracta (la «máscara»). Persona es el sustrato «con» la aptitud que le atribuye el ordenamiento jurídico[53].

4.4. Concepción tridimensional de la persona

Desde nuestro punto de vista las posiciones sobre la naturaleza de la persona antes referidas son parcialmente ciertas. Ello, desde que no nos proporcionan una visión completa de lo que es la «persona» para el derecho. En ninguna de tales tesis se refleja lo que es el derecho en la experiencia humana, es decir, la interacción dinámica entre vida humana social, valores y normas jurídicas. En las posiciones que hemos enunciado en precedencia se prescinde del elemento axiológico. Estimamos que cualquier trozo de la experiencia jurídica -y la persona lo es- se presenta, como está dicho, como una interacción dinámica entre los mencionados tres objetos. El derecho no se reduce a ninguna de tales dimensiones pero, como se ha sostenido, ninguna de ellas puede faltar cuando nos referimos al derecho, a cualquier institución jurídica.

53 Alfredo Orgaz, *Personas Individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 11.

De ahí que debamos encontrar una noción de «persona» que armonice con la realidad del derecho. La respuesta la tenemos que hallar, por consiguiente, dentro de una concepción tridimensional de lo jurídico. La «persona» es el ser humano que, en cuanto libre, vivencia valores. En tanto coexistencial, su conducta intersubjetiva está normativamente regulada, por lo que se constituye en un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de derechos y deberes. Encontramos así conjugados en la «persona» los tres elementos del derecho: la vida humana que es, los valores que realiza y otorgan sentido a su conducta y las normas que regulan la convivencia a través de la imputación de situaciones jurídicas subjetivas.

La «persona» es un ser humano viviente, que valora para proyectar su vida, situado en una relación jurídica con los demás, la que es regulada por normas jurídicas que le atribuyen una determinada situación jurídica subjetiva, es decir, un plexo de derechos y deberes.

5. Sujeto de derecho y persona

Sujeto de derecho, bien lo sabemos, es un *ente* al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes. Y, como está dicho, en la doctrina generalmente se trata ambos conceptos como sinónimos en tanto no hay más sujeto de derecho que la persona -ya sea natural o jurídica– y, por consiguiente, toda persona es sujeto de derecho. ¿Sigue siendo esto exacto en la actualidad?. ¿Sólo la persona natural y la jurídica son los únicos sujetos de derecho?. ¿Y el concebido, y la organización de personas no inscrita, no son acaso sujetos de derecho?.

En la actualidad, a diferencia del pasado inmediato, no se suelen confundir, por lo general, las nociones de «sujeto de derecho» y de «persona». Ellas se distinguen solamente desde un punto de vista técnico-jurídico, desde una perspectiva puramente formal. Aunque en la codificación comparada no aparece todavía otro sujeto de derecho que no sea la persona natural y la persona jurídica -por lo que sujeto de derecho y persona son conceptos que se superponen-, en los tiempos que corren se advierte una nueva tendencia con la que se pone de manifiesto una diferencia conceptual entre ambas nociones[54]. Esta tendencia tiene su fun-

54 En el Código civil italiano de 1942, no obstante, se hace alusión a «las asocia-

damento en la observación de la realidad, es decir en la experiencia jurídica, que es donde hallamos el derecho vivo.

En la experiencia jurídica observamos que no sólo actúan como sujetos de derecho -es decir, como entes a los que se atribuyen situaciones jurídicas subjetivas- la persona natural y la persona jurídica, como tradicionalmente se advertía, sino que en ella siguen actuando, desde tiempos remotos, la «organización de personas no inscrita» y el «concebido». Ello, ante la indiferencia de la codificación comparada. Es decir, la organización de personas «no inscrita» es aquel grupo o colectividad que, al igual que las antiguas *collegia o universitas personarum*, persiguen fines valiosos a través de una actividad en común. Esta organización de personas actúa en la realidad como si fuera una persona jurídica aunque, al no haberse inscrito en un determinado registro público, no goza del régimen especial con que se benefician las personas jurídicas. Así, por ejemplo, los miembros que la integran, a diferencia de aquellos que componen la persona jurídica, son propietarios de los bienes que posee la organización así como, simultáneamente, responden por sus obligaciones.

La organización de personas no inscrita pasó al olvido ante el extraordinario invento de lo que conocemos como «persona jurídica», el mismo que históricamente se atribuye a la pandectística. Pero a pesar del explicable deslumbramiento que entre los juristas produjo tal invento, ello no significó, en la práctica, que la «organización de personas» -que no era persona jurídica por no haber cumplido con la formalidad de una inscripción en un determinado registro público- dejara de estar presente y actuara como sujeto de derecho en la experiencia jurídica. Ello, no obstante el olvido de parte de los juristas y de su exilio del ordenamiento jurídico positivo.

Se tuvo que esperar la promulgación del Código civil italiano de 1942 para que se asumiera a nivel normativo y, consiguientemente se regularan en su texto, tanto las asociaciones como los comités «no reconocidos» (para nosotros, no inscritos) aunque en forma limitada. No se tuvo en cuenta, sin embargo, a la fundación no inscrita a la que sí se norma en el Código civil peruano de 1984 [55].

---

ciones no reconocidas» y a los comités que no son personas jurídicas (arts. 36° a 42°). Su desarrollo es, sin embargo, limitado dado el momento histórico en que se redactó tal cuerpo legal.

55 Ver artículos 127° a 129° del Código civil peruano.

En la actualidad podemos sostener, por consiguiente, que el concepto de «sujeto de derecho» es el ente al cual el ordenamiento jurídico atribuye situaciones jurídicas subjetivas, es decir, deberes y derechos. En la realidad, en la experiencia jurídica, el concepto formal de «sujeto de derecho» se refiere, siempre, al ser humano. Es decir, al ser humano en sus cuatro maneras de presentarse en el mundo, desde su concepción hasta su muerte.

Cuatro «maneras de ser» que son asumidas y reguladas por el derecho a través del ordenamiento jurídico. Es decir, como ser humano por nacer -concebido-, como ser humano nacido -persona natural-, como organización de personas sin inscribirse ni ser reconocida por el Estado y, finalmente, como organización de personas que, por el hecho formal de su inscripción, se convierte en lo que, impropiamente, se le designa como «persona jurídica». A la persona jurídica, en cuanto organización de personas que persigue fines valiosos se le conceden ciertos privilegios que supone el atribuirle un régimen de «excepción» que la sustrae de la regulación del derecho común que regula a cualquier otra organización de personas «no inscrita». En esto consiste el útil invento de la pandectística.

El régimen de «excepción», creado por ley para la concesión de ciertos privilegios no reconocidos a nivel del derecho común, se deja sin efecto -se desestima, suele decirse- cuando alguno o algunos o todos los miembros utiliza ilícitamente el «invento» concesorio de privilegios para el grupo humano que integra la persona jurídica. Es el caso que se conoce comúnmente como «abuso de la personalidad jurídica», aunque mejor sería decir mal uso de la «estructura formal» de la persona jurídica. Es también el caso del uso fraudulento de los mencionados privilegios.

En síntesis, el concepto de sujeto de derecho tiene siempre como correlato en la realidad al ser humano, a todos los seres humanos sin excepción. Sólo el ser humano, en cualquiera de sus cuatro «maneras de ser», es sujeto de derecho. Es decir, individual o colectivamente considerado. Ningún otro ente de la naturaleza es sujeto de derecho.

De lo expuesto se desprende, por consiguiente, que sólo lo que jurídicamente se alude como «persona» es sujeto de derecho. Es decir, la persona es sujeto de derecho en cuanto ser humano, en cualquiera de las mencionadas cuatro maneras de presentarse en el mundo. Aunque a nivel de la doctrina -al menos en la peruana-, por el momento, el término persona se reserva sólo para el ser humano nacido -persona natural- y

para el ser humano que constituye una «organización de personas» inscrita y que, por este hecho, como está dicho, adquiere un estatuto legal de excepción. El concebido, sin embargo, es una persona por nacer, tal como se le reconoce en la doctrina y en la legislación argentinas. Sólo no se menciona como persona a la «organización de personas no inscrita», desde que el adjetivo de «jurídica» lo expropiaron los pandectistas para designar a la organización de personas «inscrita».

Esperemos que, tal como con acierto sucede en el Código Civil de Portugal, con el tiempo se resuelva el problema semántico que se ha creado por la «aparición» en el ámbito legislativo de dos nuevos sujetos de derecho. En efecto, en este Código se alude a dos categorías de personas, la individual y la colectiva. En la primera se comprenderían al concebido y a la persona natural y, en la segunda, a las dos organizaciones de personas antes mencionadas. Siguiendo esta posición, que nos pareció adecuada, propusimos adoptarla por lo cual, al ser aprobada originalmente por la Comisión de Reforma del Código civil de 1936, se incorporó al Proyecto de Código Civil de 1984. Lamentablemente, con posterioridad a dicho acuerdo se aprobó la Constitución Política de 1993 en la que se mantuvo la tradicional clasificación de persona natural y persona jurídica, por lo que tuvo que adecuarse el Proyecto en referencia a la Carta constitucional.

6. La persona en la filosofía y en el derecho

Si bien el tema de la persona es en última instancia, como se ha señalado, uno de carácter jusfilosófico, ello no significa por cierto que, sobre la base y los hallazgos de la filosofía del derecho, no exista un enfoque netamente jurídico de la persona.

¿Cuál es la diferencia entre ambos enfoques?. La Filosofía, en general, y la Filosofía del Derecho, en particular, se preocupan por aproximarse a la real y peculiar estructura del *ente* «persona». Su centro de interés es responder a la pregunta sobre el *ser* de la persona. Sobre qué es «persona». De ahí que cualquier posición que se adopte sobre la persona en el derecho ella debe enraizarse en la Filosofía General y en la Filosofía del Derecho. La persona que actúa en el derecho es la misma que nos presenta la Filosofía en cada momento histórico. Y decimos en «cada momento histórico» porque la respuesta sobre el ser atribuido a la per-

sona por la Filosofía ha sufrido un vuelco histórico, el mismo que ha repercutido decisivamente en el enfoque jurídico sobre la persona como lo apreciaremos en su lugar. Con lo dicho queremos expresar, sintéticamente, que la persona es «el mismo ente» tanto en la Filosofía como en el derecho o como en cualquier otra disciplina del saber humano.

Es posible, no obstante lo dicho, distinguir un planteamiento específicamente filosófico de la persona de otro de carácter jurídico, aunque la base para el planteamiento jurídico sea de índole jusfilosófica. La búsqueda filosófica, como se ha precisado, tiende a determinar la naturaleza o estructura del ser humano mientras que al derecho le interesa la persona en cuanto «sujeto de derecho». En este mismo sentido, Guido Gonella manifiesta al respecto que, filosóficamente, la persona es considerada como «hombre» - como «ser humano» preferimos decirlo nosotros - mientras que en el campo del derecho se entiende por persona sólo al «sujeto de derecho»[56]. Es decir, que al derecho le interesa el ente «persona» en tanto es «sujeto de derecho». Es desde esta vertiente que nuestra disciplina se ocupa de la persona.

7. El vuelco histórico sobre la concepción del derecho y la persona en la primera mitad del siglo XX

La concepción tradicional sobre el derecho y la persona que poseía la Filosofía del Derecho sufre un impresionante vuelco -aún no debidamente valorado y comprendido por la falta de perspectiva temporal- en la primera mitad del siglo XX. Esta restauración filosófica, esta revalorización del ser humano, se debe a los hallazgos de la filosofía de la existencia a través del pensamiento de filósofos como Sartre, Heidegger, Marcel, Jaspers, Mounier, Zubiri, entre otros[57]. Es en este momento

56 Guido Gonella, *La persona nella Filosofia del Diritto*, p. 4.

57 Si bien es que en la primera mitad del siglo XX, sobre todo en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, surge esta nueva concepción sobre el ser humano no podemos dejar de lado los atisbos que en el siglo XIX contribuyen a su formulación. Así, no podemos dejar de citar los nombres de algunos pensadores que establecen hitos importantes en el curso de la evolución del pensamiento filosófico sobre la persona. Es el caso, entre otros, de filósofos de la talla de Kant, Kierkegaard, Nietsche.

histórico que se produce un decisivo aporte filosófico que permite una nueva comprensión de la naturaleza del ser humano que, necesariamente, repercute en una nueva visión del derecho. La raíz de esta novedosa concepción se encuentra en los postulados del Cristianismo cuando se afirma que la persona es un ser libre ya que, si no fuera así, no se comprendería el significado del pecado, del arrepentimiento, del perdón, de la redención.

«Derecho» y «persona», bien lo sabemos, son los dos conceptos básicos, medulares por fundamentales, cuya cabal comprensión es indispensable para iniciarse en el estudio de la disciplina jurídica. Si no se tiene clara su significación, es decir, sin saber en qué consiste cada uno de ellos, nos resultaría imposible sustentar una investigación seria y coherente, debidamente fundamentada, sobre la institucionalidad jurídica. Debe haber claridad sobre los cimientos que sustentan la construcción o el enjambre normativo así como se debe intentar eliminar, en lo posible, titubeos o dudas sobre el punto de partida, si se pretende asegurar el correcto resultado de la investigación jurídica a nivel dogmático.

Ambos conceptos, el de derecho y el de persona, se hallan esencialmente vinculados desde que el derecho es una ***exigencia existencial***, una exigencia de la naturaleza humana. De ahí que no pueda concebirse la existencia de la persona sin la simultánea presencia del derecho ya que, siendo la persona un ser coexistencial -estructuralmente social-, no podría «convivir» - es decir, vivir con «otros»- sin reglas de conducta obligatorias[58], orientadas por los valores que otorgan un *sentido,* una razón de ser a la vida humana. Es imposible, por ello, imaginar o pensar a la persona, en cuanto ser humano, fuera de la sociedad, sin estar sujeta a reglas de comportamiento -morales, éticas, religiosas, jurídicas- que le permitan convivir, proyectar su vida, realizarse como persona dentro del bien común. Es decir, «ser lo que se decidió ser», dentro de los naturales condicionamientos que limitan y restringen el quehacer humano.

Si la persona y el derecho se exigen recíprocamente, desde que no existe una sin el otro y viceversa, es necesario precisar qué tipo de relación existe entre ambos conceptos, cuál es su modo de relacionarse. Cabe preguntarse, por ello, si ¿es el derecho algo exterior al ser humano o, por

58 Lamentablemente, quedaron atrás los tiempos en los que las reglas de conducta tenían un contenido religioso o moral. Es decir, los tiempos casi paradisíacos de la autorregulación.

el contrario, forma parte de su propia estructura?. Por nuestra parte, estimamos que el derecho no es una simple superestructura sino que, por tratarse de una ineludible exigencia existencial, se constituye como parte de la estructura humana.

8. Itinerario de nuestra indagación sobre el derecho y la persona a partir de los años cuarenta del siglo XX

Tanto el tema concerniente al objeto de estudio del derecho como el de la naturaleza de la persona nos inquietaron tempranamente, desde que éramos estudiantes. A ambos le dedicamos, dentro de nuestras comprensibles limitaciones, nuestra preferente atención. Sentíamos la imperiosa necesidad de desentrañar su sentido, pues intuíamos que sin su cabal comprensión no nos sería posible adentrarnos con coherencia en la institucionalidad jurídica. Derecho y persona se erigían como dos incógnitas que para un estudiante de derecho era indispensable desentrañar.

De dicha inquietud, de tal intuición, nació una tenaz investigación por saber en qué consistía tanto el derecho como la persona y sobre cuál era la manera como se relacionaban. Estas indagaciones dieron origen a una trilogía de libros espaciados en el tiempo. Nuestras investigaciones y su cristalización en dichas obras no hubieran sido posibles sin el sustento que nos ofreció el rico bagaje tanto de la filosofía de la existencia como de la fenomenología de Husserl, del pensamiento de Carlos Cossio, Hans Kelsen y Luis Recaséns Siches, entre otros.

El primero de dichos libros, pensado en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX, encontró su expresión en la tesis que para optar el grado de Bachiller en Derecho fuera presentada en 1950 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, con el título de *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho.*

Como con razón la calificó Carlos Cossio en un comentario aparecido en «La Ley» de Buenos Aires en el año de 1963, la tesis fue audaz y ambiciosa. Audaz, porque fue concebida en un momento histórico total y absolutamente dominado por el pensamiento normativista-formalista de Hans Kelsen[59]. Y, además, porque la persona que la había concebido

59 Se trataba de la audacia propia de un estudiante de Derecho que frisaba los veintiún años cuando inició su tarea de investigación. En el prólogo de la tesis se decía

era tan sólo un estudiante de derecho. Ambiciosa, desde que ella pretendía nada menos que llegar a determinar el ser mismo del derecho, el objeto de su estudio disciplinario[60]. Y, agregaríamos, con la perspectiva que nos da el tiempo transcurrido, que ella tuvo un contenido profundamente crítico frente a las corrientes de pensamiento dominantes por aquel entonces.

No obstante lo expresado en el párrafo precedente, la audacia y la ambición antes aludidas estaban enmarcadas, como se decía en el prólogo de dicha tesis, dentro de la «plena convicción» de «nuestras limitaciones y deficiencias, teniendo presente, a cada paso, que la actitud moral del investigador -como parte del método- es la humildad, más tratándose de la indagación jusfilosófica que es movimiento callado, recóndito,

---

que ella era «producto de una inquietud nacida en los umbrales del aprendizaje del Derecho en los claustros de San Marcos. Inquietud que nos ha acompañado año tras año, siempre creciente, hasta la culminación de nuestros estudios en la Sección Doctoral». Conscientes de nuestras limitaciones sosteníamos que la tesis era «un esbozo de respuesta que se ensaya a través de páginas posteriores – y que en el fondo no es sino una muestra de algunos aspectos de la problemática del Derecho – pretendería compartir aquella actitud y estar grávido de la mentalidad contemporánea». Y agregábamos que «pretendería ser parto de inquietudes del hombre actual, vivencias jurídicas desde la perspectiva histórica de nuestra época, tarea irrenunciable de una generación que vive tiempo presente». Nos rebelábamos contra lo que se nos enseñaba y leíamos en aquellos años de la década de los años cuarenta del siglo XX. Estábamos poseídos de un agudo sentido crítico. De ahí que apuntáramos en dicha introducción que se trataba de una «interrogante que nos asalta detrás de cada artículo del Código, que aparece furtiva con posterioridad a fragmentarias y dispares explicaciones de ciencia dogmática; multitud de opiniones, muchas contradictorias, otras asistemáticas, diseminadas en manuales y tratados que nos ofrecen cuestionables soluciones; ideas "encapsuladas", que pasan de generación en generación tratando de despejarla sin que se adopte ante ellas una actitud crítica: interrogante que nos angustia y nos motiva a darle respuesta a través de una propia meditación». Porque, señalábamos, se debe tener un afán por «decir lo que uno piensa, y porque es bueno que haya gente que piense y diga lo que piensa», como anota Leclerq, el filósofo de Lovaina. Y ello, «sin sentirse en la obligación de decirlo todo, de agotar la materia con ingenua pretensión».

60 Ambiciosa, en cuanto nuestra inquietud por saber era honda y radical, como la que hoy también es nuestra eterna compañera de viaje en nuestro ya extenso transcurrir existencial. Al respecto decíamos en el prólogo de la tesis que ella era «un pertinaz afán por encontrar una respuesta a la vieja y siempre nueva interrogante por el ser del Derecho; respuesta, que aunque provisional, nos proporcione una visión unitaria de la disciplina a la que ofrendamos cotidianamente nuestros más caros y preciados esfuerzos».

personal». En la investigación que culminara en 1950, sosteníamos, «que lo que más importa es la actividad misma, en que consiste el filosofar, que las conclusiones a que se arribe o la pasiva repetición y acopio de opiniones ajenas». Estas opiniones ajenas son, «a través de la historia, incitación, estímulo, archivo de problemas y planteamientos». Ellas constituyen, decíamos, «soluciones que deben ser repensadas pero nunca muestrario de inertes adhesiones».

Con el citado trabajo juvenil nos proponíamos encontrar una respuesta unitaria «a la vieja y siempre nueva interrogante por el ser del Derecho». El trabajo significó una crítica a las respuestas unidimensionales, al racionalismo divorciado de la historia, a la deshumanización del Derecho, en síntesis. Se perseguía en dicho auroral trabajo el imprescindible «replanteo de los más importantes temas jusfilosóficos a fin de adecuarlos a los aportes de la filosofía última para aprovechar sus hallazgos y, sobre todo, su metodología». Se pretendía como tarea previa «el planteamiento nítido del hecho fundamental de la existencia, para insertar en ella al Derecho como una de sus formas radicales». Es decir, para concluir que el derecho es, primariamente, vida humana intersubjetiva. Vida humana que, después de ser valorada, se concreta en norma consuetudinaria, legal o jurisprudencial.

La tarea que concluyó en 1950 con la presentación de la citada tesis titulada, como está dicho, *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho,* fue publicada 37 años después[61] bajo el nombre de *El dere-*

61 La razón por la cual nos opusimos a los requerimientos de publicación del trabajo están anunciados en el prólogo cuando se expresa: «audaz nuestra ambición y vasto el tema, él trasciende el contenido de estas páginas y al resultado de nuestros esfuerzos. Quedan innúmeros problemas sin solución, otros apenas planteados o bosquejados, muchos ignorados. Ellos, si Dios lo permite, quedan pendientes como programa para el futuro, como proyecto de nuevos trabajos de los cuales el presente es sólo tímido anuncio y provisional punto de partida. Quizá en estas páginas se han producido muchos apasionados encuentros o reencuentros – con los grandes temas y las ideas matrices que habrán de ser desarrollados y profundizados con el devenir de los años. Ellas son testigo objetivado de múltiples tanteos, aproximaciones, jubilosos atisbos, falsas vías. Y, apenas terminadas, vislumbres de posibles rectificaciones». Esta era la impresión que teníamos del trabajo producido y, dentro de ella, se encuentra la razón por la que no considerábamos todavía oportuna su publicación: teníamos la esperanza de desarrollar el tema en un libro que debería aparecer algún tiempo después. Ello no fue posible. Los afanes de la vida de un joven abogado, recién casado y con hijos, se confabularon en aquel momento para que el programa no se cumpliera. Tuvimos que

cho como libertad[62]. En esta obra se llegó a la tesis que se conocería años más tarde, gracias a Miguel Reale, con la denominación de «teoría tridimensional del derecho»[63].

Presentada la tesis del año 1950 continuamos nuestra búsqueda de respuestas. Clarificado nuestro pensamiento sobre el derecho, nos sentíamos en la necesidad de abordar el tema referido a la determinación de la naturaleza o estructura de aquel ente que era su *creador, protagonista y destinatario*. Es decir, de la persona[64].

---

esperar algunos años para que apareciera su complemento *La noción jurídica de persona* en 1962 y en *Derecho y persona* en 1992. No obstante, a partir de 1984, año en el que retornamos de Europa, empezamos a publicar diversos ensayos en los que se volvía sobre el tema profundizando algunos aspectos del trabajo de 1950 y desarrollando otros. Hay otra razón adicional. Si bien la tesis, como anota Carlos Cossio, causó revuelo por su novedad en el claustro universitario, nadie se pronunció sobre ella hasta después de un buen tiempo. Recordamos que la tesis, aún inédita, es comentada por Mario Alzamora Valdez en su libro de 1968 titulado *La Filosofía del Derecho en el Perú* (editada por Minerva). Ella es referida en el capítulo denominado «El pensamiento actual» (pp. 119 a 124) y en el sub capítulo «Las nuevas doctrinas en el Perú», donde cita las obras de José León Barandiarán. Al comentar la tesis considera que el «mayor mérito» del autor es el haber bosquejado desde su ángulo, en 1950, la teoría tridimensional del derecho (p. 123).

62 La tesis permaneció inédita durante 37 años, desde 1950 hasta 1987, año de la primera edición. No obstante, como anota Domingo García Belaunde en la Nota Preliminar, «la tesis tuvo una suerte singular: de ella se hicieron diversas copias que circularon sigilosamente por diversas manos, tanto en el país como en el extranjero, a veces con consentimiento del autor, y otras veces sin él. Esto explica como el maestro argentino Carlos Cossio, al reseñar dicho libro en "La Ley" (García Belaunde se refiere al libro del autor de 1962 *La noción jurídica de persona*) hiciera de aquella una acertada como generosa apreciación». García Belaunde luego de señalar que el ensayo «ha permanecido alejado del gran público, y en especial de las más recientes hornadas universitarias» se pregunta «¿a qué se debe que su autor, no obstante haber obtenido tan auspicioso recibimiento en el claustro y en el mundo académico, no se haya animado a darla a la imprenta?». La respuesta a la pregunta que se formula García Belaunde está dada en la nota anterior.

63 Cabe señalar que la investigación de Reale y la nuestra, que llegaron a la misma conclusión más allá de los matices que la diferencian, se llevaron a cabo por la misma época sin que ninguno de los autores conociera el desarrollo de los trabajos del otro. En la Nota Preliminar al libro *El derecho como libertad,* escrita por Domingo García Belaunde analiza este aspecto con conocimiento de causa.

64 Al referirse al concepto «persona» se le suele acompañar generalmente con la expresión «humana». Nosotros no nos sentimos en la necesidad de hacerlo desde que, desde una perspectiva filosófica y desde nuestro punto de vista, persona es sólo el ser humano, individual o colectivamente considerado.

La reflexión sobre el ente «persona», con la intención de aproximarnos lo más posible al conocimiento de su estructura, culminó con la elaboración de un segundo libro que recogía nuestras indagaciones y conclusiones sobre la materia. La obra fue editada en 1962[65] por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con el título de *La noción jurídica de persona*[66]. La incertidumbre que reinaba en aquel entonces sobre la calidad ontológica de la persona –en cuanto ser humano– motivó el que iniciáramos esta investigación.

En dicho libro[67] decíamos «que el de la persona es un tema problemático porque, después de siglos, seguimos sintiendo la urgencia, la ineludible necesidad de saber qué es ella para el Derecho. Y nos vemos forzados a decidir dentro de un muestrario asombrosamente frondoso de definiciones que se han venido acumulando, como tierras de aluvión, en el decurso de los años». Agregábamos que «no podemos eludir la insosegable tarea de revisar estas posiciones, de repensarlas, de compaginarlas si ello fuere posible»[68]. Lo expuesto justifica y explica el por qué abordáramos en aquel entonces el intrincado asunto de saber en que consistía, ontológica y jurídicamente, el ente que somos.

Desde la publicación de dicha obra hasta la fecha hemos desarrollado algunos aspectos de su contenido a través de diversos ensayos, publicados fundamentalmente a partir de 1984.

Las conclusiones a que llegáramos en las indagaciones antes reseñadas encontraron su expresión normativa en el Libro Primero, sobre el Derecho de las Personas, del Código civil peruano de 1984.

---

65 De este libro se editó una segunda edición en el año de 1968, la misma que también lleva el sello editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

66 La primera edición data de 1962 y la segunda, como está dicho, fue publicada por la misma Universidad en 1968. La editorial Depalma nos contrató en 1980 una tercera edición. Cuando empezamos a revisar el texto comprendimos que habíamos superado algunos aspectos de la obra. En ese entonces teníamos clara la diferencia – no percibida aún nítidamente en la década de los años sesenta – entre los conceptos *sujeto de derecho* y *persona*. Ello motivó que le solicitáramos a don Roque Depalma la rescisión del contrato, a lo que accedió generosamente.

67 Los críticos de la obra, entre ellos Carlos Cossio, señalaron que se trataba del primer libro que se escribía en lengua castellana sobre el tema dedicado íntegramente a desentrañar la noción de persona.

68 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit.*, p.17.

En 1992, se editó por la Universidad de Lima un tercer libro titulado *Derecho y persona* en el cual, al ampliarse algunos aspectos relacionados con la teoría tridimensional del derecho y precisarse sus antecedentes así como sus diferencias con la concepción de Miguel Reale, se desarrollan también algunos aspectos vinculados con nuestra concepción sobre la persona. En esta obra, que completa la trilogía de trabajos sobre los temas antes referidos, se intentó precisar mejor la relación existente entre el derecho y la persona.

9. La pregunta sobre el derecho

Como lo anotáramos, en nuestro trabajo de 1950, publicado en 1987, después de efectuar una crítica de las concepciones históricas sobre lo que se entendía con el concepto «derecho», llegábamos a la conclusión de que éste consistía en la interacción dinámica de tres dimensiones como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. De esta interacción surgía un concepto unitario de lo que es «derecho».

Considerábamos en aquel trabajo de mitad del siglo pasado que el derecho no podía reducirse a ninguno de los tres objetos que lo integraban. Es decir, que no era sólo vida humana social, ni sólo valores o normas jurídicas. Estas visiones del derecho eran fragmentarias, incompletas, que no daban cuenta cabal, totalizadora, de lo que se comprende bajo el concepto «derecho».

En nuestro trabajo de 1950 manifestábamos que «la realidad jurídica es compleja» desde que «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 ontológicos, 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».

En aquel texto expresábamos que «no hay derecho sin conducta humana en su interferencia intersubjetiva, sin valores inmanentes a ella sin dejar por esto de ser objetivos, sin normas que representen a la conducta estimativa y que comportan una coacción. Podemos desplegar aquellos elementos y hacerlos tema, respectivamente, de la Ontología, la Estima-

tiva y la Lógica Jurídica; más, si queremos apreciar el derecho, "lo jurídico", tenemos que considerarlos en su inescindible unidad, en su mutua exigencia»[69].

Páginas más adelante decíamos que es así que «se despliegan los elementos que conforman el Derecho; elementos que se exigen mutuamente sin confundirse y que cobran unidad en el «objeto» Derecho. Conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en una unidad integral motivan su aparición. Y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada. El Derecho no es conducta, el Derecho no es valor, el Derecho no es norma. El Derecho es la integración de aquellos elementos; es conducta humana en su interferencia intersubjetiva, realizando dejando de realizar valores, representada a través de normas que son juicios imputativos de deber ser de carácter disyuntivo»[70].

Años más tarde, en 1992, retomábamos esta posición al manifestar que «el Derecho resulta así una complejidad desde que su estructura se integra, en dinámica interacción unitaria[71], en un proceso sin tregua, por conductas humanas intersubjetivas, normas y valores. El Derecho no se agota, no se consume, en ninguna de aquellas dimensiones. Es imprescindible su simultánea presencia, que deriva de una recíproca exigencia, para que se constituya, en su totalidad, la experiencia jurídica, para que podamos referirnos a "lo jurídico". Ninguna de aquellas dimensiones *per se* es Derecho, pero tampoco ninguna puede soslayarse si se pretende aprehender el Derecho como una totalidad» [72].

Debemos anotar, sin embargo, que de dichas tres dimensiones, si bien ellas se presentan simultáneamente en interacción dinámica, la pri-

69 Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*, segunda edición, p. 121.

70 Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*, *op. cit*, p. 125.

71 En nuestras lecciones universitarias ante la perplejidad de muchos estudiantes sobre la significación de la expresión «interacción dinámica» solemos utilizar un ejemplo de la vida que nos ha sido útil para que los alumnos comprendan sus alcances. Así, a semejanza del concepto «Derecho», aludimos al concepto «motor» donde para que podamos designarlo como tal debe encontrarse en interacción dinámica de todas las piezas o partes que lo integran, las mismas que, por lo demás, son heterogéneas. Si faltara alguna de dichas piezas ya no nos encontraríamos frente a un «motor» sino a una simple estática yuxtaposición de tales piezas. En esta situación, como es obvio, no interesa el que prescindamos de alguna de ellas.

72 Carlos Fernández Sessarego, *Derecho y persona*, Editorial Grigley, tercera edición, p. 47.

mordial es la vida humana social, pues sin ella carecería de sentido tanto su valoración como su regulación normativa. Sin vida humana social no es imaginable el derecho[73].

Es por ello que si revisamos la historia de la jusfilosofía ésta nos muestra que los autores, a través de los siglos, han propuesto el que «alguna de tales específicas dimensiones de lo jurídico se constituya en el objeto de estudio de la ciencia jurídica». Es por ello que, como remarcáramos en dicha obra de 1992, «las visiones fragmentarias que ofrecen las distintas escuelas o corrientes de pensamiento sobre el Derecho, por más elaboradas y coherentes que sean, no captan el fenómeno jurídico tal como discurre en la realidad de la vida». Esas escuelas, llámense jusnaturalismo, positivo-formalista o sociologismo o realismo, «sólo llegan a mostrar aspectos parciales de dicha realidad. Ello, de hecho, impide al científico del Derecho obtener una respuesta unitaria y global sobre la experiencia jurídica» [74].

En el mencionado libro, *Derecho y persona*, analizamos extensamente cada una de las posiciones unidimensionales antes referidas, poniendo énfasis en sus aportes y mostrando su insuficiencia para una concepción integral del derecho, es decir, tal como se presenta en la experiencia.

10. La interrogación sobre la «*persona*»

Despejada la incógnita sobre lo que es el derecho debemos referirnos necesariamente a su creador, protagonista y destinatario, dentro del contexto referido en los parágrafos precedentes del presente trabajo. Es decir, encontrar la significación del concepto *persona* para el derecho.

Como está dicho, del referido tema nos ocupamos por vez primera, en forma integral, en el libro antes citado titulado *La noción jurídica de persona* en 1962. Posteriormente, como también lo hemos referido, hemos vuelto sobre el asunto en numerosos ensayos dispersos en libros y revistas a partir de 1984.

73 En nuestro afán didáctico solemos ofrecer a nuestros alumnos un ejemplo al respecto. Así, les proponemos que si Caín no mata a Abel no hay Derecho. Es decir, el Derecho requiere primariamente de la presencia de conductas intersubjetivas, pues de no ser así la valoración o la regulación normativa carecerían de sentido.

74 Carlos Fernández Sessarego, *Derecho y persona*, *op. cit.*, pp. 51-52.

Como refiriéramos en *La noción jurídica de persona*[75], Recaséns Siches tuvo el acierto metodológico de haber formulado con precisión las cuatro preguntas que deben o pueden formularse al tratar sobre la persona. Si bien discrepamos de algunas de las respuestas del tratadista en mención, consideramos oportuno señalar cuáles son tales preguntas[76], para luego proponer nuestras respuestas.

En primer lugar, el autor hispano, avecindado en América, se pregunta sobre «qué quiere decir en términos jurídicos, *qué* significa tener dentro de un ordenamiento jurídico la calidad de persona; qué es ser persona en Derecho» [77]. Según el autor, corresponde a la Teoría General determinar el concepto jurídico de persona con alcance general.

En segundo término Recaséns Siches se pregunta sobre *«quiénes* son los entes sobre los cuales recaiga esa calificación jurídica de persona; por ejemplo, refiriéndose a las personas individuales en Derecho, preguntarse quiénes son los hombres a los que el Derecho concede personalidad y refiriéndose a las llamadas personas colectivas, preguntarse cuáles son las asociaciones a las que el Derecho otorga personalidad». Según el autor, la respuesta a esta pregunta es tema propio de la Dogmática del Derecho positivo.

La tercera interrogante se contrae a saber «*en qué consiste el ser de esos entes* a los que el Derecho otorga personalidad, cuáles sean sus dimensiones reales; verbigracia, refiriéndonos a las personas individuales, indagar en qué consista la esencia de lo humano, sus modalidades y sus manifestaciones; y por lo que atañe a las personas colectivas, esclarecer en qué consista la realidad de una asociación, de una corporación, de una fundación». El tema relativo al conocimiento de la naturaleza de dichos entes, según Recaséns, «es ajeno en sentido estricto a la consideración jurídica». El asunto se inscribe en el estudio del hombre, del ser humano.

En cuarto lugar, Recaséns Siches considera necesario «plantear desde un punto de vista estimativo, de valoración, de política legislativa, la cuestión de *a quién el Derecho debería conceder la personalidad;* esto es lo que se hace, por ejemplo, cuando criticamos la institución de la esclavitud, afirmando que a todos los hombres debe corresponder la persona-

75 Carlos Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, *op. cit*, p. 27.

76 Luis Recaséns Siches, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 2ª. edición , pág. 260.

77 Luis Recaséns Siches, *Ibid*, p., 260.

lidad jurídica, o cuando se pide que el Estado no admita otras personas colectivas que aquéllas que él instituya , o cuando se postula lo contrario, esto es, que la conceda a cuantos entes colectivos surjan espontáneamente».

10.1. Qué es persona para el derecho

Creemos necesario, tras la guía metodológica trazada por Recaséns Siches, intentar responder, desde nuestra personal perspectiva, las preguntas certeramente por él planteadas.

A la primera pregunta sobre *qué es ser persona* dentro de un ordenamiento jurídico debe responderse, desde nuestro punto de vista, expresando que «persona» es el *sujeto de derecho*. Sujeto de derecho, bien lo sabemos, es el *ente* al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye «situaciones jurídicas subjetivas», vale decir, un plexo de derechos subjetivos y de deberes.

Sujeto de derecho es así, una categoría jurídica formal, un puro concepto, un centro de referencias normativas. Saber sobre cuál sea su contenido es materia de otras interrogantes y de sus respectivas respuestas. A ellas nos referiremos de inmediato.

10.2. Quiénes son personas

A la segunda interrogante, sobre *quiénes sean los entes* sobre los cuales recaiga la calificación de «persona», debemos responder, siempre desde nuestra perspectiva, que los seres humanos son los únicos entes que, desde la realidad de la vida, merecen dicha calificación. Está demás decir que se trata de *todos* los seres humanos, sin excepción, y *sólo* los seres humanos con exclusión de cualquier otro ente de la naturaleza. El ser humano, por libre y coexistencial, es el creador, protagonista y destinatario del derecho. Lo hemos ya expresado en precedencia aunque vale la pena reiterarlo: el derecho es una exigencia existencial del ser humano, en cuanto libre y coexistencial. No cabe convivencia sin reglas de conducta.

Al respecto, no debe perderse de vista que son sujetos de derecho los seres humanos individual o colectivamente considerados. Tradicionalmente no habían más sujetos de derecho que las llamadas persona «natural» y persona «jurídica». En la actualidad, y siempre desde nuestro

punto de vista, la codificación debe otorgar la calidad de sujeto de derecho, además de los indicados, a otros dos sujetos de derecho como son el concebido o persona por nacer y la organización de personas «no inscrita» o de «hecho», como se le viene calificando en algunas legislaciones y por la doctrina. Es decir, existen cuatro sujetos de derecho, dos sujetos de derecho individuales, el concebido y la persona natural, y dos sujetos de derecho colectivos, la organización de personas no inscrita o de hecho y la organización de personas inscrita o persona jurídica. En cualquiera de ellas el ser humano es el protagonista.

El apreciar la existencia de dos nuevos sujetos de derecho se nos presentó cuando tuvimos el encargo de redactar el proyecto de Libro Primero del actual Código civil peruano de 1984 dedicado al Derecho de las Personas. Fue en ese momento en que comprendimos que, además de los dos sujetos de derecho tradicionales, es decir, la persona natural y la persona jurídica, existían otros dos sujetos de derecho no reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos.

Conocemos sólo dos excepciones al respecto. La primera es la del Código civil argentino de 1869 que le concede ciertos derechos al concebido - designado por Vélez Sarsfield como «persona por nacer» - aunque sin otorgarle, directamente y a plenitud, la calidad de sujeto de derecho, lo que es explicable si nos atenemos a la época en que se produce tal reconocimiento siguiendo, con acierto, la huella de Teixeira de Freitas. No obstante, el mencionado Código, como es también comprensible por su longevidad, no reconoce la calidad de sujeto de derecho que corresponde a la organización de personas «no inscrita» no obstante que, a imagen y semejanza de la persona jurídica, actúa en la realidad y realiza actos jurídicos.

Cabe remarcar que la organización de personas «no inscrita» realiza, como está dicho, actos jurídicos dentro del derecho común. Ella, sin embargo y por ello, no se beneficia con el régimen de excepción o de privilegio derivado del hecho formal de la inscripción de una organización de personas en un registro público, mediante el cual se finge la creación de un centro unitario *ideal* al cual se imputan derechos y deberes. Ello supone, por consiguiente, que ninguno de los miembros de la persona jurídica es responsable de las obligaciones que ella contrae, lo que no ocurre en el caso de la organización de personas no inscrita donde existe un natural condominio sobre los bienes que constituyen su patrimonio y son codeudores de las obligaciones contraídas.

La segunda excepción de la que estamos informados es la del Código civil italiano de 1942 que reconoce la calidad de sujeto de derecho a las asociaciones y a los comités «de hecho», aunque desconoce la calidad de sujeto de derecho que puede tener la fundación *intervivos*, entre el momento en que el o los fundadores ordenan el inicio de su actividad y el instante en que se produce su inscripción o su reconocimiento gubernativo, según el caso[78]. El mencionado Código no reconoce la calidad de sujeto de derecho que le corresponde al concebido en su calidad de ser humano desde el instante de la concepción, es decir, de aquel instante en que se produce la fecundación del óvulo por un espermatozoide, mediante la fusión de sus núcleos, acto que se conoce como «singamia», y se concluye en un lapso aproximado de 24 horas al decir de los científicos.

El Código civil peruano de 1984 admite una nueva sistematización del sujeto de derecho. Considera la existencia de cuatro de ellos, dos individuales, concebido y persona natural, y dos colectivos, organización de personas «no inscrita» y organización de personas inscrita o persona jurídica. El sujeto de derecho, en cualquiera de dichas situaciones es, siempre y únicamente, el ser humano, individual o colectivamente considerado. Se trata de cuatro «maneras de ser», de cuatro momentos o instantes en el devenir de la vida humana.

El segundo párrafo del artículo 1° del Código civil peruano reconoce la calidad de sujeto de derecho que corresponde al concebido en cuanto ser humano. En los artículos 124° a 126° se hace referencia a la asociación no inscrita; en los artículos 127° a 129° se regula la fundación no inscrita y en los artículos 130° a 133° se norma el comité no inscrito. La doctrina nacional no designa más a estas organizaciones de personas no inscritas como «de hecho» o «irregulares», como sucedía en precedencia, pues ellas están, desde 1984, reconocidas y reguladas por la ley. Dejaron, así, de ser «de hecho» o «irregulares», para ser «de derecho » y «regulares».

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, la Ley General de Sociedades de 1997 designa a las organizaciones de personas «no inscritas» -

78 En Italia, como es sabido, el inicio de las actividades de las personas jurídicas se produce a raíz de su reconocimiento gubernativo, a diferencia de otras legislaciones donde ello ocurre a partir de su inscripción en un registro público. En Italia se ha criticado tal solución, pues ella atenta contra la libertad de asociación al dar injerencia al gobierno en un acto que depende sólo de la libertad de las personas.

en este caso a las sociedades - como «irregulares», a pesar que la propia ley las «regula» al reconocerlas como sujeto de derecho, es decir, al atribuirles derechos y deberes[79]. En efecto, el artículo 423° de la citada ley prescribe que: «Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso una sociedad adquiere la condición de irregular».

Contrariamente a la tesis generalmente aceptada, nosotros no pretendemos limitar o restringir lo que es la naturaleza de la «persona jurídica» a tan sólo su elemento puramente formal, como es la creación de un centro unitario de imputación de derechos y deberes de naturaleza ideal. Si bien esta es la nota que la tipifica y determina, pues a raíz de la inscripción formal se le otorga un régimen de excepción, no podemos por ello dejar de lado, cuando nos referimos a su *naturaleza,* que ella está integrada por personas, las mismas que crearon libremente dicho centro ideal. Por lo demás, para su creación las personas que la integran convinieron en los valores que deberían perseguir y, sobre todo, que ellas son las que actúan en la realidad realizando actos jurídicos dentro de una dimensión axiológica[80]. En la naturaleza de la persona jurídica, por consiguiente, no sólo encontramos su dimensión o estructura formal, sino a las personas que la componen y los valores perseguidos a través de una actividad en común. El derecho, bien lo sabemos, no se

79 La Sección Quinta de la «Ley General de Sociedades», publicada en el diario oficial «El Peruano» con fecha 9 de diciembre de 1997, está dedicada a las «sociedades irregulares», cuando ellas adquirieron la calidad de «regulares» desde el reconocimiento de la organización de personas no inscrita como sujeto de derecho por el Código civil peruano de 1984. El peso de la tradición apabulla, a menudo, a los juristas.

80 Ver Carlos Fernández Sessarego, «Naturaleza tridimensional de la persona jurídica», en la revista *Derecho PUC,* editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, Lima, abril-diciembre de 1999; *Visión tridimensional de la persona jurídica* en «Anales» de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995: en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, vol. 56, N° 3, Buenos Aires, julio-setiembre de 1995 y en Revista Jurídica del Perú, N° 4,Trujillo, octubre-diciembre de 1995 y en *Iuris dictio,* Año II, N°3, Lima, 1997. Además, ver «*¿La persona jurídica, es distinta de sus miembros?*» en Gaceta Jurídica, Tomo 50, Lima, enero de 1988 *y La irrealidad del artículo 78° del Código civil,* en Gaceta Jurídica, Tomo 51, Lima, febrero de 1998.

reduce a puras formas, a meros conceptos vacíos de contenido. El contenido de las normas, que son seres ideales, son las conductas humanas intersubjetivas valiosamente consideradas.

10.3. En qué consiste el ser de la persona

Todos los sujetos de derecho, ya sean personas por nacer, personas nacidas o naturales o personas organizadas, con o sin inscripción en un registro público, son *seres humanos*, sin excepción. Es decir que sólo los seres humanos, en cualquiera de sus «cuatro maneras de ser», son sujetos de derecho, con exclusión de cualquier otro ser de la naturaleza.

Como ha quedado demostrado, los esclavos nunca dejaron de ser personas. Sólo se limitó, en diversa medida según las diversas épocas históricas, su capacidad de ejercicio. Nunca dejaron de ser seres ontológicamente libres y capaces y, por consiguiente, aptos para gozar de todos sus derechos naturales aunque la ley o la costumbre restringieran su capacidad de ejercicio.

En su lugar hemos referido que el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad. La libertad constituye el núcleo existencial o centro espiritual del ser humano.

No compartimos la posición de Recaséns Siches en el sentido de que «lo que en el Derecho funciona como persona no es la totalidad del hombre, en su ser íntegro, en su plenaria realidad individual, sino una especial categoría jurídica que se adhiere a esa realidad, pero sin contenerla dentro de sí»[81]. Por el contrario, la persona, desde nuestro punto de vista, es un concepto jurídico cuyo contenido u objeto no es un ser humano parcial sino un ser humano plenario y viviente, integral. Un ser humano de carne y hueso, como gustaba decir a Unamuno. Es decir, lo que funciona como persona para el derecho es la «totalidad» del ser humano o del «hombre».

10.4. A quiénes el derecho debería considerar personas

Esta última cuestión se refiere a quiénes el derecho positivo debería otorgar la categoría de persona. La respuesta, según un sector ampliamente mayoritario de la doctrina, corresponde a la política legislativa.

81 Luis Recaséns Siches, *Tratado de Filosofía del Derecho*, segunda edición, p. 262.

Desde nuestra perspectiva la pregunta dejó de tener vigencia en el momento en el cual la doctrina abandona una concepción puramente formalista-positivista del derecho para asumir una visión humanista-personalista, donde el ser humano es el centro y el eje del derecho. Si esto es así, cualquier respuesta que pueda suministrar la política legislativa, si quiere ser fiel a la realidad, no tiene otra opción o alternativa válida que declarar que sólo el ser humano es persona, es sujeto de derecho. Una posición diferente distorsionaría el sentido del derecho.

El derecho positivo no tiene otra opción, reiteramos, que reconocer que no hay más personas que los seres humanos, individual o colectivamente considerados. Es decir, las cuatro «maneras del ser» a las que hemos hecho referencia con anterioridad. No cabe la posibilidad que la política legislativa concluya resucitando a *Incitatus* - el caballo al cual Calígula hizo Cónsul - como persona o que nos recomiende que se otorgue la calidad jurídica de persona al «césped», que supuestamente tiene el derecho a no ser hollado por el ser humano, o al «camarón» que tendría el derecho a no ser pescado porque tendría derecho a la vida.

En estas hipótesis referidas en el párrafo precedente, son los seres humanos los que tienen el derecho a contar con áreas verdes bien conservadas para su esparcimiento y por razones estéticas. Y es también a los seres humanos a los que le interesa que, para su deleite como consumidor, no se extinga el camarón a consecuencia de una pesca incontrolada.

En síntesis, persona es el sujeto de derecho. Sujeto de derecho que no es otro que el ser humano, individual o colectivamente considerado. Ser humano cuya naturaleza es ser una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Ninguna política legislativa debería contrariar esta realidad ya que ello tendría como consecuencia el desnaturalizar el sentido del derecho para la vida humana. Es decir, del derecho creado, como exigencia existencial, por seres humanos libres y coexistenciales, que requieren de normas jurídicas, valiosamente concebidas, que le permitan realizar su personal proyecto de vida dentro del bien común.

El Arbitraje Internacional: análisis del Tribunal del CIADI y la legislación peruana

Aníbal Quiroga León
Mariella Trujillo Württele

«El mundo por el que transitamos, tan vertiginoso como apasionante, tan interdependiente como altamente globalizado, en el que la arrolladora realidad muestra que los intercambios económicos tienden a aumentar en cantidad y en sofisticación, invita a las empresas a sentirse cada vez más impulsadas a la conquista de nuevos mercados. Por cierto que no se trata de una inclinación novedosa, ya que desde los albores de la historia, las personas físicas y jurídicas, estimuladas por el espíritu abierto a la aventura del género humano, comprendieron la necesidad de anudar por encima de las fronteras estaduales las relaciones jurídicas internacionales que dieran nacimiento al Derecho Internacional Privado. Estas mismas razones, son las que, simétricamente causan la mayor litigiosidad.

[...]

Estamos en presencia de un método de solución de las desavenencias caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno como el arbitraje comercial internacional; pero en el plano internacional poseen una virtud adicional al constituir, por antonomasia la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables sintiéndose inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados conocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales».

Sara L. Feldstein De Cárdenas.- *Los beneficios del Arbitraje Comercial Internacional*

I. La controversia surgida entre empresas inversionistas en el Perú y el Estado peruano

I.1. ¿Qué es un acto administrativo?

Escuin Palop [1] define al acto administrativo como:

> «[...] una decisión unilateral ejecutoria de una Administración Pública, realizada en el ejercicio de una potestad administrativa, por la que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada. Destaca en el acto administrativo su carácter de unilateral, esto es, que no requiere de la voluntad de su destinatario para que produzca efectos. En contraste, la actividad jurídica de los particulares para desarrollar su eficacia en sujeto distinto del que la realiza, requiere la aceptación del afectado, incluso en el supuesto de que sean exclusivamente favorables, [...].
>
> Consistiendo todo acto jurídico en una declaración de voluntad, deseo, conocimiento, o juicio productor de efectos de esta naturaleza, la doctrina italiana perfiló los actos administrativos como "cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizado por un sujeto administrativo, en el ejercicio de una potestad administrativa, por el que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada", definición que contiene las siguientes notas esenciales:
>
> Los actos administrativos son actos jurídicos, esto es, declaraciones y no meras actuaciones materiales. [...].
>
> El acto administrativo proviene de una administración pública (estatal, autonómico, local o institucional). [...].
>
> La declaración debe ser consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. [...].»

La emisión de un acto administrativo supone de manera evidente que los órganos de la administración pública, en ejercicio de las facultades de *Ius Imperium* que les confiere la Constitución y la ley –en específico la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444)[2] -

1 Vicente Escuin Palop, *Introducción al Derecho Público (Instituciones)*; TECNOS, Madrid 1997; pp. 104 y ss.

2 El 11 de octubre del 2001 entró en vigencia la Ley del Procedimiento Administrativo General, promulgada mediante la Ley N° 27444, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril del 2001.

están ejerciendo la jurisdicción administrativa entendida ésta dentro de los alcances de lo expuesto en el presente acápite.

La legislación peruana define al *acto administrativo* como:

> «Ley general del procedimiento administrativo
> Art. 1°.- Concepto de acto administrativo.-
> Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
> No son actos administrativos:
> Los actos de la administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.
> Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.
> Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.»

La **jurisdicción administrativa es entonces la facultad de todo órgano que es parte de la administración pública de «decir derecho» a un caso concreto de orden administrativo,** con efectos intersubjetivos (interpartes), que causen estado (*status* jurídico) en el administrado, lo que requiere que el órgano emisor del acto administrativo, luego de apreciar el hecho que será materia de la declaración que se expida, sea interpretado dentro de los alcances de las normas legales vigentes y se sancione como legal o no.

Tradicionalmente se ha considerado que los actos administrativos, hechos de la administración y actos de gobierno gozan de una condición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se obliga al ciudadano y a los poderes públicos en general a presumir su validez otorgándoseles eficacia inmediata, es decir ejecutividad. Ello, empero, constituye sólo una presunción jurídica y no exime en ningún caso a la administración pública de responsabilidad ante la ley y los administrados por tales actos, ni le concede **inmutabilidad, ni impunidad** a los mismos. Si bien la mayoritaria doctrina reconoce el principio de eficacia de los actos administrativos; ello no quiere decir que los administrados carezcan de protección cuando el ejercicio de dicho poder excede los marcos legales establecidos.

Hoy en día se consideran como valores superiores del ordenamiento jurídico aquellos derechos, libertades y garantías que el Estado reconoce a los ciudadanos y entidades que conforman la sociedad civil. Los administrados, por tanto, tienen el derecho de cuestionar ante el organismo competente los actos administrativos que pudieran generar tratamientos arbitrarios, discriminatorios o desproporcionados en relación a sus fines.

Lo expuesto tiene como antecedente originario a la bien conocida «Teoría de separación de los poderes» que la unánime doctrina del Derecho Constitucional ha atribuido a Carlos María de Secondât, Barón de Montesquieu[3], y que ahora se halla reformulada por la pacífica teoría del control inter-órganos e intra-órganos de Karl Lowenstein[4], bajo la idea aristoteliana de que «el poder absoluto corrompe absolutamente, por lo que sólo el poder puede controlar al poder», en ese sentido, el poder absoluto previo a la conformación de Estado de Derecho se diluía con su división absoluta y el establecimiento de mecanismos de controles de sus partes entre sí («pesos y contrapesos»; «*checks and balances*», etc.) en un Estado moderno de derecho.

El concepto de administración pública, está referido a las atribuciones que la Constitución confiere a los diferentes órganos que la conforman, sin distinguir en ello el nivel que tengan dentro de la jerarquía o niveles de órganos de la administración pública, o del órgano del Estado de la que provengan las diversas actividades administrativas.

I.1.1. Clasificación de los actos administrativos

Los actos administrativos pueden ser de dos tipos:

(i) Aquellos que tienen efectos particulares; y,

(ii) Aquellos que tienen efectos generales, efectos normativos generales (es decir, actos legislativos derivados), tales como Decretos Supremos Reglamentarios, Resoluciones Supremas de efectos generales, Resolu-

3 Barón de Montesquieu, ***Esprit des lois***; 1, Cap. VI. «*Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive*»; Cit. por Aníbal Quiroga León, «Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia», en: *La Constitución Diez Años Después*; Fundación Naumann, Lima, 1989.

4 Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*; 2da. Ed., Barcelona, 1970; Cit. por Eduardo García De Enterria, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. Civitas, 3ra. Ed., Madrid, 1985.

ciones Ministeriales, Resoluciones Directorales, Sub-Directorales, etc., vale decir, todos aquellos actos administrativos destinados a generar una normatividad genérica y que no contengan un acto administrativo de efectos intersubjetivos, y que constituyan en esencia leyes en sentido material, aunque no lo sean en sentido formal, según la muy conocida diferenciación de Karl Lowenstein[5]; esto es, verdaderas normas legales en sentido material y que por ello son denominadas por la doctrina como de legislación derivada o leyes ejecutivas emanadas de la administración pública.

En consecuencia, resulta incuestionable que la administración pública tiene por finalidad esencial ejecutar actos y hechos de la administración, mediante los actos jurídicos-administrativos de efectos particulares o mediante los hechos administrativos discrecionales con trascendencia jurídica (decisiones de la autoridad administrativa); y al mismo tiempo tiene una labor legislativa «derivada» al poder expedir actos administrativos de alcance general (Reglamentos) con contenido material de ley e insertos dentro del ordenamiento jurídico de conformidad y dentro de su rango legislativo correspondiente. Asimismo, tiene una facultad jurisdiccional administrativa en los procesos administrativos que lleva de acuerdo con sus diversos órdenes competenciales, pudiendo hablarse de una «justicia (o jurisdicción) administrativa», sólo que ésta siempre estará bajo el control del Poder Judicial mediante la Acción Contencioso-Administrativa que prevé el Art. 148° de la Carta Constitucional de 1993, salvo las muy contadas excepciones de los «casos políticos no judiciales».

Hechas las precisiones precedentes en torno a la naturaleza y origen de los actos administrativos, cabe señalar que el lugar donde se deberán debatir y resolver los conflictos que tengan por origen una actuación de la administración pública deberá ser necesariamente el foro de control que la Constitución de cada Estado haya reservado para tal fin. No debemos olvidar que al someternos a un proceso contencioso-administrativo estamos ingresando a una actividad de control intra órganos, donde la sede de control (el Poder Judicial en el caso peruano) deberá ejercer dicho control y con ello verificar si se está cumpliendo la ya mencionada teoría de los «pesos y contrapesos» *(«checks and balances»)*, y determinar si efectivamente la administración pública ha actuado de modo correcto

5 Karl Lowenstein, *Op. cit.*

o por el contrario se ha excedido en las atribuciones que el propio Estado a través de la Carta Constitucional en su reparto de asignaciones públi*cas le ha conferido.*

Estamos, pues, ante una clara situación de control constitucional, y los actos jurisdiccionales que se expidan en este tipo de acciones judiciales tiene la condición de indelegable, esto es, el Poder Judicial no puede delegar a otra autoridad la función que se le ha conferido de ejercer control sobre los actos de la administración pública.

II. Los actos administrativos de los gobiernos locales

Los actos administrativos normativos que puede expedir una Municipalidad o Gobierno Local, conforme a lo previsto en el Art. 109° de la Ley de Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) son:

(i) Ordenanzas Municipales;
(ii) Edictos;
(iii) Acuerdos de Consejo;
(iv) Decretos; y,
(v) Resoluciones.

Las tres primeras nombradas se encuentran legisladas en el Art. 110° de la Ley Orgánica de Municipalidades, y son aquellas mediante las cuales los Gobiernos Locales ejercen sus funciones de administración y de gobierno. La norma señalada nos dice literalmente:

> «Art. 110°.- Las Ordenanzas son las normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades a la propiedad privada.
> Los Edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos Municipales y el reglamento de organización interior.
> Los Acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la Municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional».

Los Decretos de Alcaldía y las Resoluciones de Alcaldía son aquellas normas de carácter estrictamente administrativo y se encuentran determinadas en el Art. 111° de la mencionada norma legal, que a la letra dice:

> «Art. 111°.- Los Decretos establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración Municipal o resuelven o regulan los asuntos de orden general y de interés para el vecindario.
> Las Resoluciones resuelven asuntos de carácter administrativo».

Como se aprecia de los puntos precedentes, las Municipalidades como cualquier otro órgano de la administración pública rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular. Cualesquiera sea la denominación que le demos a los actos administrativos que expresan la voluntad del gobierno local éstos podrán ser materia de control de la misma forma que la ley prevé para los demás casos; con la sola excepción de la Ordenanza Municipal, norma de mayor jerarquía dentro de la legislación Municipal y que la Constitución le confiere en el Art. 200° Inc. 4 al someterlas al control del Tribunal Constitucional extrayéndola del natural control judicial. Lo que no supone de modo alguno que en sentido estricto estemos ante una ley, de las mismas características que las promulgadas por el Poder Legislativo. Son normas que por mandato constitucional, y dada la importancia que tienen dentro del ámbito vecinal o comunal sobre el cual están dadas, y por su origen de **legitimación popular**, han sido puestas por un arbitrio de la Constitución bajo el mismo control que se le da a una ley, pero no por ello se les puede asemejar o reconocer como a una ley en sentido estricto, y no se puede tomar como base su carácter de general puesto que existen otras normas administrativas de alcance general que tampoco tienen el rango que la Constitución ha reservado sólo a las leyes y a las demás ya señaladas como del mismo rango, siendo sólo una opción legislativa adoptada por nuestra Carta Constitucional que «privilegia» a las Ordenanzas Municipales sólo en cuanto a su control constitucional o de legalidad dentro de las diferentes normas a las que les asigna el mismo rango legal, y esto puede explicarse como consecuencia de la independencia y origen popular de los Gobiernos Locales, independencia y autonomía que por lo demás no

supone de ninguna manera la creación de un pequeño Estado dentro del Estado peruano (atiéndase, además, que son más de mil ochocientos Municipalidades en toda la República) y no puede un gobierno local, por más legítimo de base popular que sea (es decir, proveniente del **sufragio directo** de sus electores en su ámbito territorial, grande, mediano o pequeño; provincial o distrital) al dictar mediante Ordenanzas, imperativos legales de carácter general que no pueden transgredir aquellos determinados por las leyes de la República en sentido estricto, ni tampoco que transgredan el ámbito territorial sobre el cual tienen competencia los municipios o gobiernos locales.

III. Acciones legales que se pueden adoptar contra un acto administrativo inconstitucional

¿Qué hacer frente a la expedición de un acto administrativo cuya ejecución supone la vulneración de derechos fundamentales o la violación del principio de legalidad?

La interrogante antes expuesta nos conduce a pensar en un abanico de posibilidades a través de las cuales el administrado puede ejercer su derecho de acción, con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales y con ello el cese de la violación constitucional de la cual es objeto, y donde la propia administración pública es la que incurre en el acto inconstitucional.

Analicemos en primer lugar las posibilidades que se presentan al administrado a fin de que se cese la violación constitucional.

III.1. Acción de Amparo constitucional

La expedición de un acto administrativo municipal, cualquiera sea su denominación o jerarquía, podría estar antecedido o ser consecuencia de un procedimiento[6] que conlleve la flagrante violación al Derecho a

6 Como ejemplo práctico podríamos citar la expedición de una Ordenanza Municipal mediante la cual se impone un tributo de naturaleza municipal que no se encuentra previsto dentro de las Facultades tributarias de un Gobierno local. En segundo orden de ideas podemos mencionar como ejemplo la expedición de un Acuerdo de Consejo mediante el cual se pretende ejecutar una Resolución de Alcaldía cuyos efectos han sido suspendidos a través de una Orden Judicial.

un Debido Proceso Legal, o de la ausencia absoluta de procedimiento administrativo previo (arbitrariedad absoluta). Esto sin perjuicio de los demás derechos constitucionales que con dicho acto administrativo podría además vulnerar. Cabe señalar en este punto que la vigente legislación administrativa peruana contempla como uno de sus principios elementales el **debido procedimiento administrativo**:

> «Art. IV.- Principios del Procedimiento Administrativo
> [...]
> 1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo»[7]

La violación del derecho fundamental a un Debido Proceso Legal (ver, p.ej., la nota a pie de página N° 6 supra) confiere derecho a quien resulte directamente afectado con su vulneración, a interponer una **Acción de Amparo constitucional**. Esto es así habida cuenta que nos encontraríamos frente a un caso de violación constitucional derivada de los efectos de sendos actos administrativos. Cabe señalar, en este punto que a través de la Acción de Amparo constitucional podríamos atacar los efectos de los actos administrativos antes señalados, y a partir de ello obtener su inaplicación por ser violatorios de la Constitución.

7 La regulación del principio al debido procedimiento administrativo es una derivación conceptual del concepto del Debido Proceso y que ha sido en parte desarrollado y recogido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional donde se ha determinado que el Art. 139° Inc. 3 de la Constitución Política del Estado, que consagra el Derecho Fundamental a un Debido Proceso Legal, es también aplicable a cualquier tipo de proceso, sea en sede judicial como en sede administrativa e incluso en los procedimientos que se tramitan ante una institución privada. Cabe acotar respecto de la cita legal en mención que, los principios del derecho administrativo a los que se refiere la norma deben ser concordados con los principios del derecho constitucional procesal que se encuentran plasmados tanto en el Art. 2° como en el Art. 139° de la Constitución Política del Estado.

La legitimación procesal en la Acción de Amparo estará conferida a aquella persona, o quien de ella derive legítimamente el derecho, de verse directamente afectada con la inconstitucional actuación de la administración pública.

III.2. Acción contencioso administrativa

Estamos ante una acción judicial que tiene por finalidad el ejercicio del control judicial de la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos de efectos particulares emitidos por la autoridad edil y donde se hayan vulnerado los principios elementales del derecho administrativo, como, p. ej., la expedición de un Acuerdo de Consejo que suponga la imposición de un tributo cuya regulación se ha conferido al Gobierno Central, o la imposición de una sanción o restricción de un derecho sin previo proceso administrativo alguno.

Las resoluciones administrativas en general, como hemos señalado precedentemente, no tienen carácter inmutable, ya que tales actos administrativos estarán siempre supeditados a las circunstancias de hecho que las motivan; por eso un sector de la doctrina afirma que tendrían autoridad de **cosa juzgada**, como ocurre en el caso de las resoluciones judiciales; sino de «**cosa decidida**»[8]. No pueden ser cambiadas de ordinario por la administración pública (ya que ya está decidido), pero podrían ser modificadas (ergo, no gozan en principio de la inmutabilidad de los fallos judiciales finales) por la autoridad judicial en la acción contencioso-administrativa, que es una acción de control inter.-órganos, si ésta se plantea en la debida forma y en el plazo que la ley de la materia describe y prevé.

8 Bien vista, tal diferenciación, entre «**cosa juzgada**» y «**cosa decidida**», no existe en la teoría del proceso, y más parece ser una construcción artificial que real. Bien visto, no hay diferencia semántica entre ambas acepciones y terminan siendo expresiones sinónimas. La «cosa juzgada» (*res iudicata*) es aquella cualidad de la sentencia judicial que la hace inimpugnable, inmodificable e inmutable. Sin embargo, la propia doctrina de la cosa juzgada admite la diferencia entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material; y, por otro lado, una decisión administrativa lesiva a un ciudadano, con el plazo de caducidad vencido, es también inimpugnable, inmutable e inmodificable por la voluntad del afectado lesionado que no decide cuestionar el fallo administrativo en sede judicial (principio procesal de la «libertad de la demanda»).

Si un particular fuera afectado en su derecho subjetivo o en su interés legítimo por un acto administrativo o en sus derechos subjetivos por un hecho, puede interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamos que le permite el ordenamiento jurídico vigente. Si el recurso o reclamo se resuelve en forma estimatoria, es decir, si la decisión administrativa satisface las pretensiones del particular, éste no tiene razón ni intérpretes para obrar para seguir cuestionando el acto administrativo o para forzar una solución judicial que ya logró en sede administrativa. Ahora bien, si se presenta el supuesto contrario, vale decir si la decisión administrativa es desestimatoria, contraria a las pretensiones del particular, a éste -y sólo a éste- le queda la posibilidad de acudir a la vía judicial en uso de la acción contencioso administrativa que es, en puridad, una acción de control constitucional del Poder Judicial sobre los actos y hechos de la administración pública que «causen estado». El órgano judicial interviene en estos casos, entonces, de modo **residual** (sólo a petición del administrado, nunca de la administración pública), y de manera **supletoria**, es decir, en defecto de la satisfacción que ha sido negada por el propio accionar de la administración pública. Allí donde la administración pública quiere afectar al ciudadano, lo hace directamente por medio del *ius imperium* de que goza en los actos y hechos de la administración, sin necesidad de acudir a autoridad ninguna; y allí donde la administración pública satisface al ciudadano en su prestación, éste carecerá de legítimo interés para obrar contra el acto o hecho administrativo que le es favorable.

La Acción Contencioso-Administrativa de que trata el Art. 148° de la Constitución es en puridad una acción de control Inter-órganos que se define, en su naturaleza jurídica, como una **acción constitucional de control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos y hechos administrativos de carácter y efecto particular en los ciudadanos por parte de la administración pública**.

Rubio y Bernales[9] precisan por un lado que la Acción Contencioso-Administrativa tiene por finalidad recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin que revise la adecuación al sistema jurídico de las decisiones administrativas que versan sobre derechos subjetivos de las personas. Por eso,

9 Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Constitución y Sociedad Política*; Mesa Redonda Eds., Lima, 1985, p. 424.

concluyen, que esta acción es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la administración frente a los justiciables[10].

III.3. Acción de levantamiento de barreras burocráticas

Una posibilidad novedosa y ciertamente poco tratada en nuestro medio es acudir a la propia administración pública a solicitar un pronunciamiento respecto de la ilegalidad del acto administrativo ilegal o inconstitucional, y que adicionalmente suponga una imposición de una denominada **barrera burocrática**[11].

Cabría precisar respecto a la posibilidad de cuestionar un acto administrativo mediante un proceso administrativo sobre levantamiento de barreras burocráticas ya que éste es un procedimiento en sede administrativa y únicamente competencia de autoridades internas. Además, cualquier decisión sobre esta petición es susceptible de ser impugnada en la vía judicial, también a través de una Acción Contencioso Administrativa, en los términos expuestos en el punto precedente.

III.4. Arbitraje nacional derivado de un contrato celebrado con el Estado peruano

El Estado peruano a través de la Comisión de Inversiones y Tecnología Extranjeras -CONITE- ha celebrado una serie de Convenios de Estabilidad Jurídica (en adelante el Convenio de Estabilidad), al amparo de las normas vigentes y que tienen como fundamento el fomento a la inversión privada extranjera.

Los Convenios de Estabilidad han sido celebrados sobre la base de un Contrato Modelo aprobado por el Estado peruano, que contempla

10 Mediante Ley N° 27584 se promulgó la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, vigente desde el 16 de abril del 2002. Si bien la nueva legislación peruana supone un cualitativo avance en la regulación del proceso contencioso administrativo, creemos que incurre en algunos errores como por ejemplo conferir legitimidad a la Administración Pública para recurrir de sus propios actos ante el poder judicial.

11 El tema de las Barreras Burocráticas y su relación con el Derecho Procesal Constitucional ha sido tratado por el coautor del presente trabajo. Ver: Aníbal Quiroga León, «El Control Constitucional de las Barreras Burocráticas y las facultades del INDECOPI». En: *Derecho PUC* N° 51, Lima, Fondo Editorial PUC del Perú, 1997; p. 323 y ss.

en casi todos sus casos el sometimiento de las controversias que se deriven del mismo a un proceso arbitral, regulado por las leyes en materia de arbitraje y por el derecho nacional.

Los Convenios de Estabilidad han previsto en todos sus casos que el ***inversionista***, mantiene un régimen de estabilidad y se le reconoce «el derecho a la no discriminación conforme a lo prescrito en el inciso c) del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 662 que implica que el Estado en ninguno de sus niveles, ya se trate de entidades o empresas del gobierno central, gobiernos regionales o locales, podrá aplicar un tratamiento diferenciado atendiendo a su nacionalidad, los sectores o tipo de actividad económica que desarrolle o la ubicación geográfica de la empresa en la que invierta ni (*sic*) en las siguientes materias: cambiaria, precios, forma de constitución, condición de persona natural o jurídica o causa de efectos equivalentes,[...]».

El Inc. c) del Art. 10° del Decreto Legislativo N° 662 establece a su vez que:

> «El Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar con los inversionistas extranjeros, con anterioridad a la realización de la inversión y al registro correspondiente, convenios para garantizarle los siguientes derechos:
> [...]
> Inciso c) estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2ª del presente Decreto Legislativo».

El Art. 2° remitido por la norma anterior establece que «los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo. En ningún caso, el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.»

De conformidad con el Art. 26° del Decreto Supremo N° 162-92 EF, de 12 de octubre de 1992, norma que regula la protección a la inversión extranjera los convenios de estabilidad «[...] a) son contratos de derecho civil, para lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil». Ello significa que a diferencia de lo que ocurre con los contratos

administrativos -que pueden ser modificados o resueltos unilateralmente por el Estado- los convenios de estabilidad son contratos civiles y se rigen por el Código Civil.

Aún cuando no queda claro cómo opera la estabilidad en materia de «no discriminación», sí resulta claro que el Convenio de Estabilidad prohibe al Estado peruano (incluyendo en ello a cualquiera de sus dependencias, manifestaciones, organizaciones cualesquiera sea la denominación que se les de o atribuya, y, obviamente, también a las Municipalidades y a los Gobiernos Regionales), discriminar a las empresas extranjeras. Asimismo, si bien el concepto «discriminación» se restringe, según la norma citada, a «un tratamiento diferenciado atendiendo a su nacionalidad, los sectores o tipo de actividad económica que desarrolle o la ubicación geográfica de la empresa en la que invierta ni (sic) en las siguientes materias: cambiaria, precios, forma de constitución, condición de persona natural o jurídica o causa de efectos equivalentes» la remisión de la Cláusula Tercera numeral 5 al Art. 2° del Decreto Legislativo N° 662 permite considerar que la legislación municipal o regional podría considerarse como un supuesto de discriminación previstos en el Convenio de Estabilidad.

Cabe señalar que de conformidad con la cláusula 3, numeral 5 del Convenio de Estabilidad, los gobiernos locales y regionales son considerados sujetos activos de la afectación a la inversión extranjera.

Asimismo es pertinente indicar que los Convenios de Estabilidad han previsto el **arbitraje nacional de derecho** para la solución de las controversias que podrían plantearse entre las partes. Dicho arbitraje debe llevarse a cabo en la ciudad de Lima, constituyéndose un Tribunal Arbitral compuesto por tres miembros, uno nombrado por cada parte y el Presidente por ambos árbitros.

Cabe señalar que cualquier conclusión relativa al objeto y pretensiones relativas al arbitraje nacional antes mencionado debe coincidir en reglas generales con aquellas a las que se lleguen respecto al Arbitraje Internacional, puesto que la naturaleza procesal del arbitraje es aplicable a ambos casos, por ello es que nos remitiremos en el apartado pertinente a la naturaleza del arbitraje a aquellos puntos relativos a esta posible acción que le ha conferido el Estado Peruano a las empresas que han suscrito Convenios de Estabilidad.

III.5. Conclusiones preliminares sobre las acciones judiciales materia de análisis

Como se aprecia de los puntos precedentes, todas las acciones que se hemos descrito son acciones que forman parte del denominado **Derecho Público, sea éste de orden constitucional o de orden administrativo, según se adopte una de las acciones o todas en conjunto,** puesto que la interposición de cada una de las acciones antes reseñadas no deviene en excluyente de las otras.

Es del caso también tener presente que todas estas acciones judiciales conllevan un análisis judicial de la legislación interna del Perú, y con ello una interpretación judicial, tanto legal como constitucional, de aquellas normas internas que pertenecen a diversos ordenamientos jurídicos, esto es, deberían aplicarse a los supuestos de hecho antes señalados normas jurídicas tanto en materia de Derecho Constitucional, Derecho Municipal y Derecho Patrimonial-Inversión Extranjera. De la interpretación conjunta de dichas normas legales, que en muchos casos no llega a ser uniforme, la autoridad judicial recién podría acceder a una solución judicial respecto de los hechos antes descritos. Este punto resulta relevante para nuestro posterior análisis de las alternativas adicionales que creemos existen en torno a los hechos expuestos, específicamente el tema del Arbitraje Internacional en sede del CIADI-Washington, materia de la presente investigación.

IV. Arbitraje Internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (*Internacional Centre for settlement of Investments Disputes*) – (CIADI-ICSID-CIRDI)

I a posibilidad de una defensa legal se habría agotado en el punto anterior si tenemos que el acto administrativo cuestionado incumbe a un administrado nacional. ¿Pero qué sucedería si el administrado es extranjero y además se encuentra protegido por un «Convenio Internacional sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (CIADI)?

Como hemos señalado precedentemente, la posible interposición de un Proceso de Arbitraje Internacional ante el CIADI, organizado dentro del Banco Mundial, con sede en Washington, será materia de análi-

sis específico en el presente trabajo. La opción de acudir a este proceso de naturaleza internacional, que de ser procedente es plenamente válida y legítima, proviene de la celebración de un «**Convenio bilateral» entre el Estado peruano y cualquier otro Estado** en adelante **el Convenio Bilateral**, sobre la base del «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», en adelante el **CAD**, de 18 de marzo de 1965, y que prevé como sede de solución de conflictos derivados de la aplicación de dicho convenio al *INTERNACIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENTS DISPUTES (ICSID)*, y cuyas siglas en español son **CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)** y en francés **CIRDI** *(Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.)*

De modo previo al análisis de dichos Convenios Internacionales creemos pertinente analizar los aspectos generales y alcances de un proceso arbitral, así como su relación con la resolución de conflictos de naturaleza constitucional.

IV.1. Aspectos generales

El **Arbitraje** es, esencialmente, una institución procesal, que cumple la misma finalidad que un proceso heterocompositivo trilateral y que se sirve de las mismas categorías básicas para su realidad. Una parte alega, la otra contradice (bilateralidad) y un **tercero imparcial** e **impartial** decide la controversia o conflicto de relevancia jurídica de modo definitivo.

Es, en consecuencia uno de los modos pacíficos de solución de controversias en la sociedad que reconoce la doctrina procesal, permitiendo mediante actos concatenados y sistémicos *(pro-caedere)*, llegar a una solución que sea definitiva, definitoria y con calidad de *Res Iudicata*, eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado -de hecho, permitida por éste- dentro del mismo Sistema de Justicia. Por ello, comparte los elementos esenciales del Debido Proceso Legal y de la Tutela Judicial Efectiva, ocupando un importante rol y lugar dentro del Derecho Jurisdiccional.

Hay, sin embargo, una primera gran diferencia que suele llevar a confusión, y una segunda gran limitación que suele soslayarse.

La primera gran diferencia entre el proceso arbitral del Sistema Jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado

en la ley y permitido por el Sistema Judicial, pasa por una realidad contractual o convencional que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral (en este caso el Tratado Internacional), y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial, las partes intervinientes «escogen» a sus jueces (a los **Árbitros**), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo.

La gran limitación surge precisamente de allí mismo: sólo será procedente (admisible, viable y válido) para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. De allí que no se pueda hablar con propiedad del Arbitraje como medio o forma «alternativa», pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea tal alternatividad no existe: así, no se puede arbitrar un divorcio, ni los derechos de familia, ni los de los menores, ni los personalísimos, ni los que corresponden a los Derechos Fundamentales de las Personas, ni los de responsabilidad criminal regidos por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc.

Bien visto, el ***Arbitraje*** se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica -y permite- su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Y asimismo, tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de Cláusula Compromisoria, Compromiso Arbitral, Pacto Arbitral, Contrato Arbitral, Convenio Internacional etc.), o pacto posterior, no se podrá compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento o siempre que, además de dicha expresa voluntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

Ogayar y Ayllón[12] es, quizás, uno de los que mejor define esta situación, cuando señala que:

> «Pero, para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a los Tribunales Estatales

12 Tomás Oyagar y Ayllón, *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*; Ed. Revista de Derecho Privado-Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1977; pp. 63-64.

> [...], hay veces que la solución se logra *sacrificando* una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a la pretensión ajena, mediante la *renuncia* de su derecho; o las partes se hacen *concesiones recíprocas* para poner fin al litigio, o para impedir que este surja, por la *transacción,* o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan no por los Órganos Jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo *extraoficial* que se denomina *Arbitraje*, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias [...], permitiendo que las resoluciones de los procesos civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los *Tribunales* estatales, sino a *jueces privados*, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota, porque el Estado [...] al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional como de personas a quienes concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de *juzgar* para un caso concreto».

En consecuencia, el **Arbitraje** es un proceso judicial -en tanto forma trilateral **heterocompositiva**- de orden privado, no procesalizado, bajo la autoridad del Estado y dentro del control del sistema judicial, y que surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un Tribunal *ad-hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el Sistema Judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *Res Iudicata* (Cosa Juzgada Material).

Por su lado, Merchán Alvarez[13] que:

> «Pero, además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir, que podemos afirmar que los árbitros en líneas generales se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. [...] Por eso cuando el maestro Jacobo en su *Doctrina* nos habla de *"De los jueces ordinarios et de quantas maneras que son judgadores"* afirma *"que son tres maneras dellos. La primera es los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la terçera de los árbitros"* [...] *"terçera manera de judgadores* [...] *son los árbitros a que dizen en latín juez de abenencias* [...]».

13 Antonio Merchan Alvarez, *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*; Publicaciones de la U. de Sevilla; Utrera, 1981.

Y por su parte, el ilustre procesalista italiano Carnacini[14], señala por su lado:

> «Así contemplado a grandes rasgos el Arbitraje ritual, [...], se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional».

IV.2. El Derecho Procesal Constitucional y el Arbitraje

IV.2.1. Aspectos generales

Comenzaremos remitiéndonos al origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional[15]:

> «El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional[16] surge con el proceso mismo de la

14 Tito Carnacini, *Arbitraje*; EJEA, Bs. As., 1961; p.27 y ss.

15 Aníbal Quiroga León, «Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano» En: AAVV, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima, 1990; p. 152 y ss.

16 Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio (Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965); *Op. cit.*), como en el trabajo que tiene con Jorge Carpizo («La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente»; Revista parlamentaria Iberoamericana, Nº 2. Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como Justicia Constitucional; en tanto que García Belaunde («Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979»; en Revista *Derecho PUC* Nº 35; Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo «Sobre la jurisdicción constitucional» que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de Jurisdicción Constitucional. Kelsen, como bien apunta García Belaunde las denota indistintamente -quizás por la variedad idiomática o la traducción-. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de García Belaunde en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de Justicia Constitucional que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor «justicia» dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene

constitucionalización del Estado moderno. Surge cuando el avance del constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1858[17]. Como lo apunta el propio Schmitt[18], en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constitu-

valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un iusfilósofo (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver Francisco Fernández Segado, «La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional»; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Nº 1, Ed. Reus, Madrid, 1988, Mauro Cappelletti, «Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional» en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y Juan Fernando López Aguilar, «Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España»; en: *Revista de las Cortes Generales* Nº 12, Madrid, 1987; al propio Héctor Fix-Zamudio, «La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad»; doc. de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*) Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de García Belaunde a la obra de Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*; Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general»; Sousa Calle y Danós Ordóñez en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987, p. 281 y ss. Más recientemente, véase Domingo García Belaunde, «De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional»; en: *Libro Homenaje a Peter Häberle*; Mimeo, Lima, 1999.

17 Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983; p. 27 y ss. Prólogo de Pedro De Vega y traducción de Manuel Sánchez Sarto.

18 *Op. cit.*

> ciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 y de Sajonia de 1931[19].
> Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional."

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado «Derecho Procesal Constitucional», al decir de González Pérez[20], quien señala lo siguiente:

> «Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.
> [...]
> El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.»

En tanto que Bidart Campos[21] refiere sobre este tema lo siguiente:

> «En forma muy vinculada con la jurisdicción constitucional ha tomado curso y adquirido crédito el llamado "derecho procesal constitucional"

19 Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe De la Defensa de la Constitución, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. *Op. cit.* y cita N° 5 Stoerk. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

20 Jesús Gonzales Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*; Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

21 Germán J. Bidart Campos, La interpretación y el control constitucionales en la *Jurisdicción Constitucional*; Ed. Ediar, Bs.As. 1987, p. 257.

o derecho constitucional procesal[22], que sintéticamente es el que regula el proceso constitucional, y que tiene como objeto la materia constitucional. En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego -tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento- son constitucionales (las últimas cuando menos lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal).»

García Belaunde[23] con singular acierto, resume por su parte, que:

«La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos[24].

[...]

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en

22 En este extremo de la definición no concordamos con el autor, pues creemos que, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal, abordan dos temáticas diferentes, al respecto ver: Aníbal Quiroga León, «Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia»; En: *La Constitución 10 años después; Op. cit.* p.289 y ss.

23 Domingo García Belaunde, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*; Inst. Iberoamericano de Derecho Constitucional -Sección Peruana-; Bib. Peruana de Derecho Constitucional, Fac. de Der. y CCPP, UNMSM; 2da. Ed., Lima, 2000.

24 Edward S. Corwin, *The «Higher Law» background of American Constitutional Law* Cornell University Press; 1955.

América Latina, en torno a la Juris*dicción Constitucional*. O *la Justicia Constitucional,* como algunos querían.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso de Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales[25], y *Jurisdicción Constitucional*, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez,[26]. Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

[...]

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *Derecho Judicial,* pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca[27] lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que

25 Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

26 *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

27 Juan Montero Aroca, *Introducción al derecho Procesal Jurisdiccional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

> más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.
> [...]
> Vistas así las cosas, si las palabras no tienen porqué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos porqué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.
> Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de *Derecho Procesal Constitucional*, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Véscovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).
> Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de *"Derecho Procesal Constitucional"*».

Las definiciones conceptuales antes expuestas nos permiten en este punto determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de los últimas dos centurias, **con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional**. Ello, claro está, determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional, y responderán en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídi-

co[28]; en tanto que, en otros casos dichos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; las mismas que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de orden constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, sin ello significar que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, del que, como hemos visto, emana de la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el Art. 200° de la Carta Constitucional, puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que adicionalmente a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado Art. 200°, tenemos que el Art. 138° en su primera parte, el Art. 148° y el Art. 202° Inc. 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional. Así encontramos que son nueve los Procesos Constitucionales contemplados en nuestra Carta Constitucional, los mismos que a continuación pasamos a enumerar:

- Control Difuso o *Judicial Review* de la Constitucionalidad de las normas legales (Art. 138°);
- Acción de Inconstitucionalidad de las leyes (Art. 200° Inc. 4);
- Hábeas Corpus (Art. 200° Inc. 1);
- Acción de Amparo (Art. 200° Inc. 2);
- Hábeas Data (Art. 200° Inc. 3);
- Acción de Cumplimiento (Art. 200° Inc. 6);
- Acción Popular (Art. 200° Inc. 5);
- Contienda de Competencia Constitucional (Art. 202° Inc. 3); y,
- Acción Contencioso Administrativa (Art. 148°).

Por ello, podremos organizar todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: las Acciones propiamente de Garantía, por un lado, y las Acciones de Control Constitucional, por el otro. La diferen-

28 *«La Constitución jurídica transforma el Poder desnudo en legítimo Poder Jurídico»;* Cit. por Kaegi.

cia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso a través de la pretensión específica, y sus efectos, que se vaya a solicitar al Juzgador Constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es nota de gran importancia resaltar el que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es (i) el Difuso *(Judicial Review)* o americano; y el (ii) Concentrado o europeo.

> «También hemos señalado que el control de la constitucionalidad tiene tres grandes sistemas[29]. Entre ellos: el europeo o de Justicia Constitucional concentrada o *ad-hoc*, generalizado a partir de la Constitución austríaca de 1920 y de la obra de Hans Kelsen; en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello, tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto declaraciones generales *erga omnes* de plenos efectos derogatorios o rescisorios. El Sistema americano o de control difuso (también denominado de la *Judicial Review*), permite -como ya se ha dicho- que sea el aparato judicial ordinario el que desarrolle la función del control de la constitucionalidad, sea con efectos derogatorios o rescisorios *erga omnes* (sea por la peculiaridad del sistema judicial como el caso del *stare decisis*) norteamericano o porque así se legisle) o con efectos particulares limitados al caso concreto materia del litigio donde sea determinada la norma inconstitucional.
>
> Nuestro ordenamiento Jurídico Nacional contiene, hoy por hoy, estos dos grandes sistemas[30], en lo que podríamos válidamente considerar un Sistema Mixto de Justicia Constitucional, pues por un lado la Consti-

29 Ver Supra 3. Categorías Fundamentales.

30 Sin embargo Domingo García Belaunde, en autorizada y fundamentada opinión contenida en carta personal de 31 de enero de 1989, señala que la denominación al sistema peruano es la de Sistema Dual «[...] la justicia constitucional en el Perú es de carácter mixto. Así lo dices tú, y creo que la idea la lancé yo hace algún tiempo. Ahora he cambiado de opinión. Un sistema mixto es aquel que tiene mixtura; o sea, dos o más elementos que por ser tales, dan origen a uno nuevo, distinto y diferenciado de los demás, alejándolo de la pureza de algunos de sus elementos y creando un nuevo tipo, un *Tertium Genus*. Así, mixto es el sistema venezolano [...]. En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, mixto es el sistema venezolano [...]. En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, difuso, de no aplicación, que se ha ido incrementando y perfeccionando. En 1979, se

tución de 1979 en sus arts. 296° y siguientes, ha creado un órgano *ad-hoc* de control de la Constitucionalidad de las normas y actos de poder en el Perú, diferente y diferenciado del Poder Judicial, y que recibe la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyas decisiones en materia de inconstitucionalidad de leyes y normas tienen efectos derogatorios *erga omnes*[31]; en tanto que, por otro lado, se mantiene la facultad de los Jueces y Tribunales ordinarios, en cualesquiera de sus instancias, grados y jerarquías (inclusive la Justicia de Paz letrada) de calificar la constitucionalidad de una norma que debe ser materia de aplicación en una causa de su conocimiento y competencia.»[32] [33]

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de los ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del siste-

creó al lado de éste, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que es propio del sistema europeo y que funciona como tal. Son pues dos sistemas que andan por su lado y que no se cruzan. Tan sólo en la casación se encuentran, pero sin fallar nada. [...] Son pues dos los sistemas en los cuales nos movemos, el americano muy avanzado en teoría; el europeo muy en embrión y limitado. ¿Cómo lo podemos calificar? En una reciente ponencia en Madrid, lo llamé "sistema dual" de control jurisdiccional; también podría denominarse "sistema doble", "sistema paralelo", etc. Creo que vale la pena ahondar el asunto [...]». Sin lugar a dudas, esta posición, pedagógica en sí misma, merece tenerse en cuenta. En abono de la tesis de la denominación de «Sistema Mixto» puede revisarse el trabajo ya citado de Martha Sousa y Jorge Danós. *Op. cit.* p. 296 y cita N° 15, quienes comparten esta misma opinión, dando cuenta que igual posición tienen Pelaez Bazán, Cárdenas Quirós, el propio Domingo García Belaunde (en 1981), Blume Fortini, Borea Odría y Corzo Masías. Cit. Por Aníbal Quiroga León.- «Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano» En: AAVV, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima, 1989, p. 180 y ss.

31 «Art. 296°.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el Órgano de Control de la Constitución [...]» «Art. 301°. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte.» «Art. 302°. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso en mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenticinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial».

32 Aníbal Quiroga León, Una aproximación a la Justicia Constitucional; *Op. cit.* p. 180 y ss.

33 Si bien es cierto, que hoy está vigente una nueva Constitución, es cierto también que ello no ha modificado el Sistema Constitucional Mixto de Control que tuvimos diseñado con la Constitución de 1979, el cual se ha repetido.

ma de control concentrado, que la «jurisdicción constitucional» pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria. En consecuencia, en nuestro medio la «jurisdicción o justicia constitucional» podemos decir se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada en el ya mencionado Art. 138º de la Constitución; como cuando conocen y resuelven las Acciones de Garantía Constitucional.

Hemos señalado en el párrafo precedente, que no todos los procesos constitucionales son iguales, y que su diferencia radical está en la pretensión que se formule al Juzgador Constitucional, así tenemos, que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de Garantías Constitucionales, y cuya pretensión está destinada a la defensa de los derechos fundamentales de las personas; y las Acciones de Control Constitucional, cuya pretensión, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y, derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo a lo antes expuesto son propiamente Acciones de Garantía Constitucional: (i) el Hábeas Corpus, (ii) la Acción de Amparo, (iii) el Hábeas Data; y, (iv) la Acción de Cumplimiento. En tanto que propiamente dichas serán Acciones de Control Constitucional: (i) la Acción de Inconstitucionalidad, (ii) el Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes (iii) la Acción Popular, (iv) la Contienda de Competencia Constitucional; y, (v) la Acción Contencioso Administrativa.

IV.2.2. Las acciones de garantías constitucionales

Habría que mencionar, en primer término, que éstas se encuentran legisladas en conjunto dentro del texto constitucional, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de González Pérez[34], responde a un denominador común en los

34 Jesús González Pérez, *Op. cit.* p. 50

ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional y no del Derecho Procesal.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una Ley Orgánica que regule todas las «Acciones de Garantía Constitucional»[35] , hasta la fecha no se han dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, ni de que se promulgue un **Código Procesal Constitucional** como ya hemos apuntado con anterioridad, y es por ello que encontramos dispersas en los diferentes ordenamientos procesales normas legales de naturaleza procesal constitucional, lo que ha conllevado la existencia en nuestro medio de un tan escaso como confuso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable -y hasta necesaria y saludable- confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización «concretización»[36] , aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *pro-activo* de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

IV.2.3. La interpretación de las normas

Conforme a lo antes señalado, es indispensable en el presente punto, referirnos tanto a la «Interpretación Constitucional» como a la «Interpretación legal», partiendo de la harto debatida tesis de que ambas son diferentes.

IV.2.3.1. Interpretación legal

Es aquella que se realiza respecto de toda ley, en sentido lato, y que se circunscribe a determinadas fórmulas que a través del desarrollo de los

35 Entiéndase ello como todos los Procesos Constitucionales

36 Konrad Hesse, *La Interpretación Constitucional*; cit. por Aníbal Quiroga León, «La Interpretación Constitucional» en: *Derecho PUC* No. 39, Rev. de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú; Lima, 1985; p. 323 y ss.

principios generales del Derecho y de la Ciencia Jurídica se han ido plasmando. La interpretación de las leyes, no es exclusiva del Juzgador, constitucional u ordinario, se realiza tanto por la misma administración pública al expedir actos legislativos y ejecutivos y con ello interpretar las normas legales de las cuales provienen las facultades que está utilizando; cuanto por los ciudadanos y justiciables, cuando por ejemplo acuden a la administración pública alegando ser poseedores de un derecho determinado, por haberse ello plasmado en una norma legal. Mientras que en el último de los casos nos encontramos ante un supuesto de interpretación no vinculante, pues será la administración pública en primer término, quien determine si la interpretación realizada por los administrados es la adecuada, en el primero de los casos, nos encontramos ante una interpretación legal que tiene efectos vinculantes, pues de ella derivan tanto los actos legislativos como administrativos-ejecutivos que adopte el Estado a través de sus diferentes instancias. Finalmente al respecto, y aún con mayor trascendencia en el mundo jurídico, se encuentra la interpretación que realizará el órgano jurisdiccional pues ésta no sólo vincula al sujeto administrado, sino también al órgano u organismo estatal que la realiza, debiendo ser estrictamente cumplida por ambos. Ahora bien, esta interpretación, que se da a diario como tarea integrante de la resolución de conflictos concretos y subjetivos, que es la labor primordial de los Órganos Jurisdiccionales, se convierte en una labor abstracta para el Juzgador Constitucional, cuando se pone bajo su conocimiento, de modo abstracto la calificación de una norma legal, pues para ello previamente deberá someterla a un examen abstracto de interpretación, que no sólo se limitará a la norma legal cuestionada sino al entorno legal que la rodea.

IV.2.3.2. Interpretación constitucional

Mientras que en el caso anterior teníamos como fuente de la interpretación a la norma legal en sentido amplio; en éste nos encontramos con que el operador jurídico deberá dar un paso más, pues tendrá frente a sí al Texto Constitucional, que intrínsecamente contiene un valor jerárquico supremo (*Higher Law*) a todas las demás normas legales, por el propio valor normativo que contiene el texto constitucional, que lo convierte en el vértice superior del sistema jurídico piramidal[37]. La inter-

37 Aníbal Quiroga León, «La Interpretación Constitucional»; en: Revista de *De-*

pretación constitucional también se puede dar por diversas entidades, e incluso por los justiciables; pero será nuevamente el Juzgador -al interpretar el texto constitucional en que se convierte en un Juzgador Constitucional- quien determine de manera vinculante la interpretación de determinada norma constitucional. Al ser el texto constitucional una norma de marcado carácter político, su interpretación también nos lleva a que ésta tenga un carácter jurídico-político, como señala Bidart Campos[38]:

> «El control judicial de constitucionalidad guarda estrecho nexo con la interpretación constitucional, o interpretación de la Constitución. El tema de la interpretación de la constitución ofrece características que, dentro de la interpretación de las normas jurídicas, lo diferencian y particularizan.
> En primer lugar, la Constitución formal es, más que una norma, un conjunto o complejo normativo (de varias normas) que obliga a interpretarla como conjunto, es decir, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente.
> En segundo lugar, esa Constitución formal es suprema, y reviste calidad de fundamental: en ella se funda todo orden jurídico-político del estado.
> En tercer lugar, la Constitución contiene, expresa o implícitamente, una serie de principios (algunos de ellos generales) que bien podrían titularse del derecho constitucional, y que por ser la constitución suprema y fundamental, irradian su proyección a todos los sectores o compartimentos del mundo jurídico, en tanto tales casilleros no rompen la unidad del orden jurídico, ni se incomunican entre sí, y menos con la constitución.
> En cuarto lugar, la Constitución contiene también valores, o dicho con más propiedad, presupone valores, sea que los propugne explícitamente en cláusulas expresas, sea que los albergue implícitamente en su techo ideológico.
> [...]

recho PUC No. 39; Facultad de Derecho; PUC del Perú, Lima 1985, p. 323 y ss. Ver también: Carla Pegorari Rodríguez, *La Interpretación Constitucional*; Tesis, Bachiller en Derecho; Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Mimeo, Lima, 1988.

38 Germán Bidart Campos, *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*; EDIAR; Bs.As. 1987, p. 207 y ss.

> La constitución suministra un parámetro o canon objetivo (u objetivado) de interpretación, y que el control constitucional ha de ajustarse a él, porque resulta indisponible [...];
> La interpretación constitucional como acto de decisión así condicionado implica valoración [...];

IV.2.4. Las acciones de control constitucional

Son aplicables también a las Acciones de Control Constitucional las antes mencionadas deficiencias que hemos anotado en el tratamiento legislativo de las Acciones de Garantías Constitucionales, puesto que la dispersión de la normatividad en esta materia es de orden general, esto es se da en todo el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

Hemos señalado en la parte general relativa a los procesos constitucionales que, la pretensión que es objeto de juzgamiento en una Acción de Control Constitucional estará constituida por la defensa del texto constitucional, y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía. En todos los procesos constitucionales de control se buscará por finalidad el respeto irrestricto del texto constitucional, a través de su necesaria interpretación por parte de la autoridad (llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional) que tenga bajo su conocimiento una causa de control constitucional. Ello sin perjuicio de señalar que, en las Acciones de Garantía Constitucional al juzgarse la violación o no de un derecho fundamental, se está realizando también interpretación constitucional.

El Juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión «abstracta»; esto es, deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea «subsunción legal», si realmente la norma legal (en sentido amplio), o el acto administrativo (en sentido particular), transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional. Estaremos en consecuencia ante procesos que versan sobre puro derecho, donde la evaluación que se realiza de lo cuestionado debe ceñirse estrictamente a los parámetros del control de la constitucionalidad y la legalidad. Reiteramos que en este punto débese tener presente la diferencia que existe entre la interpretación legal y la interpretación constitucional, dadas las diferencias notorias entre una norma legal y el texto constitucional y que se derivan fundamentalmente de la diferente naturaleza que ambas tienen.

IV.3. Los convenios bilaterales celebrados por el Estado peruano sobre la base del convenio «CIADI»

Sobre la base del Convenio Multilateral CIADI, el Estado peruano ha celebrado veintitrés convenios bilaterales[39].

ESTADO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN			FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA		
Argentina	Oct.	10,	1994			
Bolivia	Julio	30,	1993	Feb.	19,	1995
China	Junio	9,	1994	Feb.	1,	1995
Colombia	Abril	26,	1994			
República Checa	Mar.	16,	1994	Mar.	6,	1995
Dinamarca	Nov.	23,	1994	Feb.	17,	1995
El Salvador	Junio	13,	1996			
Finlandia	Mayo	2,	1995			
Francia	Oct.	6,	1993			
Alemania	Ene.	30,	1995			
Italia	Mayo	5,	1994	Oct.	18,	1995
República de Corea	Junio	3,	1993	Abril	20,	1994
Malasia	Dic.	13,	1995			
Países Bajos	Dic.	27,	1994	Feb.	1,	1996
Noruega	Mar.	10,	1995	Mayo	9,	1995
Paraguay	Ene.	31,	1994	Dic.	18,	1994
Portugal	Nov.	22,	1994	Oct.	2,	1995
Rumania	Mayo	16,	1994	Ene.	1,	1995
España	Nov.	17,	1994	Feb.	16,	1996
Suecia	Mayo	3,	1994	Ago.	1,	1994
Suiza	Nov.	22,	1991	Nov.	23,	1993
Tailandia	Nov.	15,	1991	Nov.	15,	1991
Reino Unido	Oct.	4,	1993	Abril	21,	1994

39 Cuadro tomado de la página Web del Banco Mundial: http://www.worldbank.org/icsid/treaties/peru.htm, actualizado a 1999. En febrero del 2000 se celebró, por ejemplo, con el Estado chileno el *"Convenio Bilateral de protección recíproca de inversiones"*, ratificado mediante D.S. 026-2000-RE del 11 de agosto del 2000 y publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de agosto del 2000. Dicho Convenio ha entrado en vigencia el 3 de agosto del 2001

IV.3.1. Aspectos relevantes de los Convenios Bilaterales

El objetivo de los **Convenios Bilaterales** celebrados entre el Estado peruano y los Estados antes detallados es intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de los Estados suscribientes, y con ello, crear y mantener condiciones favorables a las inversiones de una Parte Contratante en el territorio de la otra, que impliquen transferencias de capitales.

De modo general los «inversionistas» son definidos como los sujetos que han efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, considerándose entre otros a: (i) las entidades jurídicas, incluyendo sociedades o corporaciones, asociaciones comerciales o cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante; (ii) las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueren efectivamente controladas por inversionistas señalados en (i).

En los Convenios Bilaterales encontraremos definiciones relativas a:

- La «Inversión»
- El «Ámbito de aplicación»
- Sobre la «Protección y tratamiento de las inversiones»
- El Tratamiento de las inversiones
- Los conceptos de Expropiación y compensación
- El significado de una «Controversia entre una Parte Contratante y un inversionista»

Los conceptos antes señalados tienen una definición casi uniforme en todos los aspectos, habida cuenta que el marco legal aplicable a todos estos es el Convenio Multilateral CIADI, y estos conceptos se desprenden del tratamiento que el Derecho Internacional Público ha brindado a dichos conceptos a la luz de lo que el Banco Mundial ha expuesto en el referido Convenio Multilateral.

IV.4. El «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados» (CAD): creación del CIADI

IV.4.1. Objeto del «Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones» - CIADI

Mediante el CAD se creó el CIADI, cuyo objeto es, de conformidad con el Art. 1° Inc. 2 del CAD:

> «Art. 1°.-
> [...]
> 2. El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio».

La República del Perú ha suscrito el CAD el 4 de septiembre de 1991, ha depositado la ratificación el 9 de agosto de 1993 y puesto en vigor dicho Convenio multilateral el 8 de septiembre de 1993.

IV.4.2. Sede del CIADI

La sede del CIADI está en la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), situada en Washington D.C.

IV.4.3. Árbitros

Los Árbitros que podrán tener a cargo la resolución de las controversias que se susciten a la luz del CAD y de cada uno de los Convenios Bilaterales que se celebren entre los Estados parte del CAD deben integrar una lista de árbitros. Dicha lista estará compuesta por cuatro personas designadas por cada Estado Contratante y por diez personas designadas por el Presidente del CIADI.

De conformidad con el Art. 14° del CAD, «las personas designadas deben tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su

imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.»

No obstante ello, salvo el caso de nombramiento del Árbitro por el Presidente, los Árbitros nombrados pueden no pertenecer a la lista, aunque debe reunir las facultades expresadas en el Art. 14° antes citado concordante con el Art. 40° del referido Convenio.

IV.4.4. Jurisdicción del CIADI y partes en el arbitraje

De conformidad con lo previsto en el Art. 25° de la Convención de Washington[40], la jurisdicción del CIADI se extiende a las **diferencias de naturaleza jurídica** que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (**o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante, acreditados ante el Centro por dicho Estado**) y el nacional de otro Estado Contratante **y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro.** El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Esta norma es fundamental a efectos del presente caso, siendo necesario destacar lo siguiente:

La jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI abarca de manera general y sin excepciones de ninguna clase las «**diferencias de naturaleza jurídica**» entre el inversionista y el Estado, lo cual llevaría a pensar en la competencia de estos tribunales, también para la obtención de una restitutio in integrum[41].

Es posible interponer la petición de arbitraje contra cualquier entidad de la administración pública peruana, **siempre que haya sido acreditada ante el CIADI por el Estado peruano y que éste apruebe su participación.**

Cuando la norma alude al «consentimiento escrito de sometimiento al Centro» podría pensarse que únicamente en el caso de existencia de un pacto arbitral sujeto al CIADI entre el Estado Contratante (en nues-

40 El CAD también es conocido internacionalmente como la Convención de Washington.

41 Algunos utilizan indistintamente los vocablos *Restitutio in Integrum* o *Restitutio ad Integrum* como sinónimos. Los utilizaremos indistintamente. En el lenguaje del CIADI se menciona como *Restitutio in Integrum*.

tro caso el Perú) y el nacional de otro Estado Contratante, cabría llevar el caso al arbitraje de dicha institución.

Debe entenderse, en ese sentido, que, desde el punto de vista jurídico, la celebración del Convenio Bilateral, importa la celebración tácita del convenio arbitral exigido por el Art. 25º del CAD, y no existe necesidad alguna de emitir una nueva declaración de sometimiento, declaración que sí tendría que producirse en el caso de una controversia entre otras partes signatarias de la Convención de Washington.

Otro tema importante es el relacionado con el Art. 26º de la Convención de Washington. Este artículo establece que, salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje debe entenderse como consentimiento a dicho arbitraje **con exclusión de cualquier otro recurso**[42].

Creemos que es esta una de las normas más importantes y complejas relativas a la interpretación y ejecución del Tratado Multilateral y los correspondientes Tratados Bilaterales suscritos por el Estado Peruano, pues de su correcta interpretación se determinará si, además del proceso arbitral ante el CIADI puede (o debe) iniciarse en el Perú uno o todos los procesos que han sido materia de examen en el punto II *supra*; o si, por el contrario, ello no es posible porque la jurisdicción arbitral del CIADI es exclusiva y excluyente y cualquier intervención de la justicia peruana nos impediría acudir a esta instancia arbitral.

IV.4.5. Procedimiento ante el CIADI

De conformidad con lo establecido casi de modo uniforme por los **Convenios Bilaterales** y con la **Convención de Washington**, el procedimiento para el sometimiento de una controversia al arbitraje del CIADI es el siguiente:

«Consulta entre las partes con miras a la obtención de una solución amigable. Esta etapa tiene un plazo de 6 meses contados a partir de la solicitud de arreglo y, en opinión de Nigel Blackaby y Luis Parradell([43]),

42 La versión en inglés del texto del Art. 26º es la siguiente: «*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy*». *Remedy* es, según el Black's Law Dictionary, el medio o acción para exigir o hacer valer un derecho ante la autoridad legal.

43 Notas de los autores.

expertos juristas de la materia, refieren que este proceso se inicia con una **solicitud simple del inversionista afectado a la República del Perú, dirigida específicamente al Señor Presidente de la República, con copia a la Cancillería, en su condición de representante internacional del Estado, y algún otro Ministerio por determinarse (p.e. Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, Ministerio de Agricultura, Presidencia del Consejo de Ministros, etc.)**. La finalidad de dicha comunicación simple es el dar inicio formal al proceso de negociaciones de 6 meses antes aludido, y aparece conveniente introducirlos, con citación de la Secretaría General del CIADI, antes del primer vencimiento del plazo de cualquier **recurso interno** de que se trate, para que luego no se acuse al inversionista de haber "consentido" con los actos administrativos lesivos».

No obstante lo anterior, y que se compadece con la adecuada lectura e interpretación del CAD, la opinión no oficial recabada de la Cancillería peruana (**en el Área de Inversiones**) es distinta, habiendo señalado verbalmente que el procedimiento de consulta diplomática por el inversionista extranjero afectado debe hacerse **recurriendo a su propia Embajada para que ésta informe mediante una Nota Diplomática a la Embajada de la otra Parte Contratante sobre la existencia de la controversia.** O, dicho en otras palabras, la Cancillería entiende -erróneamente, según nuestra interpretación- que se trata de un proceso de consulta entre las Partes Contratantes y no entre el inversionista y el Estado como lo señala expresamente el Tratado. Ello no ha sido corroborado por los antes mencionados expertos, y por el contrario su opinión ha sido la ya señalada, debiendo señalarse que dichos expertos internacionales ya han participado en procesos similares, específicamente en uno contra del Estado Peruano finalizado el año pasado.

Según algunos funcionarios de la Cancillería peruana, el trámite y procedimiento de consulta se realiza por lo que en el Derecho Internacional se denomina la «***courtesy international***» o «**costumbre internacional**», que no es otra cosa que el **Principio de Reciprocidad**; y el plazo de seis meses establecido en el Convenio Bilateral se podría extender en razón de la importancia del caso.

Los expertos antes mencionados consideran tremendamente equivocada la interpretación de la Cancillería, y a la luz de su experiencia, señalan que el proceso antes mencionado deberá iniciarse con una comunicación dirigida al Presidente de la República peruana, con copia a

los Ministros de las áreas involucradas en el caso materia de la controversia, como ya se ha indicado (Cancillería, Presidencia del Consejo de Ministros, Industrias y Comercio Internacional, etc.), y dentro del plazo de caducidad del derecho de acción del inversionista relativo a las acciones que podría adoptar en contra de los actos estatales que han perjudicado la inversión en el Perú. Ello, con la finalidad de dar consentimiento a dichos actos administrativos.

A falta de solución dentro del plazo que prevea el Convenio Bilateral, el inversionista, de no optar por el fuero nacional, puede remitir el caso al arbitraje internacional del CIADI. En este supuesto, el inversionista, como nacional del Otro Estado Contratante, deberá remitir una solicitud de arbitraje al Secretario del CIADI, quien enviará copia a la otra parte, indicando los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y a su consentimiento al arbitraje que en este caso sería el propio texto del ***Convenio Bilateral.***

Registrada la solicitud en su Secretaría General (que tiene potestad para calificarla y rechazar in-límine cuando sea manifiestamente improcedente, el CIADI procederá a la constitución del Tribunal Arbitral, el mismo que debe ser nombrado en la forma que determinen las partes, es decir, con árbitro único o con número impar de árbitros. A falta de acuerdo, el proceso debe llevarse a cabo con 3 árbitros, uno nombrado por cada una de las partes y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo.

De no llegar a constituirse el Tribunal Arbitral, corresponde al Presidente del CIADI, a petición de cualquiera de las partes y previa consulta con las mismas, nombrar el o los árbitros que no hubieran sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte de la diferencia.

IV.5. Ley aplicable

Con relación a la ley sustantiva aplicable, el Art. 42° de la Convención de Washington señala que el Tribunal Arbitral decidirá la diferencia **de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes.** A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral debe aplicar **la legislación del Estado que sea parte de la diferencia,** incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Según la norma transcrita, resulta claro que la ley aplicable es la peruana, incluyendo las normas del Derecho Internacional Privado (DIP). Esta última rama del Derecho no es sin embargo de aplicación al presente caso, justamente por ser el DIP una rama del Derecho Privado[44], siendo así que la controversia tiene que ver con el Derecho Internacional Público, con el Derecho Constitucional y con el Derecho Administrativo, ramas éstas que forman parte del Derecho Público.

La investigación realizada nos ha permitido concluir que los Tribunales Arbitrales del CIADI se concentran únicamente en la solución de controversias relativas en la violación de los **Tratados de Protección a la Inversión (Convenios Bilaterales)** y no ingresan al análisis de la legislación interna del país, de suyo compleja y complicada, a menos que sea para la verificación de la corrección de la inversión y otros aspectos específicos relacionados con la controversia. Ello, creemos como directa consecuencia de la incompetencia de los Tribunales Arbitrales de naturaleza Internacional para calificar o controlar la legislación interna de cada país, pues dicha facultad únicamente le compete a los Tribunales de Justicia internos, de acuerdo a la delegación de competencias que la Constitución de cada país les haya conferido.

Cabe señalar asimismo que de conformidad con la norma transcrita, nos encontramos frente a un Arbitraje de Derecho. No obstante, el numeral (3) del Art. 42° del CAD establece que el Tribunal Arbitral puede laudar recurriendo a la equidad, siempre que las partes así lo acuerden.

En cuanto a la norma procesal aplicable, ésta es, según lo dispone el Art. 44° de la Convención de Washington, la vigente en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje.

IV.5.1. Efectos de la falta de concurrencia de una de las partes

Señala el Art. 45° de la Convención de Washington que si una parte no comparece al proceso o no haga uso de su derecho, no supone la admi-

44 Señala Miaja de la Muela que las materias que forman el objeto del Derecho Internacional Privado «por un lado, constituyen objeto de éste las relaciones de particulares, lo que le acerca al Derecho Privado, pero también es preciso tener en cuenta que estas relaciones forman parte del tráfico jurídico internacional, motivo que las conecta con el Derecho Público [...] la solución se encuentra más bien en función de los temas que cada jurista incluye dentro de esta disciplina, así como de las diferentes concepciones de lo privado y lo público» (Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*; Tomo I; p.31).

sión de los hechos alegados ni el allanamiento de sus pretensiones. No obstante, la misma norma establece que si una de las partes deja de comparecer o no hace uso de su derecho, la otra parte puede instar al Tribunal Arbitral a que resuelva los puntos controvertidos y dicte el Laudo. Antes de dictar el Laudo, el Tribunal Arbitral, previa notificación, concede un período de gracia a la parte que no ha comparecido o que no hizo uso de su derecho, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

IV.5.2. Otras acciones y medidas

Señala el Art. 46º de la Convención de Washington que, salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal Arbitral debe resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales[45] que se relacionen directamente con la controversia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y además sean materia jurisdiccional del Centro.

El Art. 47º señala a su vez, que salvo acuerdo contrario de las partes, si el Tribunal considera que las circunstancias así lo requieren, podrá **recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.**

Si el Convenio Bilateral no contiene restricciones en relación con demandas incidentales, adicionales o reconvencionales ni a la aplicación de medidas cautelares o provisorias, el Tribunal Arbitral que se instale, podría dictar todas las medidas procesales mencionadas.

Cabe anotar, sin embargo, que la norma alude a una «recomendación» de aplicar medidas provisionales, lo que parecería indicar que la resolución del Tribunal Arbitral no tendría efecto coercitivo, el mismo que sería consecuencia de su ejecución a través de los Tribunales de Justicia peruanos.

45 La reconvención es la demanda que hace el demandado al demandante en un proceso ya iniciado, utilizando para este efecto el mismo proceso ya iniciado, y que se basa en el principio de acumulación objetiva de pretensiones, a fin de evitar el mayor costo judicial y la posibilidad de fallos contradictorios.

IV.5.3. El laudo

Las decisiones del Tribunal Arbitral se adoptan por mayoría de votos. El Tribunal Arbitral siempre tendrá número impar. El Laudo debe ser escrito, motivado y firmado y contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas al mismo. Caben votos particulares o contrarios. **El Centro no puede publicar el Laudo sin el consentimiento de las partes.** El Laudo puede ser completado o rectificado (errores aritméticos o similares) dentro de los 45 días de emitido (Arts. 48° y 49° del CAD), más no cabe recurso impugnatorio alguno contra él.

El Laudo puede ser aclarado, previa solicitud de una de las partes. En lo posible, la aclaración corresponderá al mismo Tribunal Arbitral. Si ello no fuera posible, deberá formarse un nuevo Tribunal Arbitral, y es el único que puede suspender la aplicación del Laudo anterior.

Cualquiera de las partes puede solicitar la revisión del Laudo sólo si se descubre un hecho relevante que hubiera podido influir en éste, y siempre que al tiempo de dictarse hubiera sido desconocido por el Tribunal Arbitral y por la parte que inste a su revisión, salvo que el desconocimiento se haya producido por negligencia de esta última.

La nulidad del Laudo es asimismo procedente en los casos en que: (i) el Tribunal Arbitral se hubiera constituido incorrectamente; (ii) se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades y/o competencias asignadas; (iii) hubiere habido corrupción; (iv) se hubiere quebrantado una norma del procedimiento; y, (v) no se hubieran expresado los motivos.

La nulidad es resuelta por una Comisión ad-hoc tomada de la lista de Árbitros ante el CIADI. Declarada la nulidad del Laudo de este modo, la controversia podrá ser sometida a un nuevo Tribunal Arbitral.

El Laudo debe ser obligatoriamente acatado por las partes y no podrá ser objeto de apelación o de otro recurso distinto a los previstos en la Convención de Washington.

Los Estados Contratantes deben reconocer el carácter obligatorio del Laudo y deben hacer ejecutar en su territorio las **obligaciones pecuniarias impuestas por éste como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.** El Laudo se ejecuta de acuerdo a las normas de ejecución de Sentencias en vigencia en el momento de la misma.

IV.5.4. Costas

Los derechos exigibles a las partes son los fijados por el arancel del Centro. Los Honorarios de los árbitros los fijan los propios árbitros dentro de límites que establezca el Consejo Administrativo del CIADI.

IV.5.5. Lugar del procedimiento

Es la sede del CIADI, es decir, la Oficina Central del Banco Mundial, en Washington D.C., aunque el lugar puede ser cambiado por otro que el Tribunal Arbitral apruebe previa consulta con el Secretario General, siempre de común acuerdo con las partes.

IV.5.6. Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI

Al analizar sistemáticamente el CAD y los Convenios Bilaterales nos encontramos con ciertos problemas sobre la posibilidad de acudir a esta instancia internacional, básicamente respecto a la interpretación del Art. 26° de la CAD, que a continuación veremos, y otras consultas relativas a la posibilidad de solicitar pretensiones no patrimoniales ante dicha instancia. Los puntos que a continuación abordamos constituyen una consolidación de nuestra interpretación de las normas que allí se mencionan, y de las opiniones que al respecto las mencionadas personas nos han alcanzado.

Cabe señalar que la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI no es uniforme ni tampoco **vinculante** u obligatoria. Sólo sirve de precedente referencial. Asimismo, cabe señalar que se nos ha informado que **la mayor parte de las violaciones a los procesos de inversión extranjera y que dan fundamento y derecho a la interposición de una acción de esta naturaleza proviene de agencias autorizadas o también denominadas entidades públicas descentralizadas y ajenas al gobierno central, que generalmente es amistoso con la inversión extranjera**[46]. El

46 En el caso del Perú, a la fecha ya se ha tramitado un proceso arbitral bajo la jurisdicción del CIADI. El proceso en mención concluyó con una Transacción entre las partes y, supuso la demanda de un inversionista francés que acusó a sus socios norteamericanos y peruanos una supuesta «expropiación judicial», con intervención política, de su participación accionaria en una importante empresa minera nacional.

recuento de casos ante CIADI ha determinado que sean los Gobiernos Locales los que en mayoría han incurrido en los atentados a la inversión extranjera que han terminado en un proceso arbitral de esta naturaleza, involucrando en sus efectos y responsabilidades al Gobierno Central.

IV.5.7. Sobre interpretación del artículo 26º de la Convención de Washington en relación al agotamiento previo de las vías internas

En el proceso seguido por Don Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España[47], el Tribunal Arbitral discutió la renuncia contenida en el Art. 26° de la Convención de Washington, como consecuencia del cuestionamiento realizado por España sobre la jurisdicción del CIADI, alegando que no se habían agotado los recursos internos de conformidad con el Art. X[48] del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España (ABI). Para resolver la cuestión, el Tribunal Arbitral analizó lo previsto en dicha norma del CAD y señaló que si un Estado **«no ha condicionado su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el artículo 26º invierte la regla jurídica internacional tradicional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos**

47 Caso ARB/7/97. Laudo Arbitral del 09 de noviembre del 2000.

48 El Art. X del Acuerdo establece que «(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. (2) Si una controversia ene l sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes e la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualesquiera de las circunstancias siguientes a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista un decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia sí lo hayan convenido. (4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del «Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [...].»

a menos que se renuncie a él en forma expresa o tácita» (sic) y aclaró que la oportunidad para hacer este condicionamiento era al momento de ratificar la Convención de Washington.

IV.5.8. Fundamentos de la declaración de incompetencia del Tribunal Arbitral

En el proceso seguido por Waste Magement, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos[49], se planteó el tema de la competencia del Tribunal Arbitral como consecuencia de la interpretación del Art. 1121º[50] del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). La cuestión controvertida se centraba en determinar si la renuncia realizada por el demandante era suficiente para iniciar el proceso. Ello porque el demandante había iniciado procesos de cobro e indemnización de acuerdo al derecho interno mexicano y su renuncia dejaba a salvo estos procesos porque alegó, no estaban fundados en las razones invocadas en el TLCAN.

El Tribunal Arbitral realizó el análisis de dicha norma -prescindiendo del Art. 26º del CAD- y señaló entre sus considerandos que «es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante un foro nacional que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121º del TLCAN» y que «el objeto de los procedimientos iniciados (por Waste Magement) en contra de Banobras y Acapulco se refiera a una de las medidas presuntamente violatorias de las disposiciones del TLCAN es prueba suficiente para encuadrarlo dentro de las conductas que debe abarcar la renuncia la que se refiere este artículo y que, por lo tanto, están proscritas para tener acceso al procedimiento arbitral contemplado por el TLCAN», por lo

49 Caso Nº ARB (AF)/98/2 seguido entre Waste Magement Inc., como demandante, y Estados Unidos Mexicanos, como demandado. Laudo del 02 de junio del 2000.

que entre otras razones, declaró su incompetencia. Esta resolución tuvo una opinión disidente que consideró entre otras razones, que si en las demandas iniciadas por el demandante en México «se alegara esencialmente el equivalente a una violación del Capítulo XI» (invocado como fundamento de la demanda arbitral) sí sería procedente declarar la incompetencia.

IV.6. Conflicto entre un Gobierno Local y un inversionista

En el proceso seguido por Metalclad contra los Estados Unidos Mexicanos[51], se discutió sobre la violación a las normas sobre inversión previstas por el Tratado de Libre Comercio para América del Norte TLCAM. En este proceso, Metalclad afirmó haber actuado sobre la base de información proporcionada por la Municipalidad Guadalcázar que señalaba que los trámites realizados por ésta eran suficientes para el funcionamiento del confinamiento. Durante la construcción del confinamiento, la Municipalidad ordenó la paralización de la obra y luego de un Convenio entre las partes, Metalclad culminó la construcción. Cuando solicitó la licencia al Municipio, éste la denegó sin que existiera ninguna justificación legal para ello. Posteriormente, una vez iniciado el procedimiento arbitral, el Municipio expidió un **edicto ecológico que declaraba el lugar como área natural por existir un cactus único.**

En este proceso, el Tribunal Arbitral consideró que:

50 El inciso b) del Art. 1121° del TLCAN establece que «Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1116° solo si: B) el inversionista y, cuando la reclamación se refiere a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar, continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto ala medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116°, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente».

51 Caso N° ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation, como demandante, y Estados Unidos Mexicanos, como demandado. Laudo del 30 de agosto del 2000.

«(i) el Municipio no cumplió con su obligación de asegurar un marco transparente y previsible para la inversión de Metalclad; (ii) que el derecho interno (como los requisitos establecidos por el Municipio) no justifican el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Tratado; y, (iii) impedir para siempre la operación del confinamiento, es una expropiación indirecta y en consecuencia, ordenó una indemnización a favor de Metalclad equivalente a su inversión, más los daños y perjuicios producidos.»

V. Evaluación sobre el sometimiento de una controversia a la jurisdicción arbitral del CIADI

V.1. Aspectos medulares

Son cuatro las razones que nos permiten arribar a la conclusión que ante una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado peruano, donde exista la posibilidad de recurrir al CIADI, deberá evaluarse dicha posibilidad como la primera de las opciones legales a considerar:

- La necesidad de recurrir a un fuero de solución de controversias neutral e imparcial, esto es ajeno a los problemas de orden político que puede acarrear una controversia entre un Estado y un inversionista extranjero es uno de los puntos centrales que debe evaluarse respecto a cualquier caso práctico que se pueda suscitar.
- La obtención del reconocimiento de la pretensión global del inversionista demandante que en principio comprendería la *restitutio in integrum* y la reparación de los daños y perjuicios que la conducta del Estado infractor puede ser objeto del proceso que se tramita bajo el CAD y los Convenios Bilaterales;
- La ejecutabilidad del fallo; y,
- La no contradicción entre posibles fallos de tribunales de distinta naturaleza, internos e internacionales.

Como se ha señalado precedentemente, los requisitos de imparcialidad y no contradicción quedarían asegurados con el sometimiento del caso ante un Tribunal Arbitral del CIADI. Dicha opción plantea sin embargo algunos aspectos complejos referidos a la aplicabilidad de los

Convenios Bilaterales; y a los alcances de la jurisdicción de los Tribunales del CIADI en relación a las antes pretensiones que puedan ser objeto de la controversia, en tanto que además del derecho interno deberán tomarse en consideración los principios del Derecho Internacional Público y adicionalmente, del Derecho Internacional Privado; habida cuenta de la implicancia de ambas ramas del derecho en relación al objeto del Tratado Multilateral y de los correspondientes Tratados o Convenios Bilaterales de protección de inversiones extranjeras.

V.2. Aspectos relevantes de un caso de la «jurisdicción arbitral» del CIADI

La pregunta que procede hacer es, entonces, si un inversionista podría someter al arbitraje internacional del CIADI su pretensión global, es decir, tanto la *restitutio in integrum* (que podría materializarse a través de la nulidad de la revocación y/o paralización del acto de afectación orden de inaplicación y/o cese de la amenaza de expropiación) cuanto la reparación de daños y perjuicios.

Se formula la pregunta porque la reposición a la situación anterior (la *restitutio in integrum*) sólo podría obtenerse en el Perú a través de las Acciones de Amparo y Contenciosa Administrativa[52] y tales acciones son, respectivamente, reiteramos Acciones de Garantía Constitucional y de Control de Legalidad, las que han sido reservadas por la Constitución Política del Perú al conocimiento de los tribunales peruanos, por ser parte del *Ius Imperium*. Podría entonces sostenerse que si existe tal reserva, los Tribunales Arbitrales del CIADI tendrían que restringir su pronunciamiento al aspecto meramente reparatorio, es decir, a la indemnización de daños y perjuicios.

Al respecto existen dos opciones diferentes, cuyos argumentos se exponen a continuación:

52 No nos referimos a la denuncia ante la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI que, aunque persiga el mismo objeto -detener el acto de impedimento de acceso al mercado- tiene una naturaleza diferente a la de un proceso judicial, puesto que aquello que resuelva el INDECOPI es también un acto administrativo sujeto a posterior revisión por el Poder Judicial.

V.2.1. Los tribunales arbitrales del CIADI son competentes para conceder la *restitutio in integrum*

Ni los Convenios Bilaterales -por regla general- ni la Convención de Washington contienen restricción alguna referida a la competencia de los Tribunales Arbitrales del CIADI ni al contenido del petitorio o del Laudo. Eso significa que, en aplicación del principio de derecho «no cabe distinguir donde la ley no distingue» *(ubi lex non distingui, non distinguere debemus)*, los Tribunales Arbitrales del CIADI tienen jurisdicción para conceder la *restitutio in integrum*;

En concordancia con lo anterior, el Art. 25° de la Convención de Washington establece que la jurisdicción del CIADI se extiende a «las diferencias de naturaleza jurídica», sin hacer distingos o excepciones de ninguna clase;

No parece razonable pensar que el espíritu de los Convenios Bilaterales, que apunta a la protección efectiva de la inversión extranjera, establece la obligación de los Estados de **abstenerse de privar a un inversionista de su inversión y propugna el fortalecimiento de la cooperación entre ambos países** para su mutua prosperidad económica, sea restringir el conocimiento de los Tribunales Arbitrales del CIADI a la indemnización de daños y perjuicios. Más coherente con esos propósitos parecería ser la consideración de la potestad de los Tribunales Arbitrales del CIADI de ordenar la restitutio in integrum;

Podemos citar para ello un ejemplo concreto, que creemos resulta pertinente analizar el Art. 8° del Convenio Bilateral Perú Chile, cuando señala que «la elección de uno u otro procedimiento será definitiva», plantea de manera excluyente la remisión de la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al arbitraje internacional del CIADI **y no a ambos en conjunto**. Como es posible apreciar, dicha norma no ha reservado el conocimiento de acciones de restitutio in integrum a los tribunales nacionales y, coherentemente con eso, prohibe el conocimiento de la misma materia por ambos fueros. A partir del Art. 8°, los funcionarios de la Secretaría del CIADI entienden que el Tribunal Arbitral del CIADI tendría jurisdicción para ordenar la restitutio in integrum, no obstante haber señalado que la práctica es someter al conocimiento de estos tribunales únicamente indemnizaciones por daños y perjuicios; y

Si bien el Art. 26º de la Convención de Washington establece que la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI, esto es «con exclusión de cualquier otro recurso» interno, y parecería contradictorio que por un lado tengan jurisdicción exclusiva y excluyente y que por el otro, dichos Tribunales Arbitrales «exclusivos y excluyentes» puedan considerarse incompetentes para conocer algún aspecto referido a la afectación de la inversión. Ello porque el resultado de tal contradicción equivaldría a dejar al inversionista en la indefensión, al tener que optar entre dos vías excluyentes.

V.2.2. Los tribunales arbitrales del CIADI no son competentes para ordenar una *restitutio in integrum*

El Derecho Supranacional se nutre de lo que los Derechos nacionales en sus ordenamientos internos le deleguen. Dicha cesión debe ser expresa pues las facultades soberanas de un país no se pueden ser válidamente otorgadas de modo implícito. Según ello, si el ejercicio del Control Constitucional corresponde a los Tribunales Peruanos, como expresamente se ha manifestado en la Carta Constitucional peruana, y no existe norma alguna en el Derecho interno peruano que delegue de manera expresa la competencia en materia de control constitucional a los Tribunales Arbitrales del CIADI, debe entenderse **que dicha competencia no ha sido delegada y permanece en los tribunales peruanos.**

El Art. 54º de la Convención de Washington establece que «todo Estado Contratante reconocerá el Laudo dictado por este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el Laudo [...]». Esta norma parecería indicar que la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales del CIADI estaría restringida a la aplicación de reparaciones pecuniarias pues, de otra manera, la norma habría aludido a la ejecución de todas las obligaciones impuestas por el Laudo (incluyendo la restitutio in integrum) y no únicamente las pecuniarias;

Los funcionarios de la Secretaría del CIADI han señalado que la práctica de sus Tribunales Arbitrales no es la de reponer al inversionista a la situación anterior a los hechos que son materia de juzgamiento (restitución del status quo), sino el concederle una indemnización o reparación patrimonial suficientemente importante que cubra todos los daños y perjuicios que el Estado demandado les ha ocasionado (lucro cesante,

daño emergente y eventual daño moral) que cubra el íntegro de la inversión y las proyecciones económicamente razonables de la misma, como si hubiese podido operar sin la arbitrariedad sufrida, tal como si la inversión hubiese sido razonablemente exitosa o rentable. Señalaron al mismo tiempo, sin embargo, que se trata de una práctica que algunas veces deriva del contenido de ciertos tratados y/o normas internas (i.e en Libia el Estado se reserva la potestad de indemnizar sin restituir) y otras de la simple apreciación del respectivo Tribunal Arbitral; y,

Los expertos consultados han señalado que aún cuando pudiera considerarse que procede solicitar al CIADI la restitutio in integrum para los casos de expropiaciones ilegales, los Tribunales Arbitrales de dicho organismo suelen no concederla, limitándose a imponer condenas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios en los términos ya señalados. Indicaron que en ocasiones se ha laudado la restitutio in integrum, pero que ahora se trata de una práctica en abandono, pues el criterio imperante del CIADI es el de no inmiscuirse en asuntos internos de los Estados, ni calificar la legalidad de los actos de imperio. Se considera en ese sentido que si el Estado ha decidido -legal o ilegalmente- expropiar a un inversionista extranjero, no cabe discutir dicha decisión, ni es posible reponer al inversionista en su situación previa, sino que únicamente se debe ordenar la reparación del daño por completo.

V.3. La ejecutabilidad del laudo

Este aspecto fue también materia de consulta a los expertos antes citados, quienes señalaron que los Estados condenados por los Tribunales Arbitrales del CIADI al pago de indemnizaciones suelen cumplir con los Laudos, dado que las medidas coercitivas bilaterales son muy fuertes a la luz de la Convención de Washington (embargo de bienes del Estado parte en cualquier parte del mundo donde tuviese activos libres, o sanciones multilaterales (FMI, BM, BID, CAF, etc.).

La razón de ello radica en que, por regla general, los Laudos llegan además a ser de conocimiento público, y los Estados son conscientes de los efectos negativos de tal publicidad en relación a sus esfuerzos de atracción de la inversión extranjera tan necesaria en sus economías internas.

En otras palabras, la opinión de los mencionados expertos es que el cálculo del costo beneficio lleva a los Estados a cumplir espontáneamen-

te con el pago de los montos ordenados por los Laudos. Dichos montos, -indicaron- generan importantes intereses desde el momento de interposición de la acción ante el CIADI.

Otro tipo de presión a la que se ven sometidos los Estados, indicaron es la retención de los desembolsos de préstamos otorgados a los Estados por el Banco Mundial o los acuerdos de reestructuración o Cartas de Intención con el Fondo Monetario Internacional. Dicho de otro modo, un pretendido incumplimiento del Laudo por un Estado vencido en el proceso arbitral, le puede acarrear graves consecuencias económicas y efectivas represalias a nivel internacional. Por ello, dicha presión es bastante fuerte dada la necesidad de fondos de los países.

Los Laudos arbitrales pueden ser ejecutados mediante embargos internacionales a cuentas o propiedades del Estado peruano. Cabe citar por ejemplo el embargo que ha afectado hace poco al local, muebles y enseres de la Embajada de la Confederación Rusa en París, como consecuencia del incumplimiento de un Laudo expedido oportunamente por el CIADI.

VI. Conclusiones

Creemos que del análisis efectuado a los Convenios Bilaterales, así como a los instrumentos que se vinculan a éstos, y como conclusión de los puntos antes expuestos, la pretensión o pretensiones que se sometan a un posible Proceso Arbitral que se podría tramitar como consecuencia de la expedición de actos administrativos inconstitucionales y violatorios de los derechos de un inversionista extranjero no pueden incluir pretensiones que únicamente competen a la actividad jurisdiccional interna.

La reserva de la jurisdicción del Poder Judicial a determinadas pretensiones es una de las características que determinan que el Arbitraje privado (interno o internacional) no sea equiparable o paralelo o alternativo al Sistema Judicial Interno, y por el contrario sea un **mecanismo procesal de solución de controversias** que coexiste con el litigio judicial y que se reserva a determinadas pretensiones materiales, pretensiones que están por cierto tasadas en la Ley. Débase necesariamente tener presente en este punto que nuestra Ley General de Arbitraje prevé literalmente en su Art. 1º.

> «Art. 1 .- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:
> [...]
> 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.»

La actividad de **control legal y constitucional**, así como la **protección de derechos fundamentales,** son actividades jurisdiccionales que solamente asisten al Estado Peruano, no delegables a ningún Tribunal Arbitral nacional o extranjero, pues son atribuciones que emanan del *ius imperium*, como tal no podrían ser objeto de convenio, pacto o cualquier otra naturaleza de acuerdo que las releve del control el Poder Judicial.

Sin perjuicio de la interpretación antes expuesta, y con ello de la imposibilidad de solicitar como pretensión en el Proceso Arbitral bajo análisis una restitutio in integrum, esta solamente podrá demandarse ante el CIADI como **pretensión accesoria** a la pretensión principal que debe tener naturaleza patrimonial.

No creemos tampoco que las pretensiones de control de legalidad de los actos administrativos que vulneran los derechos constitucionales de los inversionistas extranjeros así como la protección de los derechos fundamentales vulnerados puedan ser demandados en la vía del Arbitraje Nacional que nace de los Convenio de estabilidad jurídica celebrado por Estado Peruano, a lo más podríamos imputar un incumplimiento contractual por parte del Estado de las cláusulas de dicho Convenio, mas no un control de legalidad y/o constitucional, habida cuenta de los principios reseñados, y la norma legal antes citada.

Lima, septiembre del 2001

La Responsabilidad Civil

Fernando Vidal Ramírez

El ser humano, como ser de relación, en el desarrollo de su conducta intersubjetiva está permanentemente en la posibilidad de incurrir en responsabilidad, la que, por eso, es inherente a la vida social. Esta responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar el daño que su conducta pueda irrogar. De este modo, el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil.

Como bien lo plantea todo estudio de la responsabilidad civil, su visión histórica, como fenómeno jurídico, se remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana y, por ello, al origen mismo del Derecho. Con esa visión histórica, los estudios de la responsabilidad civil trazan su evolución partiendo del natural instinto de venganza de quien era víctima de un daño, siendo esta etapa la de la venganza privada, para luego, de ésta, pasar a la etapa de la composición o del resarcimiento o de la reparación del daño, cuando en la organización social comienza a hacer su aparición el Estado. De estas etapas se llega a la que la irrogación de un daño configura el delito que vendría a ser legislado en el Derecho Romano[1].

La expresión «responsabilidad civil» no fue utilizada en Roma. Sin embargo, para encontrar su origen y significado hay que recurrir al vocablo responsabilidad cuya etimología le da como contenido la raíz latina *spondere* que tenía como acepción prometer, comprometerse, ligarse como deudor. Por eso, cuando en Roma la promesa o el compromiso

1 Hugo Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1986. p. 13 y ss.; y de José de Aguiar Dias, *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Cajica. México, 1957. T. I, p. 32 y ss.

eran incumplidos, o la deuda no era solventada, *spondere* derivaba en *respondere*, de la que a su vez derivaba *responsus*, *responsum*, lo que conduce, etimológicamente, a la idea de la responsabilidad vinculada a una relación jurídica preexistente[2]. El vocabulario jurídico, en atención a su etimología, mantiene el mismo significado[3] que, por lo demás, hace suyo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

La responsabilidad civil se comenzó a perfilar desde que la autoridad comenzó a calificar el hecho que causaba el daño para los fines de su resarcimiento o reparación, pero sin tratar de establecer si el *eventus damni* amenazaba o no el orden social, aunque siempre de alguna manera lo afectara. De ahí, que en la evolución de la responsabilidad como fenómeno jurídico en el Derecho Romano se fuera diferenciando la responsabilidad patrimonial de la responsabilidad personal, comenzándose a sentar las bases para la diferenciación de la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

En el Derecho Romano fue la *delicta*, en su descripción como un hecho ilícito, una *iniuria*, el que generaba la obligación de reparar el daño. Se le distinguía en *delicta privata* y *delicta publica*, según se causara daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. No se desarrolló el concepto como una categoría general y abstracta, como *delictum*, sino de manera particular y concreta, como *delicta*, pues la tendencia de los juristas romanos, siempre marcada, se orientaba hacia la concreción y la tipicidad. Esta tendencia dio creación, adicionalmente a los *delictos*, a otros hechos ilícitos que, siendo perjudiciales, engendraban también obligaciones de resarcimiento, que vinieron a ser los *quasi delictos*. De este modo, se generaron las obligaciones que nacían *ex delicto* y las que nacían *quasi ex delicto*. Pero una y otra requerían, necesariamente, de un *damnum*, que era el determinante de la *delicta*, de lo delictual.

Lo delictual de la responsabilidad civil en el Derecho Romano fue resultado de las prescripciones de la Ley de las XII Tablas y de la Ley Aquilia, pero muy lejos de lo delictual que posteriormente vendría a ser el

2 De Aguiar Dias, *op. cit.*, T.I, p. 10; de César Augusto Abelenda, *Derecho Civil*. Parte General. Astrea, Buenos Aires, 1980. T.2, p. 274 y ss; del autor, «Consideraciones Preliminares al Estudio de la Responsabilidad Civil Extracontractual», en Thémis. N° 6, Lima, 1968.

3 Vocabulario Jurídico de la Asociación Henri Capitant. Temis. Bogotá.

fundamento de la responsabilidad penal. En el mismo Derecho Romano, como acabamos de indicar, la evolución de la responsabilidad jurídicamente imputable se fue perfilando hasta dejar de ser una responsabilidad personal y tornarse en una responsabilidad patrimonial, deviniendo en la consecuencia de la responsabilidad civil mas no de la de la responsabilidad penal, que siguió siendo una responsabilidad personal. Fue así que mientras la responsabilidad civil fue siendo consecuencia de un daño causado, sin que se requiriera de la tipificación del *eventus damni* que la generaba, la responsabilidad penal requirió del postulado, luego universalizado, del *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege.*

Pero así como en el Derecho Romano bajo el *nomen iuris de delicto* y de *quasidelicto* se generaban las obligaciones de resarcir o de reparar el daño causado, vinculando, por el evento dañoso, al autor con la víctima, en el mismo Derecho Romano se regularon también las obligaciones que a su vez nacían de las obligaciones previamente contraídas y de cuyo incumplimiento o inejecución se irrogaba un daño, por lo que el sujeto constituido en *debitor* y que no solventaba, o que lo hacía defectuosamente, asumía frente al *accipiens* la obligación de resarcir o de reparar el daño, pero siempre que la causa de la inejecución fueran el dolo o la culpa.

La culpa, como elemento de la responsabilidad civil, tuvo su origen en el tratamiento que el Derecho Romano dispensó a la inejecución de las obligaciones, pero debiéndose, además, complementar con el daño para generar la obligación indemnizatoria. Pero, en los delitos y cuasi delitos no era la culpa la que generaba la responsabilidad, pues ni en la Ley de las XII Tablas ni en la Ley Aquilia era computable para la determinación de la responsabilidad del autor del daño y de la consiguiente obligación de resarcirlo o repararlo, ya que bastaba sólo la existencia del daño.

En su origen histórico, pues, la responsabilidad aquiliana era una responsabilidad objetiva, mientras que la que originaba la inejecución de obligaciones lo era subjetiva. Sin embargo, según los romanistas, en el período del Derecho Pretoriano se fue introduciendo la idea de la culpa como requisito para el ejercicio de las acciones nacidas de la *Lex Aquilia*, sin que por ello se formulara una teoría general pues los juristas romanos, como ya hemos advertido, no eran proclives a la abstracción y a la teorización[4].

4 Fernando Tola Cires, *Derecho Romano.* Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones, Lima, 1997; Carlos Rodríguez Pastor, *Prontuario de Derecho Romano.* Fun-

Producido el fenómeno de la recepción del Derecho Romano, en Francia, el *ancien droit* llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa y esas fueron las ideas de Domat y de Pothier que influyeron en los redactores del *Code* Civil, que sentó la diferenciación de la responsabilidad civil bifurcándola en la derivada de la inejecución de las obligaciones, cuyos doctrinadores la trataron como responsabilidad contractual, y en la derivada de los delitos y de los cuasi-delitos, que vino a ser tratada como responsabilidad extracontractual. Con esta dualidad y con la culpa como principio rector de la responsabilidad civil, el *Code* llegó a diferenciar la culpa en culpa dolosa, culpa lata, culpa leve y culpa levísima, haciendo depender la reparación del daño de la categoría de la culpa.

No es aventurado, por lo hasta aquí expuesto, precisar que la recepción del Derecho Romano, como llegó al Código Francés, no correspondió a sus genuinos textos sino a sus glosas, como lo imputarían años mas tarde los pandectistas germanos que influirían en la formulación del BGB con una clara orientación objetivista, esto es, a dar prevalencia al daño sobre la culpa como elemento determinante de la responsabilidad civil. Sin embargo, aún cuando la distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual no estuvo claramente delimitada en el Derecho Romano, se atribuye a la Ley de las XII Tablas el origen de la responsabilidad contractual y, a la *Lex Aquilia*, el de la responsabilidad extracontractual[5].

El Código Civil Francés, que desde 1804 irradió su notable influencia, irradió también el tratamiento de la responsabilidad separando la responsabilidad por daños originados por el incumplimiento de una obligación, que sus doctrinadores irradiaron como responsabilidad contractual, y la responsabilidad por daños causados por delitos y cuasidelitos, irradiada como responsabilidad extracontractual, como hemos ya indicado. Para ambas dejó sentado el principio de la culpa para la imputación de responsabilidad, aunque la culpa sola no era suficiente puesto

dación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1992; Luis Rodolfo Argüello, *Manual de Derecho Romano*. Historia e Instituciones. Astrea. Buenos Aires, 1985; Darío Herrera Paulsen, *Derecho Romano*. Compendio. Lima, 1984. Juan Iglesias, *Derecho Romano*. Instituciones de Derecho Privado, Ariel, Madrid, 1983; Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Selectas, México, 1982; Giovanni Sansoe, *Curso de Derecho Romano*. Ed. Don Bosco. La Paz, 1981.

5 Vide, entre otros, de Atilio Anibal Alterini, *Contornos actuales de la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 49.

que sin existir daño no era admisible la imputabilidad.

Como puede inferirse de lo hasta aquí expuesto, la responsabilidad civil, que como hemos indicado no fue conocida bajo este *nomen iuris* en el Derecho Romano, tomó asiento en la codificación pero tampoco bajo ese nomen iuris, siendo los doctrinadores de la obra napoleónica quienes la difundieron con su bifurcación en responsabilidad por daños causados por delitos y cuasidelitos, comprendiendo los hechos tipificados en la codificación penal, con la denominación de responsabilidad extracontractual y considerada como la «única» responsabilidad civil, y en responsabilidad por la inejecución de obligaciones, que la doctrina ha considerado como la «otra» responsabilidad civil y denominado responsabilidad contractual.

La responsabilidad civil en su tratamiento dual fue irradiada por obra de los doctrinadores del Código Francés a lo largo del siglo XIX bajo el principio rector de la culpa. Sin embargo, a fines del mismo siglo, la jurisprudencia francesa, en materia de responsabilidad extracontractual, dio un notable giro al introducir, como variante de la responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa, la responsabilidad fundada en el riesgo del uso de artefactos peligrosos, estableciendo, bajo este criterio, la obligación indemnizatoria basada en el hecho objetivo del daño causado[6].

El tratamiento de la responsabilidad civil del Código Francés fue seguida por la codificación civil del siglo XIX, pues el criterio informante de la culpa fue adoptado por el Código Italiano de 1865 y el Español de 1889, el primero derogado por el de 1942 y, el segundo, con reformas pero aún en vigor. El mismo criterio fue adoptado también en la Codificación Iberoamericana, como el Código peruano de 1852, el chileno de 1855, aún vigente, y el argentino de 1869, con reformas pero también vigente, aunque ya con un proyecto integral de reforma en el que la problemática de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, es desarrollada de manera unitaria y con el criterio uniformador basado en el daño[7].

6 César Augusto Abelenda, *op. cit.*; Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, T.V. La Ley Buenos Aires, 1964; Henri Mazeaud y André León y Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.* EJEA. Buenos Aires, 1961; Henri Mazeaud, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil.* Parte Segunda. Vol. II. EJEA. Buenos Aires, 1960.

7 Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Ministerio de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 1999.

A fines también del siglo XIX llegó a su término la elaboración del Código Civil alemán, vigente desde 1900, y en cuya redacción influyó significativamente la escuela pandectista germana. En materia de responsabilidad, el BGB introdujo una atenuación al criterio de la culpa y dio preponderancia al daño, adoptando, para el efecto, un conjunto de disposiciones generales para su resarcimiento, motivando que sus doctrinadores desarrollaran el criterio objetivo de la responsabilidad basado en el daño y sólo en la necesidad de un nexo causal[8].

Los doctrinadores alemanes de su Código Civil han influido significativamente en la adopción del criterio objetivo, fundado en el daño, de la responsabilidad civil, el cual, vinculado a la teoría derivada del riesgo creado, ha determinado que la codificación civil posterior al BGB haya pretendido abandonar la teoría tradicional de la culpa, al menos en materia de responsabilidad extracontractual. Esta influencia determinó la introducción, aunque en prudentes proporciones, del delineamiento de un principio rector basado en el daño y su resarcimiento, como ocurrió, en materia extracontractual, con el Código peruano de 1936, aunque mantuvo el principio rector basado en el dolo y la culpa en materia de responsabilidad contractual. El Código vigente desde 1984 ha efectuado un nítido retorno a la teoría tradicional de la responsabilidad subjetiva, aunque ha introducido la responsabilidad por riesgo[9]. En materia de responsabilidad contractual mantiene absoluta fidelidad a la teoría clásica de la culpa[10].

La posición del codificador peruano de 1984 en materia de responsabilidad extracontractual ha sido explicada por José León Barandiarán, quien fue del parecer que no era dable admitirla pues significaría desconocer el proceder de un sujeto que debe ser enjuiciado axiológicamente para la determinación de la responsabilidad por su conducta. No ocultó León Barandiarán, así, su preocupación por la incorporación de un sis-

8 Kipp y Wolf Ennecerus, *Tratado de Derecho Civil.* Derecho de Obligaciones. T.II. Bosch. Barcelona, 1981.

9 Vide, del autor, La Responsabilidad Extracontractual en el Sistema Adoptado por el Código Civil de 1984, en Revista del Foro. Lima, Enero-Junio de 1989; Fernando de Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.

10 Felipe Osterling Parodi, *Las Obligaciones.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988, p. 197 y ss.

tema objetivo basado en un seguro general obligatorio todavía no debidamente conformado[11], como que no lo está aún en nuestros días.

Es destacable, pues, la prudencia del maestro y mentor de la reforma de la codificación civil peruana, ya que si bien detuvo la evolución de la responsabilidad extracontractual frente a una innovación como la que se pretendió incorporar, y que fue artificialmente incorporada al Código de 1984, al disponerse en el Art. 1988° la remisión a una ley especial que debía fijar el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro, pues la ley aún no se ha dictado y, atendiéndose a la realidad social y económica de la población peruana, será de difícil observancia y aplicación[12].

La digresión respecto de la codificación peruana no obsta para puntualizar los esfuerzos de la doctrina por plantear la atribución objetiva de responsabilidad no sólo en materia aquiliana sino también en la contractual, inclinándose decididamente en favor de la víctima del daño, aún con presunciones de causalidad y de culpa inspiradas en la regla en «*favor victimae*»[13]. Este mismo esfuerzo, que tiene pioneros entre los autores españoles[14] y argentinos[15], viene conduciendo a destacados doctrinarios a rebasar los lineamientos tradicionales y a formular un Derecho de Daños que, desplazando a la culpa como núcleo de la responsabilidad civil, de relevancia al daño como su presupuesto fundamental y que el Proyecto de Código Civil de la República Argentina ha asumido en consonancia con los criterios adoptados, entre otros, por juristas comprometidos con la reforma de la Obra de Vélez Sársfield[16].

11 Código Civil Peruano. Exposición de Motivos y Comentarios. Compilación de Delia Revoredo. T. VI, p. 799 y ss. Lima, 1985.

12 Por Ley N° 27181 – Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, vigente desde el 9 de Octubre de 1999, se ha establecido recién que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito es objetiva y se ha dispuesto recién el seguro obligatorio para todo vehículo en circulación. El seguro obligatorio ha sido reglamentado mediante Decreto Supremo No. 049-2000-MTCVC vigente desde el 12 de Octubre de 2000.

13 Atilio Anibal Alterini, La presunción legal de culpa como regla de «*favor victimae*», en Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina (separata).

14 Vide, Jaime de Santos Briz, *Derecho de Daños*. Madrid, 1963.

15 Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*. Buenos Aires, 1971.

16 Vide, entre otros, Atilio Anibal Alterini y Roberto López Cabana, *Exordio del Derecho de Daños*. La Ley. Buenos Aires, 1992; y Atilio Anibal Alterini, *op. cit.*

Sin embargo, creemos que la responsabilidad civil como teoría y como sistema no puede aún resumirse únicamente en el daño, pese a que éste sea el factor determinante que obliga a su reparación. El daño causado por la inejecución de obligaciones, si bien es también el factor determinante de la obligación de repararlo, en ésta, que configura también una responsabilidad civil, la codificación no desliga los factores subjetivos del dolo y de la culpa.

Como lo venimos señalando, la responsabilidad civil tiene dos regímenes diferenciados, el que regula el resarcimiento del daño causado por la inejecución de las obligaciones contractuales que vinculan al autor y la víctima y el que regula la indemnización por el evento dañoso que se constituye en la causa generatriz de la relación jurídica que emerge entre el autor y la víctima. La responsabilidad civil como sistema abarca ambos regímenes, mas, por lo general, ésta tiene énfasis en su referencia a la responsabilidad extracontractual, que ha llegado a ser considerada como la «única» responsabilidad civil. Por ello, y pese a la diferenciación legislativa del tratamiento dispensado por la codificación, la doctrina busca su unificación y esta búsqueda, a nuestro criterio, robustece a la responsabilidad civil como teoría y como sistema.

Si se atiende a la etimología de la responsabilidad, conforme a lo expuesto anteriormente, puede inferirse que la locución proviene del incumplimiento de lo prometido o de la violación de un deber jurídico, de lo que se colige que en su origen romanista el Derecho no hizo ninguna diferenciación, pues era calificada de manera objetiva tanto en los hechos previstos en la Ley de las XII Tablas como en los de la *Lex Aquilia*, y que sólo al irse especificando el tratamiento de la inejecución de las obligaciones convencionales se introdujo el factor subjetivo de la culpa. A este respecto, es conveniente acotar también las características con las que se produce la recepción en el Derecho francés y la posición crítica asumida por la Pandectística germana.

Pero es un hecho histórico el desenvolvimiento que tiene la responsabilidad civil en el Derecho francés y su irradiación diferenciada. Sin embargo, pese a las innegables diferencias que recibe como responsabilidad contractual y como responsabilidad extracontractual ya mantenida inveteradamente por la codificación civil, la doctrina admite que ambas pueden concurrir ante un mismo supuesto de hecho, configurando un «concurso» o una «acumulación» que permita a la víctima del daño optar entre una y otra para el ejercicio de la pretensión

indemnizatoria, mas no, desde luego, para el efecto de obtener dos indemnizaciones.

La «acumulación» o «concurso» de ambos órdenes de responsabilidad, que tiene acogimiento en la doctrina[17], se invoca para sostener la unidad de la responsabilidad civil. Este criterio unitarista se funda en que ambas constituyen una sola fuente generadora de la obligación de reparar el daño, la que se origina porque no se ejecuta un contrato o porque un hecho imprudente la genera, produciéndose en ambos casos la violación del deber jurídico del *neminen laedere*, el deber de no causar daño, siendo éste el deber fundamental y que sintetiza a los demás deberes.

Se atribuye a Lefebvre, según apunte de Trazegnies[18], haber sido el primero en plantear la unidad de la responsabilidad civil y sostener que es una sola porque la obligación de reparar el daño nace de la ley, tal como en la responsabilidad extracontractual, y no de la convención entre las partes, como se cree respecto de la responsabilidad contractual, pues en ésta la responsabilidad nace también cuando se infiere el daño. La reparación del daño en uno y otro caso es por mandato de la ley, pues en la responsabilidad contractual la obligación convencional incumplida es la que legalmente se ordena reparar, de lo que se colige que ambas responsabilidades tienen una fuente común, que es la ley, y el mismo fundamento, que es el daño. Es la ley la que históricamente impuso la obligación del resarcimiento o reparación del daño, desde que de la etapa de la venganza privada se llega a la etapa de la compensación, como ya lo hemos indicado, máxime si a esta etapa la marca la aparición del Estado.

Los Mazeaud, consecuentes con su posición unitarista, en defensa, precisamente, de la unidad de la responsabilidad civil, afirman que ésta nace de la violación de una obligación contractual o legal cuyo conocimiento previo es indispensable para establecer si la obligación que acarrea la responsabilidad está referida a una «obligación determinada» o a una «obligación general de prudencia y diligencia»[19], que, en ambos casos viene a ser el deber jurídico del *neminen laedere* que impone la abstención de un comportamiento lesivo o dañoso para los demás.

17 Vide, Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1995; Jorge Bustamante Alsina, *op. cit.*; Mazeaud, Henri, León y Jean, *op. cit.*; y de José Aguiar Dias. *op. cit.*

18 *Op. cit.* T.II. p. 144.

19 *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. II, p. 10 y ss.

La tesis unitarista de la responsabilidad civil ha llegado a plantear la absorción de la responsabilidad contractual por la extracontractual para que ésta sea la «única» responsabilidad civil, en razón de que se incurre en ella por el incumplimiento de los contratos y, como consecuencia, deviene la obligación de reparar el daño causado mediante una nueva obligación que es extracontractual, pues no tiene su origen en la convención o en el contrato sino que se genera por mandato de la ley.

La unidad de la responsabilidad civil tiene también el sustento que le da la doctrina que plantea la formulación de una teoría general del resarcimiento[20] aplicable de manera uniforme tanto a la contractual como a la extracontractual y es alentada también con la formulación de un Derecho de Daños, que abarca la problemática de ambos órdenes de responsabilidad y que permite, por esa vía, superar la dualidad tradicional.

El planteamiento unitarista no sólo plantea la superación de la tradicional bifurcación de la responsabilidad civil sino también la incorporación al sistema unificado, sin hesitaciones, de algunas responsabilidades que no tienen ubicación clara entre una y otra, como la llamada responsabilidad precontractual, que es la que sobreviene por la ruptura de las tratativas durante el período de formación del consentimiento para arribar al contrato, o, la responsabilidad por incumplimiento de promesa de matrimonio, pese a que tal promesa no obliga a contraerlo, o, la que sobreviene por la ejecución lícita de obras que causan daño a las propiedades vecinas, o, por último, pues no tratamos de ser exhaustivos, la que puede derivarse del ejercicio de servidumbres convencionales o legales. Estas responsabilidades han sido soslayadas por la dicotomía tradicional y, al no tener tratamiento legislativo, la doctrina las ubica arbitrariamente dentro de una u otra.

La unidad de la responsabilidad civil, como acabamos de indicar, no sólo aglutina los diversos hechos que la pueden generar sino que también amplía su espectro conceptual, pues dentro de ella tienen cabida, además de la antijuricidad y la ilicitud, los hechos lícitos que pueden generarla. De ahí también, que algunos propugnadores de la unidad de la responsabilidad civil encuentren en el daño su factor coadyuvante, pues lo que interesa a la responsabilidad civil, como teoría y como sistema, es la reparación del daño, con prevalencia de la víctima respecto del autor.

20 Eduardo Bonasi Benucci, *La Responsabilidad Civil.* Bosch. Barcelona, 1958, p. 8 y ss.

La conceptuación del daño como factor determinante de la responsabilidad civil ha llevado a la doctrina, por eso, a ampliar el espectro del daño considerando aspectos que la doctrina clásica no había percibido, como, por ejemplo, el daño a los derecho de la persona humana en cuanto tal, como la violación de su derecho a la intimidad de la vida familiar o a la imagen, o el llamado daño a la persona en sus diversas facetas.

Nosotros tomamos partido por la unidad de la responsabilidad civil y creemos que debe ser estudiada en un plano único y que las reformas en la codificación civil se orienten en este sentido. Las diferencias existentes en los dos aspectos con los que es tratada por la actual codificación civil no son, a nuestro juicio, fundamentales. La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se funda en acciones y en omisiones, porque tanto la una como la otra resultan de la violación de obligaciones de hacer o de dar, o de obligaciones de no hacer. No debe perderse de vista que ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico del *neminen laedere*.

Nuestra posición unitarista la fundamos en el daño, como factor determinante de la responsabilidad, y en el nexo causal, esto es, en la relación de causalidad respecto del *eventus damni* y del sujeto al que se imputa la responsabilidad y queda obligado a la indemnización. Con este fundamento tomamos distancia en cuanto a la unidad de la responsabilidad civil basada en la culpa.

La unidad de la responsabilidad civil, por último, la robustece y la reafirma como sistema y, con este impulso, continuará siendo la gran vedette del Derecho, como alguna vez la calificó Josserand, el célebre profesor de Lyon.

Divorcio ¿remedio en el Perú?

Carmen Julia Cabello Matamala

1. Divorcio: Definición

Por el divorcio, a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Procede por las causales expresamente establecidas en la ley, debiendo los hechos que la constituyen ocurrir con posterioridad al perfeccionamiento del matrimonio, ya que, como lo distingue el maestro Planiol de lo que se trata es de la disolución de un matrimonio válido, en caso contrario, estaríamos incursos en otra institución: la invalidez matrimonial.

El divorcio al igual que la separación de cuerpos, debe ser declarado judicialmente; a modo de excepción, algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón por los Municipios locales.[1]

2. Vías legales para acceder a la separación de cuerpos y divorcio en el Perú

La separación de cuerpos puede ser demandada por cualquiera de las doce causales previstas en el Art. 333° del Código Civil, numerales 1° al 12°. Acreditados los requerimientos de la causal, la sentencia que se

1 Ley Koseki (Ley del Registro Familiar).

dicte en dichos casos mantiene vigente el vínculo matrimonial, lo que hace es declarar la separación de los cónyuges, suspendiendo los deberes de mesa, lecho y habitación, no afectando la obligación alimentaria que se deben recíprocamente. Por la separación de cuerpos fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Asimismo, la separación de cuerpos puede ser solicitada convencionalmente (inc.13° del Art. 333° del C.C.). Se requiere para ello el pedido de ambos cónyuges, y que hayan transcurrido por lo menos dos años de celebrado el matrimonio.

En el caso del divorcio se accede a éste directamente, mediante una demanda de divorcio absoluto, para lo cual deberá invocarse cualquiera de las doce causales ya acotadas. Acreditada cualquiera de éstas, la sentencia disuelve de manera inmediata y total el vínculo matrimonial.

Una forma mediata de obtener el divorcio es solicitar una vez transcurrido seis meses de la declaración de la separación de cuerpos la conversión a divorcio, derecho que puede ejercer cualquiera de los cónyuges en el caso de separación convencional y de la causal de separación de hecho, similar derecho corresponderá al inocente en las demás causales.

No obstante lo expresado existe un precedente judicial que amparó que el cónyuge culpable de la separación pueda solicitar la conversión, por cuanto no puede admitirse la omisión abusiva de un derecho.[2]

En materia de conversión debemos proponer una observación inicial, máxime teniendo en cuenta las últimas modificaciones introducidas en el régimen legal del divorcio, por cuanto desde la perspectiva de las causales de carácter remedio, no corresponde la determinación de responsables esto es inocentes y culpables. Al respecto, podríamos cuestionarnos qué ocurre en el legal, aunque eventual supuesto que se demandara sólo la separación de cuerpos por la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal, el cónyuge emplazado por esta causal no está considerado expresamente como solicitante de la conversión en la modificación introducida en el Art. 354° del C.C., por tanto no estaría en aptitud de solicitar posteriormente el divorcio, recibiendo aparentemente un tratamiento similar para estos efectos de cónyuge culpable por causal específica.

2 Expediente N° 1025-93. Resolución Suprema de fecha 20 de mayo de 1994.

3. Sistemas de separación personal y divorcio vincular

Son dos los sistemas imperantes en la legislación universal: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

La diferencia sustancial entre ambos reside en que en el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa del divorcio, mientras que el divorcio remedio entiende que el conflicto es en sí mismo la causa del divorcio, sin que interese las causas o responsables del conflicto.

Al divorcio sancionador se le denomina también subjetivo o de culpa de uno de los cónyuges. En tanto, el divorcio remedio o de causales objetivas, se sustenta en la ruptura de la vida matrimonial, que se verifica a través del acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, a la que se le denomina divorcio quiebre.

4. Sistema divorcista peruano

El Código Civil de 1984, mantuvo el sistema de divorcio restringido de la legislación civil precedente, si bien optaba por un sistema mixto al admitir el divorcio remedio a través de la separación convencional como precedente para el divorcio, las causales establecidas eran en su mayoría de carácter culposo, inculpatorio, que tenían como fundamento el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, de ahí, era clara su comprensión sancionadora no sólo para la determinación de la declaración de disolución del vínculo matrimonial, sino también para la regulación de los efectos personales, paterno filiales y patrimoniales del divorcio.

Mediante la Ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan modificaciones sustanciales al sistema, precisando algunos cambios en las causales ya existentes, pero sobre todo al introducir dos causales de divorcio, las previstas en el numeral 11° y 12° del Art. 333° del C.C., esto es la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad y cuatro si los tienen; así como la de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se trata de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propios del sistema divorcio remedio, en su modalidad de cau-

sal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

Cabe señalar que si bien, el carácter mixto de nuestro sistema, evidentemente se ha flexibilizado facilitando los divorcios, la gran pregunta a plantearse es si la actual legislación, tal y como su mixtura la presenta permite su comprensión tendiente al divorcio remedio pleno, conduciéndonos a puntos cercanos al otro extremo del péndulo divorcista. Preliminarmente pensamos que ello es discutible, máxime si el legislador ha conservado las causales subjetivas tradicionales, adicionando las ya mencionadas y ha regulado de manera reparatoria los efectos personales y patrimoniales de la conclusión del vínculo.

Al respecto, el análisis de la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal como causal inculpatoria genérica o como causal quiebre de sistemas divorcistas remedio, será materia de la comprensión que de ella haga la judicatura, a quien le corresponderá fijar los criterios y alcances para su configuración, así como de la propia causal de separación de hecho, cuya objetividad se proclama, pero cuyo requisito de admisibilidad, supuesto de improcedencia y eventual exigencia de probanza por sus efectos también patrimoniales, la dificultarían desde una perspectiva facilista del divorcio.

Reflexiones como las precedentes motivan algunos cuestionamientos respecto a la aplicación de las novísimas modificaciones al régimen legal de divorcio, y si éstas efectivamente van a conducir en nuestra realidad a una apertura indiscriminada de la institución, posesionándose los dos nuevos supuestos del «mercado de causales» desplazando en la práctica a las causales tradicionales, incluyendo a la convención entre los cónyuges, de ocurrir ello éstas podrían en su conjunto ir progresivamente quedando rezagadas a su mera mención legal.

5. Modificaciones al régimen legal de divorcio

5.1 La injuria grave

Las recientes modificaciones legislativas han precisado en la causal de *injuria grave*, que la ofensa que ella importa debe hacer insoportable la vida en común, no obstante la precisión legal cabe señalar que la jurisprudencia nacional al calificar dicha causal consideraba su gravedad precisamente

como la imposibilidad de hacer vida en común, evidenciada a través de criterios tales como la reiterancia de la ofensa, su publicidad, etc., por lo que dicha modificación no representa en términos de impacto en la práctica judicial una exigencia mayor para su configuración, máxime si de otro lado consideramos que actualmente se cuenta con una causal genérica limítrofe como lo es la imposibilidad de hacer vida en común.

Este factor es considerado en casi todas las legislaciones que prevén la causal, así la jurisprudencia española ameritándolo, ha sostenido:

> «Si la jurisprudencia anterior había declarado que no basta, para poder afirmar que existe una conducta injuriosa y vejatoria, alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro, sin que tenga entidad un simple acto de maltratamiento de obra no reiterado, y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, no cabe desconocer que la vigente normativa, aún sin poner su acento en la intencionalidad del cónyuge infractor sino en el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte, requiere la nota de gravedad o, si se trata de un ilícito leve, la reiteración, modalidades ambos cuyos elementos de definidores no concurren en el caso presente» (S. de 10 de febrero de 1963. R. Jur. 959).[3]

En nuestro país se ha tenido en cuenta para considerar la gravedad de la ofensa, criterios como los siguientes:

Reiterancia en los agravios:

Lafaille expresa que podría conceptuarse grave cuando la injuria es «repetida» y no tiene otro fin que el de causar un daño moral a la persona del injuriado.[4]

Los Tribunales se han detenido a considerar si la injuria como justificante de la demanda de divorcio, tendrá que «examinar si se trata de un caso aislado o de un hábito perverso» entre otras condiciones.[5]

---

3 F. Javier García Gil. *Jurisprudencia Familiar y Sucesoria*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1992, p. 165.

4 Citado por José García Salazar, en *Revista Jurídica del Perú*, Nos. I-II, Enero-Junio de 1958, p. 26.

5 Ejecutoria Suprema del 22 de julio de 1954, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N°134, marzo de 1955, pp. 1839-1841.

Publicidad en la expresión:

Otro elemento que se tiene en cuenta para determinar la gravedad de la ofensa, es su «publicidad». La publicidad resulta de esta manera importante, será constitutiva de la causal en ciertos casos, mientras que en otros favorece su probanza, ya que hay determinados hechos o actitudes que siendo privados no por ello dejan de ser altamente injuriosos, el problema será tratar de acreditarlos.

Las calidades personales de los cónyuges:

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 29 de abril de 1997, declaró que únicamente en la causal de injuria grave los jueces deberán ameritar la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges en la apreciación del hecho para admitir o no la configuración de la causal.

5.2 El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

En esta causal se ha incorporado inexplicablemente en el literal de la causal a decir del texto modificatorio: el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, **salvo lo dispuesto en el artículo 347°.**

El artículo 347° hace referencia a un supuesto de aplicación propio de un sistema sancionador *numerus clausus* en el que al no incorporarse la enfermedad mental o la contagiosa distinta a la enfermedad venérea como causal de separación de cuerpos o divorcio, el cónyuge que no podía accionar por estas causales no previstas, le correspondía únicamente en virtud a dicho dispositivo solicitar la suspensión del deber de cohabitación quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales.

Al contemplarse actualmente causales genéricas de separación y divorcio alguno de estos supuestos podría incluirse y por lo tanto delimitar su aplicación sólo a aquellos casos en que expresamente el perjudicado con la anomalía de su cónyuge deseando conservar el vínculo matrimonial sólo pretende la suspensión del deber de cohabitación.

En este contexto, es incoherente que se le impida accionar por la causal de toxicomanía al cónyuge que no optó inicialmente por el divorcio o la separación de cuerpos, sino que viéndose afectado por la enfermedad del cónyuge que seguramente ha deteriorado sus facultades

mentales, prefirió suspender temporalmente su deber de cohabitación, para posteriormente tomar la decisión de demandar el decaimiento o disolución de su vínculo matrimonial. Resulta como es evidente, necesaria su pronta corrección legal.

5.3 La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

a) Definición:

El inciso 8 del Art. 333° del C.C. que consideraba como causal la enfermedad venérea grave contraída después de celebrar el matrimonio, ha sido modificada, introduciéndose la moderna terminología de **enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio,** concepto que incorpora tanto los supuestos patológicos anteriormente regulados en la versión original de la causal, como también el SIDA o síndrome de inmuno deficiencia adquirida.

b) Caracteres:

Al respecto, cabe preguntarse si el SIDA es en todo supuesto causal para declarar el divorcio, o para serlo debe haber sido contraído de modo culposo por efecto de relaciones sexuales extramatrimoniales, las posiciones son divergentes, un sector considera que tratándose de una causal inculpatoria, debe proceder por causa imputable al cónyuge exceptuándose en tal caso, los supuestos de enfermedad como consecuencia de transfusión sanguínea, accidente laboral o relación sexual no consentida, debiendo imperar por tanto el deber de asistencia y auxilio recíproco que se deben los cónyuges. De otro lado, la posición divergente amerita que esta causal no sanciona la causa que da origen a la enfermedad, pues para ello, se preceptúan otras causales, tales como adulterio, conducta deshonrosa o la homosexualidad sobreviniente al matrimonio, y que por tanto, esta es una causal remedio en atención al hecho objetivo de la imposibilidad de vida conyugal en razón del peligro de salud que afecta al cónyuge y la prole, manteniéndose un razonamiento similar al que sustentaba esta causal en su fórmula original.

c) Caducidad:

No caduca en tanto subsistan los hechos que le den lugar. Con relación a las enfermedades venéreas tradicionales, éstas son curables y por

lo tanto susceptibles de caducar, lo que no ocurre con el SIDA, frente al cual su intervención de mantenimiento e imposibilidad actual de curación la tornan siempre expedita.

5.4 La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

a) Definición:

Es en los últimos debates parlamentarios que precedieron la promulgación de la Ley N° 27495, que se introdujo la discusión respecto a esta causal bajo la denominación de incompatibilidad de caracteres, finalmente la propuesta fue incorporada como la imposibilidad de hacer vida en común.

Dicha acotación resulta pertinente al tratar de definir la causal en cuestión, a efectos de conceptualizarla como una causal genérica de divorcio quiebre, dentro del enfoque de divorcio remedio como lo sugiere su propuesta original, supuesto en el que no se distingue responsables, o de causal inculpatoria genérica para lo cual resulta necesario la invocación por el cónyuge agraviado de un hecho o conducta no cometidos por él y que siendo incompatibles con los deberes conyugales, imposibilitan efectivamente la vida en común.

Pareciera que el sistema mixto que presenta nuestra legislación, a través de las modificaciones operadas en el régimen, conducen a definirla desde la segunda perspectiva, más aún si como lo señaláramos líneas atrás la propia ley no le ha dado un tratamiento distinto al de causal inculpatoria, para efectos de la solicitud de conversión, y no la ha exonerado de la invocación del hecho propio exigido para todas las causales por el numeral 335 del C.C., como si se ha hecho expresamente con la causal de separación de hecho.

Abundan para dicha consideración observar la regulación de dos efectos fundamentales de la disolución del vínculo matrimonial por esta causal, como: la fijación de alimentos y la determinación de la patria potestad.

Con relación al primero, la ley no le distingue un tratamiento propio como en la causal de separación de hecho, en la que si bien no se habla de cónyuge inocente se trata de identificar al cónyuge perjudicado a quién se le protegerá entre otros con una pensión de alimentos, en la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal al no tener en este aspec-

to tratamiento adicional deberá asimilarse su regulación a lo dispuesto por norma general en el Art. 350° del C.C. cesando la obligación por el divorcio, salvo que el **inocente** no tuviera los bienes propios, gananciales suficientes, o esté imposibilitado de trabajar, inocencia que es establecida en la sentencia al determinarse al culpable de la causal, lo que no es posible en una causal divorcio quiebre en donde la regulación de los alimentos y otras consecuencias del divorcio son establecidas atendiendo criterios objetivos de carácter general, temporal o permanente como lo es la necesidad de cualquiera de ellos.(Ver artículos 49º al 63º del Código de la Familia de Cuba).

Por tanto, en los procesos por esta causal la disyuntiva a plantearse será de conceptualizarse como una causal remedio, no existiendo un inocente y un culpable de la misma no resulta aplicable el primer párrafo del Art. 350° del C.C en lo que respecta a la fijación de alimentos al cónyuge inocente, por tanto disuelto el vínculo matrimonial cesa la obligación alimentaria para ambos sin excepciones, quedando sólo expedito el supuesto extremo de la indigencia frente al cual incluso el culpable puede acceder a una pensión alimenticia. De otro lado, de mantenerse la lógica inculpatoria en esta causal el cónyuge demandante será acreedor alimentario cuando estableciéndose la culpabilidad del otro en el proceso así se le declare en la sentencia de divorcio y se verifique además cualquiera de los supuestos de necesidad que exige la ley.

Similar posición sancionadora en esta causal se plantearía en el señalamiento de la patria potestad, al respecto tomando nuevamente como referente la otra causal innovadora, en el caso de la separación de hecho el dispositivo modificatorio aunque deficientemente debemos entender da un tratamiento similar de carácter remedio a lo concerniente al ejercicio de la patria potestad. Se dispone modificar el Art. 345° del C.C. y señala que resultan aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340° último párrafo y 341° del C.C., las mismas que refieren que el padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos, quedando el otro suspendido en el ejercicio. Olvidó el legislador que a la fecha de la dación de la norma de divorcio se encontraba vigente la modificación del Código de los niños y adolescentes, que ya distinguía en los Arts 75° y 76° los supuestos de divorcio y separación de cuerpos por causal específica de la separación convencional, sancionando en el primer caso a uno de los padres con la suspensión de la patria

potestad, mientras que en el otro establece que ambos padres ejercen la patria potestad siendo encargada sólo la tenencia a uno de ellos. Teniendo en cuenta la *ratio legis* del dispositivo modificatorio que pretende equiparar para efectos de las relaciones paterno filiales como causales de divorcio remedio a la separación convencional y la separación de hecho, resulta de aplicación el acotado Art. 76 vigente y que ha modificado lo contenido por el Art. 340° del C.C. Por tanto, en la causal de separación de hecho al igual que en la separación convencional y divorcio ulterior ambos padres conservan la patria potestad, encargándosele la tenencia, como uno de sus atributos a uno de los padres conservando el otro los demás derechos y atribuciones de cuidado, asistencia, orientación, vigilancia personal y patrimonial inherentes al ejercicio de la patria potestad.

El razonamiento precedente nos lleva a formularnos la siguiente crucial interrogante, cómo deberá resolver el juzgador en un proceso de separación de cuerpos o divorcio por la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal, al tener que señalar por imperio de la ley el régimen de patria potestad al amparar la pretensión principal por esta causal. Podrá conceptualizarla como una causal divorcio remedio y por tanto al igual que en los otros dos casos disponer que ambos padres conserven la patria potestad entregándole la tenencia a uno de ellos o en la lógica sancionadora del divorcio inculpatorio adicionará esta sanción al cónyuge culpable suspendiéndolo de la patria potestad, parece injusto aplicar este razonamiento a un supuesto que gestado como incompatibilidad de caracteres, pueda limitar en su vigencia un aspecto de tanta trascendencia como es la regulación de la relación paterno filial.

Por ello la regulación de las relaciones paterno filiales, por efecto del divorcio, no puede seguirse involucrando en los enfoques pendulares de divorcio sancionador o de remedio, cuya lógica en cada caso es respetable y opinable, pero que en verdad nos lleva a situaciones incoherentes como la descrita en el párrafo precedente. La causal de imposibilidad de hacer vida conyugal en nuestra legislación cuyo sistema divorcista es mixto, es por negación un ejemplo que en materia de patria potestad, nos permite ubicar las relaciones en su lugar. Al respecto la opción restringida o libre al divorcio, debe conducir en todo caso a la regulación de la relación conyugal, y ésta debe respetar la naturaleza y características propias de la relación paterno filial, los niños y adolescentes son **sujetos de derecho** y no objetos de «protección», porque al fin y al cabo

como objetos forman parte del caudal conyugal, y llegada la liquidación son materia de adjudicación. La suspensión de la patria potestad es una sanción ante el incumplimiento o transgresión de obligaciones paterno filiales y éstas no necesariamente pueden verse afectadas por la falta conyugal imputable al padre o madre emplazado, por lo que resulta recomendable, que la legislación comprendiendo ello no establezca como causal de suspensión de la patria potestad la declaración de separación de cuerpos o divorcio por causal, dándole a este tema un trato equitativo para todas las causales tanto para las remedio como para las culposas, mas aún si consideramos que en el mundo fáctico, en ambas se expresan conflictos conyugales similares.

De incurrir alguno de los cónyuges en transgresión de sus obligaciones paterno filiales, como consecuencia o de modo concurrente a la comisión de falta conyugal, ésta debe dar mérito a la pretensión acumulable de suspensión de la patria potestad, en caso contrario, en materia de divorcio y decaimiento del vínculo conyugal la patria potestad deben ejercerla ambos cónyuges, encargando el juez la tenencia a uno de ellos, de ese modo nos evitaríamos incomprensiones como las que nos plantea la causal de imposibilidad de hacer vida conyugal y en muchos casos excesos al sancionar a padres o madres con la suspensión de la patria potestad de hijos que los aman y que tienen derecho a ser cuidados, orientados por ambos padres, y que decisiones tan elementales como el colegio en que se van educar u otras como una autorización de viaje o la administración de sus bienes deben compartirla ambos padres con quienes guardan una relación paterno filial promedio.

b) Criterios para su evaluación

Para la calificación de esta causal resulta pertinente considerar:

- La no invocación de hecho propio.- Al respecto, el inc. 12 del Art. 333° del C.C. establece a modo de excepción que sólo en la causal de separación de hecho no resulta aplicable lo dispuesto por el Art. 335° del acotado, esto es la prohibición de la invocación del hecho propio por el cónyuge a quien se le atribuye la falta conyugal, por lo tanto no pudiéndose interpretar extensivamente las normas de carácter restrictivo, dicha condición se encuentra vigente para la causal de imposibilidad de hacer vida en común.
- Que los hechos alegados verifiquen en el proceso la afectación de la vida personal y/o conyugal del peticionante.- Corresponde al juzga-

dor de acuerdo a lo actuado en el proceso estar en condiciones de verificar el estado de infelicidad de los cónyuges, por efecto del hecho imputable al otro consorte, debiendo ser ello argumentado en la decisión judicial, al representar el sustento de la perturbación social que amerita legalmente la disolución del vínculo matrimonial.

- Razonabilidad de los hechos alegados.- Los hechos demostrados deben revestir la gravedad y magnitud suficiente que ameriten el divorcio. Ello supone de acuerdo a la naturaleza de los hechos que se evalúe la reiterancia en su ocurrencia o su permanencia.
- Los hechos invocados no deben incorporarse dentro de las otras causales.- Al haber mantenido el sistema las causales tradicionales de decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, encontrándose legalmente distinguidas deben incorporarse en esta causal supuestos no asimilables a las causales precedentes. Delimitación particularmente fronteriza si consideramos la cobertura que brinda la causal de injuria grave.
- Plazo mínimo de vida en común.- El juzgador merituará al considerar la razonabilidad del pedido la duración del matrimonio cuya disolución se solicita, por cuanto una semana o un mes de su celebración no resultan suficientes para merituar que el hecho invocado imposibilite la vida en común. Su trascendencia reflejará su ocasionalidad, o correspondencia a un proceso de adaptación marital.
- Imposibilidad de hacer vida en común o reanudar la vida en común.- Consideramos que al igual que en la causal de conducta deshonrosa, la jurisprudencia no debe requerir como elemento configurativo de la misma que al demandarse la causal los cónyuges vivan juntos, ameritándose la imposibilidad de hacer vida en común también ante la imposibilidad de reanudarla. Sea el caso del cónyuge que demanda el divorcio por el estado de esquizofrenia paranoide que padece su consorte, que incluso puede estar internado en un centro de salud.
- Actualidad de la falta conyugal invocada.- No habiéndose establecido plazo de caducidad respecto a la ocurrencia de los hechos que imposibilitan la vida en común resulta razonable que se trate de hechos vigentes, no pudiéndose invocar aquellos que han concluido en un pasado aceptado por el afectado.

b) Caducidad:

El Art. 339° del Código Civil establece los plazos de caducidad para cada causal, no habiendo sido éste modificado por la Ley N° 27495, y considerándose que los plazos de caducidad los fija la ley, tal como lo preceptúa el Art. 2004° del acotado, resulta pertinente a efectos de impedir el ejercicio abusivo de un derecho, requerir que los hechos invocados para efectos de la causal subsistan al momento de ser demandados.

5.5 La separacion de hecho de los cónyuges

a) Definición:

Nuestra legislación ha introducido en el inc. 12 del Art. 333° del C.C., la muy debatida causal de separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

Tras más de diez años de reiteradas propuestas legislativas, se ha incorporado en nuestro régimen legal de divorcio la reconocida causal objetiva, propia del sistema divorcio remedio esta es la separación de hecho, que modificando sustancialmente la lógica imperante en el sistema admite la invocación del hecho propio para dar mérito al divorcio, en tanto dentro de su racionalidad atiende al efecto de ruptura matrimonial de hecho evidenciada en la separación prolongada de los cónyuges y no a sus causas.

Es necesario distinguir en la causal de **separación de hecho**, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión o mejor aún difusión como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatorio para la regulación de sus efectos. Tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger, pero que antes tendrá que reconocer en el proceso, pero no a partir de un acto de buena voluntad sino que procesalmente requiere reconvención y debate probatorio que determinen al perjudicado ¿inocente?, el perjuicio y la reparación en su quantum y forma.

b) Elementos de la causal:

1. Elemento objetivo: Cese efectivo de la vida conyugal, Apartamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos. Incumplimiento del deber de cohabitación.

2. Elemento subjetivo: Intención de interrumpir la convivencia mediante la separación, por tanto no se amerita la causal cuando es por efecto de cuestiones laborales, requiriéndose el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges, acotándolo así el propio texto legal modificatorio, en su parte final.
3. Elemento temporal: Se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Si bien, al igual que en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal se configuran tres elementos constitutivos de la misma, éstos difieren sustancialmente:

Con relación al primero, cabe señalar respecto al cónyuge que puede invocarla, que indistintamente cualquiera de los cónyuges puede demandarla, ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en ésta por acuerdo con su cónyuge, como también se admite su invocación por el responsable de la separación, esto es por quien se fue, radicando en este aspecto la nota distintiva de causal objetiva de divorcio remedio.

Otra nota que distingue, el elemento material de la causal objetiva se ubica en un supuesto que antes se encontraba excluido de la causal culposa, el eventual aunque existente caso de los cónyuges que por diversos motivos no habían constituido casa conyugal, porque siempre habían vivido separados por razones económicas, estudios, viaje, etc. y que de acuerdo al régimen anterior sus pretensiones de divorcio por dicha causal eran declaradas improcedentes, en tanto hoy, la sola separación de hecho de los cónyuges con prescindencia de la probanza de la casa conyugal permite la configuración de este elemento. Aspecto distinto será el vinculado a la verificación del cónyuge perjudicado, para lo cual resulta fundamental identificar la casa conyugal, a efecto de reconocer al cónyuge abandonado,

En cuanto al elemento subjetivo, las divergentes posiciones judiciales en cuanto a la probanza o la inversión de la carga de la prueba de la intención deliberada de sustraerse de las obligaciones conyugales, que conduce al cónyuge emplazado a acreditar las razones que justifican su apartamiento, y el no hacerlo permite presumir la intención de transgredir las obligaciones conyugales, deberían quedar postergadas en la

nueva causal, ante la comprensión legal de que la tolerancia por parte de ambos cónyuges de la situación de hecho, pone de manifiesto su falta de voluntad para hacer vida en común, y por lo tanto para efectos de la disolución del vínculo, hay una suerte de consentimiento tácito o expreso para admitir una nueva situación conyugal.

No obstante, lo expresado como característica propia de una causal objetiva como lo sería la separación de hecho, la ley en su tercera disposición complementaria y transitoria señala que para los efectos de la aplicación del inciso 12 del Art. 333° del C.C. no se considerará separación de hecho y por tanto es causal de improcedencia de la causal, que la separación se haya producido por causas laborales, exigiéndose en dicho supuesto el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges.

Hay varios aspectos que ameritan comentarse en esta norma complementaria. El primero es el relativo a la posibilidad de que en un proceso por esta causal se debatan las razones que motivaron el apartamiento, lo que distorsiona su tan anunciado carácter objetivo, que puede hacerlo el emplazado en los dos supuestos que se encuentre, ya sea porque es el cónyuge que se fue y como si se tratara del demandado de la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, ventilaría las razones del mismo, por lo que desde esa perspectiva el cónyuge que permaneció en la casa común estaría en una situación semejante en ambas causales, y de otro lado, si quien invocando hecho propio encuentra un cónyuge emplazado que se niega a divorciarse precisamente al argumentar que el cónyuge demandante se retiro de la casa común por razones laborales y que ha venido cumpliendo satisfactoriamente sus obligaciones alimentarias, acogiéndose en este extremo al supuesto de improcedencia consignado en la ley, defensa que resultaría implicante con la admisión de la invocación del hecho propio.

Otro aspecto que llama la atención, si es que se ha pretendido desobjetivizar la causal es que no se ha contemplado en los supuestos de improcedencia, las razones de salud o honor o peligro de la vida, igualmente comprensibles para la no-configuración de la causal, es de esperarse que ello en aplicación del Art. 289° del C:C. sea resuelto al interpretarse en la práctica judicial.

Con relación al elemento temporal, difiere de la causal culposa no sólo en los plazos en razón de la existencia de hijos menores de edad, sino también en la exigencia de continuidad en la separación, por cuan-

to en lo ininterrumpido del plazo se evidencia la ruptura de hecho con carácter permanente de la relación conyugal.

c) Cónyuge perjudicado:

Aspecto de particular importancia resulta ser la determinación del cónyuge perjudicado, particularmente si consideramos la trascendencia de la fijación de los efectos personales y patrimoniales de la disolución, máxime si tenemos en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, de acuerdo a un criterio no le requerirán que pruebe lo injustificado del abandono, comprendiéndose la inversión de la carga de la prueba de este elemento, mientras que según el otro criterio, se le exigirá que acredite este extremo de lo afirmado. optando de este modo por facilitar su causal.

d) Requisito de admisibilidad de la demanda:

Para invocar la causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Comprendido como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc. La expresión acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras, supone verificar el cumplimiento de ésta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo próximo a la demanda. Establecer ello en la práctica judicial será importante, más aún si consideramos otra posibilidad que hay que calificar, cual es que el demandante no cuente con pruebas del cumplimiento de la prestación, porque no ha requerido ser emplazado judicialmente y no ha tenido la precaución de acopiar los comprobantes de la satisfacción de la obligación y pretende cumplir el requisito de admisibilidad en su sola afirmación, corroborada con la declaración de parte del emplazado o el testimonio de los otros acreedores alimentarios.

e) Fenecimiento del Régimen de Sociedad de Gananciales:

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 319° del C.C. modificado, relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales se establece que en los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Art. 333° del C.C., esto es la causal de abandono injustificado de la casa conyugal y la separación de hecho de los cónyuges se considera que la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho, apartándose de este modo de la regla general aplicable en la materia cual es que el fenecimiento se produce desde la fecha de la notificación de la demanda.

Cambio importante que genera más de una preocupación, que hace requerible una mayor exigencia en la probanza de la causal de separación de hecho y que nos hace dudar seriamente de que por ejemplo la denuncia policial y su subsiguiente constatación pueda tener mayor repercusión como prueba única al igual como ocurre en la causal culposa, ello teniendo en cuenta, que la probanza no sólo va a implicar la verificación de la causal sino además, la determinación de la fecha cierta de fenecimiento de la sociedad de gananciales, y todo lo que ello patrimonialmente involucra, que en casos de esta naturaleza resultan particularmente relevantes, si tenemos en cuenta adicionalmente que ya era muy frecuente en los procesos por abandono injustificado de la casa conyugal que el cónyuge demandante desconozca o afirme desconocer el domicilio del otro consorte y por tanto se continúe el proceso con un curador procesal, situación que no sería extraña se repita en la causal de separación de hecho.

Si la preocupación era que durante la separación de hecho de los cónyuges no se beneficie indebidamente al cónyuge que no aporta con su trabajo o cuidado al hogar, retornando solo a buscar productos en los cuales no contribuyó, para tal efecto ya existía la norma que lo impedía, la prevista en el Art. 324° del C.C. , que no ha sido derogada y que no comprendemos como va a ser en adelante aplicada, si dispone que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación, de lo que se deduce que el inocente u abandonado no los perdería , lo que es incompatible con el actual texto del Art 319°, que sin distinguir entre inocentes y culpables dispone la conclusión del régimen de sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho.

Tal vez lo más saludable si se quería clarificar los alcances y reglas del régimen patrimonial, hubiera sido incorporar como causal de feneci-

miento de la sociedad de gananciales en el Art. 318° la separación de hecho de los cónyuges señalando un plazo legal razonable.

f) Caducidad:

El Art. 339° del Código Civil establece los plazos de caducidad para cada causal, no habiendo sido éste modificado por la Ley 27495, y considerándose que los plazos de caducidad los fija la ley, tal como lo preceptúa el Art. 2004° del acotado, dada la naturaleza de la causal esta se encuentra vigente, en tanto subsista la separación de hecho entre los cónyuges.

6. Reflexión final

Sólo deseamos señalar que observaciones e inquietudes como las compartidas en los párrafos precedentes, representan únicamente parte del gran espacio de discusión que viene provocando el tema. Las conjeturas pueden ser múltiples, la esbozada nos lleva a reflexionar que los tan anunciados cambios legislativos de orden divorcista flexible, y cuya difusión han generado múltiples expectativas, por la indefinición, incoherencia y precipitación en que se han propuesto, legal y fácticamente pueden no tener el efecto previsto. Pareciera que el impacto cataclísmico de una apertura divorcista efectiva no se avizora próxima, para tranquilidad de muchos y preocupación de otros tantos.

La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano*

Dino Carlos Caro Coria

I. Planteamiento

La responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus órganos ofrece tres aspectos problemáticos: 1) La responsabilidad penal de la propia persona jurídica, en tanto agrupación de personas o corporaciones, hay veces con personalidad jurídica; 2) La responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica en los casos de delitos comunes, lo que nos ubica ante el tema de la delincuencia en el marco de estructuras jerárquicamente organizadas o imputación plurisubjetiva; y, 3) la responsabilidad de los órganos en los casos de delitos especiales, en los que las condiciones, cualidades o relaciones exigidas por el tipo concurren en la persona jurídica, pero no en los órganos que la integran, ámbito en el que se otorga relevancia a la actuación «en lugar de otro»[1].

En esta contribución interesa poner de relieve, principalmente, los alcances del debate en torno a la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, teniendo en cuenta su actual importancia en Derecho penal económico y ambiental. Los otros aspectos configuran problemas de imputación personal, propios de la responsabilidad de las personas naturales, que será abordados de modo accesorio.

1 Silva Sánchez. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español». En: Fundamentos de un sistema europeo del DP. Barcelona 1995, p. 357.

II. Crisis del *societas delinquere non potest*

Puede decirse, en general, que los países iberoamericanos siguen siendo partidarios de la no responsabilidad penal de los entes colectivos. Así se aprecia en textos no recientes como el Código Penal argentino de 1921, el Código Penal mexicano de 1931 para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal[2], el Código uruguayo de 1933, el Código de Ecuador de 1938, el de Brasil de 1940, el de Venezuela de 1964, el de Costa Rica de 1970, el Código boliviano de 1972[3], el Código chileno de 1975, el Código de Panamá de 1982 o el de Honduras de 1983. De modo similar se expresan textos más actuales como el Código Penal peruano de 1991[4], el Código Penal español de 1995[5], el Código Penal de El Salvador de 1997, el Código Penal paraguayo de 1997 y el Código Penal colombiano de 2000[6].

2 Según el Art. 11°, «Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública». Con ello se establece un régimen semejante al de las consecuencias accesorias que recogen el CP peruano y el español, Vid. Besares Escobar y otros. DP ambiental. México 2001, p. 82. Antes bien, para Búnster. «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas morales». En: AAVV. *La Ciencia Penal en el umbral de siglo XXI*. Guadalupe 2001, p. 443, «la medidas antedichas no pueden ser sino penas que, si se imponen por el juez, ha de ser previo proceso y de declaración en la sentencia, con las garantías condignas».

3 Ordenado según la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.

4 L.M. Bramont-Arias Torres, *Manual de DP. PG.* Lima 2000, pp. 124-125.

5 Berdugo Gómez de la Torre y otros. *Lecciones de DP. PG.* 2ª ed. Barcelona 1999, pp. 139-140.

6 Bazzani Montoya. «Responsabilidad de las personas jurídicas». En: Cancino/Bacigalupo. *DP Iberoamericano*. Bogotá 2001, p. 193 y ss. Se mantiene la solución del Código de 1980, Vid. Valencia Iragorri. *Delito ecológico*. Ibagué 1996, pp. 22-23. Velásquez Velásquez. *DP. PG.* 3ª ed. Bogotá 1997, p. 354, n. 74, precisa que el Art. 2° de la Ley N° 365 de 1997 introdujo en el Derecho colombiano sanciones penales para las personas jurídicas, «incluso sin probar la comisión de hechos punibles». Antes bien, el Art. 247° B del Código de 1980, introducido por la Ley N° 491 de 13 de enero de 1999, fue declarado inconstitucional por contemplar sanciones para la persona jurídica sobre la base de una responsabilidad presunta.

Sin embargo, de modo excepcional se ha venido adoptando en los últimos años una línea favorable al *societas delinquere potest*, sobre todo a través de la legislación complementaria. De ese modo, la Ley Penal del Ambiente de Venezuela de 3 de enero de 1992 estableció la posibilidad de imponer penas a los propios entes colectivos[7], sin perjuicio de la

7 De los Ríos. *Derecho del ambiente.* Especial referencia a las disposiciones penales. Caracas 1993, pp. 221-222, para quien las múltiples exigencias previstas en esta ley prácticamente harían imposible sancionar a las personas jurídicas.

8 Art. 3°.- «Requisitos de las sanciones a personas jurídicas. Independientemente de la responsabilidad de las personas naturales, las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente ley, en los casos en que el hecho punible descrito de ésta haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente».

Art. 4°.- «Responsabilidad del representante. Cuando los hechos punibles fueran cometidos por los gerentes administradores o directores de personas jurídicas, actuando a nombre o representación de éstas, aquéllos responderán de acuerdo a su participación culpable y recaerán sobre las personas jurídicas las sanciones que se especifican en esta Ley».

Art. 5°.- «Sanciones a personas naturales. Las sanciones serán principales y accesorias. Las sanciones principales son:

1. La prisión.
2. El arresto.
3. La multa.
4. Los trabajos comunitarios.

La pena de trabajo comunitario consiste en la obligación impuesta al reo de realizar, durante el tiempo de la condena, labores en beneficio de la comunidad, que indicará el juez, quien tendrá presente para tal fin la capacitación de aquél y, en todo caso, sin menoscabo de la dignidad personal.

Esta pena podrá ser impuesta en sustitución de la de arresto en los casos de que el juez lo estimare conveniente, atendidas la personalidad del procesado y la mayor o menor gravedad del hecho.

Son sanciones accesorias, que se aplicarán a juicio del tribunal:

1. La inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos, hasta por dos (2) años después de cumplirse la pena principal, cuando se trate de hechos punibles cometidos por funcionarios públicos;
2. La inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte o industria, hasta por un (1) año después de cumplida la sanción principal, cuando el delito haya sido cometido por el condenado con abuso de su industria, profesión o arte, o con violación de alguno de los deberes que le sean inherentes;
3. La publicación de la sentencia, a expensas del condenado, en un órgano de prensa de circulación nacional;

responsabilidad de sus órganos[8] [9]. A su vez, la Ley brasilera N° 9.605 de

4. La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias, materiales, instrumentos u objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta, y susceptibles de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas;
5. La suspensión del permiso o autorización con que se hubiese actuado hasta por un lapso de dos (2) años, de cumplida la sanción principal;
6. La suspensión del ejercicio de cargos directivos y de representación en personas jurídicas hasta por tres (3) años, después de cumplida la pena principal; y
7. La prohibición de contratar con la Administración Pública hasta por un lapso de tres (3) años, después de cumplida la sanción principal.

Es necesariamente accesoria a otra pena principal, el comiso de equipos, instrumentos, sustancias u objetos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a un tercero ajeno al hecho; y de los efectos de que él provengan.

Los objetos e instrumentos decomisados se venderán, si son de lícito comercio, y su producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado».

Art. 6°.- «Sanciones a personas jurídicas. La sanción aplicable a las personas jurídicas por los hechos punibles cometidos, en las condiciones señaladas en el articulo 3° de esta Ley, será la de multa establecida para el respectivo delito, y atendida la gravedad del daño causado, la prohibición por un lapso de tres (3) meses a tres (3) años de la actividad origen de la contaminación.

Si el daño causado fuera gravísimo, además de la multa, la sanción será la clausura de la fábrica o establecimiento o la prohibición definitiva de la actividad de origen de la contaminación, a juicio del juez.

El Tribunal podrá, así mismo, imponer a la persona jurídica, de acuerdo a las circunstancias del hecho que se haya cometido, alguna o algunas de las siguientes sanciones:
1. La publicación de la sentencia a expensas del condenado, en un órgano de prensa de circulación nacional;
2. La obligación de destruir, neutralizar o tratar las sustancias materiales, instrumentos u objetos fabricados, importados u ofrecidos en venta, y susceptibles de ocasionar daños al ambiente o a la salud de las personas;
3. La suspensión del permiso o autorización con que se hubiese actuado, hasta por un lapso de dos (2) años; y
4. La prohibición de contratar con la Administración Pública hasta por un lapso de tres (3) años».

9 Ya el Art. 4° del Proyecto de Ley de Protección Penal de Ambiente de Venezuela de 1981 había previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas: «Las personas jurídicas serán responsables por las infracciones cometidas a causa del ejercicio de sus actividades o en los casos en que los daños o el peligro de daño provenga de actos realizados en su representación o por orden suya». Según la exposición de motivos del Proyecto «merece especial atención el hecho de considerar como sujetos penales a la persona jurídica, el motivo último que se ha orientado a tal determinación es la necesidad que existe en el país de contrarrestar la agresión al ambiente por medio de las empresas que funcionan con esta característica. La discusión sobre el problema de la

12 de febrero de 1998[10] sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas del medio ambiente[11] prevé

persona jurídica y sus relaciones con el derecho penal es larga y concienzuda. Sin embargo, hoy por hoy, es de indudable mérito convencerse del hecho de que quienes con más propiedad pueden transformar el ambiente, para bien o mal del hombre, son corporaciones, debido a que están capacitadas para motorizar grandes proyectos debido a la necesidad de grandes inversiones. La persona jurídica sería responsable de aquellas infracciones que se cometieren a causa del ejercicio de sus actividades o en los casos en que éstas se comentan en representación suya o por su mandato».

10 De Araujo Junior. Integración regional y delitos económicos. *Societas delinquere non potest*-estado actual. *Teorías actuales en el DP.* Buenos Aires 1998, p. 539. Ribeiro Lopes. «*Responsabilidade penal da pessoa jurídica. As bases de uma nova modalidade de direito sancionador*». En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais.* Nº 1/2000, pp. 169ss.

11 Art. 2°: «*Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*».

Art. 3°: «*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

Parágrafo único: A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato».

Art. 4°: «*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*».

Art. 21°: «*As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3°., são:*

I.- *multa;*

II.- *restritivas de direitos;*

III. *prestação de serviços à comunidade*».

Art. 22°: «*As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:*

I. *suspensão parcial ou total de atividades;*

II. *interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;*

III. *proibição de contratar com o Poder Público, bem com dele obter subsídios, subvenções ou doações.*

§ 1.° *A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.*

§ 2.° *A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.*

penas para las personas jurídicas. En Argentina, esta forma de responsabilidad se ha planteado en el análisis del Código Aduanero, en la Ley de Defensa de la Competencia, en la Ley de Abastecimiento, en la Ley sobre el Régimen Penal Cambiario, en la Ley Penal Tributaria, entre otras que prevén sanciones de multa e inhabilitación, pérdida de la personería o caducidad de prerrogativas acordadas[12]. En un contexto más general, el Art. 16° del CP cubano de 1987, reformado en 1997[13], admite la responsabilidad penal de las entidades colectivas[14], al igual que el Código Penal del Estado mexicano de Tabasco[15].

En el plano prelegislativo, aunque la Ley argentina N° 24.051 de Residuos Peligrosos sólo reconoce la criminalización de los actos de los órganos de dirección de las personas jurídicas en el delito de contamina-

§ 3.º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de 10 (dez) anos».

Art. 23°: «*A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:*

I. *custeio de programas e de projetos ambientais;*

II. *execução de obras de recuperação de áreas degradadas;*

III. *manutenção de espaços públicos;*

IV. contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas».

Art. 24°: «*A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional».*

12 Fellini. «Problemas de imputación penal en el ámbito de las personas jurídicas». En: AAVV. *La Ciencia Penal en el umbral de siglo XXI, op. cit.*, pp. 433-434.

13 Por el Art. 3° del D. Ley N° 175 de 17 de junio de 1997.

14 Art. 16°: «1. La responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y las personas jurídicas. [...]

3. Las personas jurídicas son penalmente responsables por los delitos previstos en este Código o en leyes especiales, cometidos dentro de la propia esfera de acción de dichas personas jurídicas, cuando sean perpetrados por su representación o por acuerdo de sus asociados, sin perjuicio de la responsabilidad penal individual en que hayan incurrido los autores o cómplices en el hecho punible.

4. A los efectos de este Código, le es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se trate de las cooperativas, las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes, las fundaciones, las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, así como las demás entidades no estatales a las que la ley confiere personalidad jurídica».

15 Búnster. «Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas morales», cit., pp. 443-445.

ción[16], y prima en general el *societas delinquere non potest*[17], ello no ha impedido planteamientos en sentido contrario, favorables a la responsabilidad de dichas entidades[18], perspectiva a la que obedecen el Art. 9° del Proyecto de 8 de junio de 1988 presentado por los diputados Orosia Botella y Oscar Fappiano[19], el Art. 10° del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1991 de reforma del Código Penal[20], y el Art. 11° del Proyecto de 30 de setiembre de 1992 sancionado por el Senado[21].

16 Art. 57°.- «Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir».

17 Libster. *Delitos ecológicos*. Buenos Aires 1993, p. 210.

18 Rusconi. «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico». En: Maier. *Delitos no convencionales*. Buenos Aires 1994, pp. 181ss.

19 En: *Ambiente y Recursos Naturales* 4/1988, pp. 54-56. El Art. 9° propone modificar el CP: «Incorpórase como artículo 208° (noveno) el siguiente: Las personas jurídicas o entidades de existencia ideal, son solidariamente responsables del cumplimiento de las penas de multa impuestas por la comisión de delitos previstos en el presente capítulo por el que actuare voluntario, gerentes técnicos o funcionarios de jerarquía equivalente o cuando el autor o autores se encontraren bajo su dependencia y el delito haya sido cometido con motivo o en ocasión de sus funciones». A su vez, la exposición de motivos señala: «Ello se encadena con la solidaridad prevista en el artículo 208° (noveno) para la persona jurídica en cuanto al cumplimiento de las penas pecuniarias impuestas a sus directivos, con el propósito solidario, entendemos, produce una mayor presión, necesaria para la evitación de este tipo de delitos».

20 En: Libster. *Delitos ecológicos*, *op. cit.*, pp. 193-196. El Art. 10° precisa: «Incorpórase como artículo 208° décimo el siguiente: Las personas jurídicas o entidades de existencia ideal son solidariamente responsables del cumplimiento de las penas de multa impuestas por la comisión de delitos previstos en el presente capítulo por el que actuare como directivo, órgano, representante legal o voluntario, gerentes técnicos o funcionarios técnicos de jerarquía equivalente o cuando el autor o autores se encontraren bajo su dependencia y el delito haya sido cometido con motivo o en ocasión de sus funciones».

21 Tarrio/Muraca. «El Derecho ambiental y los delitos ecológicos». En: Maier. *Delitos no convencionales*, *op. cit.*, pp. 201-204. El Art. 11° precisa: «Incorpórase como artículo 208° *undecies* el siguiente: Será reprimido con la misma pena del delito de que se trate quienes tuvieren a su cargo la dirección, administración, gerencia general, gerentes técnicos o funcionarios de categoría equivalente, que hubieren determinado la realización del hecho punible. Asimismo, las personas jurídicas son solidariamente responsables del cumplimiento de penas de multa».

En la misma dirección se inscribió el Proyecto de Código Penal de Guatemala de 1991, cuyo Título VII de la Parte General se orientó a establecer los criterios de imputación de «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» (arts. 46°-56°)[22]. Recientemente, el Art. 27° del

22 Art. 46°. «Ilicitud especial. Serán imputables a las personas jurídicas los delitos previstos en los Títulos V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XIX, y XX, capítulo 2, de la Primera Parte del Libro Segundo y las faltas del título VI de la Segunda Parte del mismo libro, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios.

También será imputable la omisión de un acto, cuando la persona jurídica estuviere legalmente obligada a hacerlo, hubiere aceptado formalmente ese deber, o dicha obligación surgiere de un acto ilícito precedente de esa misma persona o de otra vinculada a ella».

Art. 47°. «Responsabilidad de los representantes. Las personas físicas que actuaron como órganos de la persona jurídica serán también responsables de los actos u omisiones atribuibles a su representado, según las reglas generales previstas para la ilicitud de las personas físicas.

Si la ilicitud o su agravación depende de calidades personales, que posee la persona jurídica, ella se aplicará a quienes de algún modo participaron en la realización de los actos u omisiones y conocían estas calidades personales, aun cuando ellos no las posean.

En todos los casos, la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas es independiente, sin perjuicio de las reglas de participación criminal».

Art. 48°. «Remisión. Las reglas previstas en los títulos II y IV de este Libro, serán aplicables a los delitos y faltas cometidos por personas jurídicas, siempre que sean compatibles con la norma de imputación prevista en el art. 46».

Art. 49°. «Penas. Las penas previstas en este código para las personas jurídicas son las siguientes, en orden de gravedad:
Cancelación de la personalidad jurídica;
Multa;
Suspensión total o parcial de actividades;
Pérdida de beneficios estatales;
Prestaciones obligatorias;
La publicidad de la sentencia condenatoria».

Art. 50°. «Cancelación de la personalidad jurídica. Se podrá cancelar la personalidad jurídica, sin perjuicio de la aplicación de las otras penas compatibles, siempre que la escala penal aplicable al caso prevea una penal de prisión mínima mayor de dos años, o un máximo superior a los cinco años, cuando la gravedad del hecho o la reiteración de hechos punibles indiquen que la empresa interviene fundamentalmente en los negocios mediante prácticas delictivas.
La cancelación de la personalidad jurídica implica la extinción de la persona y la liquidación de sus bienes, sin perjuicio de la ejecución de las otras penas impuestas.

La reparación del daño causado por el delito tendrá preferencia sobre cualquier otra deuda.

Anteproyecto de Código Penal del Estado mexicano de Sinaloa de 2001 plantea, entre las reglas de «Autoría y participación», una cláusula general de responsabilidad de los entes jurídicos colectivos, además de la relativa a la «actuación en lugar de otro» en el Art. 28°, fijando «conse-

Para el procedimiento de liquidación se aplicarán, análogamente, las reglas de la quiebra».

Art. 51°. «Multa. Se aplicará la pena de multa siempre que el delito o falta la prevean expresamente, o cuando tengan prevista pena de prisión; en ese último caso, la pena de prisión se convertirá a razón de una unidad de multa por día de prisión. Si el delito o falta estuviere penado, alternativa o conjuntamente, con pena de prisión y multa, se aplicará únicamente la cantidad de unidades de multa que resulte de la conversión de la pena de prisión, hasta el límite del máximo legal; que en este caso será de 20.000 unidades.

El valor mínimo de la unidad de multa aplicable a las personas jurídicas será de cien quetzales (Q. 100) y el valor máximo de mil quetzales (Q. 1000). La Corte Suprema actualizará anualmente el valor máximo de cada unidad y remitirá el proyecto de ley al Congreso de la República para su aprobación».

Art. 52°. «Suspensión total o parcial de actividades. Se podrá suspender total o parcialmente las actividades de una persona jurídica, sin perjuicio de la aplicación de las otras penas, siempre que el delito importe el abuso de una posición dominante en el mercado, o el abuso o la desnaturalización del objeto de la persona jurídica.

La suspensión total implica la paralización de toda actividad, salvo aquellas imprescindibles para mantener el giro básico de los negocios, la continuidad de la empresa o el mantenimiento de las fuentes de trabajo.

El tribunal determinará la actividad de la que se debe prescindir en caso de suspensión parcial de las actividades.

Durante la suspensión total o parcial, los órganos de las personas jurídicas actuarán bajo el control de la persona que determine el Tribunal, quien informará periódicamente sobre el cumplimiento de la pena.

Para determinar la duración de la suspensión de actividades se utilizarán las escalas de la penal de prisión, previstas para cada delito».

Art. 53°. «Pérdida de beneficios estatales. La pérdida de beneficios estatales consiste en la pérdida de subsidios, beneficios fiscales, concesiones, créditos u otras facilidades para la importación y exportación o cualquier otro beneficio o privilegio que hubiere concedido el Estado a alguna persona jurídica.

Esta pena se aplicará, además de las penas previstas, siempre que el delito o la falta implique abuso de esos privilegios o la desnaturalización de los fines para los cuales fueron concedidos».

Art. 54°. «Prestaciones obligatorias. Siempre que el delito o la falta cometida por una persona jurídica hubiere implicado el daño a un bien o interés colectivo, el tribunal, además de las penas previstas, podrá establecer actividades o prestaciones de bien público, orientadas a la reparación del daño provocado por el delito o falta, o a la reposición de las cosas al estado anterior o al querido por la ley, que la persona jurídica deberá realizar obligatoriamente.

cuencias» para las personas jurídicas entre los arts. 94° al 99°[23]. Asimismo, en el marco de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código

El tribunal determinará las modalidades concretas de su ejecución, pero ellas no podrán durar más de dos años. Podrá establecer el pago condicional de una cantidad de dinero por cada día de atraso en el cumplimiento de la actividad impuesta. Los representantes de la persona jurídica son solidariamente responsables del pago de las sumas de dinero impuestas como garantía del cumplimiento de las prestaciones».

Art. 55°. «Publicidad de la sentencia condenatoria. La sentencia que cancele la personalidad jurídica o suspenda la actividad de la empresa, o en los demás casos, cuando la multa supere las trescientas unidades de multa, será publicada o difundida a través de algún medio masivo de comunicación, a costa de la persona jurídica condenada.

El tribunal determinará el medio de difusión».

Art. 56°. «Individualización. En el caso de delitos o faltas cometidas por personas jurídicas, además de las circunstancias relativas a la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta el tiempo de existencia de la persona jurídica, su solvencia y prestigio social, el conjunto de sus actividades y negocios, así como la conducta regular de sus representantes.

Medidas de seguridad y corrección. Cuando la reiteración de los delitos o faltas hiciere presumir fundadamente la continuación de las prácticas delictivas o pusiere en peligros el interés público sobre la buena fe en los negocios, la persona jurídica, además de las penas podrá ser sometida a las medidas de seguridad siguientes:

- la creación de un consejo de vigilancia especial determinado por el tribunal;
- la auditoría periódica de las actividades de la persona jurídica;
- la obligación de presentar estados contables en plazos que fijará el tribunal;
- la obligación de requerir autorización judicial para la realización de actos particulares;

En todos los casos, la persona jurídica se deberá hacer cargo de los gastos necesarios para la ejecución de esas medidas.

Las medidas de seguridad y corrección no podrán durar más de cinco años, salvo que las mismas personas que abusaron de sus funciones como órganos de la persona jurídica continuaren en su cargo; en este último caso, la medida de seguridad continuará mientras esas personas permanezcan en funciones, hasta un plazo máximo de diez años».

23 Art. 27°. «Para los efectos de este código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas.

No obstante, cuando algún miembro o representante de una persona o ente jurídicos colectivos, con excepción de las entidades del Estado o municipios, cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporción, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de ésta, el juzgador impondrá en la sentencia, con audiencia e intervención del representante legal, las consecuencias previstas por este código para las personas o entes jurídicos colectivos, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas.

La responsabilidad penal no trascenderá a personas distintas de los sujetos activos ni afectará bienes que no sean de éstos».

Penal Tipo para Iberoamérica, se ha puesto en discusión una serie de propuestas en torno a los criterios de imputación de responsabilidad de la propia persona jurídica y, como complemento, de la fórmula de la actuación en lugar de otro[24].

Art. 28°. «El que actuare como directivo u órgano de una persona o ente jurídicos colectivos, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona o ente jurídicos colectivos en cuyo nombre o representación obrare».

Art. 94°. «A las personas o entes jurídicos colectivos que se les impute responsabilidad en los casos previstos por este código, la autoridad judicial les impondrá en la sentencia alguna de las siguientes consecuencias jurídicas:

I. Prohibición de realizar determinados negocios u operaciones;
II. Intervención;
III. Suspensión; y,
IV. Disolución».

Art. 95°. «La prohibición de realizar determinados negocios u operaciones podrá ser hasta por cinco años. Se referirá exclusivamente a las que determine el juzgador y deberá tener relación directa con el delito cometido».

Art. 96°. «Los administradores y el comisario de la sociedad serán responsables ante la autoridad ejecutora de las consecuencias jurídicas del delito del cumplimiento de la prohibición. En caso de incumplimiento, incurrirán en las penas que establece este código por desobediencia a un mandato legítimo de autoridad».

Art. 97°. «La intervención consiste en la remoción de sus cargos de los administradores de las personas o entes jurídicos colectivos, encargando sus funciones temporalmente a uno o varios interventores, los cuales serán designados por la autoridad ejecutora de las consecuencias jurídicas del delito una vez que la sentencia haya causado ejecutoria. La intervención cesará cuando los órganos de las personas o entes jurídicos colectivos sustituyan, conforme a los estatutos, a quienes hayan realizado el delito».

Art. 98°. «La suspensión, que no podrá exceder de dos años, consistirá en la cesación de la actividad de la persona o ente jurídico colectivo durante el tiempo que determine la autoridad judicial en la sentencia».

Art. 99°. «La disolución consistirá en la conclusión definitiva de toda actividad de las personas o entes jurídicos colectivos, los que no podrán volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta. La conclusión de toda actividad se hará sin perjuicio de la realización de los actos necesarios para la liquidación total. En el caso de la disolución, la autoridad ejecutora de las consecuencias jurídicas del delito, designará liquidador que procederá a cumplir todas las obligaciones contraídas hasta entonces por la persona o ente jurídicos colectivos, inclusive las responsabilidades derivadas del delito cometido, observando, en lo conducente, las disposiciones de la ley de la materia».

24 Vid. infra V.

Estas expresiones *de lege lata* y *de lege ferenda* representan una clara *vis* expansiva del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos en Iberoamérica, tendencia no aislada si se tiene en cuenta la larga experiencia criminalizadora en los sistemas anglosajones[25], especialmente en Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos[26], Australia y Canadá, así como en aquellos ordenamientos influenciados por el modelo norteamericano, como Japón y Corea[27].

A su vez, en los estados de la Unión Europea, ya sólo España, Italia[28], Alemania y Grecia mantienen reticencias frente a la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica[29]. En Europa continental se reconoce claramente el *societas delinquere potest* en Holanda (art. 51° del CP)[30], Noruega (arts. 48a y 48b del CP)[31], Francia[32] y Dinamarca[33]. En todo caso, se prevé una próxima armonización al respecto, porque el Art. 14° del *Corpus Iuris* de Disposiciones Penales para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea[34], cuya redacción se ulti-

25 Fletcher. *Conceptos básicos de DP.* Valencia 1997, pp. 292-295.

26 Malamud Goti. *Persona jurídica y penalidad.* Buenos Aires 1981, pp. 14ss.

27 Feijóo Sánchez. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?». En: *RPCP* 9/2000, p. 241.

28 Flora. «*L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*». En: *RTDPDE* 1/1995, pp. 11ss. Militello. «La responsabilidad penal en los grupos de empresas: la experiencia italiana». En: Martínez-Buján Pérez. *I Congreso hispano-italiano de DP económico.* Da Coruña 1998, pp. 27ss.

29 Tiedemann. «Prólogo». En: Zúñiga Rodríguez. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Pamplona 2000, p. 15.

30 De Doelder. «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda». En: *Hacia un DP económico europeo.* Madrid 1995, pp. 497ss. Vervaele. «La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica». En: RDPC 1/1998, pp. 153ss.

31 Rostad. «Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego». En: *Hacia un DP económico europeo.* Madrid 1995, p. 519 y ss.

32 Pradel. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones». En: *RDPC* 4/1999, p. 661 y ss.

33 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 241-243.

34 Art. 14°: «1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1° a 8°) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo, por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con un poder de decisión de derecho o de hecho.

mó en junio de 1996, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas[35], medida ante la cual únicamente Grecia e Italia ofrecen problemas de implementación desde la perspectiva constitucional[36].

Los diferentes organismos vinculados al desarrollo del Derecho penal tampoco han sido inmunes a estas tendencias, ya en 1977 el Consejo de Europa, mediante la Resolución (77) 28 acerca de la contribución del Derecho penal en la protección del ambiente recomendó «un reexamen de los principios de responsabilidad penal, en particular, con el fin de poder introducir en ciertos casos la responsabilidad de las personas jurídicas, privadas o públicas»[37]. Dicha perspectiva fue ratificada por el Comité de Ministros de Estados Miembros del Consejo de Europa, mediante la Recomendación R (81) sobre la criminalidad en los negocios de 25 de junio de 1981, la Recomendación R (82) 15 sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores de 24 de setiembre de 1982 y en la Recomendación N° 18/88 de 20 de octubre de 1988, la cual propone «la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan».

De modo similar, en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Hamburgo en 1979 se concluyó que «como los ataques graves al ambiente son comúnmente cometidos por personas jurídicas y empresas privadas, debe admitirse la responsabilidad penal de éstas o imponerles el respeto del ambiente mediante sanciones civiles o administrativas»[38]. En una perspectiva más general, en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo en 1984 se puso de relieve que «la responsabilidad penal de las sociedades u otras entidades jurídicas se reconoce en un número creciente de países como medio apropiado de controlar los delitos económicos y empresariales. Los paí-

2. La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos»

35 AAVV. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Madrid 1998, p. 52.

36 Delmas-Marty/Vervaele. *The implementation of the Corpus Iuris in the member states*. Vol. I. Utrecht 2000, p. 259. Vid. ampliamente los reportes nacionales en los Vols. II y III.

37 Recomendación 2.

38 Sección II, Recomendación 7.

ses que no reconocen tal responsabilidad penal deberán considerar la posibilidad de imponer otras medidas apropiadas a estas entidades jurídicas»[39]. A su vez, con sumo carácter extensivo, en el XV Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Río de Janeiro en 1994 se recomendó a los estados establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de Derecho público frente a los ataques contra el ambiente natural[40].

39 Sección II, Recomendación 16.

40 Sección I/ «III. Responsabilidad penal de las personas jurídicas por infracciones penales contra el ambiente

12. Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizados tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.

13. Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o Derecho fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas y organismos públicos.

14. Cuando una persona jurídica, de Derecho público o privado, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos a que ejerzan su responsabilidad de control para prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.

15. Para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervinientes en el marco de las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado potencialmente declaradas responsables de infracciones contra el ambiente.

Personas jurídicas privadas

16. En la medida en que sea posible de acuerdo con la Constitución o las leyes fundamentales del país y sin perjuicio del respeto del principio de personalidad de las infracciones penales, debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad.

17. En las mismas condiciones, cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumulados a lo largo del tiempo.

18. La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de vía de exoneración de los culpables pertenecientes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.

Personas jurídicas de Derecho público

19. Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o en cualquier otra circunstancia, un organismo de Derecho público causa un grave daño al ambiente

Como puede observarse, la responsabilidad penal de los entes colectivos es una concreta y creciente realidad en el Derecho comparado[41]. Frente a ello merece prestar atención a los fundamentos de esta forma de expansión del Derecho penal.

III. Revisión de los principales fundamentos de la «irresponsabilidad penal de las personas jurídicas»

Es lugar común señalar que la irresponsabilidad penal de los entes colectivos fluye del estado actual de la dogmática, conclusión inevitable si se parte del modelo de imputación creado para las personas físicas. Por esa vía, la irresponsabilidad terminaría derivando de la propia naturaleza de la persona jurídica. La ausencia de una voluntad óntica o sicológica, y la imposibilidad de actuación por sí misma, sino a través de sus representantes, impedirían que estas entidades puedan configurar los presupuestos dogmáticos necesarios para afirmar la existencia de un hecho punible que pueda atribuírseles[42].

A partir de estas premisas se ha sostenido que no debería admitirse la punición de los entes colectivos, principalmente porque: 1) no realizan

---

o, en contravención de los standard ambientales establecidos, crea un peligro real o inminente (*concreto*) para el ambiente o para los seres humanos, debería poder perseguirse a esa persona por tal infracción.

20. Siempre que sea posible conforme a la Constitución o el derecho nacional de una país la atribución de responsabilidad a los organismos de Derecho público por actos de servicio público u otros, debería admitirse la persecución incluso si la responsabilidad por el delito concreto no puede ser directamente imputada a ninguna persona física determinada o agente de la entidad».

41 Como precisa Muñoz Conde. «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos». En: *Revista Penal* 1/1997, p. 72, «No estamos hablando de «ciencia-ficción» jurídica, sino de concretas realidades en muchos ordenamientos». Por ello no se comprenden opiniones tajantes, al margen de la realidad legislativa y de las elaboraciones dogmáticas, como la de Castillo Alva. «Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas». En: *Normas Legales* T. 276/1999, p. A-55, cuando concluye que «En el Derecho Penal contemporáneo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la empresa es más una aspiración lejana que un programa inmediato viable».

42 Caro Coria. «La irresponsabilidad penal de la persona jurídica». En: Thémis 24/1992, p. 71.

una acción penalmente relevante; 2) por la imposibilidad de realizar el juicio de atribución subjetiva o de culpabilidad; y, 3) ante la imposibilidad de aplicar a las personas jurídicas las penas previstas para las personas naturales[43]. Se han planteado otros argumentos menos decisivos como la violación del principio de personalidad de las penas, porque se pueden ver afectadas personas inocentes, así como problemas vinculados a la capacidad de pena[44].

Pero como precisa García Arán, ante estas y otras dificultades, caben dos opciones opuestas, la resignación descriptiva porque no se puede incluir a las personas jurídicas en las categorías subjetivas que maneja el Derecho penal, o la imputación de responsabilidad mediante técnicas diferentes a las de las personas físicas[45]. Ambas direcciones se analizan a continuación.

3.1 Sobre la capacidad de conducta de las personas jurídicas

Tanto si se parte de una concepción causal o final de acción, puede sostenerse que la persona jurídica carece de la aptitud interna necesaria para formar una «voluntad propia» al margen de la voluntad expresada por sus integrantes. En esa línea de ideas, parece inevitable aceptar que el ente colectivo no puede exteriorizar la voluntad social construida sobre el conjunto de voluntades individuales, sino a través de los actos de los propios componentes de la agrupación. A su vez, si se toma en cuenta el concepto social de acción tampoco se arribaría a resultados satisfactorios por situarse en el plano extrajurídico. De ese modo, las personas jurídicas no podrían ser objeto de la norma de determinación sino sólo de la norma de valoración[46].

Pero la revisión de estas conclusiones, en orden a erigir la responsabilidad penal de la persona moral, se ha orientado en una triple dirección que escapa en todo caso al circulo vicioso generado por la inocua pre-

43 Serrano-Piedecasas Fernández. «Sobre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas». En: *Thémis* 35/1997, p. 130.

44 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 238.

45 García Arán. «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: Martínez-Buján Pérez. I Congreso hispano-italiano de DP económico, *op. cit*, p. 46.

46 Gracia Martín. «La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: *ADPCP* 1993, pp. 603-604.

tensión de atribuir capacidad de acción a la persona jurídica exigiendo de ella una voluntad sicológica.

Un primer lineamiento se concreta en la revisión del concepto de acción penalmente relevante de modo que abarque, indistintamente, el comportamiento de la persona humana y el del ente colectivo. En esa perspectiva se ubican los planteamientos del funcionalismo normativista, Jakobs entiende que no se trata únicamente de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto, la acción se define como la evitabilidad individual de la producción de un resultado, o sea la capacidad subjetiva de evitar lo prohibido o realizar lo prescrito[47].

En ese sentido, no cabe fundamentar que en la definición del sujeto el sistema que ha de erigirse deba componerse siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos), más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno no interesa pero sí el *out put*, es decir que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica[48].

Pero si bien debe reconocerse que la acción debe concebirse en términos normativos a fin de evitar una vinculación del deber ser (la determinación del comportamiento penalmente relevante) a las estructuras lógico-objetivas, aún no está claro en la doctrina si de ello debe deducirse una normativización absoluta del concepto de acción que, en buena cuenta, expresa la defensa de la vigencia de la norma como misión del Derecho penal[49], aspecto que en el estado actual genera controversias no resueltas[50].

La segunda orientación apunta a crear un concepto de acción distinto y privativo para la persona jurídica, se ha sostenido que la acción de

47 Jakobs. *Strafrecht*. AT. 2ª ed. Berlin/New York 1991, 6/1, 6/26.

48 Ibid., 6/44. En la misma orientación, S. Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Barcelona 1998, pp. 153-155.

49 Críticamente, Lüderssen. «El DP entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales". O ¿adiós al "DP europeo tradicional"?». En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 9/1999, p. 65 y ss. Muñoz Conde. «Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal». En: *Revista Penal* 5/2000, pp. 47-48.

50 Caro Coria. *CP & legislación complementaria*. Lima 2001, p. 43 y ss.

los órganos de ésta constituye en verdad una acción propia de la persona jurídica[51]. De modo cercano, se defiende que una acción efectuada en nombre de la persona jurídica debe considerarse como una acción propia de la misma[52]. Esta perspectiva es compatible con los criterios de imputación previstos en algunos textos legislativos que adoptan el *societas delinquere potest*, por ejemplo el art. 121-2 del CP francés de 1994 establece que «Las personas jurídicas, [...], son penalmente responsables de las infracciones cometidas [...], por sus órganos o por sus representantes [...]».

Contra estas tesis se ha objetado por una parte que el Derecho penal sólo sanciona las acciones propias de cada persona, y por otro que las normas que se dirigen a las personas jurídicas guardan silencio sobre quien debe desempeñar las respectivas obligaciones. A lo primero ha respondido Tiedemann indicando que los ordenamientos suelen admitir la imputación del acto de un coautor a otro, siempre que éstos hayan optado por realizarlo en común, y que en todo caso es posible imputar responsabilidad al ente colectivo teniendo en cuenta su capacidad de impedir la comisión del delito[53]. Antes bien, una imputación similar a la de la coautoría plantea dudas si se tiene en cuenta que la decisión común, en éste caso de la persona jurídica y sus miembros, requiere de la capacidad de voluntad del ente colectivo que es lo que precisamente se quiere demostrar.

Contra la segunda objeción ha precisado Tiedemann que la persona jurídica es la destinataria primaria de la norma penal, y que ello se deduce claramente de la fórmula del actuar por otro[54] que recoge por ejemplo el § 14 del StGB, el Art. 27° del CP peruano, el Art. 29° pf. 3 del CP colombiano de 2000 o el Art. 31° del CP español. Sin embargo, ello deja aún pendiente la fundamentación del modelo de injusto personal en el caso de los entes colectivos.

En una tercera dirección doctrinal se incardinan los planteamientos que restan valor a la construcción de un concepto de acción u omisión previo al tipo. Por ese camino se renuncia a condiciones tan sólo atribuibles a las personas naturales, siendo perfectamente factible desde

51 Heine. «La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales». En: ADP 1996, p. 29 y ss.

52 Tiedemann. *Temas de DP económico y ambiental*. Lima 1999, p. 218.

53 Ibid., pp. 219-220.

54 Ibid., p. 221.

una perspectiva sistemática otorgar relevancia penal a los actos de las personas jurídicas. Si «persona» es todo sujeto con capacidad jurídica plena, la persona jurídica, al igual que la física, podrá ser sujeto de imputación normativa[55].

Zúñiga Rodríguez ha advertido en ese sentido que la acción penal ha dejado de ser el «punto de arranque» de la imputación penal, sobre todo porque cumple más bien una función negativa, de exclusión del injusto. Lo importante no es la acción penalmente relevante, sino la dañosidad social evitable, el resultado que viene a ser la plasmación del riesgo desaprobado por el ordenamiento (suceso evitable que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos)[56]. De tal modo, apuesta por la construcción de un sistema de imputación propio para la persona jurídica sustentado exclusivamente en las categorías de injusto y culpabilidad[57].

La autora antes citada precisa que si se entiende la concepción del hecho penalmente relevante como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, o sea que son motivables por dicha norma, no existe inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos[58]. Sobre esa base, Zúñiga Rodríguez construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, fundando el injusto conforme a la actuación de sus órganos y representantes, así como por la actuación de sus componentes, precisando que «no se trata de establecer que actuación vincula a la empresa sino de ¿qué tipo de resultados son imputables penalmente a la empresa?», «no se trata de una conducta personal, sino de un resultado antijurídico evitable e imputable a la empresa»[59].

En resumen, en el estado actual parece posible sostener la capacidad de las personas jurídicas de realizar un comportamiento penalmente relevante, aún si este juicio se vincula al examen de la tipicidad. Pese a que un sector plantea que dicha capacidad sólo debe reconocerse en el ámbito del Derecho privado, cabría responder por el contrario, como precisa

55 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 131-132.

56 Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, *op. cit.*, p. 228.

57 Ibid., pp. 231ss.

58 Ibid., p. 231.

59 Ibid., pp. 231, 233, 234.

Serrano-Piedecasas[60], que: 1) tal afirmación reviste validez únicamente si se parte de un concepto de acción basado en atributos exclusivos y excluyentes de la persona humana; 2) la atribución de capacidad de acción no sólo se acepta en el Derecho privado sino también en el Derecho punitivo, concretamente en el Derecho administrativo sancionador, como se aprecia en el ámbito de la Unión Europea[61] y en la mayoría de estados iberoamericanos; y 3) las personas jurídicas son destinatarias de deberes legales, de modo que no sólo tienen capacidad de cumplirlos sino también de transgredirlos[62].

3.2 Sobre el juicio de culpabilidad de los entes colectivos

Las concepciones sicológica y normativa de culpabilidad tampoco han podido dispensar un argumento sólido para la responsabilidad penal de los entes colectivos. La primera precisa de una capacidad sicológica en el autor que motive -causalmente- el hecho doloso o imprudente, mientras que la segunda se erige sobre una categoría insegura para la imputación subjetiva, el dogma del «libre albedrío», a todas luces inverificable en el caso de las personas jurídicas, sino ya en las propias personas físicas. Tampoco la concepción de la culpabilidad, asentada en la necesidad de pena, ofrece una explicación satisfactoria para atribuir responsabilidad a dichas personas en términos de motivación normativa[63].

Los esfuerzos por superar este escollo de la teoría del delito han conducido igualmente a diversas respuestas que interesa poner de relieve. Un primer sector minoritario, dentro del cual se encuentra Schünemann, ha planteado la renuncia al principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad penal a las personas morales, sobre la base de un «estado de necesidad de bienes jurídicos», o sea un «estado de necesidad de pre-

60 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, p. 132.

61 Nieto Martín. Fraudes comunitarios (DP económico europeo). Barcelona 1996, pp. 172-173.

62 En expresiones de von Liszt. *Tratado de DP*. T. 2. 20ª ed. Madrid 1916, pp. 287-288, «cualquier sociedad puede contratar; puede también celebrar contratos dolosos o leoninos, o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan obligaciones de dar».

63 Meini Méndez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima 1999, p. 119.

vención en el marco de una empresa que no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural y de que un fallo de organización de la empresa ha facilitado», lo que a su juicio no atenta contra un Derecho penal respetuoso del Estado de Derecho[64].

Pero si bien este planteamiento tiene el mérito de evitar el «fraude de etiquetas» que implicaría la aceptación un concepto ficto de culpabilidad, se enfrenta al problema de reducir la imputación penal a la atribución del injusto o del hecho de la persona jurídica, dejando al margen cualquier pretensión limitadora de la responsabilidad derivada de la configuración subjetiva del ente colectivo, como se observa en el Derecho civil[65]. Quizás por ello es que en los sistemas iberoamericanos la culpabilidad se aprecia como un principio irrenunciable *de lege lata*, como se deriva del Art. VII del CP peruano o del Art. 9° del CP colombiano de 2000, cuando no de los presupuestos constitucionales de la responsabilidad penal como se aprecia en los sistemas europeos[66]. A su vez, en el ámbito de los trabajos relativos al CP Tipo para Iberoamérica, se ha aceptado unánimemente la consagración del principio de culpabilidad[67].

En una segunda línea se incardinan las diversas propuestas de recurrir a un concepto de culpabilidad propio de la persona jurídica. Así, en cuanto a los entes colectivos, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido, desde una perspectiva constitucional, la opción de imputar la culpa de una persona física a una persona jurídica[68], mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea propone admitir una culpa propia de la empresa, determinada según criterios y estándares conocidos en el Derecho civil y administrativo. En los sistemas que admiten el *societas delinquere potest*, se entiende que las infracciones a favor de la agrupación se originan en la «falta de organización y que esta deficiencia determina la responsabilidad penal», lo que permite contar con un concepto de culpabilidad colectiva.

64 Schünemann. «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea». En: *Hacia un DP económico europeo*. Madrid 1995, pp. 588-589.

65 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, p. 133.

66 Hirsch. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En: *ADPCP* 1993, p. 1108.

67 Jaén Vallejo. «Principio de culpabilidad». En: Cancino. *CP Tipo para Iberoamérica*. Vol. I. Bogotá 2000, pp. 22-23.

68 BverfGE, vol. 20, p. 323ss.

Teniendo en cuenta estas experiencias, y sobre todo el sentido del § 30 de la *Ordnungswidrigkeiten* alemana (OWiG) o Ley de las Contravenciones[69], Tiedemann señala la posibilidad de imputar la culpa individual de los dirigentes a la empresa en los casos de «defecto de organización», es decir «cuando la agrupación como tal no responde a criterios suficientes para impedir la comisión de delitos», perspectiva que ha tenido acogida en la doctrina alemana y española[70]. A las personas jurídicas, al ser destinatarias de las normas de conducta, puede exigírseles que se organicen contando con medidas de vigilancia y control oportunas, para evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros[71].

Como precisa Zúñiga Rodríguez, si la imputación se fundamenta en la funcionalidad social de la conducta, la potencialidad de la persona jurídica de crear riesgos para los bienes jurídicos, puede expresarse en el hecho de poseer una actitud criminal de grupo o una política o «clima» que favorece la comisión de delitos, presentándose pues un defecto de organización, de ahí que la infracción del deber de vigilancia, la «*culpa in vigilando*» o «*in eligendo*», puede ser expresión del defecto de organización o la política favorecedora de la realización del delito de la empresa[72]. En esa medida, el defecto de organización se presenta como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, de modo similar a como sucede por ejemplo en los casos de *actio liberae in causa*[73], no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo[74].

Una orientación semejante se observa en un sector de la doctrina italiana que recurre a la noción de riesgo de la actividad de las empresas a fin de sustentar su responsabilidad penal o justificar la imputación de los delitos de sus representantes a éstas, por su parte la Ley federal suiza sobre el impuesto federal directo de 1990, así como el citado § 30 de la citada OWiG plantean la imputación cuando la actividad delictuosa genera una ventaja económica para la empresa[75].

69 Malamud. Persona jurídica y penalidad, *op. cit*, pp. 1ss.

70 Tiedemann. *Temas de DP económico y ambiental, op. cit*, pp. 222, 223, 224.

71 Tiedeman. «*Die "Bebussung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*». En: *NJW* 41/1988, p. 1172.

72 Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, *op. cit*, p. 239.

73 Martínez-Buján Pérez. *DP económico*. PG. Valencia 1998, p. 239.

74 Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 172.

75 Tiedemann. *Temas de DP económico y ambiental, op. cit.*, pp. 223-224.

Ahora bien, la noción de «culpabilidad por defecto de organización» no está exenta de críticas, principalmente porque se distanciaría del presupuesto básico de la culpabilidad cual es la atribución personal, en estos casos se estaría admitiendo una culpabilidad por el hecho ajeno[76]. En todo caso, dicha culpabilidad debería tener como presupuesto imprescindible la realización de un hecho típico, de lo contrario se estaría aceptando la vigencia de una culpabilidad sin antijuricidad, más aún cuando la organización defectuosa no puede ser llevada a cabo por la propia persona colectiva sino por sus órganos[77], lo que conduciría a admitir un «modelo de analogía en la culpabilidad» o culpabilidad ficticia[78].

Un tercer camino, planteado por Hirsch, señala la atribución de una culpabilidad propia a las entidades colectivas, tomando en cuenta que poseen voluntad propia para disponer libremente de sí mismas y que es un hecho socialmente aceptado imputar culpa a una empresa por su actividad ilícita. Tal construcción no se identifica con una «culpabilidad colectiva», la persona jurídica no equivale a la suma de persona individuales, es una creación particular que se diferencia de sus propios miembros, de allí que la culpabilidad de la corporación es distinta de la culpabilidad de sus integrantes, debiendo decidirse sobre ambas por separado[79].

Para Hirsch, se requiere una acción ejecutada por un órgano o representante, acción que debe mantener una «relación funcional» con la actividad de la empresa y no debe tratarse de cualquier acción posible dentro de la empresa. Por ello, la culpabilidad de la persona jurídica se determina a partir de la culpabilidad del órgano que ejecutó la acción, se trata de la acción del órgano como hecho de conexión. Además de la constatación de dicha culpabilidad, es preciso que el hecho delictivo pudiese ser evitado por la persona jurídica. Como consecuencia final, la persona jurídica tiene una «responsabilidad colectiva» por el hecho, al margen de la responsabilidad del órgano que actuó y sin que ello viole el *ne bis in idem*[80].

76 Martínez-Buján. *DP económico*. PG, cit., p. 238.

77 Ibid., p. 240.

78 Roxin. DP. PG. T I. Madrid 1997, § 8/56c.

79 Hirsch. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», cit., p. 1101.

80 Ibid., pp. 1108ss.

Contra esta construcción, se ha señalado que reposa en una teoría del delito basada exclusivamente en la responsabilidad individual, no se aborda el problema central de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se obvia «llevando el problema al terreno de una responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano», solidaridad que tampoco conoce el Derecho penal de la responsabilidad individual, ni fundamenta el citado autor[81]. Por lo demás, este «modelo simple de imputación», como lo denomina Roxin, tropieza con la objeción de que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva[82].

3.3 Consecuencias jurídicas aplicables a las agrupaciones

A fin de contrarrestar la responsabilidad penal de los entes colectivos se ha puesto de relieve el «principio de personalidad de las penas» que, junto a la exigencia de culpabilidad individual, impediría que el castigo y, como también se ha sostenido, «sus efectos», recaigan sobre las personas que lo componen[83].

En la línea contraria, se ha defendido que las penas para las personas jurídicas no tienen que ser las mismas que las establecidas para las personas físicas, sino otras equivalentes. Asimismo, las personas jurídicas sí responderían, si se les reconoce capacidad de acción y de culpabilidad, como se evaluó anteriormente. A su vez, las penas podrían cumplir las funciones de retribución y prevención a través de las personas individuales que conforman la persona jurídica y actúan por ella[84].

En el marco de este debate, además de la opción de derivar la sanción de las personas jurídicas al Derecho administrativo sancionador, se ha planteado una serie de alternativas en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables a dichas personas dentro del sistema penal, concretamente el recurso a medidas de seguridad, la instrumentación de «consecuencias accesorias» como las previstas en el Derecho peruano y español, así

81 Bacigalupo, *op. cit*, pp. 176-177.

82 Roxin. *op. cit*, § 8/56c.

83 Serrano-Piedecasas. *op. cit*, p. 134.

84 Abanto Vásquez. *DP económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima 1997, p. 157.

como la imposición de penas propiamente dichas como en los sistemas anglosajones.

El recurso al Derecho administrativo para sancionar a las personas jurídicas viene suscitando dos problemas principalmente. Por un lado no existe unanimidad en torno a la justificación de la sanción administrativa para la persona moral, teniendo en cuenta la actual tendencia a dotar a la punición administrativa de las mismas garantías que el Derecho penal, por entenderse que ambos sectores expresan un mismo *ius puniendi* estatal[85]. En tal sentido, sino es de aceptarse la capacidad de acción y de culpabilidad de los entes colectivos en el Derecho penal, tampoco podría aceptarse dentro del Derecho contravencional[86].

Esta solución se enfrenta al hecho que *de lege lata* la mayoría de sistemas jurídicos, aún los que desconocen la irresponsabilidad penal de los entes colectivos, se decantan a favor de la instrumentación de sanciones administrativas contra éstos, sobre todo en la regulación del orden socioeconómico. Y esta realidad legislativa tiene fundamentos si se acepta que la atribución de responsabilidad administrativa, sin desconocer su vinculación a los principios básicos del orden penal como los de legalidad o culpabilidad, puede operar en función de reglas menos rígidas que las del Derecho penal o conceptos amoldables a las necesidades de la injerencia administrativa[87].

De allí que se acepte por ejemplo la desvinculación del ilícito administrativo del principio de lesividad o se admita, sin más, la sanción de infracciones formales o de mera desobediencia. Por esa línea de flexibilización de las reglas de imputación administrativa, pueden tener cabida las distintas construcciones que otorgan capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica, como lo reconoce por ejemplo la STC español 246/1991 de 19 de diciembre o la STS español de 3 de julio de 1992 (ponente Bacigalupo Zapater).

85 Quintero Olivares. «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del DP». En: RAP 126/1991, p. 253 y ss. Danós Ordóñez. «Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública». En: *Ius et Veritas* 10/1995, pp. 149ss.

86 Gracia Martín. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas». En: AP 1993, pp. 589ss. Meini. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit*, p. 141.

87 Cid Moline. «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)». En: RAP 140/1996, p. 131 y ss. Peña Cabrera. *Tratado de DP*. PE. T III. Lima 1994, pp. 167-168.

El segundo problema que plantea la punición meramente administrativa de los entes colectivos se cifra en las limitaciones preventivas frente a hechos que merecen una intensa desvaloración por lesionar gravemente los bienes más importantes del sistema jurídico[88], como la vida o la salud de las personas, el ambiente natural, etc. En estos casos, las comunes dificultades para la determinación de la responsabilidad penal individual junto a la imposibilidad de sancionar a la persona jurídica, peor aún cuando no se quiere aceptar la de índole administrativa, podrían redundar en un déficit de prevención general y especial, en un sentimiento social de impunidad que nutre un «sistema de irresponsabilidad organizada».

Asimismo, aunque la sanción administrativa puede revestir igual o mayor gravedad que las de carácter penal[89], no puede desconocerse el efecto estigmatizador de estas últimas pues atacan directamente el «prestigio comercial» de una empresa o de sus productos, lográndose quizás un mayor efecto preventivo general y especial.

También se ha propuesto recurrir a la «segunda vía» del Derecho penal, es decir a un modelo de **medidas de seguridad** que sirva «como base legitimadora de sanciones complejas, que unan elementos represivos y preventivos, para las personas jurídicas»[90]. La fundamentación de tal intervención se ha sostenido desde dos direcciones, una apunta a la peligrosidad de las personas que integran el ente colectivo, la otra se erige sobre la noción de peligrosidad de la propia persona jurídica[91].

La peligrosidad individual se basa en que las personas físicas que forman parte de la persona jurídica, la utilizarán como cobertura para llevar adelante acciones criminales. Esta es la línea que siguió el Art. 132° del Proyecto español de Código Penal de 1980, según el cual «podrán

88 Abanto. *DP económico*, *op. cit*, p. 157.

89 Como ocurre en Perú, por ejemplo en la punición del delito de publicidad engañosa (Art. 238° del CP) que prevé pena de 90 a 180 días-multa, mientras que el Art. 16° del Decreto Legislativo N° 691 de regulación de la publicidad, permite que la autoridad administrativa (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual) imponga una multa mucho mayor, de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias, la misma que en casos de incumplimiento de lo ordenado por la administración (Art. 20°) puede duplicarse sucesiva e ilimitadamente.

90 Roxin. *op. cit*, § 8/56b.

91 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, p. 135.

ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas, las asociaciones, empresas o sociedades, a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes». Los Arts. 135° y 153° del Proyecto previeron la posibilidad de asegurar a la persona colectiva incluso a través de medidas graves como la disolución o clausura de locales o establecimientos.

Se ha precisado, no obstante, que si en el estado actual del Derecho penal sólo son de recibo las medidas post delictuales, como signo inequívoco de una peligrosidad objetiva y no presunta, entonces el objeto de dicho juicio ha de ser la peligrosidad criminal del sujeto, lo que presenta serias dudas en el caso de las personas jurídicas, salvo que se acepte cuando menos su capacidad de acción y de realizar el injusto penal, o se traslade al ente colectivo la peligrosidad de sus órganos en tanto personas naturales con capacidad de actuación típica[92], pero ello implicaría asumir un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno.

El sustento de las medidas de seguridad también se ha derivado de la peligrosidad de la propia persona jurídica, por la potenciación del peligro que supone la actividad económica delictiva instalada en un sistema de actuación colectiva[93]. Más seguro que cualquier control estatal es un efectivo control interno de la empresa y sus órganos directivos, pero si no se realiza o es deficiente, «si la persona física omite o ejecuta una acción merecedora de sanción con el exclusivo objeto de beneficiar a la empresa, se justifica la imposición de una medida de seguridad»[94]. Antes bien, para un sector doctrinal, aunque podrá hablarse de peligrosidad «sintomática», «objetiva» o «instrumental» de la persona jurídica, en el sentido de que es utilizada para cometer delitos, dicha peligrosidad no puede calificarse de criminal[95].

Frente a estas alternativas, el legislador español (Art. 129° del CP) y el peruano (Art. 105° del CP) han adoptado el modelo de las «**consecuencias accesorias**» que, en el plano formal, no pueden calificarse como penas ni medidas de seguridad al contar con una regulación autónoma.

92 Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit*, p. 264.

93 Schünemann. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München 1979, pp. 254, 268ss.

94 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, p. 135.

95 Martínez-Buján. *DP económico*. PG, *op. cit*, pp. 231-232.

Antes bien, la doctrina ha dispensado un tratamiento heterogéneo a dichas consecuencias[96].

Para un sector que puede estimarse mayoritario, tales medidas no ostentan naturaleza propiamente administrativa[97] en atención a los fines preventivos y al órgano judicial que las impone, siendo en rigor «*consecuencias accesorias de la pena*», en tanto pueden ser impuestas sólo si se acredita la comisión de un delito por parte de una persona física a quien se le impone una pena, se trata pues de consecuencias accesorias de una pena previamente impuesta a un sujeto responsable criminalmente[98]. Es una responsabilidad subsidiaria de la responsabilidad de una persona física que haya sido condenada previamente[99], similar a la del comiso por la inequívoca finalidad preventiva inocuizadora que persigue[100].

Para otro sector minoritario, enarbolado por Gracia Martín, las consecuencias accesorias deben considerarse más bien como «*consecuencias accesorias del delito*», siendo suficiente para su imposición la presencia de actividad delictiva, sin exigirse una efectiva condena penal. Ello porque la persona jurídica puede ser peligrosa y la prevención requiere de medidas en su contra que se fundamentan en la noción de «peligrosidad objetiva o de la cosa», en este caso del ente colectivo, expresada a través de las acciones antijurídicas (injusto penal) de las personas físicas que actúan a favor o por cuenta de la persona jurídica. Si ésta se presta a ser utilizada para la realización de actividades delictivas, allí radica la peligrosidad objetiva de la agrupación[101]. También es minoritaria la parcela

96 Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, *op. cit.*, p. 209.

97 Castillo Alva. Las consecuencias jurídico-económicas del delito. Lima 2001, p. 274, plantea que las consecuencias accesorias previstas en el Art. 105º del CP peruano «tienen una naturaleza propia de las sanciones administrativas», con lo que no puede coincidirse si se entiende que no existe una distinción ontológica, cifrada en la «naturaleza de las cosas», entre una sanción administrativa y una consecuencia jurídico-penal, sino en una valoración o «desvaloración» de carácter normativa.

98 Martínez-Buján. DP económico. PG, *op. cit.*, pp. 232. Silva. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español», *op. cit*, p. 363.

99 Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit*, p. 282.

100 Martínez-Buján. DP económico. PG, *op. cit*, pp. 232.

101 Gracia Martín y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*. Valencia 1996, p. 457.

doctrinal que concede carácter de pena a las «consecuencias accesorias»[102], destacando la construcción de Zugaldía, para quien el único modo de dar cumplimiento a las garantías constitucionales es considerar que estamos ante penas en sentido estricto[103].

En todo caso, frente a la instauración de las consecuencias accesorias en el ordenamiento español se ha precisado que a diferencia de las clásicas medidas de seguridad o del comiso, éstas podrían repercutir sobre determinados grupos de personas, como los trabajadores o los socios de la empresa, lo que infringiría el principio de personalidad de las penas y proporcionalidad, razón por la cual no cabe sino una aplicación cautelosa de tales medidas[104].

Sin embargo, una limitación importante de esta forma de «responsabilidad accesoria» se cifra en que el carácter accesorio de las medidas implica, al menos para la doctrina mayoritaria, la necesidad de una previa declaración de responsabilidad penal de una persona física, de forma que serán inaplicables allí donde precisamente se requiere una intervención preventiva frente a la criminalidad empresarial, en los supuestos en que no se puede atribuir el hecho delictivo cometido a través de una empresa a una persona física determinada[105].

La opción de imponer **penas** a las personas jurídicas se ha fundamentado tanto desde la retribución, como a partir de la prevención general y especial. Para Tiedemann, si se admite la posibilidad de una culpabilidad moral social de la agrupación, entonces corresponde otorgarle valor a la idea de retribución. Con relación a la prevención general, sostiene que la condena penal de la empresa evidencia que la norma jurídica vulnerada se dirige a ella y que tal violación merece una reprobación

102 Muñoz Conde. «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», *op. cit*, p. 71. Arroyo Zapatero. «DP económico y Constitución». En: *Revista Penal* 1/ 1997, p. 14.

103 Zugaldía. «Las penas previstas en el Art. 129º del CP para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas». En: PJ 46/1997, pp. 284-285. En el mismo sentido, Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit*, p. 286.

104 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, p. 136. Silva. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español», *op. cit*, p. 364.

105 Silva. «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español», *op. cit*, p. 363.

social. La prevención especial para dicho autor también es realizable, la empresa condenada será intimidada para no reincidir en el delito, las reglas de derecho comercial y otras referidas a la vigilancia interior de la administración, pueden determinar que los dirigentes no continúen o no reiteren su actividad delictuosa. De esta forma, es posible erigir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica paralelo al de la persona física, sin importar la forma jurídica de la agrupación, siendo posible incluir a las personas jurídicas de Derecho público[106].

Contra estos planteamientos se han sostenido las limitaciones de un sistema de sanciones contra la persona jurídica. Además de los indudables problemas procesales que plantea la persecución penal del ente colectivo[107], en tanto se considera que la multa es la pena más adecuada para la empresa, se cuestiona su eficacia preventiva[108], a la luz por ejemplo del famoso caso de Cementos de Heidelberg S.A., donde una multa administrativa elevada no determinó siquiera la renuncia de los autores individuales del hecho. De otra parte, la pena de confiscación de los beneficios ilícitamente obtenidos tampoco aseguraría los fines de prevención, pues sólo lograría restablecer las cosas al estado anterior. A su turno, la imposición de otras penas pecuniarias o algunas que afecten el funcionamiento de la entidad social, no sería otra cosa que un castigo colectivo que afecta a sujetos ajenos al manejo de la empresa, como los socios, los trabajadores, etc. También se ha precisado que de castigarse simultáneamente al directivo responsable personal del hecho delictivo, se estaría convalidando una violación del *ne bis in idem*[109].

Estas dudas han sido valoradas por Zúñiga Rodríguez, quien ha sugerido un sistema de penas aplicables a las personas jurídicas, pero acorde con un Derecho penal de mínima intervención, lo que a su juicio implica en primer término delimitar el ámbito de supuestos típicos

106 Tiedemann. *Temas de DP económico y ambiental, op. cit*, pp. 226-228.

107 Ibid., pp. 228-229. Abanto. *DP económico, op. cit.*, p. 157. SAN MARTÍN CASTRO. «Delito socioeconómico y proceso penal: El Derecho procesal penal económico». En: Advocatus 4/2001, p. 294.

108 Terradillos Basoco. DP de la empresa. Madrid 1995, p. 62, sobre todo en los casos de empresas que ocupan un lugar privilegiado en el mercado, de modo que la multa puede operar como un simple costo empresarial a ser amortizado a través del precio, como cargo a los consumidores.

109 Serrano-Piedecasas. «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit*, pp. 134-135.

mediante *numerus clausus* de delitos que prevén la sanción de la persona jurídica, concretamente los denominados delitos socioeconómicos en sentido amplio[110]. En cuanto a las características de tales sanciones, ha propuesto principalmente: 1) Que no puedan ser absorbidas por los costes de la empresa a fin de conservar el efecto intimidatorio; 2) que ataquen los beneficios económicos mediante el comiso de ganancias, la eliminación de las subvenciones, eliminación de derechos, etc.; 3) que cualquier intervención judicial de la empresa concilie los intereses en juego de los socios, accionistas, trabajadores, etc., para lo cual se ha planteado en el sistema alemán la sanción de curatela; 4) la utilización de la reparación civil como «tercera vía», de forma que se sancione a la empresa con la restitución de la situación previa al daño; 5) renunciar a la sanción de disolución pues por su gravedad, semejante a la pena de muerte, debería restringirse para las asociaciones ilícitas; y, 6) reconocer que las sanciones contra los directivos son paralelas a las de la persona jurídica[111].

La revisión efectuada permite concluir que en el estado actual del Derecho penal es posible, aunque no sin críticas, sustentar la capacidad de acción, de culpabilidad y de punición de las personas jurídicas. Sin embargo, y especialmente en lo que respecta a los sistemas jurídicos iberoamericanos, tributarios por años del *societas delinquere non potest*, aún hace falta ampliar la investigación penal en orden a establecer las condiciones materiales de imputación penal y procesal de la persona moral.

Como ha precisado Bustos Ramírez, todavía no hemos llegado a esta etapa de construcción del sistema penal, lo que hace preciso buscar fórmulas, como la del «actuar por otro» y las consecuencias accesorias, que nos permitan en el plano político criminal establecer bases dentro de la dogmática actual para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica[112]. En esa perspectiva se incardina el CP peruano de 1991.

110 Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, *op. cit*, p. 242, n. 127.

111 Ibid., p. 240.

112 Bustos Ramírez. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas». Inédito. Lima 2000, p. 3.

IV. ¿Necesidad de adoptar el *societas delinquere potest* en el derecho penal peruano?

En el ordenamiento penal peruano, la jurisprudencia ha defendido unánimemente el principio *societas delinquere non potest*[113]. Por su parte, la doctrina tradicionalmente se ha mostrado contraria a aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas[114], pero en los últimos años,

113 La Corte Suprema declaró la insubsistencia de todo lo actuado e improcedente la acción del agraviado contra la Fabrica de Velas y Jabones «La Excelsior», imputándole la comisión del delito de falsificación (Art. 377° del CP de 1924) por usar indebidamente la marca «Jabón Patito», que él había registrado como distintivo de los jabones que producía (Anales Judiciales, 1934, p. 137). El enjuiciamiento supone la imputación de hechos delictuosos a personas individuales determinadas sobre quienes puede recaer la sanción respectiva (Anales Judiciales, 1918, p. 47). En un juicio por calumnia imputada a una sociedad comercial, se determinó que la responsabilidad penal es esencialmente individual (Ejecutoria Suprema de 8-4-1920, en: Anales Judiciales, 1920, p. 16). En un proceso por apropiación ilícita se estableció que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de algún delito, ya que dicha calidad sólo puede ostentarla la persona física, pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del DP (Ejecutoria Suprema de 3-1-1972, en : Revista de Jurisprudencia Peruana 338, p. 357). «El encausado resulta ser una persona jurídica como Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (SCRLtd.), por lo que no se le debió instaurar proceso penal, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27° del CP» (Resolución de la Corte Suprema de 24-10-97, Consulta 3963-96, en: Gaceta Jurídica. *Guía Rápida de Jurisprudencia penal y procesal penal.* Lima 2001, p. 45). En nuestro ordenamiento penal no se admite la responsabilidad de las personas jurídicas; la responsabilidad penal se extiende a las personas que actúan en nombre de las personas jurídicas. Resulta inaceptable tener como denunciado a una persona jurídica (Resolución de la Corte Superior de Lima de 19-12-97, exp. 3045-97, en: La Rosa Gómez de la Torre. Jurisprudencia del proceso penal sumario. Lima 1997. p. 79).

114 Antes de la vigencia del CP de 1991, Vid., Montoya Manfredi. Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. 2ª ed. Lima 1977, p. 24. García Rada. *Sociedad anónima y delito.* 2ª ed. Lima 1985, p. 65. Hurtado Pozo. *Manual de DP. PG.* 2ª ed. Lima 1987, pp. 340-341. Peña Cabrera. *Tratado de DP. PG.* Vol. I. 3ª ed. Lima 1987, p. 161. Jara F. «¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?». En: Thémis 8/1987, p. 32. Villavicencio Terreros. *Lecciones de DP. PG.* Lima 1990, p. 115. Ugaz Sánchez-Moreno. «Quiebra fraudulenta». En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa 29/1987, p. 93. Lecca Forero. La responsabilidad penal de los directores

frente a la relevancia que ha venido cobrando la criminalidad económica se empieza a postular la revisión del *societas delinquere non potest*[115], cuando no la asunción de un sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos[116].

A este contexto se ha sumado el reciente debate vinculado al llamado «Caso Montesinos», a propósito de la participación de múltiples empresarios de televisión que pactaban con el ex asesor presidencial la línea informativa y de expresión de sus medios a favor del Gobierno de Fujimori, el destino de sus causas judiciales, entre otras pretensiones ilegales, y a cambio de elevadas sumas de dinero. Hechos de esta naturaleza han originado diversas posturas en torno a la posibilidad de aplicar las llamadas consecuencias accesorias previstas en el Art. 105° del CP en orden a «sancionar» no sólo a las personas físicas que pudieron cometer cohecho, tráfico de influencias o peculado, sino además al propio medio de comunicación a través del cual por ejemplo se promovió ilícitamente la reelección de Fujimori para el período 2000-2005, omitiendo cubrir las actividades proselitistas de los otros candidatos, negándose a emitir su publicidad -a pesar de ofrecerse el pago respectivo por el servicio-, difamándolos de diversos modos, manipulando las encuestas de opinión o encubriendo las graves denuncias contra el Gobierno de Fujimori por corrupción y graves violaciones de Derechos Humanos.

---

en las sociedades anónimas. Tesis de Bachiller. Lima 1990, p. 115 y ss. Moscoso Callo. El acaparamiento, especulación y adulteración como delitos contra la economía en el D. Leg. N° 123. Tesis de bachiller. Lima 1988, p. 171. Tras la puesta en vigor del CP de 1991, Vid. Caro Coria. «La irresponsabilidad penal de la persona jurídica», *op. cit*, p. 78. Villa Stein. DP. PG. Lima 1998, p. 197. Peña Cabrera. PE III, cit., pp. 156ss. Tratado de DP. Estudio programático de la PG. 3ª ed. Lima 1999, pp. 291-292. Angeles Gonzáles/Frisancho Aparicio. CP I. Lima 1996, p. 434-436. Castillo. «Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas», *op. cit.*, p. A-55. Meini Méndez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit.*, pp. 169-170. Bramont-Arias, L.M. PG, *op. cit.*, pp. 124-126. Villavicencio Terreros. *CP comentado*. Lima 2001, pp. 155, 275.

115 Mazuelos Coello. «DP económico y de la empresa: concepto, sistema y política criminal». En: *DP económico y de la empresa*. Lima 1996, pp. 37ss.

116 Abanto. *DP Económico, op. cit.*, p. 162. Zúñiga Rodríguez. «Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva». En: II Congreso Internacional de DP. Lima 1997, pp. 357-356. Hurtado Pozo. «Personas jurídicas y responsabilidad penal». En: ADP 1996, pp. 155-158.

El CP peruano de 1991, acogiendo el modelo previsto en la Propuesta de Anteproyecto de CP español de 1983, establece en el Art. 105°, incardinado en el Capítulo II («Consecuencias accesorias») del Título VI («De la Reparación civil y consecuencias accesorias») de la Parte General, la posibilidad de que el Juez imponga una o varias medidas a la persona jurídica si el «hecho punible» se cometió en ejercicio de su actividad, o cuando su organización permitió favorecerlo o encubrirlo[117]. Esta solución se ha expandido a la legislación complementaria[118], como se observa en el Art. 10° de la Ley N° 26461 de 8 de junio de 1995, Ley de delitos aduaneros, previsto en el Capítulo V («Consecuencias accesorias») del Título I («De los delitos aduaneros»)[119], o en el Art. 17° del

117 «Artículo 105°.- Si el hecho punible fuere cometido *en ejercicio* de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para *favorecerlo o encubrirlo*, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo.
La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
La prohibición podrá tener carácter temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

118 Hurtado. «Personas jurídicas y responsabilidad penal», *op. cit.*, pp. 152-154.

119 «Artículo 10°.- Si para la ejecución del hecho punible se utilizó la organización de una persona Jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el Juez deberá aplicar, según la gravedad de los hechos conjunta o alternativamente Las medidas siguientes:

a.- Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos.
b.- Disolución de la persona jurídica.
c.- Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten.
d.- Prohibición temporal o definitiva a la persona jurídica para realizar actividades de la naturaleza de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
Simultáneamente, con la medida dispuesta, el Juez ordenará a la autoridad competente la intervención de la persona jurídica para los fines legales correspondientes, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores».

D.Leg. Nº 813 de 24 de abril de 1996, Ley de delitos tributarios, ubicado en el Título IV que regula las «Consecuencias accesorias»[120].

La exposición de motivos del CP no precisó los fundamentos de esta regulación[121], mientras que la del D. Leg. Nº 813 se limitó a calificarlas como «medidas administrativas»[122]. Sin embargo, debe entenderse que con ello el legislador peruano ha zanjado definitivamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando menos en lo formal, a favor del *societas delinquere non potest*, dado que las «consecuencias accesorias» no forman parte de catálogo de penas (Art. 28° del CP) ni de medidas de seguridad (Art. 71° del CP)[123]. En todo caso, la interpretación de la cláusula del Art. 105° del CP peruano no ha sido pacífica en la doctrina nacional, a lo que debe sumarse la no aplicación del precepto en la jurisprudencia a pesar de sus casi once años de vigencia, tanto quizás por desconocerse sus alcances o por entenderse que se trata de medidas graves (clausura de locales, disolución, etc.) de excepcional imposición.

120 «Artículo 17º.- Si en la ejecución del delito tributario se hubiera utilizado la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el Juez podrá aplicar, conjunta o alternativamente según la gravedad de los hechos, las siguientes medidas:

a) Cierre temporal o clausura definitiva del establecimiento, oficina o local en donde desarrolle sus actividades.

El cierre temporal no será menor de dos ni mayor de cinco años.

b) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas.

c) Disolución de la persona jurídica».

121 La Exposición de Motivos del CP señala que «Resaltan, por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales. Entre las medidas enumeradas en el proyecto destacamos las siguientes: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión o prohibición de actividades (artículo 105º)»

122 El ítem 7 de la Exposición de Motivos del D.Leg. Nº 813 precisa:

«DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.-

En la ejecución de los delitos de Defraudación Tributaria se utiliza generalmente la organización de personas jurídicas, quienes se benefician ilícitamente. En este sentido, es necesario que la ciudadanía constate, que las sentencias emitidas por el Órgano Jurisdiccional, contengan medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician con la comisión del delito».

123 Villavicencio. *CP comentado*, *op. cit.*, p. 275.

Ahora bien, el principal aspecto a dilucidar en torno al Art. 105° se cifra en establecer, como sucede a raíz de la interpretación del Art. 129° del CP español de 1995[124], si estamos ante «consecuencias accesorias de la pena» o «consecuencias accesorias del delito». En la primera dirección se ha pronunciado Meini Méndez, para quien la imposición de medidas contra la persona jurídica implica *de lege lata* la existencia de un hecho antijurídico, culpable y merecedor de pena[125], de manera tal que no podrán aplicarse ante cualquier causal de ausencia de culpabilidad o exclusión de pena, aunque admite, a fin de evitar lagunas, su aplicación cuando la pena no llegue a ejecutarse, por ejemplo en los casos de suspensión de la ejecución de la pena, más no en los supuestos de reserva del fallo condenatorio[126].

Contra estas consideraciones y en orden a sostener la segunda postura antes enunciada, Castillo Alva ha planteado la necesidad de interpretar el Art. 105° con mayor amplitud, en el sentido de considerar que la exigencia de un «hecho punible» se satisface con la presencia de un acto típico y antijurídico o injusto penal, lo que refrenda un sector de la doctrina penal[127] y, hasta cierto punto, la propia sistemática del Código Penal peruano[128].

Desde el punto de vista sistemático, independientemente del caso aislado del delito ambiental (Art. 314° del CP[129]) en que se prevé la aplicación del Art. 105° como medida cautelar[130], la regulación no es uniforme. Existe una marcada semejanza entre el Art. 105° del CP y el citado Art. 10° de la Ley de Delitos Aduaneros («Si para la ejecución del hecho punible [...]»), pues en ambos casos se vincula la medida a un

124 Vid. Supra 3.3. Fernández Teruelo. «Las consecuencias accesorias del artículo 129° CP». En: Quintero Olivares/Morales Prats. *El nuevo DP español*. Pamplona 2001, p. 275.

125 Similar, Abanto. *DP económico*, *op. cit.*, p. 158.

126 Meini Méndez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit.*, pp. 198-199.

127 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 286.

128 Castillo. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, *op. cit.*, pp. 282-284.

129 «Artículo 314°.- El Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el artículo 105° inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental».

130 Caro Coria. La protección penal del ambiente. Lima 1995, pp. 355-357.

«hecho punible». Sin embargo, el Art. 3° de la Ley N° 27270 contra actos de discriminación de 29 de mayo de 2000, prevé la posible aplicación de la medida de clausura temporal del Art. 105° del CP en los casos del «delito tipificado en el artículo 323°»[131], exigencia de delito que parece apreciarse a su vez en el Art. 17° de la Ley Penal Tributaria antes mencionada («Si en la ejecución del delito tributario [...]»). Ni siquiera la propia expresión «hecho punible» puede interpretarse unitariamente dentro del CP, en algunos casos parece referirse con propiedad a un delito (acto típico, antijurídico, culpable y punible), mientras que en otros únicamente al injusto penal (acto típico y antijurídico)[132].

Esta pluralidad de significados del «hecho punible» permite compatibilizar la interpretación del Art. 105° con un mínimo de garantías para la persona jurídica y el objetivo de evitar lagunas de punibilidad en perjuicio de la prevención especial. De este modo, la delimitación del hecho punible como injusto personal resulta más satisfactoria en el contexto político criminal del Art. 105°. No parece del todo razonable que se haga depender la aplicación de las medidas accesorias de la culpabilidad del autor, especialmente en los casos de mayor gravedad, que son en los que conforme al principio de proporcionalidad podrá aplicarse estas medidas[133], y más aún si en la vía administrativa no existe una medida equivalente susceptible de ser aplicada[134].

Ahora bien, fuera del aspecto formal y de posibles «fraudes de etiquetas», no cabe duda que las «medidas accesorias» son verdaderas sanciones contra personas jurídicas pues implican una limitación coactiva de derechos[135]. De allí deriva la necesidad de contar con criterios claros en torno a su imputación penal y procesal[136], aspectos cuyo desarrollo en

131 «Artículo 3°.- El Juez podrá aplicar la clausura temporal a que se refiere el Artículo 105° del Código Penal, en los casos del delito tipificado en el Artículo 323°, por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 (cinco) años».

132 Vid. los arts. 1°, 6°, 13°, 15°, 22°, 23°, 24°, 25°, 26°, 39°, 46°, 46-A y 51° del CP, así como el rótulo del Título II de la PG.

133 Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, *op. cit.*, p. 213.

134 Fernández. «Las consecuencias accesorias del Art. 129° CP», *op. cit.*, p. 276.

135 Abanto. *DP económico, op. cit.*, p. 158. Para Hurtado. «Personas jurídicas y responsabilidad penal», *op. cit.*, p. 151, se trata de «sanciones impuestas a la persona jurídica de manera simulada».

136 Fernández. «Las consecuencias accesorias del Art. 129° CP», *op. cit.*, pp. 281-282.

nuestro medio se encuentra aún en sus inicios[137] y que en definitiva están vinculados a la concepción de las «consecuencias accesorias» como penas, medidas de seguridad, consecuencias *sui generis* o, como aquí se defiende, medidas fundadas en la «peligrosidad objetiva de la cosa»[138].

En esa línea de pensamiento, Feijóo Sánchez ha centrado el debate en torno a los criterios de imputación de las consecuencias accesorias sobre la base de la peligrosidad de la cosa, precisando una serie de aspectos que, descontando los ya abordados, merecen prestar atención[139]. Por un lado debe quedar claro, en el terreno formal, que la no fundamentación de esa peligrosidad en necesidades de prevención general sino de prevención especial, hace innecesario el recurso a un estricto sistema de *numerus clausus*, como el acogido por el Art. 129.1 del CP español de 1995, que señale en la parte especial los casos en lo que es posible imponer la medida accesoria. De ese modo, será suficiente una cláusula general como la del Art. 105° del CP peruano ya que una fundamentación preventivo especial se orienta a una solución individual, la que además es compatible con la regulación facultativa («el Juez podrá »)[140] que permite evaluar su imposición judicial, según se verá luego, en una prognosis de que la agrupación puede seguir siendo utilizada delictivamente.

De otra parte, es necesario delimitar el núcleo de autores cuyos hechos pueden permitir la imputación jurídico-penal a las personas jurídicas, siendo que la tendencia en la doctrina y en el Derecho comparado se ubica entre un modelo puramente formal que exige la actuación de órganos y/o representantes legales jurídicamente cualificados para ac-

137 Vid. sobre todo, Meini. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit.*, p. 200 y ss. Castillo, Las consecuencias jurídico-económicas del delito, *op. cit.*, p. 285 y ss.

138 Bramont-Arias, L.M. PG, *op. cit.*, p. 404. Villa Stein. PG, *op. cit.*, p. 504.

139 En lo que sigue, Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 278-291.

140 Ese carácter facultativo se mantiene en el Art. 323° del CP y en el Art. 17° del D. Leg. N° 813. Por el contrario, el Art. 10° de Ley N° 26461 torna en obligatoria la medida («El Juez deberá aplicar»), al igual que el Art. 241° pf. 2 que prevé en los delitos de fraude en remates, concursos o licitaciones públicas que «Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años».

tuar en nombre de la persona jurídica, y el modelo contrario que otorga relevancia a los actos de todo aquél que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella. Esta última pareciera ser la opción asumida en el Art. 105° del CP al referirse al hecho punible que «fuere cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo»[141]. Pero teniendo en cuenta la gravedad de las medidas accesorias y el principio de proporcionalidad, es posible plantear una restricción semejante a la del *Model Penal Code* de Estados Unidos, dejándose de lado las acciones de personas que carecen de poder de decisión[142], bajo el entendido de que la gravedad de la consecuencia debe corresponder a hechos de especial relevancia cuya comisión sólo es posible en ejercicio de ese poder de decisión, lo que indudablemente permite incluir los cargos intermedios así como a los encargados o jefes de una sección o unidad operativa con enormes capacidades decisorias[143].

Tampoco es razonable que toda actuación de un representante u órgano de dirección determine consecuencias penales para el ente colectivo, por ello debe delimitarse el hecho de conexión que legitima la intervención penal. Si se advierte la necesidad de una «específica relación normativa» entre el hecho y la actividad social, como acontece en el Art. 105° del CP peruano cuando se refiere al «ejercicio de la actividad» o a la utilización de «su organización», debe elaborarse una «teoría de la imputación objetiva» propia de las personas jurídicas. En tal perspectiva, si se concibe que la peligrosidad objetiva que fundamenta la consecuencia accesoria se expresa, parafraseando a Tiedemann, en un defecto de organización[144] que facilita la comisión de hechos antijurídicos, entonces dicha consecuencia sólo tiene sentido en los casos en que él hecho punible de la persona natural se debe a un defecto de organización o a una gestión criminógena del ente colectivo que se mantiene o se puede repetir.

141 Meini Méndez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit.*, p. 207.

142 Malamud Goti. Política criminal de la empresa. Buenos Aires 1983, pp. 24-25, en relación a los mecanismos de división y delegación como instrumentos que favorecen la impunidad por «dificultades de detección y de localización de responsabilidades».

143 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 281.

144 Tiedemann. Temas de DP económico y ambiental, *op. cit.*, pp. 222, 223, 224.

Así cobra relevancia el planteamiento de Günther Heine, en el sentido de que «una empresa dedicada a la producción de nuevos riesgos, debería de ser considerada [...] como garante de control. El deber de evitar peligros y de controlar resultan del hecho que los riesgos propios de la explotación pueden ser únicamente controlados mediante una administración de los riesgos por parte de la empresa y no mediante las disposiciones de seguridad y de control estatales»[145]. De esta manera, los criterios rectores para una responsabilidad -penal a juicio de Heine- de la organización estarían dados por dos presupuestos: «como condición necesaria debe existir una administración deficiente del riesgo (*fehlerhafte Risikomanagement*); y como condición suficiente la materialización del peligro típico de la empresa»[146].

Nada impide que los aportes de Tiedemann y Heine puedan llevarse al terreno de la imputación de las medidas contra las personas jurídicas del Art. 105° del CP. Si se ha llegado a estimar que son suficientes para fundamentar la imposición de verdaderas penas contra una agrupación, con mayor razón (argumento «*a fortiori*») permitirán justificar medidas menos grave como las «consecuencias accesorias» (argumento «*ad maioris ad minus*»). De esta forma, debe entenderse que la medida accesoria depende de una prognosis de que la agrupación podrá seguir siendo utilizada delictivamente[147], por defecto de organización o deficiente administración de riesgo. Si dicho pronóstico se desvanece debe cesar entonces la medida[148]. Esa prognosis no surge por el simple hecho de que la persona física actuó en beneficio o en interés de la persona jurídica, siendo en tales supuestos suficiente el recurso al comiso del Art. 104° del CP[149].

Tales criterios de imputación pueden asumirse en algunos casos, *de lege lata*, mediante la interpretación, pero no están suficientemente desarrollados en el Art. 105° del CP, lo que desde ya debe motivar su revi-

145 Heine. «La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales», *op. cit.*, p. 42.

146 Ibid., p. 42.

147 Con toda claridad, el Art. 129.3 del CP español precisa que «Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

148 Cercano, Abanto Vásquez. *DP económico*. PE. Lima 2000, p. 489.

149 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 283-285.

sión en el proceso de reforma penal iniciado en virtud de la Ley Nº 27421 de 7 de febrero de 2001. En ese marco deberá proponerse la ampliación de las agrupaciones a las que pueden aplicarse estas medidas, el Art. 105 se limita a las personas jurídicas en general, con o sin fines de lucro, sólo el Art. 10° de la Ley Nº 26461 y el Art. 17 del D. Leg. Nº 813 prevén su aplicación a los «negocios unipersonales». Si el fundamento de las consecuencias accesorias deriva de la peligrosidad de la cosa, podrá admitirse su extensión inclusive para las agrupaciones carentes de personalidad jurídica. Antes bien, cabrá evaluar todavía la posibilidad de sancionar, como permite el CP francés de 1994 y plantea un sector de la doctrina, a las personas jurídicas de Derecho público.

En la reforma del Art. 105° deberá aclararse también las reglas de individualización judicial de esta medida penal que, sobre la base de pautas preventivo especiales, no se satisface con la exigencia general de valorar la entidad del hecho punible, como ordenan el Art. 10° de la Ley Nº 26461 y el Art. 17° del D. Leg. Nº 813 («según la gravedad de los hechos»), sino con la incorporación de criterios como los del Art. 102.2 del Proyecto de CP Suizo de 1998, relacionados con la capacidad económica de la empresa y la necesidad de prevenir futuros delitos.

Ahora bien, la gravedad de las medidas que recoge el Art. 105° del CP (clausura de locales o establecimientos, disolución, suspensión de actividades y prohibición de actividades)[150] puede motivar diversas valoraciones. Por un lado la presencia de consecuencias de tal entidad enerva su aplicación generalizada, debiendo recurrirse a ellas en casos excepcionales, de especial gravedad y siempre como una medida subsidiaria o secundaria[151]. De otra parte, *de lege ferenda* es necesario ampliar el catálogo de medidas a fin de prever otras menos lesivas y que pueden desplegar iguales o mayores efectos preventivo especiales, como la amonestación, la obligación de publicar la sentencia que declara la responsabilidad accesoria, el comiso de los instrumentos que sirvieron para cometer el delito y de los beneficios obtenidos, multa de acuerdo al beneficio obtenido o el daño creado por la actividad delictiva, pérdida de beneficios fiscales y subvenciones, prohibición por un periodo de participar en las contrataciones públicas, vigilancia judicial por un periodo determinado de las actividades en cuyo ejercicio se cometió el hecho punible,

150 Castillo. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, *op. cit.*, pp. 310ss.

151 Fernández. «Las consecuencias accesorias del Art. 129° CP», *op. cit.*, p. 277

intervención judicial por un periodo a fin de cautelar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, entre otras.

Queda también por resolver el tratamiento de las causas que extinguen la imposición y ejecución de estas medidas, como la prescripción, vacío frente al cual se ha propuesto aplicar por analogía la regulación de las medidas de seguridad[152] que se fundamentan en la llamada «peligrosidad subjetiva».

Un problema particular radica en la ausencia de reglas procesales para la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. Para un importante sector doctrinal en estos casos la persona jurídica debe asumir la condición de parte procesal, por lo que necesariamente rige el principio acusatorio[153]. De esta forma, no basta una simple audiencia de los titulares como exige el Art. 129.1 del CP hispano, es necesaria la consideración del ente colectivo como parte, salvo que se ausente injustificadamente en cuyo caso se le puede declarar rebelde o contumaz, como acota San Martín Castro. Para este autor el Ministerio Público debe efectuar la imputación correspondiente y el Juez Penal dictar la resolución de imputación. De esta forma, la persona jurídica debe ser citada formalmente a cada acto procesal de trascendencia, pudiendo ofrecer pruebas y participar en sus actuaciones. También deberá ser citada con la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento, pudiendo intervenir en la fase intermedia y en el juicio oral, y reconociéndosele el derecho de impugnación[154].

Antes bien, se ha sostenido por el contrario que no sería necesario llegar a considerar a la persona jurídica como parte en el proceso. Si la persona jurídica no es una imputada propiamente dicha, sino una cosa u objeto peligroso sobre cuyo destino debe discutirse para neutralizar esa peligrosidad[155], entonces haría falta establecer todo un sistema de garantías procesales, bastando la mera audiencia con los titulares como en el ordenamiento español. Estas cuestiones deberán resolverse *de lege ferenda* para una eficaz y legítima imposición de consecuencias contra las personas jurídicas, sin embargo parece que no puede desestimarse,

152 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 288.

153 Bajo Fernández/Bacigalupo, *DP económico*. Madrid 2001, p. 155.

154 San Martín. «Delito socioeconómico y proceso penal: El Derecho procesal penal económico», *op. cit.*, p. 294. Similar, Castillo. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, *op. cit.*, pp. 306-310.

155 Feijóo. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 287.

sin más, la necesidad de que la persona jurídica pasible de una consecuencia accesoria ejerza plenamente el derecho de defensa que le compete al amparo del Art. 139.14 de la Constitución.

La consideración de la agrupación como cosa u objeto peligroso no es incompatible con la conveniencia de considerarla parte en el proceso penal en el que no sólo se discutirá el destino del objeto o cosa peligrosa, sino los propios criterios de imputación de la responsabilidad accesoria, sea por defecto de organización o deficiente administración del riesgo, cuando no el destino de un ente colectivo al que pertenecen terceros interesados como los trabajadores, acreedores, socios ajenos al ilícito, entre otros. Parece pues oportuno que la determinación de estos aspectos no quede en manos sólo del Ministerio Público, del Poder Judicial, del imputado o de la parte civil, sino también de la persona jurídica que podría ser privada o limitada en el ejercicio de sus derechos a través de las consecuencias accesorias.

V. Perspectivas de un sistema de imputación de responsabilidad en el proyecto de Código Penal tipo para Iberoamérica

5.1 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La elaboración de la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica[156], cuya redacción se concluyó en São Paulo en 1971[157], no trajo consigo el debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni de la actuación «en lugar de otro». El tecnicismo no ajeno a la una ideología, marcada a juicio de Zaffaroni por el idealis-

156 Grisolía. *CP Tipo para Latinoamérica*. PG. T. I, T. II Vols. 1-2. Santiago de Chile 1973. Bustos Ramírez/Valenzuela Bejas. *DP latinoamericano comparado*. T. I: PG. Buenos Aires 1981, pp. 1 y ss.

157 Como iniciativa privada se constituyó en octubre de 1963 en Santiago de Chile la Comisión Redactora de un CP Tipo para Latinoamérica, con secretariado permanente en dicha ciudad. En ese marco se celebraron reuniones posteriores en México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1969) y São Paulo (1971), ocasión en la que se ultimó la PG. Luego se efectuaron reuniones en San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1975), San Cristobal/Venezuela (1975), Madrid (1977) y Buenos Aires (1979), Vid. Zaffaroni. «Introducción a la codificación penal latinoamericana». En: Los códigos penales iberoamericanos 1. Bogotá 1994, p. 107.

mo neo-kantiano de Baden (Mezger) y el neoidealismo gentiliano en relación a la pena, llevó a introducir en la ley conceptos que corresponden a la doctrina e imponer la sistemática del delito dominante en los años sesenta en Latinoamérica[158], de manera que se mantuvo intacto el *societas delinquere non potest.*

Por invitación del Gobierno de Colombia, en junio de 1994 se celebró en Cartagena de Indias la X Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, ocasión en la que asistieron los representantes de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, El Salvador, España, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Como observadores asistieron los representantes de Estados Unidos, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Universidad de Puerto Rico. En esta Conferencia se adoptó, a iniciativa del Colegio de Abogados Penalistas de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, entre otros acuerdos, la elaboración de un Código Penal Tipo Iberoamericano, nombrándose como Secretario Perpetuo de la Comisión Redactora a su Presidente, Antonio José Cancino Moreno[159].

Desde la renovación de las reuniones de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano en 1995, se acordó unánimemente desarrollar los trabajos de redacción en tres ámbitos, la Ley Penal, el Hecho Punible y las Consecuencias Jurídicas del Delito. Éste último no fue objeto de tratamiento en el I Encuentro celebrado en Santafé de Bogotá/Colombia en 1995. Sin embargo, en el II Encuentro realizado en Las Palmas de Gran Canarias/España del 26 de setiembre al 2 de octubre de 1996, la representante de Costa Rica, Dora Guzmán Zanetti, a través de la Ponencia de 30 de setiembre, difundió un primer proyecto, incluida una exposición de motivos, de reglas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, en los siguientes términos:

> «Artículo 1°.- Con excepción de los Poderes del Estado, las personas jurídicas de Derecho público o privado, son penalmente responsables por los delitos que cometan por medio de sus órganos legalmente competentes para decidir o actuar en su nombre.
> Dicha responsabilidad es independiente de la responsabilidad penal y civil que personalmente pueda corresponder a los personeros que han concurrido a formar la voluntad social delictuosa.

158 Ibid., pp. 109-110.

159 Revista Canaria de Ciencias Penales. Monográfico 1/1999, p. 5.

Son igualmente responsables los personeros que valiéndose de las atribuciones legales otorgadas por la persona jurídica, decidan o actúen ilícita e individualmente en el ejercicio de su representación.
Artículo 2°.- Las personas jurídicas tendrán acción penal y civil contra los personeros cuya decisión o actuación haya tenido como consecuencia el ilícito por el que se le sanciona y contra los miembros que debiendo oponerse al delito no lo hicieron.
Artículo 3°.- Las personas jurídicas que cometan los delitos tipificados en el Código Penal, serán sancionadas con las penas siguientes:
a) Disolución judicial, si el delito está sancionado con pena mínima de prisión de ... a más años;
b) Vigilancia judicial, cuando la pena máxima sea inferior a ... años de prisión;
c) Multa, por ... veces el monto extremo mayor fijado.
Artículo 4°.- Los delitos no comprendidos en el artículo anterior serán sancionados, según su gravedad, con: disolución judicial; vigilancia judicial; multa, o inhabilitación parcial o temporal de las actividades en que ocurrió el ilícito.
Artículo 5°.- Al aplicar la pena, el juzgador tomará en consideración, además de las circunstancias propias del hecho, las particulares del ente, tales como su antigüedad, solvencia económica, prestigio social y comportamiento de sus órganos y personeros.
Artículo 6°.- Prescripción de las penas: ...
Artículo 7°.- Las normas generales señaladas en los títulos ... (del Código Penal Tipo) se aplicarán a los delitos en que incurran las personas jurídicas, en lo que fueren compatibles»[160].

Este texto casi no fue objeto de discusión en aquella ocasión, de manera que en el III Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano celebrado en Panamá del 26 al 30 de octubre de 1998, los comisionados Dora Guzmán Zanetti (Costa Rica), Renén Quiroz Pérez (Cuba) y José Zugaldía Espinar (España) presentaron una segunda propuesta de reglas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, bajo la siguiente redacción:

160 Guzmán Zanetti. «Propuestas normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En: Revista Canaria de Ciencias Penales. Monográfico 1/1999, pp. 219-222. También, con ligeras modificaciones, en: ADP 1996, pp. 187-189.

«Título ...
De las personas penalmente responsables
Capítulo ...
De la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo ...
1. Las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos por la Ley. Los entes públicos no son responsables más que de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades susceptibles de ser desarrolladas también por los particulares.
2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o partícipes de los mismos hechos.
3. Los jueces y tribunales podrán imponer a las personas jurídicas las siguientes penas:
a) Disolución.
b) Clausura por tiempo no superior a cinco años
c) Suspensión total o parcial de actividades por tiempo no superior a cinco años.
d) La intervención judicial para no perjudicar los intereses de los trabajadores. Dicha intervención no podrá ser superior a cinco años.
e) Multa hasta el décuplo del beneficio obtenido por la actividad delictiva.
f) Caución de conducta.
g) El comiso de los instrumentos obtenidos con la infracción.
h) Pérdida de beneficios fiscales o de seguridad social.
i) Amonestación.
j) Publicación de la sentencia»[161].

Tras un amplio debate en torno a los fundamentos de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, con la participación principal de los autores de la propuesta y los representantes José Hurtado Pozo (Perú), Esteban Righi (Argentina), Moisés Moreno Hernández (México), Francisco Dall'Anesse Ruiz (Costa Rica), Francisco Rodríguez Rojas (Colombia), Juan Manuel Fernández del Torco Alonso (España), Silvio Guerra Moráles (Panamá), José María Paz Rubio (España) y Manuel Jaén Vallejo (España)[162], se aprobó este Proyecto, aunque se suprimió el

161 Revista Canaria de Ciencias Penales. Monográfico 1/1999, pp. 47, 178.
162 Ibid., pp. 85-102.

mínimo de la multa que aparecía en el apartado e)[163] por la gravedad que podía acarrear para la empresas de escaso patrimonio, y se dejó la determinación de los criterios de imputación para el próximo encuentro por no haberse alcanzado acuerdo al respecto[164]. En tal sentido, Hurtado Pozo propuso, entre los lineamientos a tener en cuenta para la IV Reunión que se proyectó realizar en México en 1999, que «Las penas referentes a las personas jurídicas deben ser reguladas considerando la índole peculiar de su responsabilidad y las consecuencias que provocarán respecto a sus miembros ajenos a la actividad delictuosa, a los trabajadores y a la comunidad»[165], asimismo propuso adoptar las penas de disolución, clausura temporal, multa, intervención judicial temporal y publicación de la sentencia condenatoria[166].

En el IV Encuentro de la Comisión, celebrado finalmente en Bogotá del 12 al 16 de marzo de 2001, en la sesión vespertina de 15 de marzo, tras la ponencia respectiva a cargo del representante peruano Carlos Caro, se acordó por unanimidad la revisión de los criterios adoptados en la III Reunión, a fin de resolver las siguientes cuestiones: 1) Los criterios de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica. 2) La extensión de la responsabilidad a las personas jurídicas irregulares o de hecho. 3) Los límites de la responsabilidad de los entes públicos. 4) La adopción de un sistema de *numerus clausus* en virtud del cual se precise específicamente en la Parte Especial en qué casos, frente a que delitos cabe la imposición de una pena al ente colectivo. 5) La revisión del sistema de sanciones a fin de incluir por ejemplo la prohibición temporal de contratar con la administración pública. 6) Los criterios de individualización judicial de la pena, en sentido estricto y en sentido amplio[167].

163 Se establecía como pena mínima multa del triple del beneficio obtenido, Vid. Antonio José Cancino (dir). CP Tipo para Iberoamérica. Bogotá 2000, p. 120.

164 Revista Canaria de Ciencias Penales. Monográfico 1/1999, pp. 46, 102, 104-105.

165 Hurtado Pozo. «Propuesta sobre el sistema de sanciones penales relativo al proyecto de CP Tipo Hispanoamericano». En: Revista Canaria de Ciencias Penales. Monográfico 1/1999, p. 299.

166 Ibid., p. 303.

167 Caro Coria. «La responsabilidad penal de la propia persona jurídica». En: Antonio José Cancino (dir). *DP Iberoamericano*. Bogotá 2001, pp. 461y ss.

De esta forma, se delegó al representante de Perú la redacción de una tercera propuesta de normas sobre la responsabilidad de los entes colectivos a fin de que se presente en el V Encuentro de la Comisión que se celebró en Culiacán/México del 11 al 15 de junio de 2001. En cumplimiento de ese encargo, teniendo especialmente en cuenta el modelo del Código Penal Francés de 1994[168], el Anteproyecto Suizo de modificación del Código Penal[169], el *Corpus Iuris* de 1996, la Ley Penal de Ambiente de Venezuela de 1992, el Art. 16° del CP cubano, la Ley brasilera N° 9.605 de 12 de febrero de 1998 de delitos ambientales y el Art. 28° del Anteproyecto de CP del Estado de Sinaloa/México, se puso a consideración la siguiente propuesta:

> «Criterios de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas
> Artículo 1°.- Las personas jurídicas (*y empresas*) son penalmente responsables (*en los casos expresamente previstos en la Ley,*) por los delitos cometidos por quien obra en calidad de órgano o miembro de un órgano de dirección, por sus representantes o por quien dirige de hecho la persona jurídica. La responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la de las personas físicas autores o partícipes del mismo delito.
> Si no es posible establecer quién cometió el delito o si este no puede ser atribuido a una persona determinada, la persona jurídica es penalmente responsable si la infracción puede ser imputada a un defecto de organización o a una administración deficiente del riesgo creado por ella.
> Las personas jurídicas de derecho público responden penalmente cuando el delito se realiza en el ejercicio de una actividad o servicio público que puede ser desarrollado por particulares mediante contratos con el Estado.
>
> Penas aplicables a las personas jurídicas
> Artículo 2°.- Las personas jurídicas pueden ser sancionadas, de modo alternativo o acumulativo según establezca la ley, con las siguientes penas:

168 Aránguez Sánchez/Alarcón Navío. El CP francés. Traducido y anotado. Granada 2000. Desportes/Le Gunchec. «Las penas aplicables a las personas jurídicas». En: ADP 1997/1998, pp. 307ss.

169 Cit. por Du Puit. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Suiza». En: ADP 1996, pp. 167-172.

1. Amonestación.
2. Obligación de publicar la sentencia que declara la responsabilidad penal.
3. Comiso de los instrumentos que sirvieron para cometer el delito y de los beneficios obtenidos.
4. Multa de hasta el décuplo del beneficio obtenido o del daño creado por la actividad delictiva.
5. Pérdida de beneficios fiscales y subvenciones.
6. Prohibición por un periodo no mayor de cinco años de participar en las contrataciones públicas.
7. Vigilancia judicial por un periodo no mayor de cinco años de las actividades en cuyo ejercicio se cometió el hecho punible.
8. Intervención judicial por un periodo no mayor de cinco años a fin de cautelar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.
9. Inhabilitación definitiva o temporal no mayor de cinco años para ejercer directa o indirectamente determinadas actividades profesionales o empresariales.
10. Clausura definitiva o temporal no mayor de cinco años de uno o más de los centros de trabajo o establecimientos que hayan servido para cometer el hecho delictivo.
11. Disolución cuando la persona jurídica ha sido creada para delinquir o cuando se utilice su organización para favorecer o encubrir hechos delictivos.

Las penas previstas en los numerales 10 y 11 no son aplicables a las personas jurídicas de derecho público.

Individualización judicial de la pena

Artículo 3°.- El Juez o Tribunal, al momento de individualizar la pena aplicable a la persona jurídica deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción y la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva. En el caso de penas que afectan el patrimonio de la persona jurídica, deberá tenerse en cuenta la capacidad económica de ésta.

Suspensión de la ejecución de las penas de disolución, clausura e inhabilitación

Artículo 4°.- La ejecución de las penas de disolución, clausura e inhabilitación previstas en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 2, podrá suspenderse condicionalmente durante un periodo de prueba de tres a

cinco años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta que permitan prever que la persona jurídica no cometerá nuevo delito. El Juez o Tribunal puede imponer una o más de las siguientes reglas de conducta:
1. Obligación de requerir autorización judicial para la realización de determinadas actividades.
2. Presentar periódicamente los estados contables auditados.
3. Informar periódicamente sobre las actividades de la persona jurídica.
4. Cumplir con el pago de la reparación civil.
5. Adoptar medidas para prevenir la comisión de infracciones de la misma naturaleza.
6. Las demás reglas que imponga el Juez o Tribunal de acuerdo a las circunstancias del hecho punible.
Si durante el periodo de prueba la persona jurídica incumple las reglas de conducta, el Juez o Tribunal podrá decretar, según el caso, la prolongación del periodo de prueba hasta por siete años, o la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. En este último caso, la pena impuesta se ejecutará conforme a la sentencia condenatoria. La suspensión de la ejecución de la pena será revocada si la persona jurídica es condenada por un nuevo delito.

Conversión de la pena de disolución
Artículo 5°.- Cuando no fuera procedente la suspensión de la ejecución de la pena de disolución prevista en el numeral 11 del artículo 2, podrá convertirse en una de clausura, inhabilitación o vigilancia judicial, según la gravedad de la infracción».

Este planteamiento fue presentado y sometido a debate en la sesión matinal de 12 de junio, ocasión en la que el Secretario Perpetuo de la Comisión, Antonio Cancino, observó la propia decisión de criminalizar los «actos» de las personas jurídicas, debido a las dudas de constitucionalidad derivadas de una estigmatización por la conducta colectiva. En esa misma dirección, el representante alemán de Paraguay, Wolfgang Schöne, planteó la necesidad de limitar la imposición de la pena a las personas naturales, ello porque no quedaría claro el tratamiento de hechos delictivos adoptados de modo no unánime y cuya sanción podía acarrear consecuencias negativas inclusive para quienes, desde la perspectiva societaria, se opusieron a la resolución criminal. Asimismo, tampoco estaría claro el fundamento por el cual sería factible

hacer responder a la persona jurídica por el comportamiento de sus representantes, además de no poderse superar fácilmente el problema del tipo de penas a imponer. De otra parte, el delegado mexicano Moisés Moreno expuso sus dudas desde la perspectiva de los criterios de imputación previstos en el Art. 1° y su compatibilidad con el ordenamiento penal mexicano. Una valoración diferente motivó la intervención del representante panameño Silvio Guerra, para quien debía aún reflexionarse sobre la capacidad de acción y de penalización de las personas jurídicas, así como en relación al problema de los acuerdos delictivos no unánimes que se ejecutan.

Entre otras intervenciones de distinto sentido cuenta la del representante peruano Hurtado Pozo, quien sostuvo firmemente la necesidad de ratificar el acuerdo adoptado en el III Encuentro de la Comisión de 1998, consistente en admitir la necesidad de incorporar en el Proyecto de Código Penal Tipo Iberoamericano reglas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esa perspectiva, Hurtado tuvo ocasión de presentar el estado actual de la discusión en el Derecho penal suizo y anglosajón, sistemas en los que prácticamente no se discute la adopción del *societas delinquere potest* pues se estima que la lucha contra la delincuencia económica requiere de la injerencia penal sobre los entes colectivos como medida político criminal fundada en un sistema dogmático distinto al que sustenta la responsabilidad penal de la persona humana.

En la sesión de 12 de junio de 2001 la Comisión no ratificó ni renunció al acuerdo de asumir la responsabilidad penal de los entes colectivos, habiendo decidido renovar la discusión en el VI Encuentro cuya realización se proyecta en Costa Rica en la segunda mitad del año 2002, lo que no sólo denota el fuerte arraigo al principio *societas delinquere non potest* en Iberoamérica, sino también una marcada reticencia a asumir que la persona jurídica realiza conductas penalmente relevantes y que por ello debe ser sancionada. Antes bien, Hurtado Pozo ha propuesto perfeccionar el proyecto que se debatió en México, considerando una redacción escueta como la siguiente, que aún requiere de mayores concreciones:

> «Art. : La persona jurídica, sociedad o empresa individual será penada de acuerdo con el artículo ... [siguiente] por el delito cometido, en el ejercicio de sus actividades, por sus miembros y en la medida en que le fuera imputado en razón de un defecto de organización o una administración deficiente del riesgo creado por ella.

> Las personas físicas identificadas como responsables de la realización del delito serán penadas como autores o partícipes del mismo delito.
> Art. : A la persona jurídica, sociedad o empresa individual se le impondrán, alternativa o acumulativamente, las siguientes penas:
> a...
> b...
> c...
> El juez o tribunal, al individualizar la pena deberá tener en cuenta la gravedad del delito, la capacidad económica y la importancia del riesgo de que pueda dar lugar a la comisión de nuevos delitos»[170].

En todo caso, habiéndose puesto en duda la propia asunción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de esperarse que el debate posterior se concentre en la revisión de los fundamentos dogmáticos y político criminales relativos a esta forma de responsabilidad[171]. Antes bien, teniendo en cuenta la proyección del Código Penal Tipo Iberoamericano como fuente de inspiración de la futura legislación penal de nuestros países, y ante la alarmante expansión de la criminalidad empresarial, es razonable esperar la adopción definitiva de reglas de imputación de consecuencias jurídicas contra los entes colectivos, lo que no necesariamente implica asumir un sistema de penas o medidas de seguridad, estando presente la opción de un modelo *sui generis* como el de las consecuencias accesorias del CP peruano de 1991 y del CP español de 1995.

170 Esta propuesta guarda similitud con el Art. 102º del Proyecto de CP Suizo de 1998, previsto como norma única del Título Séptimo («Responsabilidad de las empresas») de la PG, en los términos siguientes:
«Art. 102º
1 A través del funcionamiento de una empresa se puede realizar un hecho delictivo, y esa actividad delictiva puede no ser atribuible a una persona determinada por causa de una organización defectuosa de la empresa, entonces la empresa será sancionada con una multa de hasta 5 millones de Francos.
2 El Tribunal impondrá la multa de acuerdo a la gravedad del delito, el rendimiento económico de la empresa, así como el peligro de la comisión de nuevos delitos, de los que sería responsable la empresa.
3 Se consideran empresa de acuerdo al sentido de este artículo a las personas jurídicas, sociedades y firmas unipersonales.»

171 Vid. Supra III.

5.2 La fórmula de la actuación «en lugar de otro»

La fórmula del «actuar por otro», «en nombre de otro» o «en lugar de otro», se apreció por primera vez en el §14 del StGB. Este planteamiento ha tenido acogida general en los sistemas penales iberoamericanos, en España a través primero del Art. 15° bis del trCP y luego mediante el Art. 31° del CP de 1995. En la misma dirección se incardinan el Art. 27° del CP peruano de 1991, el Art. 38° del CP de El Salvador de 1997, el Art. 29° del CP Colombiano de 2000[172] y el Art. 28° del Anteproyecto de CP del Estado de Sinaloa/México. Más cercano a la postura del §14 del StGB se encuentra el Art. 16° del CP de Paraguay de 1997[173].

Inicialmente esta cláusula fue valorada por un importante sector de la doctrina penal como el complemento necesario del *societas delinquere*

172 «Artículo 29° - [...] También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado».

173 «Artículo 16°.- Actuación en representación de otro

1° La persona física que actuara como:

1. representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos;

2. socio apoderado de una sociedad de personas; o

3. representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurran en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2° Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido:

1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o

2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular,

y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.

3° Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2°, numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública.

4° Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato».

non potest, en el sentido de que el sistema de irresponsabilidad penal de la persona jurídica no debía redundar en la impunidad de las personas naturales que habían ostentado el dominio del hecho. En tal dirección, el «actuar en lugar de otro» vino a satisfacer un vacío de punibilidad que se observaba principalmente en los delitos especiales propios en los que no era posible imputar el hecho al ente colectivo, ni a los ejecutores materiales del mismo por la ausencia de la circunstancia que fundamenta el delito especial.

Esta perspectiva ha sido ampliada en los últimos años, partiéndose como aquí del presupuesto de que la posible punición de la persona jurídica no debe redundar en la impunidad de las personas naturales. De ese modo, la cláusula del «actuar en lugar de otro» no puede observarse como mera salida frente a un vacío de punición, sino quizás como el refuerzo necesario de la responsabilidad de las personas naturales en un sistema tributario del *societas delinquere potest*. En esa línea de ideas se inscribe la propuesta presentada por el Profesor Zugaldía en la III Reunión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Iberoamérica, en el siguiente sentido[174]:

«Título X
De las personas penalmente responsables

Capítulo XX
De la actuación en nombre de otro

> Art. B. El que actuare como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurran en él las circunstancias personales que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser autor del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

Esta importante formulación coincide sustancialmente con el sentido del Art. 31° del CP español, norma que bien se encamina hacia una fundamentación material del instituto del «actuar en lugar de otro», como se aprecia por ejemplo tras la consideración de la administración

174 En: CP Tipo para Iberoamérica. Vol. I, *op. cit.*, p. 121.

de hecho. No obstante, como precisa Martínez-Buján Pérez, la norma hispana mantiene rezagos de la teoría formal de la representación adoptada por el Art. 15° bis del trCP[175]. Y la tesis de la representación plantea problemas de punición en los siguientes grupos de casos[176]: 1) en los supuestos de representación fáctica donde se aprecia una actuación no autorizada, sin eficacia para efectos de la representación. 2) En los delitos de tendencias subjetivas egoístas, donde el tipo requiere por ejemplo la actuación «en provecho propio». 3) Cuando el representante no actúa a favor del representado sino en su propio interés. 4) Cuando el especial elemento de la autoría no lo ostenta el representado sino un tercero. 5) En las actuaciones a favor de grupos de empresas o empresas jurídicamente atomizadas en una pluralidad de sociedades individuales y con personería jurídica propia.

Es oportuno replantear los alcances de esta institución a fin de asumir una redacción más acorde con una postura material[177], partiendo de propuestas como la de Schünemann en torno a la «posición de garante» del representante frente al bien jurídico-penal, o la teoría del «dominio social» esbozada por Gracia Martín que exige una relación de equivalencia material entre la conducta del «*extraneus*» y quien ostenta la cualidad especial. En esa orientación material, en cumplimiento del encargo asumido en la sesión de 15 de marzo de 2001 del IV Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, el representante peruano Carlos Caro presentó para la discusión en la sesión de 12 de junio de 2001 del V Encuentro, el siguiente texto que se basa en la propuesta de Meini Méndez de modificación del Art. 27° del CP peruano[178], que además extiende la institución al caso de los delitos especiales impropios a fin de evitar «vacíos de agravación»:

175 Martínez-Buján. *DP económico*. PG, *op. cit.*, p. 225.

176 Meini Méndez. «El "actuar en lugar de otro" en el DP peruano». En: NFP 62/1999, pp. 135-136.

177 No satisfecha plenamente, conforme a lo expuesto, en el Art. 31° del CP español, norma que, pese a las múltiples críticas en la doctrina hispana, a juicio de Castillo Alva. «El actuar por otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano». En: Normas Legales T. 279/1999, p. A-74, se erige como modelo a seguir por el ordenamiento peruano porque traería «una evidente fundamentación material».

178 Meini Méndez. «El "actuar en lugar de otro" en el DP peruano», *op. cit.*, p. 150.

> «Actuación en lugar de otro
> Artículo 1°.- El representante legal o de hecho de una persona jurídica *(, empresa)* o de una persona natural que realiza un delito, será considerado como autor, aún cuando él o los elementos que fundamentan o agravan la pena, no concurran en él pero sí en la persona a quien representa, a pesar de que el hecho previsto como delito requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin».

Este planteamiento no alcanzó a ser discutido en el marco del V Encuentro, de modo tal que, con los correctivos necesarios, se espera su aprobación en el VI Encuentro proyectado para fines de 2002, lo que seguramente no será problemático en tanto se estima que el presupuesto mínimo para la persecución de la criminalidad empresarial se cifra en el mejoramiento de las reglas de imputación de responsabilidad a las personas naturales en los delitos especiales.

Discurso del Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la ceremonia de Doctorado *Honoris Causa* al Doctor Héctor Fix-Zamudio

Salomón Lerner Febres

Señoras y señores:

La herencia que el siglo XX lega a la posteridad no es tan sólo aquella pesada carga de barbarie, violencia y deshumanización que dejaron algunos de los sucesos más oscuros de la historia universal. En la última centuria hemos conquistado el reconocimiento inapelable de que todos los integrantes de la comunidad humana son igualmente dignos y sujetos de los mismos derechos esenciales. Estos nobles principios ponen fin a toda norma que justifique la segregación de castas, de sexos y de razas y abren un ancho camino para el enriquecimiento de la vida personal y colectiva, para un despliegue de todas las posibilidades humanas fundado en la solidaridad y la tolerancia.

Así, pues, esta nueva época que apresuradamente se designa con el término de «globalización» no nos habla solamente del nacimiento de nuevas relaciones comerciales, del afianzamiento de gigantescas autopistas de información, de la intrusión temeraria de la ciencia en el misterio de nuestra constitución genérica. Todo ello se limita al terreno de los logros instrumentales; es nuestro deber orientarlo hacia la búsqueda de un horizonte mucho más amplio y prometedor, como es el de la realización plena de las aspiraciones humanas.

A un mundo nuevo le corresponde un nuevo derecho y a un mundo que busca fijar como meta la edificación de una comunidad universal, le corresponde un derecho enteramente humanista, capaz de integrar a las naciones, más allá de sus rasgos propios, en una extensa y eficaz red de relaciones que permitan el desarrollo equilibrado de cada ser humano y de cada pueblo. Si los principios jurídicos de los tiempos antiguos par-

tían de una radical diferenciación estamental, los que hoy urge sostener no pueden menos que estar dedicados a la afirmación de la universalidad, al reconocimiento del otro como semejante y como prójimo y a la instauración de una cultura de libertad.

Ya se habrá advertido que esta nueva aventura que desafía nuestra imaginación es en realidad el cumplimiento de una antigua aspiración, una expectativa que brota de la naturaleza misma de los seres humanos. En efecto, somos seres destinados a la libertad y a la búsqueda de metas propias que hagan plena nuestra existencia. Seres-con-los-otros, partícipes de una aventura cuyo sentido sólo puede alcanzarse en la vida en común, poseemos a la vez una dignidad inalienable que nos hace distintos y únicos, esencia que se expresa en el derecho de desplegar nuestras habilidades y asumir el deber ético de responder por las decisiones que tomamos. Por ello mismo, cuando la filósofa Martha Nussbaum nos propone construir lo que ella denomina un proyecto universalista normativo que responda a la demanda urgente de una ética universal, no olvida destacar que tal propuesta halla sus raíces en Aristóteles, quien enseñaba que la esencia de lo humano podía rastrearse en las capacidades propias que distinguen a nuestra especie de las demás criaturas y que hacen de nosotros seres dotados de logos, esto es, de discernimiento.

Pero es el cristianismo la primera gran corriente espiritual que fecunda en la Tierra el llamado a disolver las diferencias que apartan a las naciones y segregan a las personas. Si el cristianismo fue una revolución moral tan arrolladora, ello se debió a que proclamó una verdad eterna y, sin embargo, inédita, que sobresaltó la vocación excluyente de la antigüedad mediterránea: la declaración de que todos los hombres somos iguales, que todos somos seres precarios que necesitamos de la misericordia divina y del amor de los demás para subsistir y que, por tanto, somos peregrinos en tránsito permanente a la solidaridad.

El derecho moderno se nutre así del pensamiento actual pero también de aquella antigua y venerable búsqueda de la totalidad de los valores que nos hacen humanos. Coloca en un lugar de privilegio la soberanía de la persona y nos invita así a considerar ilegítima toda creencia, toda norma o todo dictamen que mutile nuestra posibilidad de conquistar la vida buena y la felicidad. La exigencia del respeto a los derechos humanos no puede, por tanto, ser tomada con frivolidad como si se tratara de una vertiente ideológica pasajera, la cual se resuelve en meras formalidades y en documentos declarativos. Por el contrario, la acep-

tación de los derechos fundamentales debe constituir el eje primordial de las relaciones entre las personas y entre las naciones y, en consecuencia, ha de ser requisito indispensable para que una comunidad acceda a los beneficios del intercambio mundial y de la participación en el diálogo de las naciones democráticas.

Es necesario afirmar esta exigencia, pues estamos aún muy lejos de haber conquistado el reconocimiento universal de la dignidad humana. La batalla por la plena vigencia de los derechos humanos se libra aún contra poderes oscurantistas, no siempre lejanos a nosotros, pues se hallan diseminados en diversas instancias de nuestra sociedad. En nombre de una soberanía que en realidad ha sido violentamente usurpada a los ciudadanos, intereses siniestros procuran retorcer a su favor el sentido genuino del ordenamiento jurídico internacional. Así, invocando supuestos avances en el terreno económico como coartada de sus actos arbitrarios obstruyen los mecanismos de participación, violentan el equilibrio de poderes, corrompen el recto sentido de la justicia y expropian el espacio público. Sin embargo, cada vez es más claro que el monopolio del poder, la ruptura de las normas elementales de convivencia, los pactos realizados a espaldas de la nación constituyen ellos mismos los primeros frenos al desarrollo social y económico de los pueblos. Por el contrario, la práctica democrática, el respeto mutuo entre los poderes del Estado, el manejo justo de la cosa pública y la adhesión a los principios del derecho internacional impulsan la creatividad y la participación de hombres y mujeres y de este modo enriquecen a una comunidad, al permitir el aporte de todos sus miembros.

Adherirse sin reservas a la defensa y la promoción de los derechos humanos es, en cierto modo, hablar el lenguaje de la universalidad; es reclamar el reconocimiento de un horizonte general de dignidad que se fundamenta -tengámoslo claro- no en los méritos de las personas sino en su esencial naturaleza humana. Poseemos derechos por lo que somos y no por lo que hacemos, y por ello mismo no hay acto, hecho ni circunstancia que los pueda enervar.

En el panorama de la cultura contemporánea, esta apelación a la universalidad puede provocar y ha provocado objeciones. Estos son tiempos en los que se reivindica a lo largo y ancho del mundo el derecho a la singularidad. Pueblos, naciones, etnias, razas diversas cobran conciencia de que sus tradiciones, sus costumbres y sus visiones del mundo son componentes indispensables de su propia supervivencia, así como del

inagotable espectáculo de la comunidad humana. Y esto, la recuperación de la diversidad, es también una conquista de la que los hombres del siglo XX podemos felicitarnos. Pero, prestemos atención, el respeto a lo diverso no puede ser invocado como una razón para sustraerse a la obligación general de respetar la naturaleza humana. Si lo que valoramos de esta nueva conquista es el reconocimiento y el respeto al otro, hay que convertir en que los derechos humanos son la expresión radical de ese espíritu. Más que las comunidades culturales o políticas, son los individuos de carne y hueso, las personas que tienen ilusiones y proyectos y que son capaces de gozar y de sufrir, las titulares de esos derechos. Nada, ni la geopolítica ni la cultura, tienen la facultad de traspasar esos límites.

Así, el ordenamiento jurídico que se va gestando, en el que resultan cada vez más claros los límites que la comunidad de naciones impone a cada Estado singular, no pueden ser vistos como un intervencionismo, sino, antes bien, como un movimiento liberador. Consolidar un sistema jurídico que castigue al gobernante infractor, que provea de refugios y disponga compensaciones para quienes han visto atropellados los atributos que componen su humanidad, es una tarea ineludible de esta hora. En el Perú estamos muy bien habilitados para dar testimonio de todo ello. Recordemos solamente que no hace un año que las decisiones de un poder desenfrenado habían privado a los peruanos de la capacidad de acudir a los tribunales internacionales cuando se veían perjudicados por las iniquidades del Estado. Recordemos también que cuando la comunidad internacional criticaba los obvios atropellos que se sucedían uno tras otro en nuestro país, no faltaban voces que justificaban tales transgresiones en nombre de la soberanía de un supuesto proyecto nacional. Nada de ello era sostenible y, por eso, recuperada la libertad, los peruanos hemos reafirmado sin vacilaciones nuestra vocación democrática y nuestra adhesión a los valores de la comunidad de naciones amantes de la justicia y la paz.

Para instaurar la democracia no sólo como forma política sino como medio de vida, necesitamos personas comprometidas que aporten inteligencia, perseverancia y conocimiento. El doctor Héctor Fix-Zamudio, cuya figura ha sido convocada para ser honrada, encarna estas altas cualidades en sus múltiples facetas de pensador, maestro y magistrado. Al crear, difundir y aplicar el derecho así entendido, contribuye en grado sumo al fortalecimiento de las instituciones democráticas en nuestra región. En todos los ámbitos en que ha participado, su valiosa labor,

constante, decidida e ilustrada, cristaliza una aspiración que de antiguo es por todos compartida: la de convertir al orden jurídico en un vehículo de entendimiento, en un terreno fértil para la expansión y el crecimiento de la persona.

Por su misión cristiana y universitaria, que se adhiere a las causas que hacen del mundo un terreno espiritual y materialmente más rico, más plenamente humano y más justo, nuestra Casa de Estudios no puede sino sentirse identificada y hermanada con los esfuerzos y desvelos de personas excepcionales que, como el doctor Héctor Fix-Zamudio, hacen del derecho una institución construida sobre sólidos fundamentos. Y al rendirle este merecido homenaje, en un momento en que su itinerario vital nos sigue ofreciendo sus mejores frutos, nuestra comunidad también desea al menos en parte enmendar los oprobiosos errores que cometieron nuestros gobernantes en el pasado y expresar así la voluntad de todos los que conformamos la sociedad civil de participar y fortalecer el sistema jurídico internacional, garantía de protección a la persona e instancia fundamental y primera para que las naciones participen de un orden mundial justo y equilibrado.

Doctor Héctor Fix-Zamudio:

La Pontificia Universidad Católica del Perú ve hoy con alegría cómo nuestro país recupera la confianza en la vida democrática y el respeto irrestricto de los valores ciudadanos y, por ello, participa con entusiasmo de los avatares políticos y reclama, sin temor, transparencia y honestidad en los actos públicos. Esta voluntad de coexistir y construir una nación con arreglo a los nobles principios que se fermentan en el diálogo, la igualdad, la pluralidad y la tolerancia, encuentra un sólido apoyo en la obra de personas comprometidas con la justicia y que comprenden muy bien que el derecho no es ni puede ser jamás un arma para justificar la opresión o una coartada para hacer valer el abuso; el derecho que usted ha forjado, enseñado y aplicado en su larga y fructífera carrera es por ello un instrumento que se afana en atraer la paz, el desarrollo y la subsistencia de lo que es propiamente humano. Por todo ello, es para mí un grato encargo cumplir con el mandato unánime del Consejo Universitario de conferirle los signos distintivos que lo declaran desde hoy como Doctor *Honoris Causa* de nuestra Casa de Estudios y distinguido miembro de nuestro claustro.

Discurso con motivo de la incorporación del Doctor Héctor Fix Zamudio como Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú(*)

Domingo García Belaunde

Señor Doctor Héctor Fix-Zamudio
Señor Rector de la Universidad Católica
Señor Decano de la Facultad de Derecho
Señor Jefe del Departamento de Derecho
Señores profesores
Señoras y señores

Nunca pensé que llegaría un día como éste. Tener entre nosotros a Héctor Fix-Zamudio, es un privilegio que pocos pueden darse. Y es que no sólo se trata de un mexicano ilustre, un gran jurista, un investigador notable, sino además de un participante asiduo a los centros más importantes, en donde se discuten las grandes cuestiones del momento, en especial, las relacionadas con los derechos humanos, tanto en el área doméstica, como en el área internacional.

Y precisamente por esto, es que le ha sido difícil venir a nuestro país. No sólo por los múltiples compromisos que tiene que cumplir, sino por cuanto en los últimos años, que coinciden con su presencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primero como juez de ella, y luego como su Presidente, ha tenido la ingrata, pero ineludible obligación, de señalar la responsabilidad del Perú, o mejor dicho, del régimen autoritario que el país ha soportado, como violador de los derechos humanos a nivel interno.

(*) *Laudatio* en la ceremonia de imposición del *doctorado Honoris Causa* en la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 2 de mayo de 2001.

Pero ahora que esta pesadilla ha pasado, y que hemos entrado en un sano, pero lento proceso de redemocratización, era conveniente escuchar la voz de quienes, de una u otra manera, nos ayudaron para que todo esto tramontase, y al parecer, definitivamente.

Por eso es que la Universidad de Lima, consciente de esta realidad, ha creído conveniente organizar un evento titulado «Constitución y Democracia en el umbral del siglo XXI», que se inaugura el día de hoy y al cual ha sido invitado nuestro homenajeado, conjuntamente con otros distinguidos juristas. Es a esta feliz iniciativa, que debemos la presencia en nuestro país del maestro Fix-Zamudio, que la ha aprovechado precisamente para visitar nuestro *Campus* y recibir el justo homenaje que hoy le brinda la Universidad Católica.

El maestro Fix-Zamudio es ampliamente conocido entre nosotros, y creo que por eso no es necesario decir muchas cosas sobre él. Pero en aras de un ritual inevitable, algo tenemos que decir. Y lo primero es recordar que él, antes que nada, es un investigador y un publicista, que por añadidura ha estado siempre vinculado a la Universidad. Por cierto, en algún momento estuvo laborando, siendo muy joven, en el mundo judicial. Pero luego se enrumbó plenamente en la vida universitaria, a través de lo que es hoy el muy prestigiado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que es la más local y la más universal de nuestras universidades. La más local, pues decididamente ha optado, desde siempre, por estudiar la problemática jurídica mexicana, que no sólo es muy rica, sino que es ejemplar en muchas de sus instituciones, como es el caso del Amparo. Y universal, por cuanto desde esa Casa de Estudios, ha constituido un centro de atracción de lo mejor que se produce en Europa, y de lo mejor que se da en nuestras tierras latinoamericanas. De esta suerte, desde hace muchos años, México y en especial el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se ha convertido en un paso obligado de los estudiosos latinoamericanos, y en donde los investigadores peruanos han sido siempre cordialmente recibidos. Pues bien, en ese ambiente, es en el que el maestro Fix-Zamudio se ha desenvuelto, y al que ha volcado todo su ímpetu y su dedicación, y al cual sirvió hasta en dos períodos como Director de su Instituto, y en donde ha formado una pléyade de discípulos, que han dado cuenta ejemplar de su magisterio, del cual son muestra nombres hoy egregios, como es el caso de Jorge Carpizo y Diego Valadés, este último actual director del Instituto. Y entre las más re-

cientes hornadas universitarias, a Eduardo Ferrer MacGregor, que también nos visita en esta oportunidad.

Precisamente, por esta dedicación inicial, es que el profesor Fix-Zamudio se inicia, por así decirlo, en el ámbito procesal, en uno de los temas claves del ordenamiento como es el caso del Amparo mexicano, al cual dedica, precisamente, el primero de sus libros en 1964. A partir de esta obra, es que podemos deducir, si bien es cierto que *a posteriori*, su desarrollo intelectual, y ver cuáles serán sus temas de preferencia: el Amparo y los demás instrumentos protectores de carácter procesal; el aparato judicial y su funcionamiento, y como lógica consecuencia de ello, la protección procesal supranacional de los derechos fundamentales. Es cierto que en un primer momento, no aparece en la producción de Fix-Zamudio el tema de los derechos humanos, o si se quiere, de las garantías constitucionales o individuales, como se usaba en México en aquella época y en parte, se usa también ahora. Pero era inevitable que así sucediese. Esto es, para quien se dedicase seriamente al estudio de la protección procesal de los derechos humanos, tarde o temprano, tenía que dedicarse a ellos, aun cuando sólo fuese para mejor conocer tales instrumentos. Es el caso concreto de Héctor Fix-Zamudio, que precisamente ha terminado dedicándose al tema de los derechos humanos, no sólo en teoría, sino también en la práctica, como lo acredita su larga permanencia en la Corte Interamericana, y con su muy activa participación en la elaboración de su importante, como esclarecedora jurisprudencia.

Pero lo relevante de este enfoque, es que Fix-Zamudio tuvo la inmensa suerte de beneficiarse con el magisterio de un gran jurista, como lo fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que al valor de sus ideas propias, añadió el conocimiento directo y de primera mano, de las grandes corrientes procesales que por aquel entonces eran nuevas y muy poco conocidas. La extensa e infatigable obra de Niceto Alcalá-Zamora, merece más que nunca un reconocimiento de parte nuestra, no sólo porque vivió y visitó muchos de nuestros pueblos (aquí en Lima estuvo varias veces) sino por cuanto dedicó su tiempo a estudiar nuestros problemas procesales y además, a difundir a los autores clásicos – muchas veces con espléndidas traducciones- y a los que siendo modernos en su día, son ahora parte inexcusable de nuestro acervo jurídico.

Bajo este magisterio, pero con nuevos bríos, Fix-Zamudio dio nuevo rumbo a los estudios sobre el Amparo mexicano, que es como decir que

dio una vuelta de ciento ochenta grados, en el análisis de la defensa instrumental de la Constitución.

Esto es quizá lo más importante, porque a partir de ahí extendió su estudio a los demás instrumentos protectores, sobre todo, en los ordenamientos internos. Lo más significativo es que lo que inicialmente fue un gran esfuerzo para poner al día los estudios procesales en México y en relación con sus instrumentos protectores, lo extendió luego al resto de la América Latina, continente fértil en la defensa y protección de los derechos humanos. Y este mismo empeño de estudioso, lo aplicó luego a las democracias europeas e incluso a las antiguas democracias populares, hoy colapsadas, y a algunos otros países que pueden parecer exóticos a nuestro gusto. Esto se advierte ya en uno de sus primeros libros, que es pionero, y que se *llama Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional* (1968). Libro medular y que lamentablemente circuló en forma no muy eficiente, pero que marca lo que vino después: investigación seria y desinteresada, utilización de gran cantidad de fuentes razonablemente ordenadas, en especial, literatura, legislación y jurisprudencia comparadas. Y atención a los principales países que se destacan en la materia de estudio. Y siempre, y esto es importante, con una referencia a la América Latina, y por cierto, a sus juristas.

Y luego su producción se ha extendido enormemente, tocando temas de frontera, y por cierto, temas de derechos humanos, y los aspectos difíciles de una nueva disciplina en torno o teniendo como base la jurisdicción constitucional. Y más recientemente, utilizando como base numerosos trabajos anteriores, un completo y muy sugestivo manual de *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* que ha publicado últimamente en México con la colaboración de otro buen amigo y excelente jurista, Salvador Valencia Carmona.

Al igual que otros autores notabilísimos, como es el caso, en cierto sentido de Carl Schmitt, Peter Häberle o Norberto Bobbio en otro ámbito, el maestro Fix-Zamudio es un apasionado del ensayo y del trabajo monográfico, antes que del tratado, que todavía hace las delicias de ciertos autores de sabor germanizante. Y es que como se ha dicho, es con aquellos como la ciencia realmente avanza, ya que el manual o el tratado, por más imponentes que sean, se limitan a dar una lectura digerida de todos los asuntos, en el primer caso, o una lectura extensa y congelada, en el segundo, de una masa de hechos que nos interesan. Por el contrario, a través del ensayo o de la monografía de largo alcance, la

ciencia avanza. Y esto es fácil de comprobar en un gran número de casos.

Existen dos facetas más de nuestro homenajeado, que vale la pena rescatar. La primera es su labor de traductor, que se inicia en fecha muy temprana, cuando vierte al castellano en 1960 un opúsculo de Piero Calamandrei, que continúa luego con otros autores, y que remata, por así decirlo, con el magnífico texto de Derecho Constitucional Comparado de Biscaretti di Ruffia, cuya segunda y muy aumentada edición, coincidió prácticamente con el fallecimiento del ilustre maestro italiano. Recuerdo que en alguna oportunidad, al visitar a Biscaretti en Milán, demostró estar muy al día de lo que pasaba en México y en la Argentina, y lo contento que estaba de que su obra fuese ampliamente conocida en nuestro idioma.

La otra faceta de Fix-Zamudio es la de maestro, lo cual está vinculado con su sencillez y con su gran calidad humana. Fix- Zamudio ha impartido clases durante muchos años y se ha prodigado en infinidad de certámenes y eventos académicos de muy distinto signo. Ha incentivado y promovido vocaciones y sobre todo, ha introducido y hecho conocer las nuevas tendencias en el orden procesal y constitucional en nuestra América, y quizá, en el mundo hispánico.

Quiero recordar finalmente, en un apartado discreto y final de este discurso, mi relación personal con Fix-Zamudio, que se remonta a 1975, con motivo del *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* que se realizó en México, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México. En esa oportunidad, el maestro Fix era ya una personalidad importante, director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, pero seguía siendo el mismo hombre sencillo y afable de siempre. Y desde entonces, hemos mantenido una amistad sin escollos y reforzada en innumerables encuentros académicos.

Hace ya un tiempo pensé que nuestra Universidad debería homenajear a las grandes figuras de nuestro mundo hispanoparlante, en relación con nuestro quehacer constitucional. Pensé que ellos deberían ser Germán J. Bidart Campos, Pablo Lucas Verdú y Héctor Fix-Zamudio. Representantes ellos de los países con mayor tradición académica y continuidad en el trabajo constitucional, como son Argentina, España y México respectivamente. Los dos primeros ya han sido honrados e incorporados a nuestro claustro de doctores. Hoy lo hacemos con él último de los grandes que nos faltaba.

Debo decir con íntima satisfacción en este acto solemne: bienvenido profesor Héctor Fix-Zamudio, a esta Casa en donde siempre se le respetó y admiró.

Lima, mayo de 2001.

Domingo García Belaunde
Profesor Principal

Semblanza del Doctor Héctor Fix Zamudio con motivo de la ceremonia de su incorporación como Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Francisco Eguiguren Praeli

Señor Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Doctor Salomón Lerner Febres
Señor doctor Héctor Fix-Zamudio, Doctor *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Señor Vice-Rector Administrativo de nuestra casa de estudios, Ingeniero Luis Guzmán Barrón
Señor Decano de la Facultad de Derecho, Doctor Armando Zolezzi Möller
Señor Doctor Domingo García Belaunde
Distinguidos profesores e invitados
Señores y señoras

En mi condición de Jefe del Departamento Académico de Derecho de esta Casa de Estudios, se me ha encomendado el honor de dirigir estas breves palabras de presentación y reconocimiento a la destacadísima trayectoria profesional, académica y personal del Doctor Héctor Fix-Zamudio, nuevo Doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nacido en México en 1924, Héctor Fix-Zamudio es un brillante constitucionalista que ha sabido siempre vincular su vocación y capacidad académica de estudioso e investigador del Derecho, con una muy sincera preocupación por asegurar la cabal vigencia de los Derechos Fundamentales y de los demás principios en los cuales se sustenta todo Estado social y democrático de Derecho que se precie de serlo.

El profesor Fix-Zamudio realizó sus estudios de licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de México, entre 1942 y 1949. Pos-

teriormente desarrolló estudios doctorales en esa misma casa de estudios, durante el período 1964-65, obteniendo el título de Doctor en marzo de 1972. Ha sido investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 1956 ejerciendo su dirección entre 1966 y 1978.

Sin temor a la exageración el doctor Fix-Zamudio es actualmente la figura más importante y reconocida en el desarrollo y difusión del Derecho Procesal constitucional en América Latina. Sus más de dieciséis libros, sus valiosísimas traducciones de verdaderos clásicos, tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Procesal (Calamandrei, Cappelletti, Biscaretti, etc.), y sus centenares de artículos sobre estas materias son algunos de los elementos que permiten corroborar esta afirmación.

En el caso de Héctor Fix-Zamudio su sobresaliente esfuerzo académico ha ido siempre de la mano con una práctica decidida y constante en la preservación de los derechos fundamentales. De ello pueden dar testimonio, entre otras actividades, su desempeño como Juez, primero, y como Presidente, después, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante los períodos 1990-93 y 1995-97. Asimismo, su labor como miembro de la SubComision para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías, actualmennte Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas.

Como sólo suele suceder con las personas de calidad excepcional, los grandes logros académicos y profesionales de Héctor Fix-Zamudio tienen como sustento la existencia de una gran calidad humana. Y es que, tal como lo pueden acreditar todos quienes hemos tenido el privilegio de conocerlo y tratarlo personalmente, Fix-Zamudio es desde siempre un maestro y un amigo dispuesto a compartir sus conocimientos y experiencias con todos aquellos que se lo soliciten. Es por todo ello que esta ceremonia de homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, expresa también la satisfacción y el privilegio de nuestra universidad por incorporar a su planta docente y a la comunidad universitaria a un maestro y jurista tan excepcional.

Muchas gracias.

Discurso de agradecimiento del Doctor Héctor Fix Zamudio por el Título de Doctor Honoris Causa que le confirió la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Señor Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Señor Decano de la Facultad de Derecho,
Señor Jefe del Departamento Académico de Derecho,
Señor Secretario General,
Señor Profesor Domingo García Belaunde,
Señores Profesores,
Colegas y amigos:

Me resulta difícil pronunciar unas palabras de agradecimiento por la inmerecida distinción que me ha otorgado esta prestigiada Universidad, debido a la emoción que me impide trasmitir con serenidad un mensaje de gratitud, tanto a las autoridades universitarias como a los constitucionalistas peruanos que me acompañan en este acto.

Aun cuando pareciera una simple frase de cortesía, muy sinceramente considero que mis modestas contribuciones académicas no son suficientes para justificar el honor que se me ha conferido. Por el contrario, tanto en lo personal, así como presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, manifiesto mi reconocimiento a los constitucionalistas peruanos que han colaborado con tanto entusiasmo en los Congresos y en las reuniones académicas que ha promovido el Instituto.

Desde los inicios del Instituto fundado en 1974, y que por lo tanto ha cumplido más de veinticinco años de actividad, los juristas peruanos nos han acompañado de manera muy activa, y debo destacar que el doctor Domingo García Belaunde, Profesor Principal de la Facultad de

Derecho de esta Universidad, ha participado en todos los congresos Iberoamericanos de la materia, a partir del primero realizado en la ciudad de México en el año de 1975. Además, el mismo profesor García Belaunde ha sido el formador de numerosos constitucionalistas jóvenes en el Perú y uno de los fundadores de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la cual forman parte varios profesores de esta Universidad Católica, la que, conjuntamente con la Sección Nacional de nuestro Instituto Iberoamericano, Sección que también fue establecida y promovida por el profesor García Belaunde, han realizado una actividad académica muy vigorosa, tanto a nivel nacional como en el Iberoamericano. Con importantes aportaciones a la ciencia del derecho constitucional de nuestra región. Además, la citada Asociación publica un Boletín del que ya han aparecido dos números.

No haré referencia a los numerosos constitucionalistas peruanos con los cuales tengo una afectuosa relación de amistad y de carácter académico, para no incurrir en posibles omisiones, pero sí puedo afirmar que actualmente existe un florecimiento de constitucionalismo peruano, que puede considerarse, sin exageración, como uno de los más destacados de Latinoamérica.

En los umbrales del siglo XXI, nuestra región ha experimentado un verdadero renacimiento del Derecho constitucional latinoamericano, que ha contribuido a consolidar el retorno de los regímenes democráticos, los que han podido superar, aun cuando con algunos tropiezos que afortunadamente han sido temporales, las épocas oscuras de las dictaduras mayoritariamente castrenses de los años setenta y ochenta. Han sido los constitucionalistas latinoamericanos y entre ellos por su puesto los peruanos, los que han impulsado las reformas o los nuevos textos fundamentales que consagraron los principios esenciales de la protección de los derechos humanos y del equilibrio y colaboración de los poderes públicos.

Quiero subrayar los avances y las aportaciones de la Carta Constitucional peruana de 1979, que si bien no puede considerarse perfecta, sí debe calificarse como un ejemplo del constitucionalismo latinoamericano en las postrimerías del siglo XX.

En este sencillo homenaje a los constitucionalistas peruanos, pongo de manifiesto las contribuciones académicas de esta Universidad Católica, entre las que destacan la excelente revista de la Facultad de Derecho de la propia Universidad, Derecho - PUC, editada por el Profesor Principal Aníbal Quiroga León, y en la cual aparecen estudios importantes

de derecho constitucional, y de manera particular debe señalarse la publicación anual intitulada Pensamiento Constitucional, editada por la Escuela de Graduados de esta Universidad Católica, y que contiene aportaciones muy significativas de juristas peruanos e iberoamericanos, por lo que es de consulta constante para el que habla y para los constitucionalistas mexicanos.

También debe destacarse la publicación del primer número de la Revista Peruana de Derecho Público, que aparece bajo muy buenos auspicios.

Aun cuando no ha sido promovida por esta Universidad Católica sino por el Tribunal Constitucional, también debo mencionar el inicio de la Revista Peruana de Derecho Constitucional, que lleva dos números publicados, el primero aparecido en octubre de 1999, el segundo en el año 2000 y un tercero en preparación, publicación que espero y deseo pueda fortalecerse, en virtud de que dicho Tribunal está otra vez integrado por todos sus miembros, al incorporarse los que habían sido indebidamente destituidos, en cumplimiento de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia reciente.

Es conveniente señalar que dicha Corte Interamericana a la cual tuve el privilegio de ser miembro durante doce años, debe considerarse como una Corte Latinoamericana, ya que todos los países de nuestra región han reconocido expresamente y de manera permanente su competencia contenciosa, lo que no han hecho los Estados Unidos y Canadá, los cuales no han suscrito todavía la Convención Americana que institucionalizó dicho tribunal.

Por todo lo anterior, considero excesivo el Doctorado *Honoris Causa* que me ha conferido esta Pontificia Universidad Católica, pero lo recibo con humildad, ya que en realidad no la puedo considerar sólo como una distinción personal, sino que también corresponde a mis colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pues gracias a ellos he podido realizar la sencilla labor de investigación que se me reconoce.

Por otra parte, como lo he hecho de manera permanente, debo expresar una vez más mi gratitud a mi esposa María Cristina, por su apoyo constante que me ha permitido dedicarme a la vida académica y resistir las tentaciones para aceptar los ofrecimientos que se me han hecho para desempeñar cargos de carácter público, y por ello quiero compartir con ella un momento tan emocionante como el presente.

Debo terminar estas breves palabras de agradecimiento, para expresar que llevaré con mucho orgullo el honor que se me ha conferido, el que trataré de corresponder al intensificar mis esfuerzos para continuar, dentro de mi limitada capacidad, mis actividades académicas en constante colaboración con los juristas peruanos, con los cuales siempre me he sentido hermanado, pero ahora que formo parte de este claustro, me aproximaré a ellos con mayor intensidad.

Lima, Perú, dos de mayo del año 2001

Discurso con ocasión de la Instalación de la Comisión de la Verdad

Salomón Lerner Febres

Señor Presidente de la República

Señoras y señores:

La indiferencia ante el sufrimiento ajeno, la tolerancia de actos injustos, la incapacidad para ver en todo ser humano a nuestro semejante, la indolencia y la fatuidad que impiden llamar a la violencia irracional por su nombre, han sido a lo largo de la historia diligentes aliados de las más terribles tragedias humanas y sociales. Hace veinte años, la mayoría de peruanos no supimos percibir que, en una pequeña región de nuestro país, empezaba a escribirse el primer capítulo de una desgraciada historia. Conocíamos los hechos, pero no pudimos, o acaso no quisimos, darnos por enterados del drama que ellos anunciaban. Debimos ser intolerantes con la primera muerte, debíamos denunciarla y repudiarla como un acto de barbarie que nos agraviaba íntimamente a todos y que degradaba nuestra vida en común, debimos ver en ella el escándalo que es todo sacrificio de una vida humana. Tal vez si así hubiera sido, no estaríamos lamentando las miles de ausencias irreparables que hoy afligen nuestra conciencia ni las graves fracturas dejadas en nuestro cuerpo social por esas décadas de desenfrenado menosprecio de la vida humana y de las leyes elementales de convivencia civilizada.

El balance de esos años nos habla de más de treinta y cinco mil víctimas. Es una cifra fácil de pronunciar, a condición de no ver en ella más que un sencillo dato estadístico; y, sin embargo, son palabras enormes e intolerables para todo aquel que sepa comprender que en tales números yacen sepultadas vidas e ilusiones singulares e irrepetibles, que esas pala-

bras que a veces se pronuncian con ligereza ocultan una verdad atroz, padecimientos y abusos inauditos que afrentan nuestra sensibilidad moral y que, mientras no hayan sido reparados por una memoria justiciera y contrita, seguirán siendo un lastre invencible para todo intento de edificar una sociedad genuinamente democrática.

Son ahora graves obligaciones nuestras, de esta comisión y de todos los peruanos, el recuperar el rostro de nuestros muertos y desaparecidos, el convertir en voces claras los murmullos que emergen de las tumbas secretas y, por cierto, el confesar el sinnúmero de inhumanos atropellos cometidos por una turba dogmática que hizo de la crueldad su bandera y también por quienes tenían la obligación de proteger al país de la barbarie.

Pero entendámoslo rectamente: exponer a la luz los pasajes oscuros de esos años implica no solamente recuperar los hechos y los nombres de quienes fueron en ellos víctimas y victimarios; significa también preguntarnos por las fallas de nuestra sociedad que los hicieron posibles. Si bien no podemos olvidar que la violencia y la injusticia son actos cuyos autores deben ser señalados con exactitud, no podemos negar que los años de confusión e iniquidad que hemos padecido fueron vergonzosas manifestaciones de un organismo social lacerado y enfermo, tiempos en los que una vasta historia de desencuentros y exclusiones alcanzó su más terrible y oprobioso semblante. ¿Y cómo conjurar las secuelas de este mal si no es exponiendo nuestro organismo social a la fuerza curativa e higiénica de la verdad, si no es obligándonos a mirar con franqueza nuestro rostro colectivo?

El hombre es un ser en busca permanente de la verdad. No son pocos los que, en los últimos años, han sostenido que la verdad es pasajera, relativa y, en última instancia, inalcanzable. Y tampoco son escasas las voces que han pretendido relegar la vigencia absoluta de los derechos universales, sobreponiendo a ellos una supuesta primacía de los intereses del Estado sobre los de la persona.

Pero estas maneras de pensar –artificiosas y a veces llamativas- palidecen y se revelan falaces ante el hecho irrefutable de que no es posible juzgar la validez de todo acto sin un horizonte común de verdad. Debe pues, quedar claro que la verdad hace de la Tierra un lugar fecundo. Sin la certeza de que podemos acceder a un conocimiento cabal de los hechos, sin la capacidad de discernir lo justo y lo bueno, de lo injusto y lo perverso, toda posibilidad de desplegar nuestra existencia y de edificar

nuestro destino quedaría cancelada; esto es, no nos sería posible ser propiamente humanos. La verdad engrandece las facultades de nuestra conciencia mientras que toda falsificación o encubrimiento, e incluso todo autoengaño, son siempre obstáculos que nos impiden gozar de una vida digna y plena. Así pues, si, como dice el Evangelio, la verdad nos hace libres, la ausencia de ella nos enajena, nos degrada y nos incapacita para actuar moralmente.

Es imperativo, pues, que asumamos todos juntos la tarea de restituir la verdad de nuestra reciente historia. Esa verdad sólo es accesible a través del diálogo y del entendimiento común en un mismo lenguaje. Nuestra búsqueda de la verdad implica entonces oir a quienes aún pueden ofrecer su testimonio y encontrar una manera de darles voz a quienes ya no la tienen. Y al hacerlo así, además de practicar un acto de justicia, estaremos contribuyendo a una nueva forma de integración, de superación de las viejas barreras que nos disgregan; estaremos avanzando hacia la fundación de un verdadero sujeto plural; estaremos aprendiendo por fin a decir «nosotros».

Y para decir «nosotros» necesitamos una memoria colectiva. Esta memoria no puede ser un recuerdo distanciado de los hechos, sino una conciencia ética, es decir, una forma del recuerdo que abra las puertas de la comprensión y de la lucidez, y sobre todo, que reivindique la razón, y no la arbitrariedad, como elemento fundamental de la coexistencia pacífica.

Por ello mismo, el propósito que animará el trabajo de esta comisión no será el de la venganza, que en realidad es una caricatura de justicia; pero estará igualmente reñido con toda forma de impunidad, que es la negación categórica de esa justicia. Buscamos la verdad, como hemos dicho, convencidos de que ella en sí misma es una forma de restitución moral.

Comprendemos que no somos jueces ni fiscales y que nuestra tarea es retirar los velos que hasta hoy encubren o disfrazan episodios vergonzosos de nuestro pasado que no deben repetirse jamás. Si algo quisiéramos que se diga de nosotros al final de la tarea, es que hemos contribuido a fortalecer el auténtico espíritu cívico en nuestra patria, que no es sino la capacidad de vivir en un clima de respeto mutuo y de apego a la ley.

Todos quienes integramos la Comisión de la Verdad nos consideramos miembros de una sola e indivisible institución. Estamos unidos por

una misma convicción ética y por la conciencia de estar asumiendo un encargo de trascendencia para toda la Nación. Este grupo de trabajo tiene un sustento legal, pero sobre todo se apoya en cimientos morales, y asume una alta responsabilidad con todo el país y no con algún gobierno en particular. Para que nuestros esfuerzos sean fructíferos, es necesario, por supuesto, en primer lugar, la entrega total y desinteresada de cada uno de nosotros a la misión que el país nos encomienda; pero es igualmente indispensable que la sociedad y las autoridades comprendan la naturaleza de nuestro trabajo y su absoluta incompatibilidad con toda forma de injerencia o compromiso con algo distinto de la verdad.

Para llevar a cabo esta difícil misión, esperamos contar desde ya con la valentía de todas aquellas personas que ofrecerán sus testimonios y con la generosa cooperación de instituciones como las organizaciones no gubernamentales que desde hace muchos años libran una batalla a veces incomprendida por cautelar el respeto a los derechos humanos en el país. Emprendemos esta tarea animados por las señales de acatamiento y compromiso con el orden democrático que han dado las Fuerzas Armadas. Y lo hacemos, sobre todo, honrados por haber recibido este encargo de manos de un gobierno de incuestionable legitimidad y honestidad como el que preside el doctor Valentín Paniagua. La tarea a la que nos enfrentamos, lo sabemos bien, es ardua, pero no será imposible de llevar a cabo si la asumimos como una tarea que concierne a todos. Porque sabemos que así será, los miembros de la Comisión de la Verdad anticipamos nuestra gratitud y comenzamos nuestro trabajo con optimismo.

Anexos

R.S. N°438-2001-PCM. – Designan miembros de la Comisión de la Verdad y Reconciliación
P C M

Designan miembros de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

Resolución Suprema
N° 438-2001-PCM

Lima, 5 de setiembre de 2001

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto Supremo N° 101-2001-PCM, se modificó el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, señalándose que integran la Comisión de la Verdad y Reconciliación doce personas de reconocida trayectoria ética, prestigio y legitimidad en la sociedad e identificadas con la defensa de la democracia y la institucionalidad constitucional;

Que dichos miembros son designados por el Presidente de la República, mediante Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Que es necesario nombrar a los cinco integrantes que completan el Pleno de la Comisión de la Verdad y Reconciliación;

De conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 065 2001-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 101-2001 PCM y el Decreto Legislativo N° 560; y,

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Designar a las siguientes personas como miembros de la Comisión de la Verdad y Reconciliación:

- Monseñor José Antúnez de Mayolo Larragan;
- Señora Sofía Macher Batanero;
- Tnte, Gral. FAP (r) Luis Alfonso Arias Graziani;
- Señor Rolando Ames Cobián; y,
- Pastor Humberto Lay Sun.

Artículo 2°.- En calidad de observador de la Comisión de la Verdad y Reconciliación participará Monseñor Luis Armando Bambarén Gastelumendi.

Artículo 3°.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Rúbrica del Dr. Alejandro Toledo
Presidente Constitucional de la República

Roberto Dañino Zapata
Presidente del Consejo de Ministros

El Presidente de la República
VISTO:
El proyecto de creación de la Comisión de la Verdad presentado por el Grupo de Trabajo Interinstitucional creado mediante Resolución Suprema N° 314-2000-JUS;

CONSIDERANDO:
Que, el Artículo Primero de la Constitución establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado;
Que, es deber de la sociedad y del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, como expresión de la supremacía de la persona humana, fin y objeto de todo el sistema democrático;
Que, es deber del Estado promover y garantizar la convivencia pacífica entre todos los miembros de la sociedad;
Que, en mayo de 1980 organizaciones terroristas desencadenaron la violencia contra la humanidad y miles de peruanos resultaron víctimas de la violación de sus derechos más elementales tanto por obra de dichas organizaciones terroristas como por la de algunos agentes del Estado con un trágico saldo de crímenes, de desaparecidos y de otros graves hechos que no fueren esclarecidos;
Que, el doloroso proceso de violencia vivido por el país en las dos últimas décadas debe ser esclarecido plenamente, no debe quedar en el olvido y que el Estado debe garantizar el derecho de la sociedad a la verdad;
Que, un Estado y sociedad democráticos deben enfrentar el pasado con firmeza y sin ánimo de venganza, esclareciendo todos los hechos reñidos con las libertades y postulados democráticos;
Que, una Comisión de la Verdad es el medio idóneo tanto para esclarecer los hechos de violencia terrorista y las graves violaciones a los derechos humanos que ocurrieron durante ese período como para que éstos no se repitan, creando las condiciones necesarias para la reconciliación nacional fundada en la justicia; De conformidad con lo dispuesto

en el inciso 24) del Artículo 118° de la Constitución Política del Estado; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1°.- Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos. La Comisión de la Verdad propenderá a la reconciliación nacional, al imperio de la justicia y al fortalecimiento del régimen democrático constitucional.

Artículo 2°.- La Comisión tendrá los siguientes objetivos:

a) Analizar las condiciones políticas, sociales y culturales, así como los comportamientos que, desde la sociedad y las instituciones del Estado, contribuyeron a la trágica situación de violencia por la que atravesó el Perú;
b) Contribuir al esclarecimiento por los órganos jurisdiccionales respectivos, cuando corresponda, de los crímenes y violaciones de los derechos humanos por obra de las organizaciones terroristas o de algunos agentes del Estado, procurando determinar el paradero y situación de las víctimas, e identificando, en la medida de lo posible, las presuntas responsabilidades;
c) Elaborar propuestas de reparación y dignificación de las víctimas y de sus familiares;
d) Recomendar reformas institucionales, legales, educativas y otras, como garantía de prevención, a fin de que sean procesadas y atendidas por medio de iniciativas legislativas, políticas o administrativas; y,
e) Establecer mecanismos de seguimiento de sus recomendaciones.

Artículo 3°.- La Comisión de la Verdad enfocará su trabajo sobre los siguientes hechos, siempre y cuando sean imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a grupos paramilitares:

a) Asesinatos y secuestros;
b) Desapariciones forzadas;
c) Torturas y otras lesiones graves;
d) Violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país;

e) Otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas. La Comisión no tiene atribuciones jurisdiccionales, por tanto no sustituye en sus funciones al Poder Judicial y al Ministerio Público,

Artículo 4°.- La Comisión de la Verdad estará conformada por siete personas de nacionalidad peruana de reconocida trayectoria ética, prestigio y legitimidad en la sociedad e identificadas con la defensa de la democracia y la institucionalidad constitucional. El Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designará a los miembros de la Comisión por Resolución Suprema.

Artículo 5°.- Dada la naturaleza excepcional de sus funciones, los miembros de la Comisión de la Verdad contarán con las medidas de seguridad apropiadas que disponga el Poder Ejecutivo. El poder Ejecutivo, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional o cualquier otra institución, funcionario o servidor, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, deberán prestar su apoyo y colaboración a la Comisión para el cumplimiento de sus funciones. El Poder Ejecutivo, en apoyo a la Comisión de la Verdad, realizará las coordinaciones necesarias con los otros poderes del Estado para promover la cooperación de los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión de la Verdad podrá proponer y suscribir, a través del Poder Ejecutivo, acuerdos especiales de cooperación con el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Ministerio Público y toda otra institución constitucionalmente autónoma.

Artículo 6°.- La Comisión de la Verdad gozará de las siguientes atribuciones para el cumplimiento de su función:

a) Entrevistar y recopilar de cualquier persona, autoridad, funcionario o servidor público toda la información que considere pertinente.
b) Solicitar la cooperación de los funcionarios y servidores públicos para acceder a la documentación o cualquier otra información del Estado.
c) Practicar visitas, inspecciones o cualquier otra diligencia que considere pertinente. Para tal efecto, la Comisión podrá contar con el apoyo de peritos y expertos para llevar adelante sus labores.
d) Realizar audiencias públicas y las diligencias que estime conveniente en forma reservada pudiendo guardar reserva de la identidad de quienes le proporcionen información importante o participen en las investigaciones.
e) Gestionar las medidas de seguridad para las personas que, a criterio de la Comisión, se encuentren en situación de amenaza a su vida o integridad personal.

f) La Comisión de la Verdad establecerá canales de comunicación y mecanismos de participación de la población especialmente de la que fue afectada por la violencia.
g) Aprobar su reglamento de organización y funcionamiento internos para el cumplimiento de sus objetivos y atribuciones.

Artículo 7°.- La Comisión de la Verdad iniciará su funcionamiento a partir de su instalación y tendrá un plazo de vigencia de dieciocho meses. Este plazo podrá ser prorrogado por cinco meses más. El Informe Final de la Comisión de la Verdad se presentará al Presidente de la República y a los titulares de los otros poderes del Estado. Será publicado y puesto en conocimiento de la ciudadanía. Los testimonios y documentos que reciba serán reservados. Al término de sus funciones, el acervo documentario que hubiera recabado la Comisión a lo largo de su vigencia, será entregado bajo inventario, a la Defensoría del Pueblo, bajo estricta reserva de su contenido. El Poder Ejecutivo atenderá las recomendaciones de la Comisión, en tanto sean compatibles con la ley.

Artículo 8°.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Defensa, el Ministro del Interior y el Ministro de Justicia.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- La Comisión de la Verdad establecerá una Secretaría Ejecutiva como órgano de apoyo para el cumplimiento de sus funciones. Podrá contratar los servicios de profesionales de las diversas ramas científicas necesarias para el correcto desempeño de su mandato, entre los cuales se incluirán abogados, sociólogos, psicólogos, expertos en medicina y antropología forense, entre otros. La organización y funciones de la Secretaría Ejecutiva serán establecidas en su reglamento.

Segunda.- Son recursos de la Comisión de la Verdad:
a) Los que sean transferidos para tal efecto por el Ministerio de Economía y Finanzas.
b) Los que se consignen en el Presupuesto General de la República para los próximos ejercicios fiscales.
c) Los que obtenga directamente de la cooperación internacional.
d) Otros que se deriven de donaciones.

Tercera.- Los miembros de la Comisión de la Verdad serán designados dentro de los 30 días contados a partir de la vigencia del presente

Decreto Supremo. Instalada la Comisión, tendrá un plazo de 90 días para organizar sus trabajos y elaborar los documentos reglamentarios pertinentes.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de junio del año dos mil uno.

Valentín Paniagua Corazao
Presidente Constitucional de la República

Javier Pérez de Cuéllar
Presidente del Consejo de Ministros

Antonio Ketín Vidal Herrera
Ministro del Interior

Walter Ledesma Rebaza
Ministro de Defensa

Diego García Sayán Larrabure
Ministro de Justicia

Decreto del 2 de junio de 2001, publicado el lunes 4 de junio de 2001 en El Peruano.

Discurso por el día del Juez

Luis Ortiz Bernardini

He recibido el honroso encargo de dirigirles unas palabras con ocasión del Día del Juez. Para los letrados redactar un discurso es relativamente fácil, pues la palabra es nuestra herramienta diaria; nos hemos entrenado para transmitir ideas complejas apoyados en citas y aforismos. A los magistrados por vocación nos brota de manera sincera y natural hablar de la «excelsa misión de administrar justicia», «del apostolado de la magistratura» o «de la autonomía e independencia suprema del Poder Judicial».

Así las cosas, acometí una tarea aparentemente sencilla, pues no faltan magistrados dignos de evocar e ideales que compartir. Sin embargo, en plena labor cruzó por mi mente una pregunta, fugaz como un rayo y como él poderosa: ¿Es momento para un discurso más? Esa reflexión me condujo hacia otras interrogantes: En la sima de la crisis –moral, intelectual y organizacional- no por la que atraviesa sino en la que se ha estancado desde hace años el Poder Judicial ¿Tendrá sentido hablar de una figura egregia que concentre aquellos valores cuasi divinos necesarios para discernir la Justicia? o ¿Es que la realidad demanda un crudo retrato de la imagen del Juez de hoy, como una valiente crítica y autocrítica? Qué fácil lo primero y qué doloroso lo segundo. Qué difícil es optar por la realidad cuando nos embarga el temor de herir con ella a los magistrados honestos y capaces.

Tras esa primera reflexión que me alejaba de la tradicional alocución por el Día del Juez, reconocí que la desazón puede hacernos olvidar lo ideal en aras de lo pragmático y pensar en los valores supremos como utopías o entelequias inútiles. Pero es en los peores momentos cuando más requerimos rescatar de grandes hombres y mujeres los valores que

nos sirvan para enfrentar el presente y el futuro con fe, porque cuánta fe se requiere para intentar -una vez más- el tantas veces fallido cambio, sí fallido porque bajo diversas denominaciones la Reforma del Poder Judicial -reconozcámoslo- ha fracasado.

Con ocasión del Día del Juez es mi intención rendir tributo a los magistrados que sin llevar en la frente una señal divina tienen la cualidad de ser hombres y mujeres de bien, fundamento primigenio para ejercer la magistratura con decoro. Recordemos no todo hombre de bien debe ser un hombre de Derecho, mas todo hombre de Derecho debe ser necesariamente un hombre de bien.

En un país convulsionado por la quiebra de las normas fundamentales y la fragilidad de las instituciones no es sorprendente encontrar jueces atosigados por la carga procesal, faltos de recursos para su sustento y agobiados por una muy mala imagen sobre su función en la sociedad. A pesar de ello, tenemos magistrados plenamente capacitados para ser esos jueces, digámoslo así, ideales; esos jueces por los cuales claman los justiciables. Jueces provincianos y capitalinos, hombres y mujeres, jóvenes y maduros... cuyas vidas están íntimamente ligadas a la Justicia como estandarte de sus conciencias, por lo cual la sociedad los unge como jueces y no derivan sus títulos sólo de una designación formal. ¡Cuánto necesitamos de su concurso para que su ejemplo irradie a toda nuestra institución!

La conducta es la expresión del ser humano; por ello, seremos jueces sólo mientras nos comportemos como tales. En esa medida gozaremos de credibilidad y respeto, por lo que nuestras sentencias serán acatadas. ¿Puede equivocarse un juez justo? Claro, nos responderá la sociedad, pero aun así le reconocerá la potestad de decir el derecho. El juez que no se comporta como tal, sigue siéndolo solo formalmente pero ya no lo es más ante los ojos de la sociedad. Ante ella, habrá perdido su esencia.

Ese juez al que aspiramos no es un vano ideal o una utopía; no es un ser elevado a los altares de la perfección. Es de carne y hueso, convive con sus debilidades pero las enfrenta diariamente; yerra como todos, pero cada error es una oportunidad para superarse y de ello da cuenta no la retórica de sus palabras, sino su vida diaria y las obras que de ella quedan.

Me viene inmediatamente a la memoria la imagen de don Domingo García Rada. Relatar su biografía y sus obras sería -trecho a trecho- hacer un mapa de la vida de un hombre honesto, estudioso, inteligente, buen padre de familia, cuya vida desembocó de manera natural en la

magistratura porque ontológicamente no podía ser de otro modo, su actitud existencial era la de un juez y así lo demostró en cada uno de sus actos.

Aplicó una justicia sin falsos ritualismos en aras de la celeridad de las resoluciones judiciales, pues la lentitud judicial hería su conciencia y frustraba sus intenciones. Desarrollaba una compleja actividad intelectual exigiendo al máximo sus capacidades, a fin de no ser un mero aplicador de normas, balanceando la defensa de la legalidad con el carácter creador que su condición de juez le facultaba. Fue ese mentor que muchos jóvenes necesitan para encauzarse por el buen camino; especialmente en estos tiempos en que los disvalores o antivalores son exhibidos diariamente, creando confusión. Lo fue para mí como profesor universitario, pues desde mi pupitre admiré sus exquisitas cualidades personales, académicas y profesionales.

Es por ello que me sentí halagado cuando en la década de los cincuenta me llevó a colaborar como amanuense en el proceso por el asesinato del Prefecto de Pasco, señor Tovar Belmont, proceso voluminoso con más de 28 cuadernos y sus anexos y setenta acusados, del que fue Director de Debates. Posteriormente, al día siguiente de optar mi título de abogado, recibí una llamada del doctor García Rada citándome a la Pontificia Universidad Católica, para ofrecerme el puesto de Relator del Segundo Tribunal Correccional de la Corte Superior de Justicia de Lima, propuesta que acepté gustoso. Durante el tiempo que tuve el honor de trabajar con él fui testigo de excepción de sus cualidades como hombre de bien y como hombre de derecho, por lo que lo considero mi maestro en todo el sentido del término.

En este acto compartiré con ustedes un pasaje de la vida de tan insigne Juez, que ejemplifica los retos profesionales y morales que enfrenta un magistrado y como él respondió a la altura de la circunstancia. En el año 1955, se presentó ante el Segundo Tribunal Correccional, presidido por el doctor García Rada, el histórico recurso de *Habeas Corpus* interpuesto por el doctor José Luis Bustamante y Rivero, quien deseaba retornar al país después de varios años de exilio -al que estuvo obligado luego de haber sido depuesto por el General Odría-. Este caso enfrentó al doctor García Rada a un reto más de tipo moral que intelectual, dada la naturaleza del caso.

Después de amplio debate con los otros dos miembros del Colegiado, el doctor García Rada me entregó la resolución, en su parte

considerativa, para pasarla en limpio. Aquí me permito reproducir textualmente lo que el mismo doctor García Rada relata en su obra «Memorias de un Juez»:

> «Entregué al Relator, doctor Luis Ortiz Bernardini, el proyecto acordado por los otros dos Vocales, sin decirle que era por mayoría, pidiéndole únicamente que lo pasara en limpio, faltándole la parte resolutiva. Ortiz leyó la resolución, me miró con asombro y tristeza. Una vez concluida esta labor le entregué mi voto aparte entonces vi la cara de Ortiz que se abría y me miraba sonriente, como quien dice que eso era lo que esperaba de mí».

Demás está decir que la resolución por mayoría no favoreció al Doctor Bustamante y Rivero.

Esta decisión es un ejemplo claro de quien tuvo el valor de anteponer su conciencia a su conveniencia, demostrando con ello que la independencia en el ejercicio de la función, atributo indispensable del cabal ejercicio de la magistratura, no es un atributo que se nos confiera sino que debemos conquistar nosotros mismos.

Señores, diversos estudios dan cuenta de la grave crisis del Poder Judicial, crisis que se inserta en la del Sistema Nacional de Administración de Justicia y ésta, a su vez, en la crisis por la que atraviesa la República.

Hay unánime concierto respecto a la necesidad de obtener un real equilibrio de poderes como sustento del sistema democrático y que dicho sistema es el mejor marco para el desarrollo de una nación en todos los niveles, incluido el económico, porque los capitales son apátridas y los inversionistas no están dispuestos a asumir el sobrecosto que implica un servicio de administración de justicia deficiente o corrupto.

La falta de independencia del Poder Judicial tampoco está en discusión, menos lo está que la intromisión llegó a su clímax en el pasado régimen, durante el cual se estructuró un modelo perverso que ahora se busca desactivar. Muchos lo señalan desde hace años: la reclamada institucionalización del Poder Judicial parte por la conquista de su independencia y autonomía, tarea en la cual es imprescindible el manejo de su presupuesto y que éste satisfaga las necesidades de la institución.

Dicho esto, tantas veces repetido, me pregunto: ¿qué hace falta para impulsar el cambio? Para impulsar el cambio, en primer lugar, debemos compartir una visión respecto a: ¿Qué Poder Judicial queremos? Cierto es

que se han realizado trabajos de planeamiento estratégico que han definido la visión y misión del Poder Judicial, el último de ellos con la participación de magistrados de toda la República. Pero también es cierto que no se han ejecutado acciones para que dicha visión sea compartida por todos los que integramos el Poder Judicial, no sólo magistrados sino también servidores. Sólo cuando la visión es compartida por los integrantes de una organización se puede implantar una nueva cultura.

¿Qué Poder Judicial queremos?

¿Queremos un Poder Judicial frágil que sea objeto de sucesivas intervenciones o un Poder Judicial sólido y autónomo?

¿Queremos un Poder Judicial que decepcione las expectativas de justicia de la comunidad o un Poder Judicial que responda oportunamente al clamor ciudadano de justicia?

¿Queremos un Poder Judicial cuya única seguridad sea la «impredecibilidad» de sus decisiones o un Poder Judicial que ofrezca seguridad jurídica?

¿Queremos un Poder Judicial que constituya un factor más de la crisis social y económica del país o un Poder Judicial que contribuya efectivamente a la paz social y al desarrollo económico de nuestro pueblo?

¿Queremos un Poder Judicial cuya imagen esté deteriorada o un Poder Judicial que goce de un gran prestigio social sustentado en la legitimidad de sus decisiones?

Permítanme soñar y apostar por un Poder Judicial del futuro con plena autonomía, eficiente en sus procesos y eficaz en sus decisiones, que responda al valor máximo de la justicia, que implica la oportunidad con que se dice. Un Poder Judicial que ofrezca seguridad jurídica y, por ende, contribuya a la paz social y al desarrollo económico del país; un Poder Judicial con prestigio social. Un Poder Judicial centrado en el pleno desarrollo del potencial humano como sustento del pleno desarrollo de la organización; en el que magistrados y servidores sean el factor clave de éxito, éxito que no radica sino en cumplir con nuestra función de servicio constitucionalmente asignada: la administración de justicia, función que se cumple o no se cumple, que no acepta términos medios, de modo tal que o es eficiente y eficaz o no administra justicia: Buenas sentencias en los plazos de ley.

En suma, un Poder Judicial que responda a los indicadores de desarrollo humano y contribuya a mejorar la calidad de vida de nuestro pueblo.

Ello no es compatible con una gestión meramente operativa, reactiva, de corto plazo, o centrada en atacar el día a día y aspectos puntuales, con tendencia a la inercia, gestión a la que un presupuesto diminuto parece condenarnos. Ese Poder Judicial que me atrevo a soñar se sustenta en una gestión estratégica, proactiva, dinámica, con visión general, de mediano y largo plazo, con un enfoque integrador y que ofrezca soluciones innovadoras.

Como en toda organización, en el Poder Judicial existen estructuras, procesos, tecnología, comportamientos y otros subsistemas internos y externos. De todos esos elementos, el factor humano es central y en él hemos fallado. El Poder Judicial requiere líderes para el cambio a todo nivel, pero principalmente en la Corte Suprema de Justicia de la República, lo cual no es óbice para la descentralización de las decisiones y el empoderamiento de los magistrados y servidores de todos los niveles.

Debemos reconocer que desde la cúspide de la organización hemos ejercido poder y autoridad formal,pero no hemos ejercido el liderazgo que la institución demanda; tal vez seguimos con la antigua visión que nos divide en jefes y subordinados, magistrados y servidores; con los compartimientos estancos en los que nuestra institución fuertemente jerarquizada lo etiqueta todo según grado y antigüedad, sin canales formales de comunicación, sin interacciones productivas, lejos de ser una organización que aprende somos una organización que se aferra a los procedimientos y rutinas establecidos y -cuesta decirlo- como magistrados supremos somos los principales responsables de ello. En ese contexto, qué difícil es lograr el trabajo en equipo, el alineamiento con la misión y las metas, la confianza y el compromiso.

Señores, es sencillo invocar palabras hermosas, demandándoles sacrificarse por nuestra institución, resaltando que la judicatura es un apostolado en el que toda privación no hace sino engrandecer al juez. Eso no es lo que ustedes desean oir, con ese apostolado de las privaciones no se paga la escuela de vuestros hijos. Lo que ustedes demandan son líderes que encaucen el justo reclamo de una remuneración acorde con la importante misión que se les asigna y defiendan los fueros de este poder del Estado.

Cierto es que a la magistratura no se debe venir en busca de grandes riquezas materiales, pero tampoco debe ser éste el último reducto de abogados que no tienen más remedio que ser jueces sin vocación a cambio de un sueldo que aunque magro permite subsistir. Por ello, emulan-

do a las empresas e instituciones exitosas debemos tener una política agresiva de captación del mejor recurso humano, uno de cuyos pilares es la adecuada remuneración y buenas condiciones laborales; del mismo modo, debemos activar nuestras defensas para descartar a los elementos nocivos, aquellos que son proclives a la corrupción o los que aun siendo honestos no están intelectualmente capacitados para discernir la justicia.

La sociedad demanda jueces con una formación integral en el derecho y en los valores que éste y la sociedad encarnan. El perfil del juez debe asegurar tanto la calidad profesional, como la idoneidad moral de quienes cumplen la excelsa labor de administrar justicia, requisito indispensable para el ejercicio independiente de la función. La independencia del juez es un atributo que su estatuto jurídico puede contribuir a generar, mas es solo su solvencia profesional y moral la que lo pueden llevar a la conquista de su propia independencia.

La sociedad demanda jueces profesionales. Entonces, qué define a un juez profesional. Un juez profesional es aquel que pone la ética por encima de cualquier otro tipo de interés, aquel que no quebrantaría el Código de Ética, cualquiera fuese la propuesta que se le hiciera para ello o la presión a la que se encontrase sujeto, como fue el ejemplo que antes relatamos del doctor García Rada. Además, un Juez profesional, debe tener confianza en que domina los fundamentos de su materia, empero, cuando esa confianza lo lleva a la conclusión de que lo que sabe es todo lo que debe saber, entonces empieza a dejar de ser un profesional, dado que una de las características de una profesión es la continua renovación de los conocimientos y de la experiencia.

La labor que compete a los jueces y, en general, a los profesionales del derecho es consolidar el sistema jurídico el cual tiene como fin el desarrollo armónico de la colectividad y la paz social. Para ello, deberán contribuir a dibujar el nuevo rostro de la justicia, sobre la base del Poder Judicial autónomo y de calidad que queremos. En esta tarea debemos aunar esfuerzos con todas las instituciones que forman parte en el Sistema Nacional de Administración de Justicia y enriquecer nuestra labor con un enfoque sistémico y un trabajo interdisciplinario.

Señores jueces, nuestra crisis no es aislada; toda la República está en crisis. Pero eso no es excusa para adoptar una postura inerte, a la espera de que desde fuera se nos exija -cada vez con mayor fuerza y, justo sea decirlo, con mayor legitimidad- un cambio radical.

Siento que este Día del Juez lo que la sociedad nos reclama es un *mea culpa* como punto de partida para recuperar la credibilidad que hemos perdido. Sí, hemos fallado. Algunos por acción, otros por omisión... porque los esfuerzos para combatir el avasallamiento del Poder Judicial fueron aislados. Lamento que no hayamos sido capaces de articular una respuesta conjunta a la altura de nuestra investidura.

Asimismo, la sociedad nos reclama hoy un compromiso con visión de futuro para forjar un verdadero cambio hacia la renovación de la Administración de Justicia.

Por su parte, la sociedad civil debe asumir su responsabilidad en la conquista del Poder Judicial que todos deseamos y necesitamos. En la medida en que los hogares, las escuelas, las universidades, los medios de comunicación, acepten su rol en la formación del ser humano tendremos mejores jueces.

Necesitamos hombres y mujeres con la conciencia despierta... no nos sirven los jueces cuya honradez depende de si existe o no una cámara oculta. Requerimos jueces inteligentes, valientes, estudiosos, justos, humanos... y esos jueces necesitan un lugar digno para trabajar y un ingreso que les permita sostener a sus familias y actualizarse continuamente. Por ello, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo les recuerdo que entregarnos un presupuesto que en justicia es nuestro, no es un acto de liberalidad ni un favor para el Poder Judicial... es una demanda social vinculada al crecimiento económico de nuestra Nación. Bien sabemos que es posible establecer indicadores que demuestren la íntima vinculación entre la economía de un país y el servicio de administración de Justicia. Cualquier política para atraer inversiones será deficiente en tanto no vaya de la mano con una política para promover confianza en el país, para lo cual se requiere generar confianza en el Poder Judicial peruano.

Hoy más que nunca, a los hombres y mujeres de Derecho, nos cabe la gran responsabilidad de contribuir a sentar las bases de la ansiada convivencia pacífica, tan necesaria para el desarrollo de nuestro país.

Señores, hoy 4 de agosto de 2001, Día del Juez, los invito a romper las vallas que nos separan e impiden una efectiva comunicación, a desbordar nuestra estructura vertical y fuertemente jerarquizada en aras de una organización más horizontal. No insto al caos, sino a un nuevo orden y en esta tarea les pido a los jueces por vocación no nos abandonen y a quienes ejercen la magistratura sólo por azar que partan en busca de su verdadera vocación.

Gracias

Crónica de Claustro

I. Actividades organizadas por la Facultad de Derecho en su Auditorio de junio a diciembre de 2001

- El 28 de junio se llevó a cabo una Conferencia de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos. Esta actividad se realizó en coorganización con el Ministerio de Justicia..
- El 24 de agosto fue una jornada dedicada a la Metodología de la Investigación Jurídica. En estas reuniones –que se realizan una vez al semestre– los alumnos de la Facultad de Derecho matriculados en los distintos horarios que conforman este curso se reunen de manera plenaria para obtener información de sus profesores sobre dicha materia.
- Los días 3, 4 y 5 de setiembre se llevaron a cabo las «Jornadas Internacionales sobre la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General». Estas importantes jornadas convocaron a expertos en Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante – España y a docentes de la Facultad de Derecho de la PUCP. En sendas discusiones académicas pudieron analizar los antecedentes, objetivos y proyección de la nueva ley, así como evaluar el procedimiento administrativo tanto común como especial, entre otros importantes temas. Entre los expositores nacionales se contó con Jorge Danós, Eloy Espinosa Saldaña, Juan Carlos Morón, Ricardo Salazar, César Valega y Diego Zegarra. Los expositores de la Universidad de Alicante fueron: Juan José Diez Sánchez, Joseph Ochoa Monzó y Germán Valencia Martín.
- Del 1° al 5 de octubre se realizó el Congreso Nacional de Derecho Penal. El tema principal fue los Diez años de la Reforma Penal en el

Perú. De esta manera académicos, funcionarios públicos y abogados en ejercicio de reconocida trayectoria nacional e internacional evaluaron las modificaciones introducidas a la normatividad y sistema de justicia penal. Parte de las conclusiones fue elaborar propuestas de cambio en la legislación penal que respondan a las exigencias de un derecho penal democrático y garantista. La conferencia inaugural magistral estuvo a cargo del Dr. José Hurtado Pozo de la Universidad de Friburgo-Suiza.

- Los días 27, 28 y 30 de noviembre se llevó a cabo el seminario «El Derecho administrativo en el marco de la libre competencia». Esta importante actividad contó con la presencia de reconocidos expositores nacionales : Jorge Danós Ordóñez, Eloy Espinosa Saldaña, Richar Martin Tirado, Javier Mori, Juan Carlos Morón, César Ochoa Cardich, Edda Rivas, Juan Francisco Rojas, Ricardo Salazar Chávez, Rolando Salvatierra, Hebert Tassano; así como con profesores de la Universidad de Castilla La Mancha de España : Francisco Delgado Piqueras, José Antonio Moreno y Luis Ortega Alvarez. El tema de gran actualidad permitió exponer las formas modernas de intervención de la Administración pública en la actividad económica dentro de un marco constitucional de promoción de la libre competencia en el mercado.
- El II Congreso Internacional de la AFEIDAL se realizó el 28 y 29 de noviembre. El tema principal de este cónclave fue analizar los sistemas y formas de cooperación en la enseñanza del Derecho.

II. Actividades de Proyección Social en Derecho – Prosode

Prosode es un curso teórico y práctico en el cual hay una relación de servicio hacia la sociedad. Nace en virtud a la iniciativa de sus autoridades, profesores y alumnos y cada año se consolida la tradicional actitud de convertir la experiencia de Prosode en más que un curso normal, pues los alumnos adquieren en la práctica un método de análisis del Derecho de manera muy especial.

- Entre las actividades regulares de esta importante área de nuestra Facultad están la Asesoría Legal en sus cinco consultorios jurídicos gratuitos, Prevención Legal donde realizan labores de formación ciuda-

dana a través de charlas y talleres especialmente en colegios; y Difusión Legal a través del programa radial «Derechos a su alcance» que se transmite en Radio Santa Rosa.

- Las actividades especiales fueron :
  Una de las actividades más importantes fue la ceremonia por los 10 años de fundación de Prosode llevado a cabo en abril.
  Programa semana radial en las ondas de Radio Canto Grande en colaboración con la Ong Taller de los Niños.
  Apoyo a la constitución de pequeñas y medianas empresas en colaboración con el CIDE.
  Asesoría legal a la Asociación Vigencia ubicada en Pueblo Libre y donde sus miembros integran la tercera edad.
  El 28 de setiembre llevaron a cabo el I Encuentro nacional de Facultades de Derecho sobre Proyección Social, que contó con la presencia las delegaciones de dieciseis universidades.
  El equipo de Prosode también participó en las Brigadas voluntarias de organizó Dapseo en Arequipa y Moquegua, donde pudieron llevar ayuda profesional a las víctimas del terremoto.

Abogados graduados con expedientes con mención sobresaliente (enero 2001-diciembre 2001)

Teresa Gisella de Jesús Torres Chávez
Fecha 23-01-2001
Expedientes Constitucional-Laboral (Acción de Amparo) y Administrativo (Protección al consumidor)
Jurado Dr. Guillermo Boza Pró, Dr. Alfonso Montoya Stahl y Dr. Eloy Espinoza Saldaña

Jeanette Sofía Aliaga Farfán
Fecha 29-01-2001
Expedientes Administrativo (Mercado de valores) y Civil (Nulidad de acto jurídico)
Jurado Dr. Julio Salas Sánchez, Dr. Sergio Salinas Rivas y Dr. Juan Luis Hernández Gazzo

Alfredo Fernando Soria Aguilar
Fecha 8-3-2001
Expedientes Civil (Arbitraje) y Administrativo
Jurado Dr. César Guzmán Barrón, Dr. Enrique Felices Saavedra y Dr. Jorge Beltrán Pacheco

Roberto José Casanova Regis Albi
Fecha 23-3-2001
Expedientes Constitucional (Acción de Amparo) y Administrativo (Nulidad de marca)
Jurado Dr. César Landa Arroyo, Dr. Edwin Masseur y Dr. Rudecindo Vega

Claudia Teresa Hokama Kuwae
Fecha 23-5-2001
Expedientes Administrativo (Libre competencia) y Constitucional administrativo (Amparo)
Jurado Dr. Aníbal Quiroga León, Dr. Luis Vinatea Recoba y Dr. Rolando Salvatierra Combina

Mercedes Elizabeth Fernández Moscol
Fecha 25-5-2001
Expedientes Administrativo (Conasev) y Constitucional (Acción de inconstitucionalidad)
Jurado Dr. César Landa Arroyo, Dra. Cayetana Aljovín y Dr. Juan Luis Hernández

Marcos Guevara Salcedo
Fecha 20-6-2001
Expedientes Civil (Retracto) y Administrativo (Concursal)
Jurado Dr. Juan Morales Godo, Dr. Luis Sotomayor Valdez y Dr. Martín Mejorada Chauca

Bruno Yaacov Amiel Rodríguez Carpi
Fecha 27-6-2001
Expedientes Civil (Anulación de contrato) y Administrativo (Concursal)
Jurado Dr. Alfredo Bullard Gonzales, Dr. Gastón Fernández Cruz y Dr. Italo Carrano Tarrillo

Leonardo José Caparrós Gamarra
Fecha 11-09-2001
Expedientes Civil (Reclamo de contrato de concesión) y Administrativo (publicidad)
Jurado Dr. César Guzmán Barrón, Dr. José Juan Haro Seijas y Dr. Juan Carlos Morón Urbina

Jorge Luis Acevedo Mercado
Fecha 11-9-2001
Expedientes Constitucional administrativo y labora (beneficios sociales)

Jurado	Dr. César Landa Arroyo, Dr. David Lovatón Palacios y Dr. Fernando García Granara

Patricia Hakahodo Higa

Fecha	20-9-2001
Expedientes	Societario (Impugnación de acuerdos societarios) y Administrativo
Jurado	Dr. César Luna Victoria, Dr. Juan Luis Hernández Gazzo y Dra. Cayetana Aljovín Gazzani

Haydée Victoria Rosas Chávez

Fecha	18-12-2001
Expedientes	Laboral (Calificación de despido) y Administrativo (Recurso de revisión)
Jurado	Dr. Javier Neves Mujica, Dr. Carlos Villavicencio Ríos y Dr. Juan Francisco Rojas Leo

Abogados graduados con tesis con mención sobresaliente (enero 2001-diciembre 2001)

Víctor Hugo Montoya Chávez
Fecha 30-01-2001
Tesis Comunicación del discurso (información y expresión) y respeto propio y vida privada. Delimitación de sus contenidos desde la teoría de los derechos fundamentales.
Jurado Dr. César Landa Arroyo, Dr. Samuel Abad Yupanqui y Dra. Elizabeth Salmón Gárate.

Víctor Javier Echevarría Mejía
Fecha 5-6-2001
Tesis El sistema electoral peruano y las comunidades nativas: en búsqueda de la representación efectiva
Jurado Dr. Carlos Blancas Bustamante, Dr. Antonio Peña Jumpa y Dr. Rudecindo Vega Carreazo

José Leandro Reaño Peschiera
Fecha 6-11-2001
Tesis El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores: criminalización, críticas y propuestas a partir del *insider trading* en el Código Penal
Jurado Dr. Felipe Villavicencio Terreros, Dr. Carlos Caro Coria y Dr. Mario Rodríguez Hurtado

De los autores

CARLOS AYALA CORAO: Abogado por la Universidad Católica «Andrés Bello», «*Master in Goverment*» por la Georgetown University Graduate School. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Católica «Andrés Bello» y Central de Venezuela. Experto en Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Administrativo y Municipal.

GIANCARLO ROLLA: Profesor Ordinario de Instituciones de Derecho Público en la Universidad de Siena de Italia. Director del Centro de investigación e información de Derecho Constitucional Comparado, del Departamento de Derecho de la Economía de la Universidad de Siena de la Escuela de especialización para funcionarios y dirigentes públicos de la Universidad de Siena. Miembro de la Asociación Italiana de derecho comparado, de la Asociación Italiana de constitucionalistas, del Comité directivo de la Asociación de derecho público comparado, de la Asociación Italiana de Estudios Canadiense. Responsable de la Unidad Operativa del Proyecto Finalizado «Bienes Culturales» del Consejo Nacional de Búsqueda (1997 – 2000). Investigador de diversas universidades e instituciones científicas extranjeras: Norteamericanas (Columbia University, Toronto), Europeas (Barcelona, Madrid, Baleares, Zaragoza, San Sebastián, Santander, Granada, París, Lubiana, Innsbruck), Centro Americano (San José de Costa Rica), Asiáticas (Pekín). Ha escrito en materia de Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional, Ordenamiento Regional y Local.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO:Abogado por la Universidad de Murcia, España. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Director del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de 1956; doctor en derecho de la misma Universidad en 1972. Ha dictado cursillos y conferencias en varias universidades de las entidades federativas de México, así como en las facultades de derecho de las Universidades de los Andes y Carabobo, Venezuela; San Carlos de Guatemala; Belgrano de Buenos Aires; Católica de Río de Janeiro; Salamanca, Sevilla, Alcalá de Henares y Valencia, España. Fue designado presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Es miembro del Instituto Internacional de Derecho Procesal; del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado; del Instituto Español de Derecho Procesal; del Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo y de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia. Autor de diversas obras de su especialidad. En 1963 recibió el premio anual de la Academia de la Investigación Científica. En 1981 fue designado miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM. Entre los premios que ha recibido destacan el Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales, el Premio UNESCO 1986, de Enseñanza de los Derechos Humanos, París, Francia, y la Presea Estado de México, «José María Luis Mora». Obtuvo, además, el doctorado Honoris Causa de la Universidad de Sevilla. Fue Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; e Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ: Investigador titular «C», de tiempo completo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNAM, México. Director de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, como investigador nacional, en la categoría III. En 1997 fue electo por la Asamblea General de la Organización de los Esta-

dos Americanos como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cargo que desempeña en la actualidad. Autor de numerosos libros artículos de revista, de investigación, docencia y divulgación, publicados en México y en el extranjero. Representante de México ante las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Fue miembro, del Comité de Prevención del Delito de Naciones Unidas, y es miembro del Consejo Consultivo del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD, San José, Costa Rica). Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (de la que fue primer vicepresidente y presidente), la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, correspondiente de la Española, el Instituto Mexicano de Derecho procesal, el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal. Medalla de la Orden del Oso Polar del Gobierno de Suecia; Medalla al Mérito Civil del Gobierno de España; Medalla «Alfonso Quiroz Cuarón» de la Sociedad Mexicana de Criminología; Medalla «José María Luis Mora», del Gobierno del Estado de México; Presea al mérito jurídico «Jorge Sánchez Cordero»; Gran Cruz al Mérito en la Investigación Jurídica, del Instituto Mexicano de Cultura.

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ: Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho constitucional de la Facultad de Jerez de la Frontera de la Universidad de Cádiz y *Visiting Scholar* en la Universidad de Berkeley.

MARA GÓMEZ: Abogada por la Escuela Libre de Derecho. Realizó el Curso Anual de Especialización Judicial en el Instituto de la Judicatura Federal y los estudios de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, España. Ha impartido las cátedras «Introducción al Estudio del Derecho», «Garantías Individuales» y «Derecho Civil I» en la Universidad Americana, «Jurisprudencia en Materia Común y en Materia de Suspensión» en el Instituto de la Judicatura Federal, y la cátedra «Suspensión» en la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo organizada por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha publicado diversos artículos en revistas jurídicas especializadas, tanto de manera individual como en forma colectiva. Se ha desempeñado como abogado corporativista y postulante, como Secretario de Acuerdos en la Sala Superior del Tribu-

nal Fiscal de la Federación y como Secretario Proyectista en diversos Juzgados y Tribunales Federales, tanto en Materia Civil como en Materia Administrativa. Ex Asesora del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte adscrita a la Segunda Sala y es además, Vicepresidente de la Mesa Directiva del Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A.C. de México.

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 Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania en la especialidad de Derecho Procesal Civil Comparado. *Asociate Reporter* del American Law Institute para el proyecto de los «Principios Fundamentales y Normas del Proceso Civil Transnacional» y Secretario del grupo de UNIDROIT.

GEOFREY HAZARD Jr.: Profesor de Derecho Procesal Civil y Ética Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania (Filadelfia), Ex – profesor de 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. En la actualidad se le considera uno de los más importantes juristas norteamericanos. Posee una vasta experiencia práctica, académica y legislativa. Se ha desempeñado como Relator en la redacción del *«Restarement (second) of Judgments» del American Law Institue,* 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).*

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Profesor Emérito de la misma Casa de Estudios. Ministro de Justicia y Culto en 1965. Miembro de las Academias de Derecho de Buenos Aires y Córdoba, Argentina. Profesor Visitante de la Universidad de Siena y Nápoles, Italia; y de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Comisión

Reformadora del Código Civil de 1984. Autor de numerosos libros, monografías y artículos en revistas nacionales y extranjeras

ANÍBAL QUIROGA LEÓN: Abogado y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ex Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia (1986-1987). Ex Miembro, Comisión Especial del «Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil» (1987-1990). 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. Ex Consultor del Banco Mundial. Consultor Internacional del Proyecto «Normas Transnacionales del Proceso Civil», Instituto de Derecho Americano, Philadelphia, U.S.A. (desde 1999). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Investigador Becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma. Editor General de la Revista DERECHO PUC de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en ejercicio.

MARIELLA TRUJILLO WÜRTTELE: Abogada y Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Participante en los VIII Cursos de Postgrado en Derecho especialidad de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España. Secretaria del Consejo Editorial de la Revista DERECHO PUC.

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ: Profesor Principal en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Piura, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, de la Universidad de Lima. Consultor internacional. Juez Ad Hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 1998. Corresponsal en el Perú de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, desde 1993. Decano del Colegio de Abogados de Lima, en 1989 y 1990. Presidente de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores, de 1988 a 1990. Ex Presidente de la Bolsa de Valores de Lima, de 1972 a 1984. Miembro del Conse-

jo Directivo de la Academia de la Magistratura, desde 2001. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil, creada por Ley Nº 26394 y modificada por la Ley No. 26673. Consejero Permanente de la Federación Interamericana de Abogados. Arbitro de diversos Centros de Arbitraje Nacionales e Internacionales. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; miembro Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con sede en Madrid.

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA: Abogada y Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado estudios en la Maestría en Derecho de esta Universidad. Es Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ha sido representante del Poder Judicial ante el Comité de los Derechos del Niño. Ha publicado una serie de obras en el campo del Derecho de Familia.

DINO CARLOS CARO CORIA: Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano.

SALOMÓN LERNER FEBRES: Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó estudios de Filosofía en la Universidad Católica de Lovaina. Doctor en Filosofía en 1973. Profesor principal del Departamento de Humanidades -área de filosofía- de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En 1994 fue elegido Rector de esta Universidad, y en 1999 fue elegido Presidente de la Unión de Universidades de América Latina. Actualmente también se desempeña como Presidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación Nacional.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Doctor en Derecho. Ha participado en el programa de Investigaciones de la Universidad de Wisconsin. Profesor ordinario 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 Profesor Honorario de la Universidad San Agustín (Arequipa-Perú). Ex miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores y de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia. Miembro de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional (2001) Miembro correspondiente de Derecho Político de la Universidad Católica del Rosario y de la Universidad de La Plata. Miembro de la Academia Peruana de Derecho, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Argentina. Autor de diversas obras y artículos de Derecho Constitucional en el Perú y el extranjero.

FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI: Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la misma Universidad. Es asesor jurídico y consultor de instituciones nacionales y extranjeras Se ha desempeñado como consultor de organizaciones internacionales y agencias de Cooperación Técnica Alemana – GTZ, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra), Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH, USAID, Cooperación Técnica de Bélgica. Fue Asesor del Despacho de Ministro de Justicia, desde diciembre del 2000 a julio del 2001, Miembro de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI, hasta agosto del 2000, Director General y Presidente de la Comisión de Reorganización y Gobierno de la Academia de la Magistratura. Ha sido Director Adjunto y Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Participó en DESCO, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, de febrero 1977 a julio 1985. Miembro del Consejo Editorial del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (CIEDLA – Fundación Konrad Adenauer); del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Ha publicado en calidad de autor o coautor 9 libros y contribuido con cerca de un centenar de artículos y ensayos para distintas revistas especializadas peruanas y extranjeras. Es Profesor Principal del Departamento de Derecho de la PUCE. Actual Jefe del departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LUIS ORTIZ BERNARDINI: Ex Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

ROLF STÜRNER: Professor of Law, Universidad de Friburgo, Alemania, «co-reporter» de UNIDROIT para el proyecto de los «Principios Fundamentales y Normas del Proceso Civil Transnacional».

MICHELE TARUFFO: Professor of Law, Universidad de Pavía, Italia, «co-reporter del American Law Institute para el proyecto de los «Principios Fundamentales y Normas del Proceso Civil Transnacional».

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
Setiembre 2002 Lima - Perú

¿QUÉ ES «SER» PERSONA PARA EL DERECHO?
Carlos Fernández Sessarego

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DEL CIADI Y LA LEGISLACIÓN PERUANA
Aníbal Quiroga León
Mariella Trujillo Württele

LA RESPONSABILIDAD CIVIL
Fernando Vidal Ramírez

DIVORCIO ¿REMEDIO EN EL PERÚ?
Carmen Julia Cabello Matamala

LA RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO E IBEROAMERICANO
Dino Carlos Caro Coria

DISCURSO DEL RECTOR DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ EN LA CEREMONIA DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
Salomón Lerner Febres

DISCURSO CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN DEL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO COMO DOCTOR HONORIS CAUSA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Domingo García Belaunde

SEMBLANZA DEL DOCTOR HÉCTOR FIX- ZAMUDIO
Francisco Eguiguren Praeli

DISCURSO DE AGRADECIMIENTO POR EL TÍTULO DE DOCTOR HONORIS CAUSA QUE LE CONFIRIÓ LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Héctor Fix-Zamudio

DISCURSO CON OCASIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD
Salomón Lerner Febres

DISCURSO POR EL DÍA DEL JUEZ
Luis Ortiz Bernardini

Pontificia Universidad Católica del Perú
Toda la vida adelante.