

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



F U N D A D A E N 1 9 4 4

78 | DERECHO PROCESAL



FONDO EDITORIAL

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

78 | DERECHO
2017 | PROCESAL



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes índices, bases de datos, directorios y catálogos:

- Índices: Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIN), vLex, La Referencia, ALICIA (Concytec).

Derecho PUCP es una revista de investigación académica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprometida con el debate general de ideas. Publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria, que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares, externos, bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y, a partir del año 2018, se publicará en los meses de mayo y noviembre, tanto en su soporte físico como en su versión digital. El primer número de la revista publicado en el año abarca el periodo de diciembre a mayo, y el segundo, de junio a noviembre.

El público al que se dirige *Derecho PUCP* es principalmente: (i) investigadores en Derecho y en ciencias afines, (ii) profesionales en Derecho, y (iii) comunidad universitaria.

La versión electrónica de la revista está disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Diseño de carátula e interiores: i design

Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

Cuidado de la edición: Luis Mendoza Choque y Margarita Romero Rojas

Asistente administrativa: Manuela Fernández Castillo

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

ISSN: 0251-3420

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868

Primera edición: junio de 2017

Tiraje: 300 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL

Abraham Siles Vallejos
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Armando Guevara Gil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Betzabé Marciani Burgos
Pontificia Universidad Católica del Perú

Cecilia O'Neill de la Fuente
Universidad del Pacífico

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla La Mancha

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervias
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSULTOR TEMÁTICO

Giovanni Priori Posada

CONSEJO CONSULTIVO

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

César San Martín Castro
Corte Suprema de Justicia del Perú

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio
Universidad Autónoma de México

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla La Mancha

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Peter Häberle
Universidad de Freiburg

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

Umberto Romagnoli
Universidad de Bologna

CONTENIDO

DERECHO PROCESAL

- 9 La admisibilidad de la apelación: rasgos comunes entre el derecho romano y el sistema jurídico latinoamericano
STEFANO LIVA
- 21 La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano
CAMILO ZUFELATO
- 43 Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú
CARLOS GLAVE MAVILA
- 69 *Nulla executio sine titulo*: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú
JOSÉ DOMINGO RIVAROLA REISZ /
FABIO NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES
- 115 El problema del abandono de las pretensiones imprescriptibles
LUIS ALFARO VALVERDE
- 129 Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos
JOSÉ ARRIETA CARO

MISCELÁNEA

- 173 Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú
CRISTINA BLANCO / CHIARA MARINELLI

- 199 La ausencia del Defensor del Pueblo en Argentina: siete años sin representación colectiva

ISAAC MARCELO BASAURE MIRANDA

- 215 La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia

HANS-JÜRGEN BRANDT

DERECHO PROCESAL

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

La admisibilidad de la apelación: rasgos comunes entre el derecho romano y el sistema jurídico latinoamericano*

Appeal Admissibility: Common Features between Roman Law and Latin American Justice System

STEFANO LIVA **

Università degli Studi di Brescia

Resumen: Gracias a los testimonios de los juristas de la época Severa, recogidos en el *Digesto*, sabemos que la admisibilidad de la apelación estaba condicionada a una revisión efectuada por el juez *a quo*, por lo que concernía al respeto de los plazos y de las formalidades prescritos y a la naturaleza de la resolución impugnada. Contra la eventual denegación del juez de primera instancia, las partes tenían la facultad de dirigirse al juez *ad quem*, quien podía confirmar la decisión y, por consiguiente, dar curso a la ejecución de la sentencia, o bien estimar el recurso de parte y proceder al examen de fondo de la cuestión. El texto del anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica sigue la línea, en tema de apelación, de la disciplina romanística, tanto en lo que concierne al papel del juez *a quo*, como en lo que se refiere a la posibilidad de impugnar la decisión de este último ante el juez *ad quem* por medio del *recurso de queja*. Análogamente, la fuerte matriz romana emerge también en el Código Procesal Civil de Perú, país donde, por otra parte, el derecho al doble grado de jurisdicción hace alarde de una cobertura constitucional muy penetrante. Tradicionalmente, el problema de contener los tiempos de la justicia dentro de plazos aceptables se presenta estrictamente relacionado con el tema de la admisibilidad de la apelación. La solución adoptada por el derecho romano —recurrir a medidas sancionatorias de naturaleza pecuniaria para desincentivar la interposición de apelaciones temerarias, de manera que se filtren las impugnaciones meramente dilatorias— podría representar un punto de partida interesante y una útil sugerencia para los legisladores, que también hoy en día se enfrentan, por un lado, a la necesidad de garantizar el derecho a apelar y, por otro, a una administración eficiente de la justicia.

Palabras clave: apelación, derecho romano, *Digesto*, juez *a quo*, juez *ad quem*

Abstract: Thanks to Severan jurists' testimonies collected in the *Digest*, we know that the appeal eligibility was conditioned by the «*a quo*» judge's analysis of the respect of the prescribed terms and formalities and the nature of the contested measure. Against the possible refusal of the first instance judge, the parties were given the opportunity to take their case to the «*ad quem*» judge, who could confirm the decision and give way to the implementation of the judgment,

* La contribución retoma y detalla los contenidos del informe presentado en julio de 2016 en la Universidad de Brescia (Italia), con ocasión de la *International Summer School «Sistema jurídico latinoamericano: el derecho romano como elemento unificador del derecho de América Latina»*.

** Ph.D. in Diritto Romano; Ricercatore; Professore Aggregato di Procedura civile romana dell'Università degli Studi di Brescia (Italia).

Código ORCID: 0000-0002-2610-2190. Correo electrónico: stefano.liva@unibs.it

or accept the part's motion and proceed to the examination of the merits of the case. The Draft of the Model Civil Procedure Code for Ibero-America (*texto del anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*) follows, on the subject of appeal, Roman discipline faithfully, as regards both the «*a quo*» judge's role and the possibility of contesting the latter's decision before the «*ad quem*» judge through the complaint (*recurso de queja*). The strong Roman stamp also arises, similarly, in Peru's Civil Procedure Code, where the right to a second court has a very incisive constitutional backing. The traditional problem to keep the justice process within reasonable time limits is closely connected with the appeal eligibility. The solution adopted by Roman Law—to take financial penalties to discourage daring appeals, filtering thus the merely delaying appeals—could represent an interesting indication for legislators, who are still grappling with the need to ensure the right, on the one hand, to appeal and to efficiency regarding the administration of justice on the other hand.

Key words: appeal, Roman Law, Digest, a quo judge, ad quem judge

CONTENIDO: I. PREÁMBULO.– II. LA DISCIPLINA ROMANÍSTICA.– III. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.– IV. LA TERCERA PARTIDA.– V. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PERÚ.– VI. EL «FILTRO» EN LA APELACIÓN.

I. PREÁMBULO

La apelación está regulada en el ordenamiento italiano por los artículos 339-359 del Código Procesal Civil (*Codice di procedura civile* [C.p.c.]). En conformidad con el artículo 339, se puede impugnar todas las sentencias dictadas en primera instancia siempre que la ley o el acuerdo entre las partes no excluya la apelación. El recurso de apelación se interpone en un plazo de treinta días ante el tribunal de apelación (*Corte di Appello*), en cuya circunscripción tiene sede el juez que ha dictado la sentencia (C.p.c. artículo 341), con citación que debe contener la exposición sumaria de los hechos y de los motivos específicos de la impugnación (C.p.c. artículo 342). Así pues, no se reserva ningún papel al juez *a quo* que, como nos parece natural y fisiológico, desaparece de la escena en el momento en que decide el juicio de primera instancia¹.

II. LA DISCIPLINA ROMANÍSTICA

Si se presta atención a la disciplina romanística de la institución, nos damos cuenta de la realidad de la cuestión: uno de los rasgos más característicos y de los aspectos más singulares del procedimiento de apelación en derecho romano era, de hecho, la fase que se desarrollaba

¹ Contrariamente a lo que sucede en el ordenamiento italiano y, por lo general, en los sistemas de derecho continental (*civil law*), el principio general en materia de impugnaciones en el proceso civil inglés prevé que su interposición no sea libre, sino que esté subordinada a la concesión de una autorización a impugnar, otorgada normalmente por el mismo juez que dictó la sentencia en primera instancia. Sobre este punto, véase Passanante (2010, p. 1000).

ante el juez *a quo*, de la que dependía la regular prosecución del juicio de segunda instancia. El acto de apelación, que contenía la indicación del apelante, del apelado y de la sentencia impugnada², debía presentarse en el plazo de dos o tres días (según el apelante obrara *causa propria* o *alieno nomine*) al juez de primera instancia para que este, basándose en una evaluación que concernía a los aspectos rituales de la apelación, decidiera si admitir el fundamento de la apelación (*appellationem recipere vel non*) o no.

Esta fase procesal tenía la finalidad de comprobar la subsistencia de los presupuestos para una apelación válida. Si bien las fuentes no los mencionaran expresamente, limitándose a tomarlos en consideración desde un punto de vista negativo, esto es, como motivos tales que indujeran al juez *a quo* a rechazar la recepción de la impugnación, era posible reconstruir una lista de razones que determinarían la no admisión de la apelación. La improcedencia de la apelación derivaba de la falta de requisitos subjetivos del apelante, como la capacidad procesal o la legitimación para apelar; de causas objetivas relativas a la naturaleza de la sentencia impugnada (con especial atención a los pronunciamientos interlocutorios y a las sentencias de juicios inapelables); y, además, de defectos de forma o de incumplimiento de los plazos.

Si el juez de primera instancia hubiera admitido la apelación, se habría visto obligado a cumplir una serie de actos preparatorios para el desarrollo del procedimiento ante el juez *ad quem*. En concreto, habría tenido que proveer a la redacción de las *litterae dimissoriae* —cuya finalidad era informar al juez de segunda instancia de la regular constitución del procedimiento de apelación, según el pleito que se transmitía a su juicio— y a su entrega al apelante, para que se las hiciera llegar al juez *ad quem*, a quien iban destinadas.

En cambio, en la hipótesis de que el juez *a quo* hubiera declarado *non recipere appellationem* y, por consiguiente, hubiera denegado la admisión de la solicitud del apelante, como se ha dicho, la fase ulterior del procedimiento se habría paralizado. A este punto, el apelante tenía la posibilidad de dirigirse a una autoridad superior a la que había pronunciado la sentencia y desestimado la apelación. Seabría así una fase intermedia, connotada peculiarmente por una nueva y autónoma impugnación —una especie de recurso-apelación que tenía como objeto la medida con la cual el juez de primera instancia había decretado la improcedencia del fundamento de la apelación, esto es, la declaración de *non recipere*— que iba dirigida al emperador o al juez *ad quem*, quien juzgaría la *appellatio* en caso de que se admitiera.

2 «*Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appelleat, et adversus quem et a qua sententia*» (Digesto [Dig.] 49.1.1.4 (Ulpiano, De appellatioibus 1)).

Este nuevo juicio «*utrum recipienda sit appellatio an non sit*» habría podido poner fin definitivamente al procedimiento de apelación, dando vía libre a la ejecución del pronunciamiento de primera instancia; viceversa, en caso de admisión del recurso, el proceso de segunda instancia, superada la fase prejudicial, reanudaría su marcha regular caracterizada por el juicio de fondo encomendado al juez *ad quem*.

III. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Al implicar activamente al juez *a quo* en el regular desarrollo del juicio de segunda instancia, el complejo procedimiento descrito se aleja sensiblemente del regulado por el Código Procesal Civil italiano. En cambio, es significativa su correspondencia casi completa con la disciplina del proceso de apelación prevista por el «código tipo» de procedimiento civil para América Latina (para un análisis de los fundamentos de la apelación en el proyecto de «Código Tipo» de procedimiento civil para América, véase Luiso, 1990, pp. 263ss.).

La matriz romanística del «*recurso de apelación*» emerge, en efecto, de forma muy evidente, de la definición de las normas contenidas en la cuarta sección del séptimo capítulo, del libro primero del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica —en adelante, Código Modelo— (Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica [CPCM], 1988).

La apelación se define como el medio de impugnación a través del cual la parte que pierde el proceso puede pedir al juez superior la reforma, la prueba o la anulación de la decisión impugnada, por medio de la revisión de la cuestión decidida: «La apelación es el recurso concedido en favor de todo litigante que haya sufrido agravio por una resolución judicial, con el objeto de que el Tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule» (CPCM, artículo 218). El acto de apelación, que contiene los motivos de la impugnación, se debe entregar al juez de primera instancia, quien lo transmite a la contraparte: «Todo recurso de apelación contra una sentencia definitiva se interpondrá en escrito fundado dentro del plazo de quince días, sustanciándose con un traslado a la contraparte con plazo similar» (artículo 223.1).

Además de la brevedad de los plazos previstos para interponer la apelación (Luiso, 1990, p. 267), elemento que se volverá a tratar, el papel revestido por el juez *a quo* y las funciones que se le encomiendan son los elementos que principalmente evocan el procedimiento propio del derecho romano clásico. Con arreglo al artículo 225, cuyo epígrafe cita «*Resolución del Tribunal inferior*», el juez de primera instancia evalúa la admisibilidad de la apelación y se pronuncia en sentido positivo o negativo: «Interpuesta en tiempo y forma la apelación, el Tribunal

la admitirá, si fuere procedente [...]. En el primer caso, se transmite el fascículo al juez competente para la impugnación; en el segundo caso, la parte puede tramitar la especial solución prevista para esta hipótesis: «Si el recurso no fuere admitido, el apelante podrá recurrir conforme con lo establecido en la Sección V de este Capítulo» (CPCMI, artículo 225).

Se trata del *recurso de queja por denegación de apelación*, regulado precisamente por la sección V del capítulo dedicado a los «Medios de impugnación de las resoluciones judiciales», cuya naturaleza queda aclarada por el dictamen del artículo 232: «El recurso de queja procede contra las resoluciones que deniegan un recurso de casación o de apelación a fin de que el superior confirme o revoque la resolución denegatoria; así mismo, procederá cuando la apelación se conceda con efecto diferido en violación a la ley».

Por lo que concierne a este peculiar recurso, la matriz romanística también es evidente. La impugnación debe ser interpuesta al juez *a quo* en un plazo de cinco días: «Dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la providencia denegatoria, el recurrente debe presentar la queja en escrito fundado, ante el mismo Tribunal que dictó aquella» (CPCMI, artículo 233).

El juez de primera instancia, a pie de página del recurso, motiva su decisión enunciando las razones que lo indujeron a declarar inadmisible la impugnación y, en un plazo de cinco días de la recepción, la traslada al juez superior: «Recibido el recurso, el Tribunal asentará a continuación del mismo un informe acerca de los motivos que ha tenido para denegar la apelación o la casación o para conceder la apelación con efecto diferido» (CPCMI, artículo 234.1); «Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del escrito de queja, el Tribunal lo remitirá al superior acompañado del informe referido en el ordinal anterior» (artículo 234.2).

El recurso tendrá como objeto la revisión de las condiciones de admisibilidad de la apelación y, en lo específico, el respeto de los plazos, la legitimidad a apelar de quien impugna, la inexistencia de una conformidad expresa o tácita, la motivación de las observaciones formuladas y la susceptibilidad de la resolución impugnada con el medio elegido. La decisión del juez *ad quem* podrá ser solo de admisibilidad o de desestimación. En el primer caso, la impugnación, que injustamente había sido declarada inadmisible, será transmitida al mismo juez superior para que se decida sobre su fundamento: «Con los antecedentes a que refiere el artículo 234 y los demás que el superior creyera oportuno requerir, se hará lugar el recurso de queja o se la desechará. En ambos casos lo comunicará al inferior. Pero si la resolución hiciere lugar a la queja, se ordenará que, sin más trámite, se sustancie el recurso denegado en la forma pertinente, si así correspondiere» (CPCMI,

artículo 236); en el segundo caso, se configurará la cosa juzgada sobre la cuestión y las costas serán a cargo del recurrente: «Las costas de la queja serán de cargo del quejoso si el recurso se declarara improcedente; en caso contrario serán de oficio» (artículo 237).

IV. La Tercera Partida

La casi total superposición, que no se presenta en el ordenamiento italiano, entre la disciplina romanística y la predisposición por el texto normativo del Código Modelo, emerge con plástica evidencia. El dato, ya de por sí extremadamente interesante, sorprende si se piensa en la fuerte influencia que la doctrina italiana —de Chiovenda a Cornelutti y Calamandrei, con el fundamental trámite del gran estudioso uruguayo Couture— ha ejercido sobre la formación del derecho procesal latinoamericano.

Para intentar comprender las razones de la elección en las que se basa el legislador para el *anteproyecto*, puede ser útil y oportuna una profundización de tipo histórico que proceda de la primera organización sistemática de la institución de la apelación. Con este objetivo, hay que comenzar por la ley de *Las Siete Partidas*, ordenada en 1265 por Alfonso X, rey de Castilla. En concreto, la *Tercera partida* trata de la justicia y de la administración de la justicia y dedica todo el título XXIII al proceso de apelación, como se hace explícito desde el epígrafe: «De las alçadas que fazen las partes, quando se tienen por agrauiadadas de los juyzios que dan contra ellos» (*Las Siete Partidas* [SP] 3.23).

Con la ley I, «*Que cosa es Alçada, e a que tiene pro*», se proporciona al inicio una definición de apelación: «Alçada es querella que alguna de las partes faze, de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a enmienda de mayor juez»³, a la que le sigue la indicación de los sujetos que se pueden beneficiar haciendo uso de la impugnación: «e tiene pro el alçada quando es fecha derechamente, porque, por ella se desatan los agrauiamientos, que los juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender» (SP 3.23.1).

La matriz romanística aparece de forma clara enseguida, como se puede deducir fácilmente ya desde el primer fragmento del título «*De appellationibus et relationibus*» del *Digesto justinianeo*: «*Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat*»⁴,

3 Así indica la glosa de Gregorio López a la edición de 1555: «*Appellatio est querela partis a sententia contra eum lata, & ponentis se sub maioris iudicis protectione, & per eam iuste emissam, gravamina reformantur*». Esta es la definición con la que inicia el primer párrafo: «*Apelación*», de la quinta parte del tomo primero de la *Curia Philipica* de Juan de Hevia Bolaños (1790): «*Apelación, es querella, y provocación del juicio agraviado del Juez menor al mayor, para que le desagravie, según una Ley de Partida*».

4 A este respecto, son significativas las palabras elegidas para introducir el tema de la apelación por Juan Acedo-Rico: «*Quan necesaria sea la apelación, y quan grande y general el bien que trae al*

quippe cum iniuitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat» (*Dig. 49.1.1pr.* (Ulpiano, *De appellationibus* 1)).

El título XXIII de la *Tercera partida* se sigue desarrollando según la trama y el orden del *Digesto*⁵, hasta llegar a los aspectos más interesantes para nosotros. De hecho, se repiten los rasgos más característicos y típicos de la disciplina romanística en tema de interposición de la apelación: la implicación del juez *a quo* y la brevedad de los plazos, elementos, como se ha visto, presentes en la normativa del Código Modelo.

La *Curia Philipica* sintetiza eficazmente los aspectos sobresalientes de la fase introductoria de la apelación: «Puedes apelar de la sentencia a viva voz de palabra, diciendo solo apelo, que basta⁶: mas apelándose después de algún intervalo, se ha de apelar *in scriptis*, diciendo en qué causa, y de qué sentencia, y contra quién, de quién a quien se apela, y pedir el testimonio de los autos, haciéndose ante el Juez *a quo*⁷ [...]; así la dice una Ley de Partida» (Hevia Bolaños, 1790, p. 249; sobre la obra, véase Coronas, 2007). La ley invocada es la XXII del título XXIII de la *Tercera partida*: «*Quando, e en que manera, e fasta quanto tiempo, se puede tomar el alçada*» (SP 3.23.22).

El plazo previsto por ella para interponer la apelación escrita es de diez días⁸, pero se reduce después a cinco⁹ por la ley I, título XVIII, libro 4 de la *Nueva Recopilación*, como resultado de una trayectoria bien descrita por Acedo-Rico:

Las leyes antiguas de los Romanos solo concedían dos días á las partes que litigaban para apelar, y tres haciéndolo por procurador. La experiencia fué haciendo conocer que la restriccion de estos términos precipitaba á las partes a interponer sin meditada deliberación sus apelaciones de que resultaban grandes daños; y se ocurrió á ellos ampliando el término al de diez días por la *Novel. 23. Tit. 2*, en que se hace memorias de las antiguas disposiciones y de sus efectos, y se enmiendan en el *cap. I.*, concediendo diez días para apelar sin diferencia de que siga el pleyto la parte principal ó su procurador [...]. La ley *I. tit. 18 de la Recop.* moderó

mando, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmienden los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia o malicia [...]» (1794, p. 238).

5 Véanse, en particular, SP 3.23.2: «*Quien se puede alçar*»; SP 3.23.13: «*De quales juzzios se pueden alçar, e de quales non*»; SP 3.23.17: «*De quales juzgadores se pueden alçar, e de quales non*»; SP 3.23.18: «*a quien se deve alçar la parte, que se touiere por agrauizada, del juzzio que dieron contra ella*».

6 Véase *Dig.49.1.5.4* (Marciano, *De appellationibus* 1): «*Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est*».

7 Véase supra, nota 2.

8 «*[...]E por ende lo queremos aqui mostrar, e dezimos que luego que fuere dado el juzzio contra alguno, se puede alçar, diciendo por palabra alçó me [...]. Mas si estonçé, luego que fue dado el juzzio, non se alçasse, non lo podría despues fazer por palabra: ante lo deue fazer por escrito, desdel dia que fue dada la sentencia contra el fasta diez dias[...]*» (SP 3.23.22).

9 «*[...] dentro de cinco días de como se notificare la sentencia, contándose en ellos el dia en que se hace la notificación*» (Hevia Bolaños, 1790, p. 248).

y limitó el término de los diez días al de cinco en toda sentencia [...] (1794, pp. 259-260).

A la luz de este breve *excursus* es posible, por tanto, constatar como ya en la ley de *Las Siete Partidas* eran bien evidentes los rasgos peculiares del procedimiento de matriz romanística que, al lograr sobrevivir con el paso del tiempo, confluyó en las normas que disciplinan el *recurso de apelación* del Código Modelo para América Latina.

V. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PERÚ

Se puede llevar a cabo una ulterior revisión de cuanto ha emergido trasladando la atención a los Códigos de derecho procesal civil de cada uno de los países latinoamericanos.

En concreto, creo que puede ser de notable interés analizar el procedimiento de apelación disciplinado por el Código Procesal Civil de Perú de 1993. La elección no es casual, ya que la Constitución peruana de 1979, con una norma acogida también en la Constitución de 1993, al final de un complejo recorrido histórico bien descrito en un trabajo de Giovanni Priori, «establece la instancia plural como un derecho constitucional, estableciendo un mínimo y no un máximo de instancias» (Priori, 2003, p. 413). Esto ha hecho que dicha Constitución, en contra de la tendencia con respecto a la orientación más restrictiva dominante en los países latinoamericanos, sea la única que prevé en su texto el derecho al doble grado de jurisdicción como derecho constitucional aplicable a cualquier tipo de proceso¹⁰.

El artículo 364 del Código Procesal Civil define el objeto de la apelación: «El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente». También en el Código peruano se deja en manos del juez de primera instancia la tarea de verificar la admisibilidad de la apelación y, por consiguiente, de pronunciarse sobre su eventual improcedencia.

La norma que disciplina este aspecto es el artículo 367 del Código Procesal: «La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el Juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva cuando esta fuera exigible. La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo,

10 En el grupo de constituciones que no prevén expresamente el derecho al doble grado de jurisdicción como derecho constitucional, se encuentran las de Argentina, Chile y Uruguay; entre las que lo prevén solo para el proceso penal están las Constituciones de Colombia y Venezuela; por último, las Constituciones de Ecuador y México establecen que ningún proceso pueda tener más de tres grados de juicio.

que no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso [...].».

A su vez, el Código Procesal Civil de Perú prevé la posibilidad, en caso de que el juez *a quo* decida no admitir la apelación, de dirigirse al juez *ad quem* tramitando el *recurso de queja*:

El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisible o improcedente un recurso de apelación o de casación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado (artículo 401);

La queja se interpone ante el superior del que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido, o ante la Corte de Casación en el caso respectivo. El plazo para interponerla es de tres días contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso o de la que lo concede en efecto distinto al solicitado [...] (artículo 403).

VI. EL «FILTRO» EN LA APELACIÓN

Por consiguiente, el procedimiento mantiene la línea de disciplina romanística siguiendo las pautas de cuanto prevé el Código Modelo. Por una parte, la peculiaridad de la regulación constitucional peruana en tema de doble grado de jurisdicción indujo a Giovanni Priori a poner en evidencia las consecuencias negativas, en cuestión de eficiencia y de lentitud de la administración de la justicia, que a su parecer genera un sistema tan propenso a garantizar sin ninguna reserva el recurso a los medios de impugnación (Priori, 2003, pp. 418ss.). Por otra parte, la necesidad de reglamentar de alguna manera el acceso a la apelación y de prevenir y contrastar su abuso ya se señala claramente en el derecho romano y, quizás, también a ese respecto, se puedan obtener de la disciplina antigua sugerencias e ideas útiles a tal fin.

La figura que se tiende a castigar, con el fin de preservar el correcto funcionamiento de la justicia de segundo grado, es la del denominado apelante temerario, esto es, de quien recurre a la impugnación con el único objetivo de dilatar los tiempos. En el ordenamiento italiano se ha pensado afrontar el problema introduciendo una especie de barrera, el «filtro» en apelación, no dando curso a las impugnaciones que se presenten carentes de fundamento, tras una primera sumaria evaluación. La solución adoptada por medio de la introducción del siguiente texto: «Fuori dai casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragione vole probabilità di essere accolta» (artículo 348 bis 1 C.p.c.) no parece, por otra parte, idónea para contener los tiempos de la justicia ni,

LA ADMISIBILIDAD
DE LA APELACIÓN:
RASGOS COMUNES
ENTRE EL DERECHO
ROMANO Y EL
SISTEMA JURÍDICO
LATINOAMERICANO

APPEAL ADMISSIBILITY: COMMON
FEATURES BETWEEN
ROMAN LAW AND
LATIN AMERICAN
JUSTICE SYSTEM

en general, para garantizar una mayor eficiencia, y es objeto de duras críticas (Constantino, 2012, pp. 16ss.).

En dos estudios recientemente publicados (Liva, 2015, 2016), he intentado demostrar que en el derecho romano se perseguía el objetivo de mejorar el funcionamiento de la justicia en apelación a través de una vía diversa y, según mi parecer, más funcional. Con el fin de desincentivar la interposición de impugnaciones que tuvieran el único objetivo de diferir los efectos desfavorables de la sentencia de primera instancia, a quienes se consideraba que habían interpuesto apelación temerariamente, es decir, conscientemente sin fundamento —basándose en una evaluación *ex post* llevada a cabo por el juez *ad quem*— se les aplicaba un conjunto de medidas sancionatorias de naturaleza pecuniaria. El cual comprendía, entre otras, la obligación de indemnizar al adversario con el cuádruplo de las costas y la imposición de una *poena appellationis*. También con relación a dicho aspecto, creo que se puede hallar el influjo de origen romanístico en la disciplina latinoamericana.

La cuestión de las costas está regulada por la ley XXVII de la *Tercera partida*: «[...] E si fallare que el juzgio fue dado derechamente, deuelo confirmar, e condenar a la parte que se alço, en las costas que su contendor fizó [...]» (SP 3.23.27). La norma, por otro lado, a través de la previsión de una serie de hipótesis particulares, tiende a considerar el comportamiento procesal de las partes y a atacar a quienes interponen apelaciones «frívolas y maliciosas» (Acedo-Rico, 1794, p. 244; se estigmatiza la conducta que determina una inútil dilatación del tiempo, perjudicial no solo para las partes, sino también para la organización judicial sobre todo). La *ratio* de la disciplina considero que emerge en lo referido por la *Curia Philípica*:

Quando la causa viene ante el Superior en grado de apelación, confirmándose por él, ha de bolver la causa al Juez *á quo*, de quien se apelo; para que conozca de ella, condenando al apelante en las costas del contrario, porque se presume no tener justa causa de litigar [...]; salvo que la confirmación della sentencia con aditamento, y moderación escusa de la condenación de costas, y lo mismo la confirmación simple, quando se hace por nuevas pruebas, deducidas en la causa de apelación, como consta de una Ley de Partida, y su glosa Gregoriana, y otras Leyes de la Recopilación (Hevia Bolaños, 1790, pp. 253-254).

El Código peruano, en la misma dirección, hace gravar las costas por entero sobre el apelante en caso de confirmación integral de la sentencia de primera instancia: «Cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera, se condenará al apelante con las costas y costos [...]» (artículo 381).

Sin duda sería útil para desincentivar impugnaciones incondicionadas una interpretación de la norma que pretendiera castigar más severamente a los apelantes temerarios, definidos como los que interponen conscientemente con mero fin dilatorio una impugnación completamente infundada, previendo quizás una sanción pecuniaria *ad hoc*, en el mismo sentido a lo que ya sucede respecto al *recurso de queja*¹¹. A mi parecer, la solución que sugiere la disciplina romanística puede ser, efectivamente, la más idónea y racional para contener el derecho constitucionalmente garantizado de apelar a las sentencias de primera instancia con la exigencia ineludible de reducir los tiempos de la justicia dentro de límites sostenibles.

REFERENCIAS

- Acedo-Rico, J. (1794). *Instituciones prácticas de los juicios civiles* (t. 1). Madrid.
- Coronas, S. M. (2007). Hevia Bolaños y la *Curia Philippica*. *Anuario de historia del derecho español*, 77, 77-93. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-H-2007-10007700093
- Costantino, G. (2012, 10 de septiembre). Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro». *Treccani*. Recuperado de http://www.treccani.it/export/sites/default/diritto/approfondimenti/pdf/costantino_appello_con_note_I-1.pdf
- Hevia Bolaños, J. (1790). *Curia Philippica*. Madrid.
- Liva, S. (2015). Poena iniusta e appellationis e appelli temerari: Contributo allo studio dell'appello in diritto romano. *Studia et Documenta Historiae Iuris* [SDHI], 81, 209-220.
- Liva, S. (2016). Appellationem recipere vel non. Il «filtro» in appello. *Teoria e Storia del Diritto Privato* [TSDP], 9, 1-20.
- Luiso, F. P. (1990). Il sistema delle impugnazioni. En S. Schipani & R. Vaccarella (Eds.), *Un «Codice tipo» di procedura civile per l'America Latina: Atti del Congresso di Roma* (263-280). Padua: Cedam.
- Passanante, L. (2010). Processo civile inglese. En *Enciclopedia del Diritto, Annali III*. Milán: Giuffrè.
- Priori, G. (2003). Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. *Advocatus*, 9, 405-422.

¹¹ Esto es lo que dispone el artículo 404 del Código Procesal Peruano en tema de «queja»: «Si se declara infundada, se comunicará al Juez inferior y se notificará a las partes en la forma prevista en el párrafo anterior. Adicionalmente se condenará al recurrente al pago de las costas y costos del recurso y al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal».

20

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Codice di procedura civile [C.p.c.] [Italia].

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica [CPCMI] [texto del anteproyecto]. Montevideo (1988). Recuperado de http://iibdp.org/images/Códigos%20Modelo/IIDP_Código_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf

Código Procesal Civil [Perú].

Digesto [Dig.].

Las Siete Partidas [SP].

Recibido: 28/01/2017

Aprobado: 27/04/2017

La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano

The insertion of the «decision-surprise prohibition» in the due process of law in the Brazilian experience and the new Code of Civil Procedure of 2015: reflections destined to the Peruvian law

CAMILO ZUFELATO*

Universidade de São Paulo

Resumen: El artículo analiza la llamada prohibición de la decisión-sorpresa como regla que deriva del principio de contradicción y en tanto innovación del Código Procesal Civil brasileño del año 2015, observando el plano de su incidencia. Llega a la conclusión de que tal prohibición es inherente a la previsión general del derecho de defensa y, por lo tanto, resulta aplicable prescindiendo de una disposición legal expresa, tal como en el caso del derecho peruano.

Palabras clave: decisión sorpresa, derecho de contradicción y amplia defensa, nuevo Código Procesal Civil de Brasil, cognición *ex officio*, cuestiones de hecho y de derecho, derecho peruano

Abstract: This article analyzes the so-called surprise-decision prohibition as a rule that follows from the due process of law and as an innovation of the Brazilian New Code of Civil Procedure 2015, observing its incidence. It concludes that this prohibition is part of the right of defense and therefore applicable without express legal provision, as is the case of Peruvian law.

Key words: surprise-decision, due process of law, Brazilian new Code of Civil Procedure, judge powers, facts issues and law issues, Peruvian law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SUS DIMENSIONES.- III. LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROL Y LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL.- IV. EL PLANO DE INCIDENCIA DE LAS MATERIAS DE PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA.- V. CONTROL Y CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA DECISIÓN-SORPRESA.- VI. LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA AL DERECHO PERUANO.- VII. CONCLUSIONES.

* Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Master por la Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata. Profesor Doctor de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo.
Código ORCID: 0000-0003-2920-84-81. Correo electrónico: camilo@usp.br

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ofrece una reflexión sobre el tema de la denominada prohibición de la decisión-sorpresa. Esta prohibición consiste en la imposibilidad de juzgar o pronunciarse sobre una cuestión o punto respecto del cual las partes no se han manifestado previamente, incluso—y ahí está la novedad legislativa implementada por el Código Procesal Civil brasileño de 2015 (en adelante, CPC)—en relación con las materias conocidas de oficio por el juzgador. Es en ese sentido que el tema aquí comentado está conectado con el principio constitucional de contradicción y amplia defensa. En efecto, este, como principio, ofrece un aspecto de universalidad y generalidad, lo que propicia una rica concepción comparatista, incluso independientemente de la existencia de una norma procesal específica que contemple de forma expresa la prohibición de la decisión sorpresa, toda vez que esta es una dimensión del principio de contradicción y amplia defensa.

Por lo tanto, la hipótesis formulada es que incluso en países como el Perú—en el que no hay una norma expresa que regule esta prohibición, como si la hay en Brasil—es posible sostener su aplicabilidad *de lege lata*, como ha ocurrido en Brasil antes de que se promulgue la norma, así como en otros países europeos que son pioneros en este tema. La metodología que se utilizará en el presente texto será la deductiva: en conformidad con ella, se presentará las posiciones doctrinales, los textos legales de diversos países y también lo juzgado, para concluir que se trata de una regla compatible con el principio de contradicción, establecido en el artículo 139, numeral 14 de la Constitución peruana. Por lo tanto, se sostendrá que la regla debería aplicarse, pese a no haber sido explícitamente prevista por el legislador infraconstitucional.

II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SUS DIMENSIONES

La afirmación del carácter indispensable del respeto al principio de contradicción y amplia defensa para la validez y eficacia de los proveimientos jurisdiccionales tiene sabor a lugar común. La Constitución Federal de Brasil regula el principio en el capítulo de los derechos y garantías fundamentales, en el artículo 5, inciso VI: «a los litigantes, en proceso judicial o procedimiento administrativo, y a los acusados en general, se les asegura el derecho de contradicción y amplia defensa con los medios y recursos a ella inherentes». Para muchos, este principio también está incluido dentro de la cláusula constitucional del debido proceso, en el artículo 5, inciso LIV («nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso»), como el derecho inviolable de las partes de poder deducir sus razones en juicio, imprescindible para un proceso justo, marcado por el *due process of law*.

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

La Constitución brasileña es relativamente reciente, promulgada en 1988 en un momento de transición democrática, poco después del atroz régimen militar. Dicho régimen privó a las partes de sus garantías procesales, en flagrante afrenta a los derechos fundamentales, incluso a los de carácter procesal, de manera que la Constitución vigente está repleta de explicitaciones de estos derechos fundamentales procesales. Este es el caso del derecho al debido proceso y el derecho de contradicción y amplia defensa. Al constitucionalizárselos, se dejó fuera de duda su aplicabilidad inmediata en el ámbito judicial y también administrativo.

Es cierto que el carácter indispensable del contradictorio en la experiencia jurídica de los sistemas democráticos es tan evidente que, aunque no había ninguna disposición constitucional expresa contemplando tal principio, su contenido se manifiesta en la propia dialecticidad del proceso, de forma tal que sería imposible no considerar sus matices bajo el argumento de falta de disposición expresa —ya sea constitucional o infraconstitucional—. De hecho, esto es la idea central detrás del concepto de proceso de Elio Fazzalari: el proceso es un procedimiento en contradictorio; lo que anima a los actos procesales, a las partes o al juicio es la bilateralidad consistente en el contradictorio. Sin contradictorio no existe proceso (Fazzalari, 1996).

La naturaleza constitucional del principio de contradicción no solo está relacionada con la necesidad de que las partes puedan ejercer el derecho a defender sus pretensiones al mismo tiempo que contradicen las pretensiones de la contraparte, sino también con el hecho de que la idea del contradictorio es que se permita la *participación* con el fin de *influenciar*, especialmente como *mecanismo político-legal de control del poder jurisdiccional*. En otras palabras, el principio de contradicción encierra en sí un derecho fundamental a un proveimiento jurisdiccional justo y adecuado —vale la pena recordar el *giusto proceso* al que se refieren los italianos— que ha sido producido *con y de la participación* de los litigantes, y *para ellos*¹.

Esta es la razón para imbricar el campo infraconstitucional —incluyendo el procesal— con el objetivo de identificar las dimensiones contenidas en esta verdadera cláusula general denominada principio de contradicción. El fin de ello es revelar cómo la doctrina, la jurisprudencia y, más recientemente, la ley han evolucionado y ahora se ocupan de una nueva dimensión del principio de contradicción, que, al menos en Brasil, ha sido llamada la *prohibición de la decisión-sorpresa*.

1 «Lo que prevalece, por lo tanto, es que el contradictorio del debido proceso va más allá de la bilateralidad o la igualdad de oportunidades que se brinda a los litigantes, para establecer un *diálogo entre el juez y las partes*, garantizando al proceso “una actividad verdaderamente dialéctica”, en proporciones que no solo puedan redundar en un *procedimiento justo*, sino también en una *decisión justa*, tanto como sea posible» (Theodoro, 2016, p. 86).

decisión-sorpresa es una decisión fundada en premisas que no fueron objeto del debate previo o respecto de las cuales no se tomó conocimiento previo alguno en el proceso en la que se dictó. Es decir, la decisión es una sorpresa cuyos fundamentos no fueron mencionados en el proceso o respecto de aquellos casos donde no se ha dado la oportunidad de pronunciarse previamente. Es una decisión que sorprende a todo el mundo al pronunciarse, porque nadie —excepto quien la emitió— ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento previo de sus fundamentos. En otras palabras, es una decisión que no ofrecía de manera previa la posibilidad de conocimiento o expresión de sus fundamentos (Souza, 2014, p. 136).

Esto se debe a que, tradicionalmente, el principio de contradicción siempre se ha identificado con la máxima *auditor et altera pars* —entre nosotros conocido como la bilateralidad de la audiencia—. De acuerdo a esta máxima, las partes deben ser escuchadas para que el órgano facultado para tomar decisiones pueda emitir su decisión. Sin la previa audiencia de las partes, no hay como ejercitarse el contradictorio, es decir, no hay como ofrecer sus razones y oponerse a las razones de la contraparte. En este sentido, el binomio *notificación* (indispensable) y *participación* (prescindible) —como núcleo fundamental de la contradicción y amplia defensa, y que proporciona *información* y *reacción*— construye la *dialecticidad estructurante* de cualquier relación procesal.

Evidentemente, la bilateralidad de la audiencia sigue siendo la esencia del principio de contradicción, si bien con algunos despliegues (o incluso consecuencias) que han generado una nueva percepción de este principio. Si la participación de las partes se ha dado siempre con el fin de que estas hagan valer sus pretensiones, es evidente que el alcance más amplio de dicha participación consiste en influir en el órgano que juzga con el objetivo de que este emita una decisión que les sea favorable. Por lo tanto, el contradictorio también tiene la función de mejorar al máximo la capacidad de las partes para influir en el juez. Se trata, pues, de la posibilidad de participar e influir.

En Brasil, y también en otros países como Italia y Portugal, esta interacción de las partes con el juez con vistas a promover un proceso justo pasó a ser denominada interacción de *cooperación* o *colaboración procesal*². Ello acabó por resignificar en el principio de contradicción un aspecto que hasta ese entonces era destacado como una característica del principio.

2 Este principio también se ha explicitado en el artículo 6 del nuevo CPC brasileño: «Todos los sujetos del proceso deben cooperar a fin de obtener, en un plazo razonable, una decisión sobre el fondo justa y efectiva».

En un pasaje emblemático de la doctrina de Brasil, se hace hincapié en que la prohibición de la decisión sorpresa deriva de la búsqueda de una mayor cooperación entre los sujetos procesales.

En la medida en que se comprende al contradictorio como el derecho a influir, la regla consiste en que todas las decisiones finales de la corte estén respaldadas únicamente en cuestiones anteriormente debatidas por las partes —es decir, que las decisiones versen sobre un asunto previamente debatido por las partes—. En otras palabras, se prohíbe el juicio de *terza via*. Existe la prohibición de la decisión sorpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). El derecho a la contradicción promueve la participación de las partes en un tribunal, tutelando la seguridad jurídica de los ciudadanos en los actos jurisdiccionales del Estado: las partes tienen derecho a confiar en que el resultado del proceso se alcanzará mediante el material conocido y debatido previamente. Esta nueva idea de contradictorio, como se percibe fácilmente, acaba alterando la forma en la que el juez y las partes se comportan ante el ordenamiento jurídico que debe ser interpretado y aplicado en la solución del caso. Desde este nuevo punto de vista, es absolutamente imprescindible que las partes tengan la posibilidad de pronunciarse sobre todo lo que pueda servir como punto de apoyo para la decisión de la causa, incluyendo aquellas cuestiones que el juez puede apreciar de oficio (CPC, art. 10). Por lo tanto, de no respetarse lo estipulado, existe una clara violación de la colaboración y del diálogo en el proceso, así como una inequívoca afrenta al deber judicial de consulta y al contradictorio. Esta exigencia, de un lado, encuentra un claro apoyo en el interés público por llegar a una solución bien formada para el caso llevado a juicio, por lo que no puede ser considerada en modo alguno como una providencia construida a partir del interés exclusivo de las partes. Esto se debe a que el debate judicial amplía necesariamente el marco de análisis, de modo tal que obliga al cotejo de varios argumentos, mitiga el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de una decisión más abierta y ponderada. La exigencia funciona, pues, como un claro instrumento de democratización del proceso. Por otro lado, mejora la confianza del ciudadano en el Poder Judicial: en efecto, el ciudadano legítimamente espera que la decisión judicial tenga en cuenta solo las proposiciones en las que podrá ejercer su derecho a conformar el juicio (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162).

Así, la llamada prohibición de la decisión-sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de conocimiento de oficio —las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes—. En otras palabras, la prohibición

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, célebre y efectiva, y la participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes. El principio del contradictorio puede ser visto, entonces, a partir de dimensiones distintas: la de permitir la participación como expresión de la defensa de los propios intereses y la de ver en esa participación la capacidad de influir en el órgano juzgador³. En la primera, encontramos la noción tradicional de notificación y participación; en la segunda, la noción de participación e influencia.

El CPC de 2015 ilustra bien estas dimensiones del principio del contradictorio en tres artículos en el capítulo de las normas fundamentales del proceso civil:

Art. 7. Está asegurada a las partes la igualdad de tratamiento en relación con el ejercicio de los derechos y facultades procesales, con los medios de defensa, con las cargas, con los deberes y con la aplicación de sanciones procesales, correspondiendo al juez velar por el efectivo contradictorio.

Art. 9. No se emitirá decisión contra una de las partes sin que esta sea previamente oída.

Párrafo único. Lo dispuesto en el *artículo* no se aplica:

I - a la tutela anticipada de urgencia;

II - a las hipótesis de tutela de evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III;

III - a la decisión prevista en el art. 701.

Art. 10. El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.

Los artículos 7⁴ y 9⁵ se centran en la idea del contradictorio como necesidad de participación y paridad de armas, incluso en el caso del llamado *contradicitorio diferido*, el cual consiste en la posibilidad de decisiones *inaudita altera parte* cuando se configuren los requisitos de urgencia o de evidencia. A su vez, el artículo 10 se enfoca explícitamente en la idea de la indispensabilidad de la oportunidad de defensa sobre

3 Hay también quien sostiene que participar es la dimensión formal del principio e influir la dimensión sustancial (Didier, 2015.b, p. 79).

4 Se trata de la idea de igualdad y contradictorio como concepción más tradicional que la de contradictorio y paridad de armas y defensa, en el sentido de producción de todo el arsenal argumentativo y probatorio a fin de hacer prevalecer la posición de quien lo utiliza.

5 Se trata de la regla básica de la *bilateralidad de la audiencia, auditur et altera parte*. Esta comporta excepciones, no solo en función de la urgencia o de la evidencia, como está plasmado en los incisos, sino sobre todo por la idea de que el uso de la norma se condiciona a evitar un perjuicio. Si no hay perjuicio, no hay que aplicarla, como en la improcedencia liminar del pedido regulado en el artículo 332 del CPC del 2015 y la falta de necesidad de audiencia del reo, quien se beneficia de la decisión.

toda cuestión que pueda ser objeto de la decisión, evitándose así la llamada decisión-sorpresa.

La explicitación en tres artículos distintos del contenido del principio de contradicción resulta prácticamente de naturaleza didáctica, pretendiendo destacar la novedad legislativa que consiste en el tratamiento de la prohibición de la decisión-sorpresa. Como se verá en otro momento, ello no significa que la obediencia a esa dimensión del principio del contradictorio dependa de la previsión legal, sino tan solo que la elección del legislador brasileño tiene el fin didáctico de reforzar tal indispensabilidad.

En realidad, Brasil siguió una tendencia legislativa de países europeos que recientemente introdujeron en sus códigos procesales civiles una norma explícita de exigencia del principio del contradictorio —en especial Alemania, Francia, Italia y Portugal⁶—. Apunta la doctrina que el primer país que introdujo en su ordenamiento procesal la prohibición de la decisión sorpresa fue Alemania, con la prohibición de la *Überraschungsentscheidung*, la cual fue instituida por la *Vereinfachungsnovelle* de 1976, con la redacción de la *Zivilprozeßordnung* (ZPO) 278, III. El instituto siguió evolucionando y perfeccionándose. Actualmente está regulado en la ZPO (Dirección del proceso material, 139, 2)⁷, con la modificación dada por la reforma de 2001 (Nery, 2016, p. 266). Acerca del tratamiento legal dado en Alemania, Nery señale que:

El cambio del texto anterior de la ex ZPO § 278, III, al actual, de la vigente ZPO § 139, 2, es significativo. En el texto anterior eran objeto de protección solo las situaciones jurídicas, mientras que en la redacción actual cualquier situación, *de hecho o de derecho*, es alcanzada por la protección contra la decisión-sorpresa. Otra enmienda se refiere a la obligatoriedad de que el tribunal *haga advertir a las partes*, comunicándoles sobre la posibilidad de que haya cuestiones que puedan haber pasado desapercibidas para los litigantes o que, de oficio, puedan ser decididas por el juez. Este *deber de advertencia* no figuraba en la redacción revocada, aunque siempre fue considerada, tanto por la doctrina y la jurisprudencia, como necesaria. El deber de advertencia atribuido al juez ha sido considerado por la doctrina como el *núcleo central* del principio constitucional del contradictorio (2016, p. 267).

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

6 Acerca del análisis del derecho extranjero sobre el tema, véase Mallet (2014). El autor menciona que también Austria prohíbe en su Código Procesal Civil las decisiones-sorpresa: «182a. De acuerdo con el comentario de Albert Henke, ante la nueva regla legal, “el tribunal debe discutir con las partes sus alegatos de hecho y de derecho, evitando arribar a decisiones, precisamente, ‘sorpresas’, fruto del propio convencimiento que no ha sido objeto del necesario examen previo de estas últimas”» (2014, p. 402).

7 «El tribunal puede basar su decisión en un aspecto que una parte ha pasado por alto o que ha considerado insignificante, siempre y cuando no se trate simplemente de una pretensión subordinada, solo si se le ha dado la notificación correspondiente de este hecho y se le ha permitido tener la oportunidad de abordar la cuestión. Se procederá del mismo modo en cualquier aspecto que el tribunal valore de manera distinta que las dos partes».

En Francia, el Código Procesal Civil reguló el tema en el artículo 16, de forma más explícita en la parte final, prescribiendo que:

El juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción. Él no puede retener, en su decisión, los medios, las explicaciones y los documentos invocados o producidos por las partes, a menos que hayan sido debatidos contradictoriamente. *Él no puede fundamentar su decisión sobre los medios de derecho que él haya aplicado de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones* [las cursivas son mías].

En Italia, el tema es conocido como *decisione della terza via* o también *sentenze a sorpresa* (sin duda, esta denominación influyó para la nomenclatura usualmente utilizada en Brasil) y tiene como fundamento normativo dos normas, ambas del Código Procesal Civil italiano:

Artículo 101, párrafo 2:

En caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, el juez reserva la decisión, concediendo a las partes, bajo pena de nulidad, un plazo no menor de veinte ni mayor de cuarenta días a partir de la comunicación, para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión.

Artículo 183, párrafo 4:

En la audiencia de debate o también en las establecidas de conformidad con el tercer párrafo, el juez requiere a las partes, sobre la base de los hechos alegados, realizar las aclaraciones necesarias e indicará las cuestiones de oficio conocidas de las que sería apropiado debatir.

Es importante destacar que, en Italia, el *párrafo 2* del artículo 101 fue introducido solamente en el año 2009. Sin embargo, antes de eso la *Corte di Cassazione* italiana ya aceptaba, incluso sin previsión legal, la prohibición de decisiones de *terza vía*⁸. En cuanto a las profundas discusiones doctrinales que comentaban las posiciones jurisprudenciales de la *Cassazione* antes de la modificación legislativa, aunque hubo voces en el sentido de que no cabía nulidad ante la decisión *di terza*

8 «Incluso en el sistema anterior a la introducción del segundo párrafo del artículo 101 del Código Procesal Civil (conforme al cual el juez, en caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, debe conceder a las partes, "bajo pena de nulidad", un plazo "para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión") operaba —con el artículo 45, párrafo 13 de la ley de 18 de junio de 2009, n. 69— el deber constitucional de evitar decisiones consideradas "sorpresa" o de la tercera vía [*terza vía*], el cual se adopta en violación del principio de "paridad de armas". Dicho deber tenía un fundamento normativo específico —a saber, el artículo 183 del Código Procesal Civil que, en el tercer párrafo (ahora cuarto, de conformidad con el artículo 2, párrafo 3, literal c bis del decreto legislativo del 14 de marzo de 2005, n. 35, convertido en ley el 28 de diciembre de 2005, n. 263) daba la carga al juez de indicar, a las partes, "las cuestiones de oficio conocidas de las que sería apropiado debatir"—» (Sassani & Genovese, 2014, p. 283; con referencia a la Cassazione del 7 de noviembre de 2013, número 25.504).

via, la posición mayoritaria y prevalente era en el sentido de que tales decisiones sí eran nulas⁹.

Por otra parte, con respecto a la redacción dada al artículo 183, párrafo 4, del Código Procesal Civil italiano —el cual había sido incluido en el marco de la llamada audiencia de debate [*di trattazione*] (que *grosso modo* equivale, en razón de las actividades judiciales desarrolladas, a la audiencia de saneamiento del derecho brasileño)—, la jurisprudencia de la *Cassazione* reconoce expresamente que el juez no puede basar su decisión en materia fáctica que no ha sido debatida entre las partes¹⁰.

También el derecho procesal civil portugués, en la reciente reforma al que fue sometido para la edición en el nuevo Código Procesal Civil, adoptó una regla expresa en el sentido de contemplar la prohibición de la decisión-sorpresa. Así, de conformidad con el artículo 3,3:

El juez debe observar y hacer cumplir, a lo largo de todo el proceso, el principio del contradictorio, no siendo lícito, salvo en caso de manifiesta falta de necesidad, decidir cuestiones de derecho o de hecho, aun cuando sea de conocimiento de oficio, sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse sobre estas.

En síntesis, las legislaciones procesales más recientes del *civil law* siguieron la senda de prever expresamente la imposibilidad de decisiones judiciales basadas en cuestiones sobre las cuales no se da la oportunidad de manifestarse a las partes. En efecto, ellas impiden la participación de las partes con el fin de influir en el juzgador. Incluso en los países en los que la regla de la prohibición-sorpresa fue adoptada recientemente, la doctrina y la jurisprudencia admitían su vigencia independientemente del texto legal.

III. LA PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROL Y LIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL

La función más relevante de la prohibición de la decisión-sorpresa es imponer límites a la actuación jurisdiccional en el acto de juzgar. Es evidente que la audiencia de las partes en situaciones ordinarias, relativas a sus propios intereses, siempre fue una exigencia que debía

⁹ En particular, véanse los diversos comentarios a la sentencia de la Corte di Cassazione número 14637/01: Luiso (2002, pp. 1611-1615); Chiaroni (2002, pp. 1362-1365); Consolo (2006); Sommaglio (2007).

¹⁰ «Queda prohibido a los tribunales basar sus decisiones en hechos que no respondan a una alegación oportuna de las partes, es decir, el tribunal no puede basar su decisión sobre un hecho, considerado extintivo, modificativo o impeditorio, que no se haya deducido o alegado por las partes o al menos que no sea resultado de los actos de la causa [...] y que esta alegación no solo es necesaria, sino que también debe ser oportuna, es decir, debe realizarse como máximo en el plazo en el que el proceso de primera instancia se determina definitivamente el *thema decidendum* y el *thema probandum*, a saber, dentro del plazo perentorio, eventualmente fijado por el juez de conformidad con el artículo 183, quinto párrafo del Código Procesal Civil» (Cassazione 14581).

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

ser respetada, so pena de violar el contradictorio y el debido proceso. Sin embargo, las *materias cognoscitivas de oficio* estaban protegidas de la exigencia de audiencia previa de las partes, tal como si estas no fueran las destinatarias de la prestación jurisdiccional. El protagonismo estaba centrado en su totalidad en la figura del juez y en su papel de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto. Por ello, más importante era poner fin al proceso que ofrecer tutela jurisdiccional adecuada.

La prohibición de la decisión-sorpresa limita la actuación jurisdiccional, restableciendo a las partes en el centro de la prestación jurisdiccional, con el fin de dar un nuevo sentido al muy tradicional principio de contradicción y de la amplia defensa como fundamento limitador de la actuación jurisdiccional. Como bien ha observado la doctrina, la publicización del derecho procesal no autoriza decisiones arbitrarias, en el sentido de suprimir la audiencia previa de las partes:

La moderna concepción pública del proceso civil no implica la dilatación del poder estatal, mediante el ejercicio ilimitado de la actividad jurisdiccional, pero sí presupone la existencia de un juez, independiente e imparcial, que dirige los actos procesales, siguiendo normas legales pre establecidas, las cuales tienden a tutelar derechos que reclaman protección, sometidos a la cognición del Poder Judicial por exclusiva iniciativa de los respectivos titulares o de quienes están legitimados a actuar en nombre propio defendiendo intereses ajenos. Por lo tanto, surge la instrumentalidad del proceso como vector institucionalizado en pro de la efectividad del derecho material (Tucci, 2015, p. 278).

Puede parecer obvio, pero no siempre es reconocido: el contradictorio también está destinado al juez. En el ejercicio de posibilitar las manifestaciones de las partes, instruye el acto y a partir de ahí forma su convencimiento¹¹.

IV. EL PLANO DE INCIDENCIA DE LAS MATERIAS DE PROHIBICIÓN DE LA DECISIÓN-SORPRESA

En primer lugar, en el plano subjetivo, si el principio del contradictorio pretende permitir la participación con vistas a influir en el juzgador, es claro que la prohibición de la decisión sorpresa no se restringe al demandante y al demandado del proceso, sino que se extiende también

11 «Además, actualmente se enfatiza que el propio juez debe, él mismo, observar el contradictorio. Hay un “deber de diálogo” del juez con las partes. Por ejemplo, si de oficio el juez trae un nuevo elemento probatorio para el proceso o constata la probable existencia de un hecho de orden público (apto en principio para generar la extinción anormal del proceso), en vez de decidir directamente, le corresponde escuchar antes a las partes. Lejos de ser un mero formalismo, el debate del juez con las partes, además de estar en conformidad con el carácter ético del proceso, asegura decisiones de mejor calidad. Este aspecto del principio es extraordinariamente destacado en el Código de Proceso Civil de 2015» (Wambier & Talamini, 2015, p. 81).

a los *terceros intervinientes*, al *Ministerio Público* (cuando este actúe en calidad de fiscal del orden jurídico) y, también, al *amicus curiae*, en los procesos en que sea admitido (Bueno, 2015). Esto significa que el órgano juzgador deberá, siempre, escuchar a todos los interesados, antes de que pronuncie una decisión judicial que los afecte directamente —en el caso de las partes y de los terceros interesados—. Lo dicho se aplica también a los representantes de intereses sociales relevantes o de grupos sociales, como es el caso del *Ministerio Público* o de los *amici curiae*.

En el plano objetivo —es decir, en lo referente a las materias que dependen de la audiencia previa de las partes antes del pronunciamiento judicial—, la redacción legal del artículo 10 del CPC brasileño utiliza la expresión *fundamento* con respecto al cual no se haya dado a las partes la oportunidad de manifestarse, destacando además que tal prohibición recae también en la *materia* sobre la cual se deba decidir de oficio. Es evidente que las expresiones *fundamento* y *materia* están dotadas de múltiples sentidos en el campo procesal, de forma que se hace necesaria una aproximación al contenido de tales términos.

En primer lugar —antes incluso de afrontar este tema y, sobre todo, para esclarecer la aplicación de la prohibición de la decisión-sorpresa sobre materia conocible *ex officio*—, es importante dejar en claro que *conocer* de oficio no es lo mismo que *juzgar* de oficio, o juzgar sin previo contradictorio. El hecho de que haya, en el derecho procesal, un conjunto de materias que, en función de la relevancia procesal que poseen, autorizan que el juez las conozca independientemente de la petición de las partes —materias que, en expresión ya superada, eran también llamadas materias de orden público—, permite solamente que el juez plantee la discusión sobre estas cuestiones, con el fin de estimular el debate entre las partes que se preparan para el juzgamiento. En resumen, *conocer de oficio, sí; pero juzgar sin el previo contradictorio, no*¹².

La mencionada distinción es importante porque la redacción legal del artículo 10 del CPC brasileño sujeta al contradictorio mismo las decisiones sobre dichas materias conocidas *ex officio* —como los casos emblemáticos de la prescripción y de la caducidad—. Además, hay muchas otras decisiones que son relevantes para el proceso y que tradicionalmente eran vistas como decisiones en torno a las que se podían prescindir de la audiencia previa de las partes, como, por ejemplo, los supuestos procesales y las condiciones de la acción (ver artículos 278,

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

12 «El dispositivo prohíbe que el órgano juzgador adopte una decisión basada en la cuestión, cualquier cuestión, respecto de la cual no se ofreció a la parte la oportunidad de pronunciarse. La norma se aplica a las cuestiones que el órgano juzgador puede conocer *ex officio*, como las que se refieren a la admisibilidad del proceso (artículo 485, § 3). Entonces, surge una distinción que es muy útil y poco recordada. Una característica del órgano juzgador es poder conocer de oficio, poder actuar de oficio, sin provocación de la parte. Otra circunstancia, muy distinta, es que el órgano jurisdiccional pueda actuar sin escuchar previamente a las partes. *El poder actuar de oficio es poder actuar sin provocación*» (Didier, 2015.a, p. 37).

330, 337, 485, por ejemplo, del CPC de 2015). Incluso en la imposición de multa a los litigantes de mala fe o en los actos que atentan contra la dignidad de la justicia, el CPC exige que haya previa manifestación de parte (artículos 77, §§ 1 y 2, y artículo 772, ambos del CPC).

Además de las cuestiones conocidas de oficio, es preciso analizar mejor la expresión *fundamentos*, expresión que el artículo 10 emplea. Como toda materia discutible en el proceso se relaciona con materias de hecho y materias de derecho, ese parece ser el mejor encuadramiento para verificar el espectro de aplicabilidad de la prohibición de la decisión-sorpresa. Considero que se debe dar mayor importancia a las materias de derecho, puesto que suponen un mayor ámbito de aplicación. En efecto, es bastante tradicional entre los países del *civil law* la máxima de que el juzgador siempre puede calificar jurídicamente los hechos de manera libre, como consecuencia del brocardo *iura novit curia*, vigente también en el derecho brasileño.

Es claro que la adopción explícita de la prohibición de la decisión-sorpresa no imposibilita a que el juez proceda al encuadramiento jurídico de los hechos alegados; así, tan solo impone una limitación en el sentido de que, si el juez entiende que el fundamento jurídico aplicable al caso es otro, distinto de aquel traído por las partes, o el sentido del fundamento jurídico es diferente del sentido sostenido por las partes, el juez tiene el deber de permitir que las partes se pronuncien sobre ese fundamento jurídico o sentido jurídico de la norma que él entiende aplicable. Como señala la doctrina, «el juez tiene el deber de posibilitar a las partes que lo influencien respecto al acierto o desacuerdo de la solución que pretende otorgar al caso concreto. Esto quiere decir que la máxima del *iura novit curia* sigue estando plenamente vigente en el nuevo Código: solo su aplicación está condicionada al diálogo previo con las partes» (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162). La discusión sobre los fundamentos jurídicos involucrados en la demanda se aplica incluso a las cuestiones de inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso¹³.

La doctrina considera que esta limitación del encuadramiento jurídico de la *causa petendi* se justifica en el modelo de Estado Constitucional que Brasil posee y en el modelo democrático del proceso que está plasmado en el país. De este modo, incluso la seguridad jurídica se violaría si el juez

13 «El órgano jurisdiccional no puede decidir sobre la base de un argumento, una cuestión jurídica o una cuestión de hecho no planteada por las partes en el proceso. Supóngase: el órgano jurisdiccional, por ejemplo, verifica si la ley es inconstitucional. Nadie alegó que la ley sea inconstitucional. El autor solicitó, sobre la base de una determinada ley; la otra parte alega que dicha ley no se aplica al caso. El juez entiende de otra manera, aún no alegada por las partes, lo siguiente: "Esa ley señalada por el autor como fundamento de su petición es inconstitucional. Por lo tanto, juzgo improcedente la demanda". El órgano jurisdiccional puede hacerlo, pero debe someter este nuevo enfoque a discusión de las partes» (Didier, 2015.b, p. 81).

sorprendiera a las partes con un fundamento jurídico no discutido antes de la decisión¹⁴.

En cuanto a la materia fáctica, la aplicación de la prohibición de la decisión-sorpresa merece un cuidado especial. Esto es así porque en Brasil rige el *principio de la demanda*, según el cual son las partes quienes definen el material fáctico que compone el *thema decidendum*. Por ello, cualquier ampliación o reducción de tal *thema* viola el principio de la demanda y, por lo tanto, se está ante un vicio decisorio que nulifica la decisión¹⁵. Es decir, aunque se admita la posibilidad de que el juzgador aprecie la materia fáctica de oficio, tales materias deben estar limitadas a la *causa petendi* expresamente deducida por las partes. Más que en función de una decisión-sorpresa, el juez está limitado por la *causa petendi* definida por las partes¹⁶.

Por consiguiente, ¿habría materia fáctica a ser conocida *ex officio* por el juzgador? La respuesta es sí. Dentro de los límites de la *causa petendi*, el juez puede tener en cuenta, al decidir, hechos que queden comprobados a lo largo del proceso, incluso porque se aplican cada vez con mayor vigor los poderes de la *instrucción probatoria de oficio*. En ese sentido, además, traigo a colación el derecho extranjero, el cual expresamente prevé la incidencia de la regla de la prohibición de la decisión-sorpresa también en las cuestiones fácticas: así, por ejemplo, el Código Procesal Civil portugués, menciona las «cuestiones de derecho o de *hecho*»; asimismo, sobre la reforma de la ZPO alemana, sostiene Nery que «en el texto anterior eran objeto de la protección solo las situaciones *jurídicas*, mientras que en la redacción actual cualquier situación, *de hecho o de derecho*, es alcanzada por la protección contra la decisión-sorpresa» (2016, p. 267). En suma, también los hechos están sujetos a la prohibición de la decisión-sorpresa.

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

14 «En el marco del Estado Constitucional y teniendo en cuenta la línea metodológica del formalismo valorativo, el derecho al contradictorio impone el deber al juez de propiciar que las partes debatan respecto al material jurídico recogido a lo largo del proceso, lo que se deriva, además de la previsión expresa del Código Procesal Civil (artículos 9 y 10), de la propia estructura democrática del proceso justo» (Domit, 2016, p. 305).

15 «De hecho, el demandado debe y puede manifestarse precisamente sobre los hechos alegados por el demandante (CPC, artículo 302, *caput*) ante la petición deducida. Lo que el demandante no ha suministrado como elemento de la causa de pedir o lo que él no pide, aunque lo pudiera hacer, no integra el contradictorio. [...] Por lo tanto, lo que no integra el proceso, por no haber sido solicitado o por no haber integrado la causa de pedir, aquello sobre lo que no se ha pronunciado el demandado, no puede ser invocado en el momento del juicio sin afectar evidentemente el derecho de defensa y, por consiguiente, vulnerar el debido proceso» (Mallet, 2014, p. 392).

16 «Cabe destacar, por fin, que la palabra “fundamento”, empleada por el dispositivo, no está siendo usada como sinónimo de “causa de pedir”. El artículo 10 no está autorizando que la causa de pedir sea alterada por el magistrado siempre que las partes sean previamente oídas. Ante tal hipótesis, prevalece la prohibición expresa del artículo 141 y, de forma más amplia, el principio de vinculación del juez al petitorio, preservado por el nuevo CPC. Por eso mismo, es importante comprender “fundamento” de forma amplia, a título de “argumento” o de “razones” aptas para justificar la decisión que el magistrado deba tomar. Es sobre este argumento (o esas razones) que las partes deben ser oídas. Después de su debate específico, seguirá la decisión» (Bueno, 2015, p. 48).

En síntesis, detrás de la expresión legal *fundamento* del artículo 10 se deben entender las *cuestiones de hecho y de derecho*, siempre que estén comprendidas dentro del límite del *thema decidendum* definido por las partes en la *causa de pedir* y en el *petitorio*. Tanto para las cuestiones fácticas —que pueden surgir sobre todo por medio de la instrucción probatoria de oficio— como para las cuestiones de encuadramiento de los fundamentos jurídicos de tales hechos, es indispensable que haya contradictorio previo a fin de evitar la decisión-sorpresa¹⁷. «De esta forma, queda consagrada la imposición legal del contradictorio efectivo, con el fin de prohibir las “decisiones-sorpresa”, fuera del contradictorio previo, tanto con relación a *cuestiones nuevas*, como a *fundamentos* distintos de aquellos con los que las *cuestiones viejas* fueron previamente discutidas en el proceso» (Theodoro, 2016, p. 87).

V. CONTROL Y CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA DECISIÓN-SORPRESA

El contradictorio se basa en un derecho de las partes a ser oídas y, por consiguiente, en un deber del juez de no decidir sin antes proporcionar la oportunidad de manifestación de las partes. Entendido, por tanto, como un *deber* del juzgador de evitar decisiones-sorpresa, es preciso apuntar cómo se *controla* la actuación jurisdiccional a fin de verificar el respeto de este deber, así como inferir las *consecuencias de su incumplimiento*.

En cuanto al control, dos son los mecanismos propicios. El primero es dejar claro que en la *fase de saneamiento del proceso* el juzgador ya habrá tomado contacto con los fundamentos de hecho y de derecho aportados por las partes. De esta forma, el magistrado ya estará en condiciones de —en caso pretenda cambiar el encuadramiento jurídico del petitorio o ante la necesidad de ampliar la cognición sobre los hechos alegados, incluso en cuanto a los medios de prueba a ser producidos—, en esa fase procesal, posibilitar que las partes se manifiesten respecto a tales aspectos. El fundamento legal para ello es el artículo 357 del CPC brasileño de 2015, el cual impone la fijación sobre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho en ese acto¹⁸.

17 «Por esto, dentro de los límites de la base establecida por la causa de pedir y el petitorio, al juez siempre se le dio la posibilidad de encuadrar la pretensión en el mejor marco ofrecido por el ordenamiento jurídico, lo que se encuentra consagrado en las máximas *iura novit curia*, *la court connaît le droit o narrat mihi factum dabo tibi ius* [...] Aunque en efecto sea así, el hecho de que el juez pueda conocer de oficio el derecho no lo exime del deber de someter su perspectiva jurídica previamente a las partes, en caso los horizontes de discusión del proceso no hubieran aprehendido aquella. En otras palabras, siempre que el campo de visión del juez alcance una cuestión no mencionada en aquellas cuestiones compartidas por las partes en el proceso, deberá dar la oportunidad para que se manifiesten previamente sobre el tema» (Gajardon, Dellore, Roque & Oliveira, 2015, p. 65).

18 «En síntesis, por lo tanto, lo que se sostiene es que la máxima *iura novit curia* debe ser utilizada por el juez, en los casos en los que se permita, en el momento temporal propio para estos fines. Por la propia aplicación de las reglas previstas en el Código, corresponde a la fase de saneamiento y organización del proceso, momento en que el juez deberá alertar a las partes para que tengan en consideración, a partir de ahí, durante la fase instructiva y hasta el final del proceso, la nueva

Este sería un primer límite impuesto al juzgador para evitar el pronunciamiento de decisiones sorpresa. El segundo, posterior a este, se asocia al momento en que se dicta la decisión. En efecto, la fundamentación empleada por el juez al decidir es la que demostrará si el acto decisorio se basó o no en fundamentos que no habían sido previamente discutidos por las partes. Reforzando la idea de que la motivación decisoria es la que revela el elemento sorpresa, el artículo 489 del CPC de 2015 es bastante preciso en el sentido de exigir el agotamiento del análisis de los fundamentos traídos por las partes al proceso. En efecto, según el dispositivo legal, «no se considera fundamentada ninguna decisión judicial, sea interlocutoria, sentencia o pronunciamiento, que: [...] IV - no atienda todos los argumentos deducidos en el proceso capaces de, en teoría, desvirtuar la conclusión adoptada por el juzgador». Por supuesto, a primera vista, el código simplemente exige que el juzgador indique —*todos*— los fundamentos que fueron alegados por las partes y que, en principio, justificarían la procedencia o improcedencia del petitorio. Mirando más de cerca el dispositivo, se puede concluir que, si el juez necesita fundamentar su decisión confrontando todos los fundamentos provistos por las partes, *a contrario sensu*, es claro que él no podría fundamentar su decisión en razón de que no fue siquiera debatida por las partes.

Por lo tanto, como forma de control de la decisión-sorpresa, es necesario cotejar el fundamento empleado por el juez para decidir la cuestión con los fundamentos debatidos por las partes a lo largo del proceso. En caso de que no haya habido debate previo sobre el fundamento invocado, se estaría ante una decisión viciada. ¿Qué consecuencias se derivan de tal vicio? ¿Cuáles son las consecuencias del pronunciamiento de una decisión sorpresa?

La discusión acerca del hecho de que se trataría de una sentencia nula o anulable fue fecunda en la doctrina italiana antes de la enmienda legislativa que fijó posición en el sentido de que se trata de una decisión *nula*. Esta misma noción es la que ha prevalecido en el derecho brasileño, bajo el argumento de que la decisión-sorpresa viola un principio constitucional y, por lo tanto, la decisión es *nula*¹⁹. La nulidad está relacionada con un *error in procedendo*, en la medida en que el juzgador suprimió el derecho de manifestación e influencia de la parte (Mallet, 2014, p. 413).

perspectiva de la calificación jurídica de los hechos aportada por el órgano jurisdiccional. Pasado ese momento y estabilizado el objeto litigioso —es decir, establecidas “las cuestiones de hecho sobre las cuales recaerá la instrucción probatoria” y “las cuestiones de derecho relevantes para la decisión de mérito” (artículos 357, II y IV)—, no deberán ser admitidas modificaciones» (Domit, 2016, p. 303).

¹⁹ «Se resalta, por último, que la consecuencia de la inobservancia de la norma recogida en este dispositivo es la nulidad de la decisión sorpresa, también denominada “decisión de tercera vía”, aunque no se haya establecido expresamente. Y la sanción se justifica por el simple hecho de que ella contradice la norma fundamental del nuevo Código Procesal Civil y de la propia Constitución Federal» (Carneiro, 2015, p. 81).

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

En el derecho procesal peruano, pese a la inexistencia de regla legal expresa en el sentido de prohibir las decisiones sorpresa, no hay como negar el valor normativo que está en el centro del contradictorio y de la amplia defensa, con todas sus consecuencias. Ello incluye la inviolable necesidad de las partes de manifestarse sobre toda cuestión sobre la cual se fundamente una decisión judicial. Por ello, concluyo que es aplicable en el Perú el principio del contradictorio en su dimensión de prohibición de la decisión-sorpresa. Esta conclusión se basa en dos argumentos jurídicos.

El primero se centra en que la Constitución peruana establece, como *principio y derecho de la función jurisdiccional*, lo siguiente: «Artículo 139 [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad». De la idea de que nadie será privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso se deriva la conclusión de que el contradictorio comprende *cualquier estado del proceso* y también *cualquier cuestión procesal*, pues claramente el constituyente está dando tutela en jurisdicción del arbitrio del poder jurisdiccional.

Respecto de la fuerza del principio del contradictorio en el derecho procesal peruano, Monroy destaca con brillantez que

no hay posibilidad de tramitar válidamente un proceso si es que este no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, medios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelve al final de este. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestringido de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto (2009, p. 179).

Se observa, por lo tanto, el carácter indispensable del contradictorio para la validez de un procedimiento particular, así como la necesidad del intercambio de posiciones, fundamentos y alegaciones de los interesados. Estas situaciones se amoldan perfectamente a las hipótesis de prohibición de la decisión-sorpresa.

Más enfático es todavía el siguiente pasaje del mismo autor, que se aplica a la perfección al tema de la prohibición de la decisión-sorpresa del contradictorio: «Afirmamos que —salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal— *en un proceso un juez no expedirá*

decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de estas partes al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla» (Monroy, 2009, p. 179, las cursivas son mías). Es bastante clara la posición defendida por Monroy, según la cual el juez no podrá pronunciarse sin antes oír a las partes, precepto que evidentemente se debe aplicar incluso para aquellas materias que podría conocer sin la audiencia de las partes.

Siguiendo al mismo autor, en otra obra, es posible notar la importancia de la participación de las partes para la validez de la decisión judicial, específicamente en torno al *principio de contradicción*: «También se le conoce como principio de la bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario» (Monroy, 2004, p. 311). Una forma de interpretar esa información previa es extenderla incluso para las materias conocidas de oficio por el juzgador²⁰.

También es digno de destacar un emblemático pasaje de la doctrina peruana que se refiere al contradictorio no solo como un derecho de las partes a participar, sino también como un instrumento de aplicación que debe ser respetado por el juez, incluso mencionando expresamente la búsqueda de la colaboración de las partes: «se ve que el contradictorio no solamente constituye un medio de lucha entre las partes, sino tanto más un instrumento operativo para el juez y, por consiguiente, un momento fundamental del juicio. Desde esta óptica, el contradictorio deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por el juez con la colaboración de las partes» (Hurtado, 2009, p. 104).

Lo dicho supone la absoluta falta de necesidad de una previsión legal expresa que prohíba las llamadas decisiones sorpresa para que ese principio esté vigente y aplicable en un país. Con el fin de reforzar esta conclusión, es importante tener claro que la doctrina brasileña, incluso antes de la edición del nuevo Código Procesal Civil, ya entendía como aplicable al derecho patrio la prohibición de la decisión sorpresa²¹. Así también, ya se había posicionado la doctrina antes de la entrada en vigor del nuevo CPC brasileño: «Es decir, la previsión expresa prohibitiva de decisión-sorpresa, aunque útil, en rigor es innecesaria. Su falta no perjudica la garantía. Gana nueva luz en la actualidad, en el fondo,

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»

A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

20 En otra doctrina, también peruana, se resalta la misma relevancia dada a la participación: «El proceso como instrumento para ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos pre establecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar en el proceso los hechos que respalden sus afirmaciones haciendo uso de los medios probatorio [...]» (Carrión, 2000, pp. 39-40).

21 En orden cronológico, menciono representantes de la doctrina que sostienen la aplicabilidad de la prohibición de la decisión-sorpresa en Brasil antes del CPC de 2015: Bedaque (2002), Oliveira (2003), Didier (2003), Greco (2005), Cabral (2005), Mitidiero (2009).

la vieja referencia de Carlos Antonio Cordeiro, hecha aún en el siglo XIX, sobre el rol de uno de los principios fundamentales de derecho, el derecho al contradictorio, en los siguientes términos: “se debe escuchar a la parte respecto a las materias que le pueden perjudicar” y “se debe escuchar a la parte antes de proceder”» (Mallet, 2014, p. 405).

La jurisprudencia brasileña va en el mismo sentido. Es decir, hay innumerables decisiones de tribunales locales²² y también del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STJ)²³ condenando fuertemente las decisiones-sorpresa. En un emblemático pasaje, el STJ aseveró que

el derecho procesal no puede ser utilizado como elemento sorpresa que cercene injusta y desproporcionalmente una solución de mérito. En efecto, el proceso civil se está distorsionando con frecuencia, haciendo un flaco favor al Estado Democrático de Derecho, dejando de ser un instrumento de la justicia para convertirse en un terreno incierto, repleto de trampas y obstáculos, donde solo se aventuran aquellos que no tienen nada más que perder. La razonabilidad debe ser aliada del Poder Judicial en esa tarea, de forma que se alcance la efectiva distribución de la justicia. Por lo tanto, no deben imponerse sorpresas procesales, pues estas solo perjudican a la parte que tiene razón en el mérito de la disputa. El proceso civil de los obstáculos y de las trampas es el proceso civil de las rábulas (MC 14.589)²⁴.

El segundo argumento se vincula a la pertenencia del Perú al sistema jurídico romanístico y, por consecuencia, iberoamericano. Dicha pertenencia hace que el país absorba las características y propiedades de todo el sistema, lo que equivale decir que, aunque no existiese la norma del artículo 139 de la Constitución peruana —la cual considero fundamento normativo suficiente para la vigencia de la regla en el país—, la existencia del principio del contradictorio en la dimensión de prohibición de la decisión-sorpresa en innumerables otros países del sistema jurídico iberoamericano justifica la aplicabilidad de ese principio, el cual tiene clara raíz en el derecho romano (Provera, 1970), por la idea

22 «Apelación civil. Alquiler de habitaciones. Acción de reintegración de la posesión. Fundamento adoptado por el magistrado para basar la procedencia de la demanda no planteado anteriormente en el proceso. Decisión sorpresa. Procedimiento inadecuado a la luz de los principios constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa. Desconstitución de la sentencia» (TJ – RS, 14^a Cám. Cív., ApCív. n. 70051242725 RS, Rel. Judith dos Santos Mottecy, julg. em 08.11.2012).

23 «Incluso en el caso de *prescripción*, que antes del CPC de 2015 era materia conocida de oficio: Proceso civil y tributario. Ejecución fiscal. Prescripción intercurrente. Reconocimiento de oficio. Audiencia previa de la Hacienda pública. Necesidad. Principio del contradictorio. Recurso provisto. 1. El contradictorio es un principio que debe respetarse a lo largo de todo el proceso, especialmente en las hipótesis de declaración de la prescripción *ex officio*. 2. Es adecuado el reconocimiento de oficio de la prescripción intercurrente en ejecución fiscal desde que la Hacienda pública sea previamente intimada a manifestarse, posibilitándole la oposición de algún hecho impeditivo con respecto a la incidencia de la prescripción. Precedentes. 3. Recurso ordinario en orden a garantizar la seguridad» (RMS 39.241/SP).

24 Hay otras decisiones aún en ese mismo sentido, como REsp. 1115393/RS. Véase Souza (2014, p. 135).

de pertenencia del ordenamiento jurídico de un país a un determinado sistema jurídico.

La idea central de tal razonamiento, que expuse en otro escrito dedicado a los principios y el sistema jurídico romanístico e iberoamericano (Zufelato, 2015), es que los principios generales actúan como elemento unificador y armonizador de todo el sistema jurídico romanístico. Su origen es mucho más remoto que el movimiento reciente denominado «constitucionalización del derecho» y también que la expansión de la fuerza normativa de los principios, yendo más allá de la idea más tradicional de derecho positivo nacional como expresión de la soberanía de una nación.

En ese sentido, la previsión legal expresa de un principio en un código o ley nacional no es necesaria si tal principio entra en el sistema jurídico al que pertenece el país.

La referencia del código es, pues, meramente didáctica, incluso porque, por la propia fuerza de los principios, hay que dejar claro que no necesitan estar positivados para que sean reconocidos como parte integrante del sistema. Esta es la gran contribución del sistema jurídico romanístico a todos los pueblos que lo componen: los principios son parte integrante de cada ordenamiento jurídico, dándoles cohesión e integridad (Zufelato, 2015, p. 305).

Es importante resaltar también que la textura normativa de los principios tiene como función permitir la interpretación de las normas a partir de un texto base, solucionar cuestiones interpretativas o vinculadas a lagunas normativas, así como establecer los sentidos posibles de la norma²⁵. Así, es legítimo reconocer en el referido artículo 139 de la Constitución peruana el marco jurídico a partir del cual se prohíban las decisiones-sorpresa.

Se trata de la fuerza de pertenecer al sistema jurídico romanístico:

La vocación de hacer referencia a los principios generales del derecho es un dato de los países de tradición romanística, no solo como reglas con las que un sistema jurídico comienza, sino sobre todo por la riqueza de tener en los principios un elemento indispensable en la interpretación del sistema como un todo y de cada regla específica en él contenida —*potissima pars*, como dirían los romanos—. Es importante reconocer la génesis de la función de los principios en el seno del sistema jurídico

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

25 «Por supuesto, la idea del código no es agotar, en el tratamiento legislativo, al igual que en el código modelo, todos los principios procesales, tarea que es inalcanzable, teniendo en cuenta que ni siquiera en la doctrina hay consenso sobre cuántos y cuáles son esos principios. La idea es otra, esa sí más compatible con la función de los principios: dar una base fundamental al código, de la cual todas las demás reglas parten, o sea, todos los *principia* —*principium* como *potissima pars*—, así como establecer un dato de la naturaleza interpretativa que guíe al intérprete del código a reconocer en la aplicación de cada regla o incluso para colmar lagunas, cuando las haya» (Zufelato, 2015, p. 305).

para no imaginarse que la fuerza y la relevancia de estos es originaria —a pesar de haber sido un paso importante en su reconfiguración más moderna— del constitucionalismo actual. Esta tendencia se observa en el código procesal civil modelo para Iberoamérica (Zufelato, 2015, p. 306).

VII. CONCLUSIONES

La evolución del principio del contradictorio redundó en la dimensión de carácter colaborativo según la cual se prohíbe que el juez emita decisiones, aun cuando sean sobre materias conocidas de oficio, sin oír antes a las partes. El CPC brasileño de 2015 explicitó esta regla, junto con otras dimensiones del principio del contradictorio, siguiendo una verdadera tendencia de otros códigos procesales civiles europeos recientes.

El contenido del principio del contradictorio en la dimensión de la prohibición de la decisión-sorpresa se aplica a las materias conocidas *ex officio* por el juzgador, incluyendo las referentes a cuestiones de hecho y también de encuadramiento jurídico de la *causa petendi*, así como a los casos de aplicación de precedentes judiciales vinculantes —tema que ha recibido una alta importancia en el derecho brasileño, pero también en el latinoamericano—. Así, se observa una nítida limitación al poder jurisdiccional, pues hay un verdadero deber del juzgador de oír a las partes antes de decidir sobre tales cuestiones.

Aun cuando no exista en el derecho procesal civil peruano un dispositivo legal que explice la regla, como el que existe en el derecho brasileño, es posible reconocer en el artículo 139, 14 de la Constitución peruana el fundamento normativo que alberga al principio del contradictorio en todas sus dimensiones, incluso en la prohibición de la decisión-sorpresa. Además, en virtud del sistema jurídico romanístico, es posible sostener la necesidad de observancia de este principio, incluso en la ausencia total de una norma explícita.

REFERENCIAS

- Bedaque, J. R. (2002). Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. En J. R. Bedaque & J. R. Tucci (coords.), *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Bueno, C. S. (2015). *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva.
- Cabral, A. (2005). Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 449-464.

Carneiro, P. C. (2015). Comentários ao artigo 10 do CPC. En T. A. Wambier, F. Didier, E. Talamini & B. Dantas (coords.), *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Carrión, J. (2000). *Tratado de derecho procesal civil* (vol.I). Lima: Grijley.

Chiaroni, S. (2002). La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza italiana*, 7, 1362-1365.

Consolo, C. (2006). Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze. *Il Corriere giuridico*, 4, 508-509.

Didier, F. (2003). Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(29), 505-516.

Didier, F. (2015a). Comentários ao artigo 10 do CPC. En A. Cabral & R. Cramer (coords.), *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense.

Didier, F. (2015b). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 17a ed.). Salvador: Juspodivm.

Domit, O. A. (2016). *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Fazzalari, E. (1996). *Institutioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM.

Gajardoni, F., Dellore, L., Roque, A. & Oliveira, Z. (2015). *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte geral*. São Paulo: Forense.

Greco, L. (2005). O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, 24.

Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.

Luiso, F.P. (2002). Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»? (Nota adesiva). *Giustizia Civile*, 1611-1615.

Mallet, E. (2014). Notas sobre o problema da chamada «decisão surpresa». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 109, 389-414.

Marinoni, L.G., Arenhart, S. & Mitidiero, D. (2016). *Novo código de processo civil comentado* (2da ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. (2009). *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Monroy, J. F. (2004). *La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos* (2da ed.). Lima: Palestra.

Monroy, J. F. (2009). *Teoría general del proceso* (3ra ed.). Lima: Communitas.

Nery, N. (2016). *Princípios do processo civil na Constituição Federal* (12va ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Oliveira, C. A. (2003). Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(27), 22-51.

LA DIMENSIÓN DE
LA «PROHIBICIÓN
DE LA DECISIÓN-
SORPRESA»
A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE
CONTRADICIÓN
EN LA EXPERIENCIA
BRASILEÑA Y EL
NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL DE
2015: REFLEXIONES
DE CARA AL
DERECHO PERUANO

THE INSERTION OF
THE «DECISION-
SURPRISE
PROHIBITION»
IN THE DUE
PROCESS OF LAW
IN THE BRAZILIAN
EXPERIENCE
AND THE NEW
CODE OF CIVIL
PROCEDURE OF
2015: REFLECTIONS
DESTINED TO THE
PERUVIAN LAW

Provera, G. (1970). *Il principio del contradditorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli.

Sassani, B. & F. A. Genovese (coords.). (2014). *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*. Roma: Dike Giuridica Editrice.

Sommagio, P. (2007). La centralità del contradditorio nell'esperienza giuridica: prime riflessioni per una teoria radicale. *Diritto Questioni Pubbliche*, 7.

Souza, A. P. (2014). *Vedaçao das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

Theodoro, H. (2016). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 57a ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Tucci, J. R. (2015). Contra o processo autoritário. Em *O novo código de processo civil: questões controvértidas* (pp. 276-282). São Paulo: Atlas.

Wambier, L. R. & Talamini, E. (2015). *Curso avançado de processo civil* (vol. 1, 15a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Zufelato, C. (2015). Os princípios gerais de direito processual como elo entre o Novo Código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e iberoamericano. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, 36, 287-307.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
 Cassazione 14581. Sezione terza civile. Sentencia (21 de marzo-22 de junio de 2007).

Code de Procédure Civile [Código Procesal Civil, Francia].

Codice di Procedura Civile [Código Procesal Civil, Italia].

Código de Processo Civil [Código Procesal Civil, Brasil] (2015).

Código de Processo Civil [Código Procesal Civil, Portugal].

Constituição da República Federativa do Brasil [Constitución, Brasil] (1988).

Constitución Política del Perú (1993).

MC 14.589/RS. Superior Tribunal de Justiça, 3ro Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi (19 de septiembre de 2008).

RMS 39.241/SP. Superior Tribunal de Justiça, 2do Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon (11 de junio de 2013).

REsp. 1115393/RS. Superior Tribunal de Justiça, 2do Turma, Rel. Ministro Castro Meira (06 de septiembre de 2009).

Zivilprozessordnung [ZPO] [Código Procesal Civil, Alemania].

Recibido: 7/03/2017

Aprobado: 15/05/2017

Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú

Notes About Some Elements of the Content of a Due Collective Process in Peru

CARLOS GLAVE MAVILA *

Priori & Carrillo Abogados

Resumen: Ante la insuficiente regulación de tutela colectiva de derechos en el Perú, el objetivo de la investigación es plantear el contenido de algunos de los elementos del derecho fundamental al debido proceso colectivo en el Perú. Para ello, se analiza los elementos que se considera relevantes tomando en consideración las características particulares de la tutela colectiva y considerando la jurisprudencia y legislación existentes en el Perú.

Palabras clave: debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, acciones de clase, derechos difusos, derechos colectivos, derechos individuales homogéneos

Abstract: Given the lack of regulation about the protection of collective rights in Peru, the main goal of this investigation is to show what should be some elements of the content of a due collective process. Thus each of its elements is studied taking into account the Peruvian jurisprudence and legislation.

Keywords: collective rights, class actions, opt out, opt in, due process of law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO DE LA TUTELA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL PERÚ.– III. ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN INTEGRAR EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO COLECTIVO EN EL PERÚ.– III.1. ACCESO A LA JUSTICIA COLECTIVA.– III.1.1. EL CASO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS Y DOS EJEMPLOS.– III.1.2. EXIGENCIA, CUMPLIMIENTO Y CONTROL DE LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA.– III.1.3. INTERÉS PARA OBRAR EN EL MEDIO EN EL PLANO COLECTIVO: PREDOMINIO DE LA CUESTIÓN GRUPAL POR SOBRE LA INDIVIDUAL.– III.2. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS COMO ESPECIE DEL GÉNERO DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.– III.3. UNA TEMPRANA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS DE JUEGO.– III.4. EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO APTO PARA LA PUBLICIDAD Y NOTIFICACIÓN DEL PROCESO COLECTIVO A TODOS LOS INTERESADOS.– III.5. TUTELA ANTICIPADA.– III.6. UN DEBER CALIFICADO DE MOTIVACIÓN.– III.7 COSA JUZGADA COLECTIVA.– IV. REFLEXIÓN FINAL.

* Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Universidad Queen Mary de Londres.
Código ORCID: 0000-0003-3545-761X. Correo electrónico: cglave@pc-abogados.com

I. INTRODUCCIÓN

Sin pretender, a la luz del derecho constitucional peruano, conceptualizar el derecho al debido proceso colectivo como un derecho fundamental independiente, el objetivo principal del presente artículo es plantear cuáles debieran ser los elementos esenciales del derecho a un debido proceso colectivo en el Perú. Esto tiene como objetivo evidenciar la inexistente o insuficiente regulación en el Perú que brinde una adecuada tutela a los derechos de incidencia colectiva, así como destacar la potencialidad que los procesos colectivos pueden tener en el Perú.

Como se sabe, nuestra Constitución, en su artículo 139, hace referencia al derecho al debido proceso y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No vamos a entrar a discutir el alcance de ambos conceptos en nuestro país. Simplemente señalamos que coincidimos con el doctor Giovanni Priori cuando señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se enmarca dentro del ejercicio de la función jurisdiccional (2003, pp. 283-289).

En consecuencia, si el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se enmarca dentro del ejercicio de la función jurisdiccional, existe también acuerdo en señalar que el contenido de este derecho fundamental comprende el derecho de acceso a la justicia, el derecho a que el proceso se desarrolle respetando ciertas garantías mínimas, el derecho a obtener una decisión fundamentada en derecho y el derecho a que se ejecute dicha decisión. En este sentido, lo que se busca es desarrollar algunos de los elementos que consideramos esenciales y que deberían integrar el derecho al debido proceso colectivo en el Perú. Así, se pretende resaltar las trascendentales diferencias o especialidades que existen en el campo de la tutela colectiva y enfatizar las vulneraciones constitucionales existentes en el Perú producto de su falta de regulación.

II. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO DE LA TUTELA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL PERÚ

Una situación fáctica que no se puede negar es que existen derechos y conflictos colectivos. Por ello, es necesario que existan garantías de similar naturaleza que posibiliten exigir y discutir colectivamente (Sucunza, 2016). A pesar de ello, la mayoría de países latinoamericanos no posee una regulación sistemática sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva y el Perú no es la excepción. Por ello, al estudiar las posibilidades de ejecutar *class actions* de Estados Unidos en distintos países del mundo (Gidi, 2012, p. 902), se considera al Perú dentro del grupo de países que no contiene una regulación sistemática al respecto.

En líneas generales, se identifica tres grandes sistemas para la tutela de derechos de incidencia colectiva: (i) *opt out*; (ii) *opt in* y (iii) *secundum eventum litis*. El primero de ellos es desarrollado principalmente en las *class actions* de Estados Unidos y supone que la acción de clase vincula a todos los miembros del grupo si es que estos no expresan su voluntad en contrario. Por otro lado, el segundo modelo (este modelo es el predominante en Europa) supone lo opuesto, es decir, que el proceso colectivo solo vinculará a aquellos que hayan expresado su voluntad en ese sentido. Finalmente, el tercer sistema (este modelo es el desarrollado en Brasil y adoptado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica) instaura una primera fase colectiva en donde se determina, con efectos generales, solo de manera declarativa la afectación colectiva para que luego cada miembro del grupo inicie su proceso individual de liquidación y ejecución.

Evidentemente, cada uno de estos sistemas tiene sus particularidades. Principalmente, el *opt out* y el *secundum eventum litis* exigen un nivel de regulación que involucre distintos aspectos del litigio y que atienda a la protección de aquellos miembros del grupo que no forman parte del litigio. Por otro lado, el *opt in* probablemente no exige un detallado nivel de regulación puesto que, finalmente, es cuestionable que sea calificado como un sistema de tutela de derechos colectivos, ya que exige que cada miembro del grupo participe en el proceso para que pueda verse vinculado por su resultado. Por ello, este sistema es calificado como el camino trágico de las acciones de clase que se ha seguido en países del *civil law* (Gidi, 2012, pp. 923-924), pues genera que las clases sean muy pequeñas, minimiza el poder del proceso colectivo y, con ello, el poder de la sociedad.

En el Perú no hemos adoptado un sistema en particular. Tenemos regulaciones en distintos cuerpos normativos que pueden ser calificadas dentro de alguno de los sistemas existentes. Incluso, a diferencia de lo sucedido en otros países —como en Argentina, donde la regulación tiene su origen¹ en un desarrollo jurisprudencial (Verbic, 2015)—, tampoco tenemos un desarrollo jurisprudencial importante que se haya preocupado por atender aspectos esenciales de la tutela de derechos de incidencia colectiva. Por ello, a continuación, analizaremos cómo es que esta situación vulnera gravemente la tutela de los derechos de incidencia colectiva, sobre la base de la reflexión acerca del contenido del derecho al debido proceso colectivo.

1 En Argentina incluso si bien, a la fecha, aún existe una ausencia de legislación detallada sobre procesos colectivos, sí existe un mayor desarrollo porque a partir del 04 de abril de 2016, la Corte Suprema de dicho país (por vía de la Acordada 12/2016) aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. Dicho reglamento establece, entre otras cosas, principalmente qué debe precisar la demanda (si tiene por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos), así como reglas relacionadas a la inscripción del proceso colectivo en el Registro Público de Procesos Colectivos.

III. ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN INTEGRAR EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO COLECTIVO EN EL PERÚ

El derecho al debido proceso o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone necesariamente que el proceso se desarrolle sobre la base de ciertas mínimas garantías. Sin embargo, la comprensión de estas mínimas garantías y de los institutos procesales relacionados a estas se ha dado tradicionalmente en el marco de un proceso cuyo objeto es la tutela de derechos individuales.

Por ello, partiendo de la premisa de que existen conflictos colectivos, corresponde comprender las mínimas garantías del derecho al debido proceso también en clave colectiva. Sobre el particular, se señala (Sucunza, 2016) que hay recaudos inherentes a cualquier tipo de procesamiento. Sin embargo, lo que principalmente se resalta es que también existen recaudos propios del debido proceso colectivo que permiten desarrollar de una adecuada manera la discusión de un proceso colectivo. A continuación, analizaremos algunos de ellos en el marco del derecho peruano.

III.1. Acceso a la justicia colectiva

El derecho de acceso a la justicia es definido como el «derecho humano» más fundamental (Cappelletti & Garth, 1996, pp. 12-13), puesto que es la base de todos los derechos fundamentales. Si no se garantiza a las personas el acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos, estaríamos ante un sistema que solamente proclama derechos. En el Perú, en el plano de la tutela colectiva, precisamente nos encontramos en una situación como la descrita. Es decir, se trata de un sistema que proclama derechos (colectivos), pero que no garantiza el libre acceso a la jurisdicción para solicitar su defensa.

Para comprender la verdadera dimensión de esta grave situación, es indispensable describir los derechos de incidencia colectiva. Hemos explicado (Glave, 2012a, p. 454) que generalmente se reconoce tres categorías de derechos de incidencia colectiva: (i) los derechos difusos, (ii) los derechos colectivos propiamente dichos, y (iii) los derechos individuales homogéneos.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante, el Código Modelo) agrupa en una sola categoría a los derechos difusos y los colectivos. Lo hace porque, en estricto, la principal diferencia entre estas categorías de derechos es la indivisibilidad o divisibilidad de su objeto. Los difusos y colectivos son, por su naturaleza, indivisibles, mientras que los individuales homogéneos son divisibles. Así, se dice que la diferencia que establece cierta doctrina entre difusos y colectivos no tiene, en realidad, importantes efectos prácticos porque, al ser derechos

indivisibles (independientemente de la posibilidad de identificar a sus titulares), el resultado va a afectar a todos por igual (Giannini, 2007, pp. 58-64).

Ahora bien, decimos que en el Perú no se respeta el derecho de acceso a la justicia porque simplemente se proclaman derechos colectivos sin garantizar el acceso a la jurisdicción para solicitar su defensa. En la Constitución y en normas con rango legal se reconoce una serie de derechos indivisibles como, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado o el patrimonio cultural de la Nación. ¿Cómo se garantiza el acceso a la jurisdicción para solicitar la defensa de estos derechos? Nuestra regulación es muy desordenada al respecto y únicamente atiende a la legitimidad para obrar, es decir, a quienes podrían presentar una demanda para solicitar la tutela de estos derechos. El artículo 82 del Código Procesal Civil² establece que ciertas entidades son las legitimadas para presentar una demanda que pretenda la tutela de estos derechos. Sin embargo, luego, diversas normas (ley general del ambiente, ley que regula el proceso contencioso administrativo, código procesal constitucional) permiten a cualquier persona natural presentar una demanda con el mismo objeto.

Esta legitimación amplia, en rigor, conlleva a otros problemas de índole procesal y constitucional como, por ejemplo, (i) un sinnúmero de procesos que busquen lo mismo; (ii) incertidumbre respecto al nivel de vinculación que tenga cada uno de esos varios procesos en los miembros ausentes; y, tal vez lo más importante, (iii) que el proceso colectivo no llegue a ser efectivamente una herramienta poderosa para la tutela de derechos colectivos. Más allá de una vulneración al acceso a la justicia,

2 «Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acreden personería jurídica tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litigantes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción».

estos problemas de índole procesal y constitucional, derivados de una legitimidad amplia, podrían en realidad encontrar su causa en ausencia de otro tipo de regulación. Por ejemplo, la inexistencia de un Registro de Procesos Colectivos.

Precisamente, en Argentina, la Corte Suprema dispuso la creación del Registro de Procesos Colectivos mediante la Acordada 32/2014 señalando como uno de sus fundamentos «el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados».

III.1.1. El caso de los derechos individuales homogéneos y dos ejemplos

En el plano de los derechos divisibles (individuales homogéneos), la afectación al derecho al acceso a la justicia en nuestro país es aun más clara. Los derechos individuales homogéneos son, como su nombre lo indica, derechos individuales que tienen la particularidad de tener un origen común. Por ello, en principio, podrían ser tutelados dentro del ámbito del proceso tradicional (no colectivo). Sin embargo, dada las particularidades de ciertos casos —como un elevado número de involucrados y/o un monto pequeño de cada reclamo individual que hacen inviable el inicio del proceso—, se crean mecanismos, desde la tutela colectiva, para proteger estos derechos. Evidentemente, el caso más conocido en el mundo es el de las *class actions for damages* de los Estados Unidos.

En nuestro país, no tenemos la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional para tutelar estos derechos desde un plano colectivo. Tenemos la posibilidad de hacerlo desde el plano individual donde, por ejemplo, podemos acumular pretensiones. Sin embargo, desde un plano colectivo —que precisamente adquiere sentido cuando es inviable la posibilidad de iniciar un proceso individual— no existe la posibilidad.

Hay distintos casos que demuestran esta situación. Por ejemplo, como es conocido, existen diversos conflictos relacionados a las actividades desarrolladas a lo largo de los años en el complejo metalúrgico de la Oroya. Sin embargo, todos esos conflictos llevados al ámbito jurisdiccional nacional o internacional únicamente se presentan bajo una de las siguientes modalidades: (i) entre el Estado y la empresa o (ii) entre los ciudadanos y el Estado.

Es conocido el proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde la empresa ha alegado que el Estado Peruano vulneraba sus derechos como inversionistas exigiéndoles estándares ambientales muy elevados. Por otro lado, ciudadanos del distrito de La Oroya iniciaron un proceso de cumplimiento en contra del Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), solicitando que se diseñe e implemente

una «Estrategia de salud pública de emergencia» para la ciudad de La Oroya de conformidad con lo establecido en la ley 26842 (Ley General de Salud). En el año 2006, el Tribunal Constitucional (*Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud*) declara parcialmente fundada dicha demanda y ordena que el Estado desarrolle una serie de acciones cuyo cumplimiento se ha llevado incluso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Dicho proceso de cumplimiento resulta muy interesante porque es efectivamente un proceso colectivo. Sin embargo, claramente atiende al cumplimiento de políticas públicas que el Estado debe brindar a la comunidad, como la implementación de un sistema de emergencia para atender la salud de los pobladores de La Oroya o realizar programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona de La Oroya. Como se aprecia, en ninguno de estos casos los ciudadanos afectados individualmente han iniciado alguna acción de indemnización en contra de la empresa. Independientemente de los intereses particulares de los actores, lo cierto es que en el Perú no se les brinda esa posibilidad. Consideramos que esto revela una afectación del derecho al acceso a la justicia colectiva.

Otro ejemplo en el mismo sentido es el caso del derrame de mercurio ocurrido en Choropampa, suceso que condujo a que se iniciase una *class action* en Estados Unidos. En este caso, los afectados en el Perú no tenían la posibilidad de iniciar un proceso de indemnización en contra de la empresa que involucre a todos los afectados. Por eso, se trató una *class action* en Estados Unidos, la cual culminó mediante una transacción que, en los casos que involucraban a menores de edad, debió ser homologada en el Perú.

Como se observa, en ninguno de esos casos era posible iniciar un proceso de indemnización que involucre a todos los afectados porque en nuestro país no existe esa posibilidad³, lo cual consideramos que vulnera el derecho de acceso a la justicia colectiva. Sin embargo, lo importante a resaltar es que es imposible evitar esa vulneración simplemente permitiendo a cualquier persona iniciar una acción de este tipo. Así resulta indispensable regular todos los aspectos de un proceso colectivo porque el debido proceso no se agota únicamente con la posibilidad de acceder a un tribunal, sino que implica contar con un proceso con ciertas garantías. En ese sentido, hay otros aspectos que suponen un análisis del acceso a la justicia colectiva y que pasamos a desarrollar a continuación.

3 La única legislación que podría considerarse que sugiere la existencia de un proceso colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos es la Nueva Ley Procesal del Trabajo, conforme a lo regulado en sus artículos 9.2 y 18. Sin embargo, en la práctica, esta forma de tutela colectiva no viene siendo utilizada ya que existen casos en donde las demandas no son planteadas en clave colectiva, sino como una mera acumulación de pretensiones individuales.

III.1.2. Exigencia, cumplimiento y control de la representatividad adecuada

La exigencia de la representatividad adecuada es un elemento del derecho al acceso a la justicia colectiva. Además, resulta transversal a cualquier sistema de tutela colectiva existente pues busca garantizar que el derecho de aquellos miembros titulares del derecho, cuya tutela se solicita, pero que no participan del proceso, sea adecuadamente protegido.

Sin embargo, ello no significa que la regulación de dicho requisito deba tener particularidades. Sucede que los procesos colectivos pueden ser procesos constitucionales, como existen en el Perú (a pesar de la ausencia de regulación), como también procesos ordinarios. En ambos casos es factible considerar una legitimidad muy amplia, sin embargo, en los procesos ordinarios debiera existir un mayor énfasis en el control de la representatividad adecuada.

En el Perú, el concepto de representatividad adecuada no ha sido tomado en cuenta en la legislación. Lo que se ha discutido es si el demandante ostenta legitimidad para obrar ordinaria o extraordinaria. Esta discusión académica resulta interesante, sin embargo, en el marco de un proceso colectivo, el concepto de representatividad adecuada necesariamente tiene que tomarse en consideración como otro elemento trascendental. La representatividad adecuada supone que aquel legitimado para plantear una pretensión colectiva sea, a su vez, un representante adecuado de los miembros ausentes del grupo. Es decir, que cuente con los medios necesarios (técnicos, económicos, logísticos, etcétera) para defender adecuadamente los intereses de todos los miembros del grupo.

El análisis de la representatividad adecuada evidentemente se da *ex ante* cuando el legislador opta por considerar que únicamente ciertas entidades públicas o privadas son las que pueden interponer una demanda en clave colectiva. Eso sucede en el artículo 82 del Código Procesal Civil al que se ha hecho referencia y también en lo establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, no se conocen los criterios por los que, de manera previa, el legislador opta por considerar a determinadas entidades como representantes adecuados.

Entendemos que lo establecido en esas normas no es lo más apropiado. Es más apropiado tener una legitimidad amplia que, además, exija ser también un representante adecuado. La representatividad adecuada no puede ser un criterio estático y pre establecido en la legislación, sino que es un requisito dinámico que debe verificarse en cada caso particular. En este sentido, el apropiado análisis de la representatividad adecuada es aun más importante y, considerando cada proceso y caso particular, quizás más difícil cuando existe una legitimación amplia. Este es el caso del Código Procesal Constitucional, la Ley que Regula el Proceso

Contencioso Administrativo o la Ley General del Ambiente. Según estas disposiciones, cuando se pretenda la tutela de derechos difusos (como el medio ambiente), cualquier persona natural puede interponer la demanda.

En el desorden de la legislación de nuestro país no se dice más al respecto. Esto deja muchos vacíos pues el requisito de la representatividad adecuada es un aspecto esencial de un derecho al debido proceso colectivo que busca garantizar que el derecho de todos los miembros del grupo sea adecuadamente defendido. El Código Modelo de Procesos Colectivos también establece una legitimidad amplia, sin embargo sí señala criterios que deben analizarse para considerar a quien promueve la acción como un representante adecuado. El párrafo 2 del artículo 2 de dicho Código estipula los siguientes criterios:

- a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c. su conducta en otros procesos colectivos;
- d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Consideramos adecuados los criterios establecidos por el Código Modelo. También es apropiado que estos criterios objetivos se encuentren establecidos en la legislación. Sin embargo, lo cierto es que cada juez, en el caso particular, deberá evaluar si se cumplen los mismos. Por ello, entendemos que los criterios que establece el Código Modelo y los que pudiera establecer cualquier legislación no son suficientes, por lo que no debiera ser una cláusula cerrada. Por ejemplo, el análisis del abogado de la clase no se menciona en la norma del Código Modelo citada y también podría ser considerado por el Juez en algún caso en particular.

Es importante señalar que estos criterios deben ser verificados por el juez al momento de iniciar el proceso colectivo y a lo largo de todo el proceso. Asimismo, es relevante establecer las consecuencias específicas que genera su incumplimiento, por ejemplo, la imposibilidad de iniciar el proceso o, en su defecto, la búsqueda de otro representante adecuado.

En el Perú, una mención aparte sobre este tema merece el Código de Consumo que ha optado por no darle legitimidad a cualquier persona natural, sino solo al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), o asociaciones autorizadas por este para poder iniciar un proceso que tiene por objeto

tutelar un derecho colectivo. En este caso se puede entender que el cumplimiento de la representatividad adecuada carece de sentido. Sin embargo, entendemos que dicha opción no es propia de una auténtica tutela colectiva porque restringe el acceso a la justicia. Prueba de ello es que desde la vigencia del Código de Consumo no se conocen procesos judiciales que tengan por objeto la tutela de algún derecho colectivo, promovidos bajo la regulación del Código de Consumo.

Consideramos que es apropiado permitir a cualquier miembro del grupo iniciar un proceso colectivo, pero que el cumplimiento de los criterios que garanticen que es un representante adecuado es indispensable para la existencia de un verdadero sistema de tutela colectiva. Esto implica un sistema en donde los procesos colectivos que se promuevan, con un representante adecuado, vinculen a todos los miembros del grupo. Lamentablemente, en nuestro país no existe en la legislación, y no conocemos que haya ocurrido en la jurisprudencia, la exigencia de analizar el cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada. Por ello es evidente que se vulnera el derecho a un debido proceso entendido desde un punto de vista colectivo.

III.1.3. Interés para obrar en el medio en el plano colectivo: predominio de la cuestión grupal por sobre la individual

Particularmente en el caso de la tutela de los derechos individuales homogéneos es indispensable que predomine la cuestión grupal por sobre lo individual. Esto es trascendental para que se pueda acceder a la justicia colectiva de este tipo de derechos. Evidentemente, en el caso de la tutela de los derechos difusos o colectivos propiamente dichos, la cuestión grupal es un rasgo inherente toda vez que, por su naturaleza, se trata de derechos cuyo objeto es indivisible. Sin embargo, en el caso de los derechos individuales homogéneos, sucede exactamente lo contrario ya que su objeto es naturalmente divisible. Es en estos casos donde el análisis del predominio de lo grupal sobre lo individual es trascendental porque no es otra cosa que la evaluación de la conveniencia de tutelar los derechos involucrados por medio del proceso colectivo o de un proceso tradicional.

Se trata de un análisis de conveniencia que debería realizar el juzgador al momento de admitir la demanda y calificarla como un proceso colectivo. En algunos casos, este análisis puede no tener mayores complicaciones como, por ejemplo, el caso de la píldora del día siguiente, donde es evidente que lo controvertido es común a todas las personas que conforman el grupo (mujeres en edad fértil). No hay aspectos individuales de cada una de las personas que conforman el grupo que puedan alegarse como un elemento distinto que incida en la decisión de la controversia.

Por otro lado, puede haber casos en donde el predominio de lo grupal por sobre lo individual puede ser muy controversial. Un típico caso que se cita al respecto en la jurisprudencia norteamericana es el de *Wal-Mart v. Dukes*, caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos revirtió un fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito y decidió no certificar la clase. La razón fue que en la demanda se alegaba que todas las trabajadoras de Walmart actuales y antiguas sufrían discriminación por la discreción desproporcional de los salarios a favor de los hombres. Como se aprecia, no es tan claro que en un supuesto como este predomine lo grupal por sobre lo individual porque el grupo es muy diverso y en cada caso particular puede haber distintas razones que justifiquen el salario. Este caso resulta tan discutible que la decisión de la Corte Suprema de revertir el fallo de la Corte de Apelaciones fue tomada por una mayoría de cinco contra cuatro magistrados.

A pesar de que, en algunos casos, puede ser discutible la determinación del predominio de lo grupal por sobre lo individual, se trata de un análisis que, particularmente en esos casos, tiene que realizarse porque finalmente es la razón que justifica activar la tutela colectiva por sobre la tutela tradicional. Al respecto, es interesante como explica Issacharoff (2012) las variables existentes al momento de evaluar la certificación de una *class action for damages* (acción de clase por daños), la misma que vendría a ser un proceso colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos. El autor resume su explicación del siguiente modo (p. 484):

	Low variance between individual claims	High variance between individual claims
Low value of individual claims	Class action indispensable for private prosecution	Private enforcement difficult because of manageability concerns
High value of individual claims	Class action necessary but greater concern for individual opt out and other right of control	Aggregate treatment not essential and class action held suspect

Se puede apreciar cómo se utiliza un análisis lógico para evaluar la conveniencia de resolver el conflicto por medio de un proceso colectivo. Es evidente que los mayores incentivos se presentan si los reclamos individuales son de valores pequeños y si son similares entre sí. En ese supuesto, el proceso colectivo es de mucha utilidad porque, si no se proporciona esta vía, cada titular individual del derecho no tendría incentivos para promover un proceso individual con el objeto de tutelar su derecho y, además, entre los posibles distintos procesos individuales

existiría el riesgo de incurrir en sentencias contradictorias. En el otro extremo, si los reclamos individuales son de un valor elevado y tienen fundamentos distintos entre sí, el proceso colectivo no es de ninguna utilidad. En este caso, cada miembro sí tendría interés en promover un proceso individual para tutelar su derecho y no existiría riesgo de pronunciamientos contradictorios.

De esta manera, es claro que el predominio de lo grupal por sobre lo individual (cuyo análisis es particularmente interesante en el caso de los derechos individuales homogéneos) supone evaluar la conveniencia del proceso colectivo y debe formar parte del contenido de un derecho al proceso colectivo. Por ello, lo hemos denominado «interés para obrar en el medio» ya que, en nuestro sistema procesal, el interés para obrar en el medio es precisamente esto: la utilidad del medio (el proceso) para tutelar el derecho.

III.2. Reconocimiento de los derechos individuales homogéneos como especie del género de derechos de incidencia colectiva

Es muy importante entender que la tutela colectiva abarca también a los derechos individuales homogéneos. Independientemente del sistema que haya decidido adoptarse, no hay sistema de tutela colectiva que no reconozca la existencia de derechos individuales homogéneos. Ya hemos mencionado que los derechos individuales homogéneos son derechos individuales que son atendidos desde el plano colectivo porque, de lo contrario, quedarían desprotegidos. Consideramos que esto último es lo que sucede en nuestro país a propósito de los dos ejemplos mencionados al referirnos al acceso a la justicia de este tipo de derechos. La situación es la misma con respecto a lo regulado en el Código de Consumo que no enuncia dentro de las categorías de derechos colectivos a los individuales homogéneos, aunque sí se refiere a pretensiones que claramente son individuales. Por ello se puede concluir que dicho código, al no entender esta categoría de derechos, genera también graves consecuencias en su protección (Glave, 2012b, p. 343; hemos desarrollado por qué en el Código de Consumo no se entiende la existencia de la categoría de derechos individuales homogéneos y el problema que ello genera haciendo inviable su tutela).

En este sentido, lo relevante es que la tutela colectiva (además de tutelar derechos indivisibles) es también necesaria para brindar una adecuada tutela de situaciones jurídicas individuales. Esta necesidad de tutela existe cuando es impracticable la reunión de todos los afectados individuales y/o porque cada uno de ellos no tiene mayores incentivos para pretender la tutela de su derecho individual. En el Perú, la legislación no ha atendido de manera adecuada y sistemática la tutela

de los derechos individuales homogéneos (Glave, 2011). Mientras tanto, en la jurisprudencia existen algunas pocas sentencias donde se reconocen estas categorías y, probablemente, pueda abrirse un camino en el futuro para su mayor protección.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional reconoce, desde el año 1997, la existencia de derechos difusos y colectivos (*José S. Linares Cornejo c. Concejo Provincial de Arequipa*). Posteriormente, el Tribunal reconoció también los derechos individuales homogéneos, señalando que demandas donde se pretenda la tutela de derechos individuales homogéneos pueden llegar a tener una decisión cuyos efectos se extiendan a otras personas en similar situación, si es que hay una «previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional*» (*Viuda de Mariátegui e hijos S.A. c. Sunat y otros*, fundamento 33). En la misma línea y profundizando algo más, en el Fundamento de voto de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz en el caso *Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 c. Roy Maynas Villacrez*, se señala lo siguiente respecto de los derechos individuales homogéneos:

Por último, los *intereses individuales homogéneos* aluden a auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional* (fundamento 23).

Precisamente, uno de esos casos, donde se ha considerado lo señalado, es el caso *Violeta Gómez Hinostroza c. Ministerio de Salud*. En este caso, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, al momento de conceder una medida cautelar que ordenaba al Ministerio de Salud distribuir de forma provisional y gratuita el anticonceptivo oral de emergencia (a lo cual también nos referiremos más adelante), señala lo siguiente:

Resulta preciso referir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: a) derechos difusos (*se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles*), b) derechos colectivos en sentido estricto (*alude a derechos de incidencia colectiva*) y c) derechos individuales homogéneos (*se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles*).

Conforme a esa posición, «*las acciones colectivas*» nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

Como se aprecia, se puede encontrar jurisprudencia en el Perú donde se reconoce la existencia de derechos individuales homogéneos y la posibilidad de brindar una tutela colectiva de los mismos. Sin embargo, no es una práctica generalizada (un ejemplo de ello es la sentencia del Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema en el caso *Giovanna Quiroz Villaty c. Empresa Minera Yanacocha y otros*). No basta el reconocimiento de dichos derechos, sino que es indispensable profundizar más en reglas claras sobre el diseño de la tutela de los mismos.

Consideramos que el entendimiento de los derechos individuales homogéneos es una garantía del derecho al debido proceso colectivo. Además, a diferencia del caso de los derechos indivisibles, el mencionado entendimiento adquiere particular relevancia con respecto al reconocimiento de otras garantías que mencionaremos más adelante.

III.3. Una temprana determinación de las reglas de juego

Es indispensable que, al iniciarse un proceso en el que se pretende la tutela de derechos de incidencia colectiva, se determine, lo más pronto posible, si el proceso se va a tramitar como colectivo o no. Es decir, es necesario que se certifique el mismo como un proceso colectivo. Esto implica tener reglas claras para su tramitación, reglas que suponen el ejercicio del resto de mínimas garantías del debido proceso colectivo. Por ello, el primer paso necesariamente debe ser establecer si el proceso iniciado es colectivo o no y, si lo fuera, certificarlo como tal.

Al respecto, es importante mencionar también el rol del juez. El juez debe, precisamente, verificar si corresponde tramitar el proceso en clave colectiva o no. El juez, en este tipo de procesos, tiene un rol protagónico

puesto que, al evaluar si el proceso se tramita en clave colectiva, debe luego verificar el cumplimiento de las demás mínimas garantías con las que se tiene que tramitar el mismo.

III.4. El establecimiento de un procedimiento apto para la publicidad y notificación del proceso colectivo a todos los interesados

Como hemos mencionado anteriormente, estamos de acuerdo con Gidi cuando afirma que el sistema del *opt in* es el camino trágico de las acciones colectivas, principalmente, en países del *civil law* (2012, p. 924). El problema consiste en que no supone una auténtica tutela colectiva. Lo señalado queda demostrado por el hecho de que sea un requisito de todo proceso colectivo la existencia de un procedimiento apto para permitir a todos los miembros ausentes tomar conocimiento de la existencia del proceso.

Este procedimiento debe tener por objetivo no solo comunicar a los miembros del grupo la existencia del proceso, sino que, al hacerlo, debe darles la oportunidad de participar en el proceso o de excluirse del mismo. Por ello, esta comunicación debería explicar de qué se trata el proceso, cómo puede afectar a los miembros del grupo y cuál sería el procedimiento para participar o excluirse del mismo. Esto garantiza, además, que se cumpla a lo largo del proceso con el requisito de la representatividad adecuada.

Este requisito, además, es particularmente importante en el caso de los derechos individuales homogéneos. No es una mera casualidad que la conocida regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos contenga reglas de notificación más estrictas para el caso de la *class action for damages* (Fed. R. Civ. P 23(c)(2)(B))⁴ en comparación con los otros tipos de *class action*. Esta norma exige que, en este tipo de *class action*, el juez realice la mejor notificación practicable en función de las circunstancias. Esto incluye incluso notificaciones individuales a todos los miembros que pueden ser identificados con un esfuerzo razonable.

Como se aprecia, es relevante entender la categoría de derechos individuales homogéneos que, por su naturaleza, son distintos a los derechos indivisibles. Por ello, en el marco del diseño de un sistema de tutela colectiva, deben tener lugar regulaciones particulares.

4 «*For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:(i) the nature of the action;(ii) the definition of the class certified;(iii) the class claims, issues, or defenses;(iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;(vi) the time and manner for requesting exclusion; and(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).*»

Un ejemplo de ello es, precisamente, mayores exigencias al momento de garantizar el procedimiento para la publicidad y notificación de los miembros ausentes.

Por otro lado, en cuanto al necesario establecimiento de un procedimiento para la publicidad y notificación, así como también con relación al cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada, en el marco de la tutela colectiva debe considerarse la viabilidad de llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto antes de una sentencia judicial. Frente a esa posibilidad, las dos garantías mencionadas (publicidad y representatividad adecuada) adquieren particular relevancia. Por ello, debería existir un mecanismo particular de publicidad antes de que se adopte finalmente un acuerdo, ya que este es un momento del proceso en el que estas garantías adquieren particular relevancia.

En el Perú, como se ha mencionado, no existe un proceso colectivo de tutela de derechos individuales homogéneos como una *class action for damages*. Por otra parte, en el marco de procesos que tienen por objeto la tutela de derechos indivisibles, no hay mecanismos de publicidad con consecuencias específicas⁵. Menos aun tiene lugar la evaluación de estos criterios (publicidad y representatividad adecuada) si surge la posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso.

III.5. Tutela anticipada

No es casualidad que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se refiera a la tutela anticipada y no a una tutela cautelar. El artículo 5 de dicha propuesta normativa establece que «el juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación, y (i) exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o (ii) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado». Decimos que no es casualidad que se proponga esta regulación porque, en la mayoría de procesos donde se pretende la tutela de derechos colectivos, la única manera de garantizar la efectividad de la futura sentencia es anticipando la tutela solicitada.

Por ello, la tutela anticipada forma parte del derecho a un debido proceso colectivo. Pero, además, exige evaluar los criterios o requisitos que deben existir para conceder una medida de este tipo. Por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil (al momento de regular algunas medidas

⁵ El artículo 82 del Código Procesal Civil simplemente señala que «una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial». Sin embargo, no se establece qué pueden hacer los interesados ante la toma de conocimiento del proceso, ni mucho menos si existe la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin al proceso.

anticipadas sobre el fondo en sus artículos 674 y 675) exige un grado mayor de verosimilitud en el derecho al utilizar palabras como «firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada» o, en el caso de la asignación anticipada de alimentos, se habla de hijos menores con «indubitable relación familiar».

El supuesto mayor grado de verosimilitud pareciera ser un análisis que exige alcanzar una certeza respecto del derecho discutido. En esa línea se ha pronunciado el Primer Juzgado Constitucional de Lima en el caso *Violeta Gómez Hinostroza c. Ministerio de Salud*, concediendo una media cautelar que ordena al Ministerio de Salud repartir de forma provisional y gratuita el anticonceptivo oral de emergencia. En dicha resolución, respecto a la naturaleza de la medida y el grado de verosimilitud, el juzgado señala lo siguiente:

SEXTO: Al respecto es preciso señalar, siguiendo el criterio expuesto por Marianella Ledesma, que la medida cautelar es una expresión de tutela urgente, en la que concurren *la tutela ordinaria y la tutela anticipada* (caso de autos - medida cautelar innovativa).

En ese orden de ideas, la tutela ordinaria se construye con una simple apariencia del derecho y con la urgencia, justificada en el peligro en la demora; *situación diversa cuando se trata de un tutela anticipada*. Aquí la tutela que se busca alcanzar es de mayor trascendencia, pues se ingresa a una situación excepcional, orientada no al aseguramiento sino a la entrega anticipada del derecho en discusión para su pleno disfrute, sin tener la certeza del derecho invocado. Esto implica una decisión de mayor cobertura, pues no asegura nada sino que se entrega directamente al demandante el disfrute del derecho que se busca restablecer.

Ello nos lleva a señalar, que *la tutela anticipada* no se construye con la verosimilitud, *sino de la casi certeza del derecho* que se busca, y *la urgencia se sustenta en dos situaciones*: a) la necesidad impostergable del que la pide (ver artículo 674 del Código Procesal Civil aplicado de manera supletoria) y b) el peligro irreparable e inminente (ver los artículos 682 y 687 del Código Procesal Civil).

Precisamente este es un caso en el que el mismo juzgado reconoce que está dictando una medida provisional cuyos efectos van a alcanzar no solo a quien ha promovido el proceso, sino a un grupo determinado de personas que está integrado por «las mujeres en capacidad de procrear», lo que implica que se trata de un caso de tutela de un derecho colectivo. Por ello, el juzgado, al evaluar el conceder la medida solicitada, habla de la «casi certeza del derecho pretendido».

Consideramos que en este tipo de casos no es apropiado referirse a «verosimilitud» o «certeza» del derecho pretendido. Estos conceptos son apropiados en el marco de la tutela cautelar en la que se pretende

garantizar la efectividad de un derecho individual (normalmente dispositivo). En dicho marco, a través de una tutela de conocimiento, el proceso es un camino que sirve para determinar con un grado de certeza la existencia del derecho. Por el contrario, en este tipo de casos, al tratarse finalmente de la evaluación de una política pública que incide directamente en derechos constitucionales, lo que ocurre es una ponderación de derechos en distintos momentos (al evaluar la concesión de la medida provisoria y, posteriormente, al emitir el fallo final). El proceso no sirve para determinar con grado de certeza la existencia de los derechos involucrados. Los derechos o valores constitucionales en conflicto existen y deben ser ponderados tanto al momento de conceder la medida provisoria como al momento del fallo final. En esa línea, evidentemente, la medida provisoria no debe ser irreversible.

Finalmente, la tutela anticipada como parte del derecho a un debido proceso colectivo también nos hace cuestionar el procedimiento de la solicitud. En el caso de las medidas cautelares, la regla general es que se tramiten sin conocimiento de la parte contraria para asegurar su efectivo cumplimiento. Esto es totalmente lógico si, por ejemplo, se pretende un embargo sobre los bienes de un deudor. El deudor no es informado de la solicitud porque, de lo contrario, podría desprenderse de los bienes antes de la ejecución de la medida. Sin embargo, en el caso de la tutela anticipada en el marco de procesos colectivos es difícil suponer que pudiera existir un riesgo de ese tipo. En el mismo caso de la medida provisional que ordena, mientras se tramita el proceso principal, que se distribuya el anticonceptivo oral de emergencia, nada hace suponer que existiría un riesgo si es que la parte demandada (Ministerio de Salud) tomara conocimiento de la solicitud antes de que se conceda la medida. Por ello, en el marco de la tutela colectiva, es lógico suponer que no existe razón para restringir el principio contradictorio.

III.6. Un deber calificado de motivación

No cabe duda de que la motivación de las resoluciones judiciales y, más aun, de sentencias por medio de las que se resuelve un conflicto es una garantía que forma parte del debido proceso. Sin embargo, en el marco de la tutela colectiva, se trata de una garantía que adquiere aún mayor relevancia. Independientemente del tipo de derecho colectivo que se pretende tutelar, como hemos mencionado, en todo proceso colectivo existen terceros que no solo tienen un interés, sino que son titulares del derecho discutido y que no forman parte del proceso. En este sentido, todas las garantías que forman parte de un derecho al debido proceso colectivo están orientadas a proteger a estos miembros ausentes del grupo, y la motivación necesariamente debe tener un grado de exigencia mayor.

Adicionalmente, en procesos colectivos, muchas veces se discuten políticas públicas. Con ello, es aun más claro que la exigencia de la motivación de una decisión judicial es más elevada en comparación con un caso donde se resuelva un tradicional conflicto intersubjetivo de intereses. Al decidir sobre una política pública, la decisión judicial va a incidir en la labor y decisiones de la Administración, por lo que las razones que lleven a tomar una decisión en determinado sentido tienen que ser muy bien explicadas.

En dos de los casos que hemos mencionado, es evidente que esto sucede. En el proceso de cumplimiento del caso *Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud y otro*, el Tribunal Constitucional ordena, entre otras cosas, que se desarrolle una estrategia de salud pública de emergencia. Mientras que en el proceso de amparo seguido ante el Primer Juzgado Constitucional de Lima en el caso *Violeta Gómez Hinostroza c. Ministerio de Salud*, el Juzgado explica que la medida provisional dictada no es irreversible porque es una obligación del Estado elaborar políticas públicas destinadas a una adecuada planificación familiar. Como se aprecia, ambos casos están incidiendo en políticas públicas al resolver conflictos de derechos colectivos, lo cual supone una exigencia más alta en su motivación.

III.7. Cosa juzgada colectiva⁶

La cosa juzgada es una de las garantías del derecho al debido proceso y tiene una estricta relación con la efectividad de las decisiones judiciales. El proceso no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento o vehículo que sirve para satisfacer las situaciones jurídico-materiales. Y, para ello, es indispensable que las decisiones tengan un carácter definitivo y, de este modo, sean efectivas.

Sin embargo, cuando las situaciones jurídico-materiales no son individuales sino colectivas, lo que entendemos por cosa juzgada debe ser reformulado. Concretamente, en el caso de los derechos individuales homogéneos. Esto requiere un diseño sistemático de tutela de derechos colectivos que implica analizar los demás elementos esenciales que forman parte de un derecho al debido proceso colectivo. Solamente considerando los demás elementos (representatividad adecuada, publicidad, motivación calificada, etcétera), se puede establecer reglas

⁶ Lo señalado respecto a la cosa juzgada colectiva en este punto se concentra en los efectos personales que pudieran tener las sentencias dictadas en procesos colectivos. Sin embargo, es cierto también que la cosa juzgada puede analizarse en función del contenido de las sentencias, lo cual principalmente sucede en el caso de las «sentencias constitucionales atípicas» y una de sus especies: las sentencias exhortativas. En el Perú se puede encontrar jurisprudencia de este tipo en sentencias del Tribunal Constitucional, cuyo análisis procesal y constitucional excede los límites de este artículo. Sin embargo, lo que no ocurre en la jurisprudencia peruana es un desarrollo sobre los efectos personales de la cosa juzgada colectiva. Por ello, la atención del análisis del artículo se centra en este punto y en función de las dos únicas normas existentes al respecto.

claras respecto a los efectos de las decisiones finales. Lamentablemente, en el Perú no existe esto, ya que solamente tenemos normas que regulan de forma aislada y desordenada algunos de los efectos de las decisiones que se toman en determinados procesos. En nuestro país son únicamente dos normas las que han fijado su atención en los efectos de una decisión que resuelve un conflicto que involucra derechos individuales homogéneos: (i) la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y (ii) el Código de Consumo.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) regula en su artículo 18 los efectos de una sentencia que declara fundada una demanda que reconoce la afectación del derecho de un grupo o categoría de trabajadores o prestadores de servicios. Asimismo señala que luego de emitida dicha sentencia, cada trabajador o prestador de servicios del ámbito puede iniciar un proceso de liquidación de derecho individual. En dicho proceso individual, únicamente se podrá discutir si es que ese concreto trabajador pertenece al grupo respecto del cual ya se declaró, con autoridad de cosa juzgada, la vulneración del derecho. Con lo que el demandado únicamente podría defenderse señalando que al demandante no le alcanza el ámbito fáctico recogido en la sentencia colectiva, es decir, que no pertenece al grupo o categoría respecto de la que ya se declaró vulnerado el derecho.

Esta regulación es muy parecida a la propuesta en el Código Modelo, en donde se plantea que, para el caso de los derechos individuales homogéneos, hay cosa juzgada en el plano colectivo, con lo que se dice que en realidad existen tres etapas: (i) una primera que apunta a la condena genérica (cosa juzgada colectiva); (ii) una segunda de liquidación de sentencia; (iii) una tercera de ejecución (Tam, 2008, pp. 293-294).

Sin embargo, lo establecido en la NLPT tiene algunos vacíos porque, por ejemplo, la norma establece que la sentencia declarativa en el plano colectivo debe ser emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República o el Tribunal Constitucional. Esto tiene como consecuencia que no se sabe qué efectos tendría una sentencia con autoridad de cosa juzgada que declara fundada una demanda en el plano colectivo, pero que no es emitida por dichos órganos jurisdiccionales. Adicionalmente, lo más grave es que no se trata de una regulación que atienda de forma sistemática la tutela de derechos colectivos. Así, los vacíos o dudas son aun más relevantes si nos percatamos, por ejemplo, que en la NLPT se otorga una legitimidad amplia y no se toma en cuenta a la representatividad adecuada. El artículo 9.2 permite iniciar un proceso para proteger una serie de derechos (entre ellos: cualquier derecho que pertenezca a un grupo de trabajadores o prestadores de servicios) a cualquier trabajador o prestador del servicios del ámbito. Con ello,

no se sabe si habría litispendencia o prejudicialidad entre dos procesos que se encuentran en trámite y en los que se discuten los mismos hechos y que han sido iniciados por sujetos distintos (allegando ser miembros del grupo).

Del mismo modo, al no atender de forma sistemática la tutela colectiva, no se regula ningún mecanismo para la publicidad o notificación a los interesados. Parecería ser claro que una sentencia infundada no involucraría a aquellos miembros del grupo que no participaron del proceso. Sin embargo, esto refleja que, en estricto, no se trata de una verdadera tutela colectiva pues podrían existir un sin número de procesos en donde se discutan los mismos hechos. Finalmente, esto refleja una debilidad en la tutela colectiva porque no se constituye como un mecanismo sólido en el cual se puedan resolver definitivamente conflictos colectivos.

Por otro lado, el Código de Consumo es otro ejemplo de una regulación que no ha contemplado de forma sistemática la tutela de los derechos colectivos. Esto se puede apreciar claramente al momento de analizar la efectividad del proceso colectivo regulado en dicha norma. Ya hemos mencionado que el Código de Consumo opta por otorgar legitimidad para iniciar un proceso con el objeto de tutelar un derecho colectivo únicamente al Indecopi o a asociaciones autorizadas por Indecopi. Es decir, el código toma una línea distinta a la tendencia general por medio de la que se otorga legitimidad a cualquier miembro del grupo afectado. Consideramos que esto produce una limitación al acceso a la justicia colectiva y no atiende a la representatividad adecuada como un auténtico requisito indispensable a lo largo de cada proceso particular en donde se pretenda la tutela de un derecho colectivo. Sin embargo, el no entendimiento de la categoría de los derechos individuales homogéneos es tal vez el principal problema de este cuerpo normativo y termina afectando la efectividad del mismo. Esto lleva, a su vez, a que se vulnere también la cosa juzgada como una garantía del derecho al debido proceso colectivo.

El Código de Consumo señala que «transcurrido un (1) año desde la fecha en que el Indecopi cobra efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destina a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses de los consumidores» (art. 131.5). Mientras que el artículo 3.1 del Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores establece que «la distribución del monto obtenido en virtud del proceso judicial para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores se realiza a prorrata entre

todos los consumidores». Plantear como regla principal la distribución a prorrata de la indemnización que se obtenga refleja el no entendimiento de la categoría de derechos individuales homogéneos y, a su vez, la vulneración a la cosa juzgada y efectividad de las decisiones en el marco de la tutela colectiva.

Como hemos señalado, el predominio de la cuestión grupal por sobre la individual es determinante para que sea viable un proceso que tenga por objeto la tutela de derechos individuales homogéneos. Sin embargo, las características individuales que dificultan o facilitan el cumplimiento de la decisión no definen el predominio de la cuestión grupal por sobre la individual. Cuando predomina la cuestión grupal por sobre la individual y, en consecuencia, es conveniente y necesaria la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, no se puede establecer una regla predeterminada sobre cómo se determinará el daño. Menos aun puede establecerse que será a prorrata entre todos los afectados.

La determinación del daño individual es un aspecto que se evalúa posteriormente, luego que se ha determinado la vulneración en el plano colectivo. En sistemas donde no existe el *secundum eventum litis* y en casos donde es muy difícil determinar el daño individual (por ejemplo, devolución de sumas cobradas en exceso a usuarios de teléfonos públicos), existe la técnica del *fluid recovery* que consiste en realizar la reparación de forma colectiva, por ejemplo, la reducción de precios o a través de un fondo que destine los recursos a campañas de investigación. Por otro lado, en sistemas donde se aplica el *secundum eventum litis*, cada miembro del grupo liquida su daño individual en el segundo proceso (individual). Pero en ningún caso, una indemnización se reparte, por regla general, a prorrata entre los miembros del grupo.

Estos problemas reflejan que la cosa juzgada, como parte del derecho al debido proceso colectivo, supone que la determinación del daño individual no necesariamente debe realizarse en el marco de la tutela colectiva. Si es posible determinar fácilmente el daño individual (por ejemplo, a través de una fórmula matemática), es correcto hacerlo. Sin embargo, si no es posible por las particularidades del caso, se debe entender que no se puede realizar y que, en función del sistema que se elija, la determinación del daño individual se realizará en otra etapa o no se realizará y se reparará al colectivo de forma indivisible (mediante la técnica del *fluid recovery*). Así, se debe entender que la determinación del daño individual es un aspecto distinto porque, de lo contrario, se puede llegar a plantear, como sucede con el Código de Consumo, una distribución a prorrata que a todas luces deja de garantizar la efectividad de la tutela colectiva.

IV. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que queda mucho por analizar para ver si sería posible crear un sistema de tutela colectiva en el Perú, en el derecho procesal peruano cada vez se presta mayor atención a la tutela colectiva en el ámbito académico y en la jurisprudencia. Sin embargo, en la legislación no se encuentran mayores desarrollos y las pocas normas que existen reflejan la ausencia de un sistema.

En este sentido, el presente artículo ha pretendido aportar como idea principal el análisis de algunos de los elementos que consideramos deben componer un derecho al debido proceso colectivo en el Perú. Entendemos que se trata de un derecho que merece mayor estudio para, precisamente, delimitar su contenido y garantizar su efectividad, por lo que los elementos aquí analizados son solo algunos de los que deberían ser considerados al momento de elaborar seriamente un sistema de tutela colectiva en el Perú.

REFERENCIAS

- Cappelletti, M. & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Giannini, L. (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Gidi, A. (2012). The recognition of U.S. class action judgments abroad: The case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 37(3), 893-965. Recuperado de <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol37/iss3/4>
- Glave, C. (2011). Modelos incompletos de procesos colectivos. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 38, 111-121.
- Glave, C. (2012a). El proceso colectivo regulado en la nueva ley procesal del trabajo. En *Nueva Ley Procesal del Trabajo: Ley 29497* (t. 1, pp. 451-461). Lima: Ministerio de Justicia y Derechos humanos /Editora Perú.
- Glave, C. (2012b). El proceso colectivo según el Código de Consumo. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, 11, 343-355. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565/14190>
- Issacharoff, S. (2012). Fairness in aggregation. *US-China Law Review*, 9(6), 477-508. doi: 10.17265/1548-6605/2012.06.001
- Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius Et veritas*, 26, 273-292. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248/16664>

Sucunza, M. (2016). El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: Conceptualización e interrelaciones en pos de su efectividad. *Revista de Derecho Público*, 1, 105-163.

Tam, J. (2008). Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva. En *Derecho procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.

Verbic, F. (2015). La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo. *International Journal of Procedural Law*, 5(1).

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
 Acordada 32/2014, Boletín Oficial (33002) (Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina], 01 de octubre de 2014).

Código de Consumo, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Congreso de la República [Perú], Ley n.º 29571, *Diario Oficial El Peruano* (02 de septiembre de 2010).

Código Procesal Civil [Perú].

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Caracas (2004). Recuperado de http://iibdp.org/images/Códigos%20Modelo/IIDP_Código%20Modelo%20de%20Procesos%20Colectivos%20Para%20Iberoamérica.pdf

Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 c. Roy Maynas Villacrez [acción de amparo], expediente n.º 4611-2007-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 09 de abril de 2010).

Federal Rules of Civil Procedure [Fed. R. Civ. P], as amended through December 1, 2016.

Giovanna Quiroz Villaty c. Empresa Minera Yanacocha y otros, Casación 1465-2007-Cajamarca (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Primer Pleno Casatorio Civil, 22 de enero de 2008).

José S. Linares Cornejo c. Concejo Provincial de Arequipa [acción de amparo], expediente n.º 221-1997-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de octubre de 1997).

Nueva Ley Procesal del Trabajo, Congreso de la República [Perú], Ley n.º 29497, *Diario Oficial El Peruano* (15 de enero de 2010).

Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud y otro [acción de cumplimiento], expediente n.º 0202-2006-AC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 12 de mayo de 2006).

Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores, aprobado por decreto supremo n.º 030-2011-PCM, *Diario Oficial El Peruano* (14 de abril de 2011).

Violeta Gómez Hinostroza c. Ministerio de Salud [acción de amparo], expediente n.º 30541-2014-18-1801-JR-CL-01, resolución n.º tres (Primer Juzgado Constitucional de Lima [Perú], 19 de agosto de 2016).

Viuda de Mariátegui e hijos S.A. c. Sunat y otros [acción de amparo], expediente n.º 4878-2008-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 20 de marzo de 2009).

Wal-Mart v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011).

Recibido: 12/04/2017

Aprobado: 10/05/2017

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

Nulla executio sine titulo: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú

Nulla executio sine titulo: the scrutiny of awards in the practice of international arbitration as a mechanism to optimize the enforcement of awards in Peru

JOSÉ DOMINGO RIVAROLA REISZ*

Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

FABIO NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES**

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: ¿Qué es lo «liquidable» y cómo debe ser este concepto enfrentado por los árbitros y jueces? ¿Puede un juez en ejecución determinar conceptos como costas, intereses y/o las penalidades sin que el tribunal arbitral le haya brindado ningún parámetro? ¿Qué derechos fundamentales están en juego? En función de la práctica arbitral internacional, nos ocuparemos de los problemas que surgen por la división de funciones entre jueces y árbitros en relación con la ejecución de lo «liquidable».

Palabras clave: autonomía privada, arbitraje internacional, Cámara de Comercio Internacional, efectividad, ejecución, escrutinio, laudo, reglamento arbitral

Abstract: What is «liquidable» and how should this concept be faced by arbitrators and judges? Can an enforcement judge determine concepts such as costs, interests and/or penalties if the arbitral tribunal has not provided any parameters? What fundamental rights might be violated? In accordance with international arbitration practice, we will deal here with the problems arising from the division of functions between judges and arbitrators in relation to the enforcement of the «liquidable» concepts.

Key words: party autonomy, international arbitration, International Chamber of Commerce, effectiveness, enforcement, scrutiny, award, arbitral rules

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.– III. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.–

* Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez en el área de litigio arbitral y judicial. Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el área de solución de controversias, arbitraje y prueba. Código ORCID: 0000-0002-4557-3027. Correo electrónico: drr@prc.com.pe

** Asociado internacional del área de arbitraje de Uría Menéndez. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad ESAN. Miembro de la asociación internacional Arbitration Academy. Ex miembro del Consejo Editorial de *Derecho PUCP*.

Código ORCID: 0000-0001-6614-6561. Correo electrónico: fabio.np05@gmail.com

IV. LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL ARTÍCULO 139 DE LA CONSTITUCIÓN AL ARBITRAJE.- V. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO Y SUS TROPIEZOS.- VI. LOS PROBLEMAS DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO EN LA JURISPRUDENCIA.- VII. CONFLICTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.- VIII. ¿QUÉ ES EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS?- IX. EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS COMO MECANISMO QUE MAXIMIZA LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.- X. UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA: ¿POR QUÉ EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS ES NECESARIO?- XI. LAS CRÍTICAS INFUNDADAS AL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS.- XII. EL ÉXITO DEL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS A NIVEL INTERNACIONAL.- XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es nula la ejecución judicial sin título que la sustente. Se ha escrito ya sobre este aforismo latino (*nulla executio sine titulo*) y sobre los problemas de la codificación peruana (Ariano, 2010). Lo cierto es que el proceso judicial ejecutivo, de ejecución o «único de ejecución» (Código Procesal Civil, artículos 688ss.) supone vías procedimentales céleres, cuyo objetivo final es optimizar los derechos de los acreedores, limitando las posibilidades de contradicción de los deudores¹. En los procesos para la ejecución de títulos, la principal comprobación que debe hacer el juzgador es si existe y está vigente el título que sustenta la ejecución y si este está libre de defectos.

En el caso extremo, cuando existe una sentencia judicial de condena al pago de dinero, las únicas defensas del deudor son las causales de extinción de las obligaciones reguladas en el Libro V del Código Civil. Sin embargo, en cualquier caso, un presupuesto para la ejecución es que la obligación que el título representa, cuando esta sea dineraria, sea líquida o liquidable. En caso contrario, la ejecución no es procedente, según se deriva de la regulación del Código Procesal Civil. Un laudo arbitral es un título jurisdiccional susceptible de ejecución. Aunque tiene una vía procedimental diferenciada para la ejecución (Ley de Arbitraje, artículo 68), la esencia es la misma: el laudo debe contener una obligación líquida o liquidable. ¿Qué es lo «liquidable» y cómo debe ser este concepto enfrentado por los árbitros y jueces? A partir de las reglas previstas en la vigente Ley de Arbitraje y en función de la práctica arbitral internacional, nos ocuparemos en este artículo de los problemas que surgen por la división de funciones entre jueces y árbitros en relación con la ejecución de lo «liquidable».

Dicha división de funciones surge cuando las partes de un contrato deciden incorporar un convenio arbitral que someta una controversia

1 No en vano señala Ariano que la «efectividad de una ejecución (cualquier ejecución) debe partir de un claro "título" para proceder a ella, pues mientras más "certero" será este será menor la posibilidad de una oposición (válida) a que la misma se lleve a cabo» (Ariano, 2010, p. 93).

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

a la jurisdicción arbitral. Con ello buscan evitar los formalismos y rigideces propios de un proceso judicial, con el fin de tener amplia y flexible posibilidad de prueba y alegación, mayor oralidad y mayor celeridad. Así, las partes normalmente pactan un arbitraje para diseñar un procedimiento arbitral acorde con sus necesidades. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad de contar con un árbitro especializado en la cuestión controvertida y con tiempo para dedicarse a la tarea. Controversias relativas a complejos contratos de obra entre privados o a contratos de concesión entre el Estado y empresas para la construcción, operación y mantenimiento de puertos, aeropuertos o carreteras requieren especialización y dedicación casi exclusiva al arbitraje.

Hay necesidades más obvias y básicas que la celeridad, la especialización o la flexibilidad. La más obvia necesidad de las partes es que la decisión del tribunal arbitral cobre vida transformando un estado de cosas y proyectándose en la realidad de los hechos de la manera más rápida y efectiva posible (Salcedo, 2008, p. 202). En otras palabras, las partes no esperan solamente obtener un laudo favorable, sino que buscarán que este se ejecute hasta sus últimas consecuencias (p. 201).

Las partes buscan, en buena cuenta, que los mandatos y las consideraciones del tribunal arbitral no queden solo «en el papel» como declaraciones de buenas intenciones, al punto que se habla del derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales. Ello incluye al arbitraje, como ha señalado con acierto nuestro Tribunal Constitucional al entender que el derecho a la tutela procesal efectiva es exigible respecto de los laudos arbitrales (*Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima*, fundamentos 17 y 18).

La efectividad del laudo arbitral es una necesidad básica que las partes pretenden satisfacer cuando acuerdan arbitrar una controversia mediante un convenio arbitral. Habrá efectividad cuando el laudo se vea materializado en la realidad (Priori, 2009, p. 80). Y, para ese propósito, se requiere de una correcta actuación de los jueces y árbitros. Los árbitros no tienen la facultad de convocar a la fuerza pública para transformar la realidad (Ley de Arbitraje, artículo 67, inc. 2) y que el laudo se ejecute hasta sus últimas consecuencias. Asimismo, los jueces no pueden convocar a la fuerza pública si el mandato contenido en el laudo es ambiguo, incierto o indeterminado, pues se requiere que la obligación esté determinada.

Para el caso de las obligaciones dinerarias, el que la obligación esté determinada significa que la obligación sea, obviamente, líquida. Sin embargo, lo que comúnmente causa confusión es el concepto de lo liquidable, como hemos ya anticipado. ¿Cómo se ejecuta un laudo con obligación liquidable? ¿Qué es lo liquidable y cómo asegurarse de que el tribunal arbitral satisfaga la necesidad de las partes de tener un

laudo liquidable y, por lo tanto, efectivo? ¿Qué ocurre si los parámetros del laudo no son suficientes para que la jurisdicción ordinaria practique la liquidación del monto adeudado?

Consideramos que los jueces y árbitros, al responder estas preguntas, deben tener en mente el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales como norte de su labor. El proceso debe ser visto desde fuera de él para ver como él sirve a algo distinto a sí mismo (Priori, 2003, p. 274). El proceso está al servicio del derecho material y no al revés.

II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

Lo trascendente en un proceso arbitral o judicial es tutelar de manera efectiva las situaciones jurídicas materiales. El énfasis está en el resultado, antes que en el medio. Desde un punto de vista constitucional, el sistema procesal que sea diseñado por el legislador debe tratar de asegurar que el proceso cumpla el fin para el que está previsto. Dicho fin es, entre otros, satisfacer la necesidad de las partes o justiciables de tener una decisión definitiva y que transforme la realidad de manera coercitiva ante la falta de cumplimiento espontáneo (Chamorro, 1994, p. 276)².

Al respecto, el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone lo siguiente:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]
3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo, puesto que está conformado por una serie de garantías. Esta serie de garantías podrían resumirse de la siguiente manera: derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin a la controversia y *derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales* (Priori, 2003, p. 290)³. Esto último implica la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada (Priori, 2003, p. 281)⁴. De esta manera, la efectividad de la tutela jurisdiccional se

² En palabras de Giovanni Priori, «conforme al contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, se hace necesario que la sentencia que se dicte al término del proceso pueda ser ejecutada, pues solo así se brinda una real y efectiva tutela a quienes inicien el proceso» (2009, pp. 284, 288).

³ Sobre este particular, el profesor Priori ha mencionado que «resulta pues manifiesta la expresión de nuestro máximo intérprete de la Constitución de que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos» (Priori, 2003, p. 284).

⁴ Al respecto, nos parece relevante la siguiente sentencia expedida por el Tribunal Constitucional: «en ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste

encuentra estrechamente vinculada con la instrumentalidad misma del proceso (Priori, 2003, p. 281).

La efectividad de la tutela jurisdiccional constituye el rasgo esencial de la tutela jurisdiccional efectiva. Así, una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. Bajo dicha premisa, es posible excusar la grave omisión del constituyente consistente en no incorporar el rasgo de la «efectividad» del derecho a la tutela jurisdiccional en el texto constitucional, puesto que una tutela jurisdiccional que no es efectiva no es en realidad una auténtica tutela (Priori, 2003, p. 281).

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano expresó lo siguiente:

A diferencia de los que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva». Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan solo garantice un proceso «intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad» (Colegio de Abogados de Ica c. decreto de urgencia, fundamento 9).

En consecuencia, podemos concluir que la *efectividad* es el rasgo fundamental de la tutela jurisdiccional y que dicho atributo permite que el proceso alcance la instrumentalidad que está llamado a cumplir en un Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, una sentencia será efectiva cuando, luego de que la misma ha sido obtenida como consecuencia de un debido proceso, el mandato judicial que ella contiene se vea materializado en la realidad⁵. En otras palabras, la pretensión nunca queda satisfecha con la decisión que declare que la pretensión es fundada, sino cuando lo ordenado en la sentencia o el laudo sea verdaderamente cumplido⁶. El principio de efectividad exige una auténtica concreción, no solo a través del

en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que sea pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional» (Jaime Mamerto Ramírez Benavides c. Ministerio del Interior, fundamento 4f).

5 Al respecto, el profesor Jesús González ha expresado que «la tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundado, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido» (2001, p. 337). En la misma línea, el Tribunal Constitucional peruano se ha expresado que «el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido» (Colegio de Abogados de Ica c. decreto de urgencia, fundamento 11).

6 Al respecto, el profesor de Olivera ha señalado textualmente que «en el plano del derecho procesal, la cuestión tiene que ver con la efectividad del instrumento procesal, tanto en términos de tiempo como

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, la cual se logra mediante el cumplimiento de la sentencia o el laudo en sus propios términos (*Livy Margot Chumacero Marticorena c. Gobierno Regional de Piura*, fundamento 11).

Bajo este marco, se han planteado cuatro grados de efectividad. Los dos grados que nos interesan por el momento son la efectividad de segundo grado y la de cuarto grado: es decir, que la decisión jurisdiccional resuelva sobre todas las pretensiones sometidas a la jurisdicción (efectividad de segundo grado) y que dicha decisión sea ejecutada en sus términos exactos y completos de manera coercitiva ante la falta de cumplimiento espontáneo (efectividad de cuarto grado)⁷.

El principio de efectividad de cuarto grado determina entonces que los laudos y las sentencias deben ser susceptibles de ejecución coercitiva. Para nuestro análisis, serán relevantes los laudos de condena, como, por ejemplo, los laudos de condena relativos a una deuda dineraria. En efecto, los laudos pueden ser declarativos, constitutivos o de condena. Los laudos declarativos solo reconocen una determinada situación o relación jurídica; los constitutivos, por el contrario, modifican, constituyen o extinguen una relación o situación jurídica; en cambio, los de condena disponen la realización de una determinada conducta por la parte demandada (Priori, 2009, p. 283).

En suma, la efectividad en cuarto grado del proceso arbitral se mide en función de la ejecución de los laudos de condena, pues solo en estos casos nos referimos a conductas puntuales exigibles al obligado y que son susceptibles de ejecución coercitiva directa.

III. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales se encuentra previsto en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, el cual señala expresamente lo siguiente:

de contenido de los pronunciamientos judiciales, con miras a lograr la justicia del caso concreto, y con observancia de las garantías del debido proceso legal» (2007, p. 156).

7 Para Chamorro, la efectividad se mide en cuatro grados: «La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido, sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional. La efectividad del segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino solo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico. La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico; la efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada» (Chamorro, 1994, pp. 277-279).

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]

2.- La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias *ni retardar su ejecución* (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se expresa en el mismo sentido:

No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, *ni retardar su ejecución*, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil, penal que la ley determine en cada caso (las cursivas son nuestras).

Como se puede observar, conforme a los preceptos enunciados, es imprescindible que el laudo o sentencia que se dicte al término de un proceso sea ejecutado de la forma más célebre posible, ya que es clara la alusión de la Constitución al «retardo» como un estado de cosas *inconstitucional* (Priori, 2009, p. 284)⁸.

Al respecto, resulta preciso recordar que el Tribunal Constitucional peruano ha expresado que el derecho a la ejecución de las decisiones es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sobre el particular, el máximo intérprete de la Constitución señaló expresamente lo siguiente:

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 139, cuando se menciona que “ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución (Colegio de Abogados de Ica c. decreto de urgencia, fundamento 8).

⁸ De igual manera, el Tribunal Constitucional español ha señalado reiteradamente lo siguiente: «el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, CE, comprende, entre otros, el derecho a que sean ejecutadas en sus propios términos las resoluciones judiciales firmes, pues sin ello la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que se quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico, correspondiendo a los Tribunales velar por ese cumplimiento, como expresamente se declara por el artículo 117.3, CE, de modo que desconoce el derecho fundamental el Juez que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible» (Angeles García Barroso c. Juzgado de lo Social de Sevilla, fundamento 2A).

De igual manera, la Corte Europea de los Derechos Humanos expresó, en el emblemático caso *Homsby c. Grecia*, lo siguiente: «El derecho de acceso a los tribunales sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro permitiera que una decisión definitiva y obligatoria quedase inoperativa en detrimento de la parte. Por tal razón, la ejecución de la decisión, sea cual fuere la jurisdicción, debe ser considerada como parte integrante del proceso» (citado en de Oliveira, 2007, p. 160).

La ejecución es, entonces, una expresión del principio de efectividad de cuarto grado a través del cual el propio Estado garantiza a los ciudadanos el recurso a su *ius imperium* con el propósito de ejecutar coercitivamente las sentencias. Y, en el caso del arbitraje, garantiza que los laudos sean ejecutados mediante el auxilio de la jurisdiccional judicial, en vista de que la jurisdiccional arbitral carece de *coertio* (véanse artículo 8, inciso 3 y artículo 67 de la Ley de Arbitraje, en los que se regula el auxilio judicial para la ejecución de laudos artículos).

IV. LA APLICACIÓN INMEDIATA DEL ARTÍCULO 139 DE LA CONSTITUCIÓN AL ARBITRAJE

Si bien en las secciones anteriores hemos asumido que las garantías procesales previstas en el artículo 139 de la Constitución son de plena aplicación al arbitraje, debemos advertir que esta es una cuestión sumamente controvertida en la doctrina. Esta discusión, ciertamente, no es fútil, puesto que dependiendo de la posición que se adopte se concluirá si garantías procesales como la defensa, la motivación y la efectividad de las decisiones son imperativas también en el arbitraje.

En nuestra opinión, las garantías procesales enmarcadas en el artículo 139 de la Constitución son de aplicación inmediata al arbitraje, siempre que no contravengan su naturaleza (véase Rivarola, 2006). Sería un despropósito pensar, por ejemplo, que el derecho a la doble instancia, el derecho a un juez predeterminado por la ley o la publicidad de los procesos son de aplicación inmediata al arbitraje cuando prácticamente todas las leyes o reglamentos de arbitraje del mundo reconocen que los laudos son inapelables, que el derecho a designar un árbitro es un derecho fundamental y que la confidencialidad es inherente al arbitraje⁹. Resulta también controvertido el caso del derecho a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, puesto que nuestra la Ley de Arbitraje permite a las partes pactar en contra de la motivación y es difícil pensar

⁹ Este último punto es quizás el más controvertido. Hay quienes sostienen que la confidencialidad es inherente al arbitraje. De lo que no cabe la menor duda es que los procesos arbitrales no son públicos.

en un derecho fundamental dispositivo. Los derechos fundamentales son —por definición— irrenunciables *ex ante*.

Ahora bien, existen sin duda otras garantías como la imparcialidad, la defensa, la cosa juzgada o la efectividad que son de plena aplicación al arbitraje. No es posible imaginar un proceso arbitral sin la vigencia de estas garantías. Ciertamente, el arbitraje permite que las partes diseñen un procedimiento que se aadecue a sus necesidades y expectativas e incluso les permite evitar los formalismos propios de un proceso judicial. Sin embargo, ese procedimiento particular debe respetar garantías mínimas reconocidas en la Constitución (Palacios, 2009, p. 251).

Sobre este particular, el profesor Reynaldo Bustamante se ha pronunciado en el mismo sentido, con las siguientes palabras:

¿Rigen entonces los derechos fundamentales en el arbitraje? Por supuesto que sí. Sin embargo, no han faltado voces que rechazan esta afirmación bajo el argumento de que la virtualidad de los derechos fundamentales es una cuestión que debe asegurarse en el marco de las relaciones con el Estado, con el fin de que protejan a los particulares de los excesos que pueda cometer un poder exorbitante como el estatal, pero que no tendría sentido extenderla —por lo menos no de la misma manera— en el marco de las relaciones entre privados, como es el caso del arbitraje, porque en estas esa disparidad desaparece, o por lo menos se ve atenuada por la autonomía de la voluntad (Bustamante, 2013, p. 397).

En el mismo sentido, como señala Palacios, el Tribunal Constitucional estableció (en la sentencia del caso *Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima*) lo siguiente:

El enmarcamiento del arbitraje dentro de la Constitución, lejos de generar un perjuicio para la institución arbitral, es sumamente beneficioso, pues pone fin a las especulaciones e incertidumbres que se presentaban en curso de los arbitrajes y, a consecuencia de ello, pone coto al posible abuso de recurrencia judicial para que, por iniciativa de las partes, los jueces, fiscales y autoridades administrativas pretendan suspender, interrumpir los procesos arbitrales en curso, lo que sería peor, revisar a su arbitrio el contenido de los laudos (Palacios, 2009, p. 252).

Finalmente, la aplicación directa de los derechos fundamentales al arbitraje ha sido corroborada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso *Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima*, en la que señaló expresamente que «si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales» (fundamento 20).

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

Por ninguna razón debemos pensar que, al exigir que el arbitraje respete derechos fundamentales —como el derecho a la defensa, el derecho a la prueba o el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales—, se deberían multiplicar las exigencias de los formalismos procesales, de manera tal que se convierta al proceso arbitral en el hermano mellizo del proceso judicial (Palacios, 2009, p. 251). Nada de eso. Simplemente consideramos que no existe ninguna disciplina que se encuentre al margen de la Constitución y, más allá de que el arbitraje encuentre sustento en la autonomía privada, el arbitraje no es la excepción.

En consecuencia, el reconocimiento del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales que no contravengan su naturaleza. En la práctica del arbitraje internacional, no es muy usual que los árbitros invoquen garantías contenidas en un texto constitucional, no solo porque muchas de ellas no son aplicables al arbitraje, sino porque los árbitros internacionalmente reconocidos suelen saber muy bien qué actos se encuentran dentro de los límites del debido proceso y cuáles no. Normalmente no necesitan estudiar los desarrollos jurisprudenciales de cada una de las garantías procesales para advertir que cierto acto vulnera el derecho de defensa, por ejemplo.

Sin perjuicio de lo anterior, siendo el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales de plena aplicación al arbitraje, no cabe la menor duda de que cualquier particular tiene derecho a exigir al Estado que provea todos los medios adecuados para que se garantice plenamente la ejecución del laudo.

V. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO Y SUS TROPIEZOS

La efectividad del laudo puede derivar del propio comportamiento de la parte perdedora en el proceso, quien voluntariamente puede aceptar cumplirlo, situación que se presenta como deseable¹⁰. Sin embargo, si el sujeto demandado no cumple voluntariamente con lo ordenado en el laudo, se deben poner en práctica los diversos mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para ejecutar lo establecido en el laudo, procediéndose en estos casos a su ejecución (Priori, 2009, p. 285)¹¹.

10 En relación con este punto, se ha señalado lo siguiente: «dicha situación se deriva del deber general del cumplimiento de las sentencias que deriva del reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, todos deben prestar esta colaboración, y los afectados concretamente por el fallo vienen ineludiblemente obligados a su cumplimiento, cualquiera sea la persona a la que se refiere el mandato judicial» (Ortega, 2001, pp. 449ss.).

11 Sobre este particular, el profesor González ha expresado que «la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —que suelen reconocer todas las Constituciones— comprende no solo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decide si la pretensión está o no fundada, sino que lo que en ella se ha resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (2001, p. 425).

En ese sentido, si el obligado se resiste de cualquier manera a cumplir lo ordenado en el laudo, el Estado —que prohíbe la autodefensa— debe emplear los medios necesarios para superar dicha resistencia, legitimando la utilización de la fuerza para lograrlo (González, 2001, p. 337). El derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales exige entonces que el juez disponga de los instrumentos para garantizar que el demandante obtenga el bien de la vida (la utilidad) que el laudo ha reconocido.

Al respecto, el profesor González se ha pronunciado del siguiente modo: «Si el obligado no cumple lo mandado por la sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la facultad de dirigirse a un órgano jurisdiccional para que adopte cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para que se realice lo dispuesto en el fallo» (2001, p. 341).

Sin embargo, con frecuencia, estas medidas y providencias pueden ser insuficientes y, a pesar de los esfuerzos, el derecho de ejecución tropieza con varios obstáculos. En muchos casos, esto sucede ante la inejecución pura y simple del laudo o incluso también ante la alteración de los términos del mismo. Estos supuestos hipotéticos son muy peligrosos. Sin duda, la inejecución pura y simple supondría ignorar los derechos e intereses de la parte que obtuvo tutela efectiva a través de una decisión favorable (*Coto Minero c. Audiencia Territorial de Valladolid*). A su vez, la hipotética posibilidad de alterar los términos de los laudos a ejecutar ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica (Obando, 2011, p. 1999). Imaginemos, por ejemplo, un supuesto en el cual en sede de ejecución el juez determina los intereses sin utilizar ningún parámetro brindado por el tribunal arbitral. Ello no solo vulneraría la autonomía privada de las partes, las cuales nunca consintieron que el juez en ejecución realice semejante tarea, sino que incluso su derecho a la defensa se vería menoscabado, pues no podrían contradecir ni probar con la misma amplitud que en un proceso cognitivo.

Lo cierto es que la efectividad de los laudos en el ordenamiento jurídico peruano se ha visto relativizada y ha tenido tropiezos adicionales. Sucede que, en múltiples casos, los árbitros no determinan con claridad los conceptos que integran las obligaciones contenidas en los laudos, lo que ocasiona que en reiteradas ocasiones la parte vencida cuestione la ejecutabilidad del laudo y, en consecuencia, la efectividad del mismo se vea relativizada (*Julio Huamán Gómez c. Corporación José R. Lindley*). En otras palabras, lo que sucede con frecuencia es que los conceptos contenidos en los laudos no se encuentran correctamente determinados y, por ende, se imposibilita su ejecución.

La naturaleza del proceso de ejecución en general, y de la ejecución de laudos arbitrales en particular, exige que la suma dineraria contenida en este sea líquida o liquidable mediante operación aritmética. En efecto,

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

el artículo 689 del Código Procesal Civil establece expresamente lo siguiente:

Artículo 689.- Requisitos Comunes

Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

En el mismo sentido, es preciso recordar que si la suma es liquidable mediante simple operación aritmética, el ejecutante debe acompañar una liquidación realizada de acuerdo con los criterios establecidos en el laudo por el tribunal arbitral. Al respecto, el artículo 717 del Código Procesal Civil fija la siguiente regla:

Artículo 717.- Ejecución de suma ilíquida

Si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga.

La liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro del tercer día, luego de lo cual el Juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.

Lo anterior significa que el tribunal arbitral debe haber establecido previamente ya sea el *quantum* específico o al menos el lineamiento claro e inobjetable que llegue a la suma a ejecutar mediante una simple operación aritmética. Prescindir de dicho requisito implicaría que la jurisdicción estatal tome decisiones respecto a las pretensiones del proceso arbitral, lo que implicaría vulnerar una competencia ajena.

Sobre este particular, es preciso recordar que el artículo 68 de la Ley de Arbitraje establece condiciones procesales específicas para ejecutar un laudo arbitral:

Artículo 68.- Ejecución judicial

1. La parte interesada *podrá solicitar la ejecución del laudo* ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, *por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior*, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada (las cursivas son nuestras).

Como se puede apreciar, en los casos en que los conceptos contenidos en los laudos no se encuentran correctamente determinados, no es posible abrir, en medio del proceso de ejecución, discusión, probanza ni

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

determinación alguna respecto de los montos a ser ejecutados. Como es bien sabido, en los proceso de ejecución la autoridad judicial solo debe intervenir para ejecutar lo que se encuentra en el título ejecutivo de modo cierto, claro, expreso, exigible y líquido (o liquidable) (Ley de Arbitraje, artículo 68). El laudo debe poder ser ejecutable por su solo mérito, sin necesidad de que se realice ningún examen adicional.

Así, por ejemplo, en el caso de los intereses, el tribunal arbitral debe indicar la tasa y el momento desde el cual empiezan a generarse, convirtiendo a la suma en liquidable. El juez no debe tomar ninguna decisión, pues su labor se reduce a ejecutar lo ya decidido por el tribunal arbitral. Similar criterio es aplicable a los costos del proceso arbitral¹², los cuales deben ser fijados por el tribunal arbitral; o, al menos, el tribunal arbitral debe proporcionar parámetros objetivos, claros y concretos a fin de que, en el proceso de ejecución, el juez, sin realizar ningún tipo de examen, pueda calcular los costos en base a una operación aritmética simple.

En definitiva, para que las obligaciones de dar suma de dinero puedan constituir título ejecutivo, el título debe ser líquido o liquidable. Asimismo, para su respectiva ejecución, han de seguirse los criterios establecidos en el título o los que la ley disponga. Los jueces no pueden suplir una competencia que corresponde exclusivamente a los árbitros en virtud de un convenio arbitral.

VI. LOS PROBLEMAS DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO EN LA JURISPRUDENCIA

Un ejemplo en el que la ejecución del laudo se encontró con una serie de tropiezos fue el caso *Julio Huamán Gómez c. Corporación José R. Lindley*, seguido ante la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial. En dicho caso, la Corporación José R. Lindley sostenía que la ejecución que pretendía Julio Huamán Gómez SCRL debía ser desestimada, puesto que la obligación contenida en el laudo relativa a las costas arbitrales no estaba determinada.

12 Es oportuno precisar que las costas se encuentran constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos del auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Se trata, pues, de un concepto inherente al proceso judicial y no al proceso arbitral. El artículo 70 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente: «el tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) los honorarios y gastos del secretario; c) los gastos administrativos de la institución arbitral; d) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales». Asimismo, el artículo 69 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente: «las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

En su fallo, los vocales de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial consideraron que todos los conceptos a ejecutar habían sido correctamente determinados, salvo el último, correspondiente a los costos arbitrales sobre cuya determinación no se había señalado lineamiento alguno. En tal sentido, los vocales concluyeron que los costos arbitrales no podían ser objeto de ejecución por lo siguiente:

- 6.1. Como se puede advertir, los conceptos señalados son todos determinados (o contienen las pautas mínimas para su determinación, como los intereses), salvo el último, correspondiente a los costos arbitrales, sobre cuya determinación no se ha señalado lineamiento alguno.
- 6.2. Por ello, conforme a lo señalado anteriormente, este concepto (costos arbitrales) no puede ser objeto de ejecución en el presente proceso de ejecución de laudo arbitral, pues no reúne la citada condición esencial para ser encaminado a través de esta vía (*Julio Huamán Gómez c. Corporación José R. Lindley*).

Como última precisión, los vocales destacaron que la indeterminabilidad de los costos arbitrales no debía repercutir en ninguno de los otros conceptos que integraban la obligación, de modo tal que resultaba viable el reclamo del pago de dichos conceptos en la vía ejecutiva, pues estos habían sido claramente determinados (*Julio Huamán Gómez c. Corporación José R. Lindley*, 7).

Otro caso emblemático es *Suring SAC c. Ministerio de Educación*, seguido ante la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, en el que la ejecución del laudo sufrió nuevos tropiezos. En dicho caso, el Ministerio de Educación cuestionó la ejecutabilidad del laudo, sosteniendo que los conceptos contenidos en él no eran líquidos ni determinados. En otras palabras, el demandado señaló que las estimaciones contenidas en el laudo no eran lo suficientemente precisas o claras como para que el mismo pueda constituir título ejecutivo.

En su fallo, los vocales advirtieron que, si bien los árbitros habían declarado fundadas varias pretensiones, ordenando que la ejecutada pague al ejecutante montos por distintos conceptos (gastos generales, penalidades, diferencia de valorizaciones, entre otros), no todos los conceptos habían sido precisados en cuanto al monto que representaban.

En tal sentido, los vocales verificaron si en el propio título ejecutivo se podía identificar los indicadores referenciales o parámetros a utilizar para liquidar la cuantía de los conceptos a ejecutar. Sin embargo, los vocales advirtieron que, si bien había algunos conceptos determinados por el laudo, no se había dicho nada respecto de la tasa de interés aplicable, ni tampoco del período dentro del cual debían ser estimados, ni si estos eran capitalizados o capitalizables.

Sobre este particular, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial señaló en su fallo expresamente lo siguiente:

Las estimaciones contenidas en el laudo no son del todo precisas o claras, pues no se sabe si corresponden a montos ya establecidos por el propio Tribunal, o si sobre ellos debe realizarse nuevas estimaciones, como en la sexta pretensión subordinada, relacionada con los intereses de las valorizaciones, se ha establecido un monto, pero no se dice nada sobre el período al que corresponde dicho monto, haciendo inviable un cálculo correcto de los intereses que se generarían hasta la fecha de pago.

En otros extremos, es el contenido de la pretensión que ha sido declarada fundada la que no se identifica con claridad, como en la séptima pretensión subordinada, que versa sobre los intereses generados por la devolución del fondo de garantía. En este caso habría que establecer si ello incluye solo los intereses o también la devolución de dicho fondo, o si este fondo ya fue devuelto y solo restan los intereses" (*Suring SAC c. Ministerio de Educación*, 3).

Así, pese a las deficiencias advertidas en la determinación de cada uno de los conceptos reconocidos en el laudo, la ejecutante solicitó a través de su demanda el pago del monto de S/. 408,691.11, señalando que dicha cantidad sería el resultado de la suma de todos los conceptos que han sido reconocidos por el laudo. Tal resultado ha sido calculado agregando a cada pretensión el IGV y los intereses, pese a que tales conceptos no han sido reconocidos por todas las pretensiones resueltas en el laudo. De igual modo, incluye en su cálculo conceptos cuyo reconocimiento no es del todo claro (ej. devolución de fondo) (*Suring SAC c. Ministerio de Educación*, 5).

En virtud de dichas consideraciones, los vocales concluyeron que las deficiencias identificadas debían ser corregidas a través del dictado de un nuevo pronunciamiento arbitral, verificando previamente de manera seria y clara los alcances del título ejecutivo puesto a cobro, el mismo que debe cumplir con todas y cada una de las condiciones que la ley exige (obligación cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable).

Por otra parte, resulta especialmente pertinente el caso *Gerencia Comercial Inmobiliaria c. Electrocentro*, en el que una vez más la efectividad del laudo se tropezó con nuevos obstáculos. En dicho caso, la parte ejecutada cuestionó la ejecutabilidad del laudo, sosteniendo que el laudo no contenía una suma líquida. Al respecto, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial se pronunció de la siguiente manera:

Es así que ni siquiera es factible analizar dentro de la totalidad del fallo arbitral, la existencia de conceptos susceptibles de ser liquidados o no mediante operación aritmética simple (muchos de ellos no lo son,

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

de una simple revisión, como se ha señalado; *por ejemplo*, de los párrafos transcritos relativos a los puntos controvertidos 23, 24, 36 y 37, se observa que no hay pautas de esa naturaleza para poder alcanzar la cifra inobjetable a ejecutar con solo operación aritmética), por cuanto *no se ha distinguido qué conceptos o extremos del laudo arbitral son los cedidos*” (*Gerencia Comercial Inmobiliaria c. Electrocentro*, 6).

Como se puede apreciar, los vocales concluyeron que el título que se pretendía ejecutar no cumplía con los requisitos legales que permiten la ejecución del laudo, puesto que únicamente se pueden ejecutar obligaciones expresas, líquidas (o liquidables, según lo expuesto), ciertas y exigibles, por lo que se declaró improcedente la demanda.

De igual manera, en el caso *Gerardo Widauski c. Electrocentro*, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial expresó que

3.2. [...] la determinación del tipo de interés y de la tasa no corresponde a la etapa de ejecución, en la que solo se liquida lo que ya está establecido con precisión en la etapa previa (hasta el auto final).

3.3. Es por ello que al emitir la apelación el Sr. Juez A *quo* ha incurrido en vicio insalvable, debiendo declararse nula la resolución 03 en el extremo relativo a los intereses, a fin de que el Magistrado proceda a analizar el título de ejecución y de acuerdo a él volver a pronunciarse respecto del extremo señalado (*Gerardo Widauski c. Electrocentro*).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta preciso señalar que existe al menos una sentencia que ha adoptado una posición opuesta a los casos anteriormente citados. A pesar de que es bien sabido que en un proceso de ejecución no puede someterse a debate o probanza las sumas a ser ejecutadas, ha existido al menos en un caso en que se ha sostenido una tesis contraria.

Así, en el caso *Consorcio Recupera Callao c. Municipalidad Provincial del Callao*, el ejecutado objetó la ejecutabilidad del laudo, señalando que «a) el monto ordenado pagar en el laudo arbitral asciende a S/. 646,725.47 nuevos soles y no a lo ordenado por el juez que es de S/. 740,925.47 nuevos soles, pretendiéndose cobrar sumas distintas a las ordenadas pagar por el Tribunal Arbitral; b) el ejecutor del laudo no se encuentra facultado para presentar la liquidación de intereses en forma unilateral y arbitraria» (*Consorcio Recupera Callao c. Municipalidad Provincial del Callao*, 2).

Sin embargo, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial se pronunció en los siguientes términos:

El ejecutante no ha tomado en cuenta que conforme a la liquidación de fojas 70 —presentada por la parte ejecutante— se incorporaron a la

ejecución del laudo los conceptos de gastos, costos y costas ordenados a pagar en el punto sexto del mismo laudo, los que fueron estimados por el ejecutante en S/. 94,200.00 nuevos soles, siendo que este extremo no fue cuestionado por la parte ejecutada, ya que su «contradicción» propuesta fue rechazada, además se puede apreciar de su contenido que la ejecutada no formuló ninguna objeción de la naturaleza que ahora pretende incorporar a debate, es decir, no propuso oposición al pago de estos conceptos.

De otro lado, en la misma resolución el Juez del proceso ha ordenado al ejecutado pagar a la ejecutante «los intereses devengados y por devengarse», por lo cual, no resulta cierto —como lo sostiene el apelante— que el juez haya ordenado el pago de una suma de dinero líquida por concepto de intereses, pues, si bien el ejecutante ha estimado este concepto en S/. 200,841.17 nuevos soles en la liquidación ya mencionada, el auto de pago no involucra el mismo, siendo este *un concepto a establecerse finalmente en ejecución* (Consorcio Recupera Callao c. Municipalidad Provincial del Callao, 5; las cursivas son nuestras).

Como no es difícil advertir, si bien existe una marcada tendencia mayoritaria que establece que no se pueden determinar los conceptos a ejecutar en ejecución, la cuestión no es absolutamente pacífica en la jurisprudencia. Existen posiciones distintas. En nuestra opinión, lo que está detrás de las jurisprudencias citadas es el resultado de una ponderación entre derechos fundamentales: autonomía de la voluntad, por un lado, y efectividad de las decisiones jurisdiccionales, por el otro.

Por un lado, se establece que no es admisible que, en un proceso de ejecución, sea posible que los jueces determinen los conceptos a ser ejecutados porque se alega que debe prevalecer la autonomía de voluntad de las partes, quienes (mediante la celebración de un convenio arbitral) han pactado que la decisión final de sus controversias debe estar en manos del tribunal arbitral y no de los jueces. A su vez, por otro lado se alega que los jueces sí están legitimados para determinar los conceptos en ejecución, con el propósito de salvaguardar el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales.

VII. CONFLICTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En las jurisprudencias citadas, el problema con el que se han encontrado los jueces es que los tribunales arbitrales no habían cumplido debidamente con liquidar conceptos como las costas, los intereses, las penalidades, etcétera. En otras palabras, si bien en todos los casos las costas, los intereses y/o las penalidades habían sido articulados como pretensiones por los demandantes, las estimaciones de dichos conceptos efectuadas por el tribunal arbitral y contenidas en el laudo

no eran lo suficientemente precisas o claras como para que puedan constituir título ejecutivo.

En estas circunstancias, el juez se encuentra en una situación complicada: por un lado, emitir un pronunciamiento con respecto a dichos puntos implicaría violar una competencia ajena que le corresponde exclusivamente a los árbitros; mientras que, por otro lado, no pronunciarse con respecto a dichos puntos implica obligar a las partes a iniciar un nuevo arbitraje, asumir los costos del mismo y esperar años a que se dicte un nuevo laudo que se pronuncie sobre estos puntos. Este último escenario restringe, entre otros derechos, la efectividad de las decisiones jurisdiccionales.

En efecto, si es que el juez en ejecución realizase una cognición sumaria para determinar cualquiera de dichos conceptos, estaría restringiendo la autonomía privada de los contratantes y desnaturalizando el proceso de ejecución. Sin embargo, no ejecutar dichos conceptos implicaría restringir, entre otros derechos, la efectividad de las decisiones jurisdiccionales y la naturaleza del proceso en general, la cual implica resolver los conflictos de intereses, mas no dilatarlos.

Frente a este escenario, resulta pertinente resaltar que la potestad de los árbitros de resolver las controversias encuentra fundamento en la libertad y la autonomía de la voluntad de los particulares (Cremades, 2006, p. 187). El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, delimita la potestad decisoria de los árbitros. «Todo arbitraje se fundamenta sobre la voluntad de las partes en conflicto, existente o futuro, de tal manera que la cláusula arbitral es el punto neurálgico del arbitraje y su razón de ser» (Cremades, 2006, pp. 185-186)¹³. En este sentido, si un juez en ejecución de laudo se pronuncia sobre una pretensión que fue sometida a un proceso arbitral en virtud de un convenio arbitral, está desconociendo la autonomía de la voluntad de las partes.

En nuestra opinión, bajo ninguna circunstancia un juez puede suplir una competencia que les corresponde exclusivamente a los árbitros en virtud de un convenio arbitral. Sin embargo, no podemos negar que

13 Sobre este particular, el profesor Cremades ha señalado que «El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 CE. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el arbitraje es "...un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)".

La piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral; negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de alguna de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica [...]. La jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el convenio arbitral, dirigido a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes es la única fuente del arbitraje» (Cremades, 2006, pp. 187-188).

el derecho a la ejecución impone a los órganos judiciales adoptar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de las resoluciones¹⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un conflicto latente entre la autonomía privada y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, la propuesta que compartiremos debe ser el resultado de una ponderación de principios constitucionales. En ese sentido, la solución debe propender a maximizar dichos principios constitucionales, puesto que, incluso en el ámbito de los derechos constitucionales, lo importante es maximizar.

En otro trabajo ya se ha señalado que

si bien los derechos fundamentales se encuentran en constante conflicto, ello no significa que un derecho debe ser sacrificado en desmedro de otro o que se debe elegir entre uno de los dos, sino que se debe optimizar a todos en su conjunto. Lo importante es comprender que lo que está detrás de la ponderación de derechos fundamentales es un análisis costo-beneficio. El juez tendrá que restringir algunos derechos y optimizar otros, pero siempre buscará la maximización de los derechos fundamentales en su conjunto (Núñez del Prado, 2016, p. 75).

Si bien uno de los remedios idóneos para resolver estos inconvenientes es el recurso de integración del laudo previsto en el artículo 57 (inciso 1, literal c) de la Ley de Arbitraje, no podemos negar que este remedio no ha sido utilizado de forma efectiva. La parte ganadora de un arbitraje suele concentrarse en los extremos del laudo que se pronuncian con respecto a las pretensiones principales y suele obviar reiteradamente la determinación de otros conceptos importantes como las costas y/o los intereses.

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ*

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU*

14 En el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha señalado que «el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales se satisface cuando el juzgador adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución con independencia de la celeridad temporal en que las dicte; es la eficacia, y no el tiempo, la que sirve de pauta para determinar en cada caso los márgenes constitucionales de una pretendida vulneración de ese derecho. Por el contrario, cuando las medidas se adoptan por el órgano judicial con una tardanza excesiva e irrazonable, al margen de su eficacia objetiva, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas será el eventualmente conculado» (doctrina vertida en las SSTC 26/1983, de 13 de abril y 26/1986, de 20 de febrero). Sobre este punto, el profesor Priori ha señalado que «el derecho a la efectividad de las resoluciones es el derecho que tienen las partes a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido. Para ello, se debe proveer al ciudadano de todos los medios adecuados para que se garantice la efectividad de las resoluciones judiciales» (Priori, 2003, p. 291). En la misma línea de ideas, en otra simbólica sentencia, el Tribunal Constitucional español expresó textualmente que «el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución, con independencia de cuál sea el momento en que las dicta. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable puede considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando, por el contrario, se adoptan, aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución o que, aun siendo en principio adecuadas quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a complementarlas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas» (María Luisa Tárraga y otros c. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, fundamento 3).

Sin embargo, lo más grave y cierto es que, sin parámetros, el juez de la ejecución del laudo estará atado de manos, como hemos ya visto. En efecto, no puede «arbitrar» y fijar estos parámetros que un tribunal arbitral no ha fijado, pues el juez de ejecución de laudo no tiene jurisdicción arbitral. Por ende, el juez de ejecución no podrá cumplir la misión constitucional que le ha sido encargada: ejecutar o hacer cumplir la efectividad de las decisiones (de cuarto grado, en los términos de Chamorro).

Por lo demás, muchos tribunales arbitrales optan por considerar ya resuelto el tema con solo indicar que «hay condena a intereses» o que «hay condena a costos», sin fijar los parámetros que permitan liquidar el monto. Si no hay parámetros, no estamos dentro del ámbito de lo «liquidable mediante simple operación aritmética» por el juez de ejecución. Y, como dichos tribunales arbitrales consideran que ya se pronunciaron sobre todos los puntos controvertidos dando respuesta a las pretensiones, rechazan el pedido de integración de laudo señalando que no hay nada que integrar. Esta concepción errónea de la misión arbitral es, sin duda, una afectación del derecho a la efectividad de segundo grado, en los términos ya definidos y explicados antes.

Se genera entonces un limbo para el justiciable y un círculo vicioso. El árbitro rechaza el pedido de integración de laudo porque lo considera completo, aunque sea obvio que faltan parámetros para convertir el mandato en uno liquidable y, por lo tanto, líquido en ejecución. Y el juez no puede fijar los parámetros que el tribunal arbitral omitió porque no tiene jurisdicción arbitral. Por lo tanto, el juez no puede ejecutar.

En nuestra opinión, este limbo en el cual quedan colocados algunos justiciables puede ser resuelto para el caso de los arbitrajes institucionales. Así, una de las soluciones que maximiza tanto la autonomía privada de las partes como la efectividad de las decisiones jurisdiccionales y evita el limbo antes descrito es que los centros de arbitraje peruanos incorporen dentro de sus reglamentos arbitrales el escrutinio de los laudos.

VIII. ¿QUÉ ES EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS?

El escrutinio de los laudos es un mecanismo a través del cual una institución arbitral busca que el laudo sea de la mejor calidad posible, incrementando así las posibilidades de que sea ejecutado de forma efectiva. Asimismo, busca que el laudo esté debidamente motivado, incrementando así las posibilidades de que sea cumplido voluntariamente por la parte perdedora. Por último, y como derivación de lo anterior, busca mitigar el riesgo de que el laudo sea anulado (Bond & Paralika, 2015, p. 421).

Al respecto, Bond y Paralika han señalado expresamente lo siguiente:

The scrutiny of awards pursuant to art. 33 is one of the most distinctive features of ICC arbitration. No other major arbitral institution has historically had a similar process. Art. 33 has two goals. First, it seeks to ensure that ICC awards are of as high a quality as possible with respect to the form of the award. Ensuring the formal quality of awards increases the likelihood that the award will be enforced. Second, it seeks to ensure that the award is well-reasoned and persuasive so as to increase the likelihood that it is complied with voluntarily by the losing party and is less susceptible to being set aside or denied enforcement (2015, p. 421).

Por otro lado, el profesor Gerbay se ha pronunciado de la siguiente manera: «In addition and more importantly perhaps, it is a last-minute opportunity for the institution to cast an eye on the award before it is issued to the parties. In other words, a requirement that any award be issued by the institution fulfills a “quality control” purpose» (Gerbay, 2016, p. 55)¹⁵.

Tal y como señala el profesor Gerbay, el escrutinio es una oportunidad de último minuto para que una institución ajena a las actuaciones del arbitraje revise el laudo antes de que este sea notificado a las partes. De alguna u otra manera, el escrutinio de los laudos es una especie de control de calidad. Así, los profesores Blackaby y Partasides han señalado que el escrutinio «helps to ensure a measure of “quality control”, but the scrutiny is principally as to form and does not affect the tribunal’s liberty of decision» (Blackaby, Partasides, Redfern & Hunter, 2015, p. 604). En el mismo sentido, el profesor Born ha señalado que «experience teaches even the most self-confident tribunal that another set of eyes can be helpful in catching mistakes» (Born, 2015, p. 311).

El reglamento de arbitraje más emblemático que reconoce el escrutinio de los laudos es el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, Reglamento de la CCI)¹⁶. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de la CCI señala expresamente lo siguiente:

Artículo 33.– Examen previo del laudo por la Corte.- Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto,

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

¹⁵ En el mismo sentido, el profesor Verbiest ha señalado expresamente que «the scrutiny of draft awards is an important and attractive feature of ICC arbitration as it generally improves their quality and enhances the enforceability of the award. Scrutiny is a fundamental feature of ICC arbitration and it increases confidence in the ICC arbitral process. It distinguishes ICC arbitration from proceedings conducted under other major international arbitration rules such as those of UNCITRAL or ICSID, which do not contain any equivalent provisions» (Verbiest, Schäfer & Imhoos, 2015, pp. 421-431).

¹⁶ Como veremos en la sección XII, existen numerosas instituciones arbitrales que reconocen en sus reglamentos el escrutinio de los laudos.

a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte¹⁷.

Como se puede apreciar, el artículo 33 del Reglamento de la CCI diferencia las modificaciones de forma de las modificaciones de fondo. La distinción es muy significativa. La Corte puede exigir modificaciones de forma, pero únicamente puede llamar la atención del tribunal arbitral con respecto a puntos de fondo. En relación con el escrutinio de fondo, Bond y Paralika han señalado expresamente lo siguiente:

The ICC Court does not act as an appellate court or verify that the legal and factual matters set out in the draft award are «correct». It can,

¹⁷ Al respecto, en el *Statistical Report* de la Cámara de Comercio Internacional «in 2012, only 2% of all awards issued at the ICC were not the object of any suggestions of modification» (International Chamber of Commerce, 2013, p. 15). Asimismo, en el período 2008-2012, el profesor Greenberg ha señalado que «the ICC Court approved a total of 1,809 draft awards and decided not to approve 139 awards (for a total number of awards of 1,948 awards), which means that a “not insignificant” 7% of awards failed to meet the approval of the Court» (Greenberg, 2013, p. 89). Por otro lado, de acuerdo con las estadísticas de la CCI, «in 2013, no less than 471 awards were approved by the Court. These comprised 327 final awards, 104 partial or interim awards, and 40 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2014, p. 14). «In 2012, the Court approved 491 awards, comprising 341 final awards, 119 partial or interim awards and 31 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2013, p. 15). «In 2011, a total of 508 awards were approved by the Court, comprising 347 final awards, 120 partial or interim awards, and 41 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2012, p. 15). «In 2010, the Court approved 479 awards, comprising 305 final awards, 130 partial or interim awards, and 44 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2011, p. 15). «In 2009, the total number of awards approved by the Court was 415, comprising 265 final awards, 111 partial or interim awards, and 39 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2010, p. 14). «In 2008, 407 awards were approved, namely 261 final awards, 109 partial or interim awards, and 37 awards by consent» (International Chamber of Commerce, 2009, p. 14). Finalmente, el profesor Verbiest ha explicado que «according to the statistics published by the Court, the latter gave an unqualified approval to only 5 draft awards in 2013. The remaining 466 awards were approved subject to modifications of form or with the attention of the arbitrators being drawn to points of substance, in order to enhance the quality and enforceability of the award. 40 draft awards were not approved, but sent back to the arbitral tribunal to be reworked and resubmitted (see “2013 Statistical Report” published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 25(1), 2014, p. 14). In 2012, the Court required modifications as to form and drew the attention of the arbitral tribunal to points of substance when approving 483 (98%) awards. On a further 59 occasions, the Court requested that the arbitral tribunal resubmit its award for approval (see «2012 Statistical Report» published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 24(1), 2013, p. 15). In 2011, the Court used its power to require modifications as to form and draw the attention of the arbitral tribunal to points of substance when scrutinizing 496 (97.6%) of the awards. On a further 37 occasions, the Court requested that the arbitral tribunal resubmit its award for approval (see «2011 Statistical Report» published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 23(1), 2012, p. 15). In 2010, the Court used its power to require modifications as to form and draw the attention of the arbitral tribunal to points of substance when scrutinizing 444 (92.7%) of the awards. On a further 43 occasions, the Court requested that the arbitral tribunal resubmit its award for approval (see «2010 Statistical Report» published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 22(1), 2011, p. 15). In 2009, the Court required modifications as to form and/or drew attention to points of substance when approving 382 awards, leaving 33 awards approved without commentary by the Court. On a further 34 occasions, the Court requested that the arbitral tribunal resubmit its award for approval (see «2009 Statistical Report» published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 21(1), 2010, p. 14). In 2008, the Court used its power to require modifications as to form and draw the attention of the arbitral tribunal to points of substance when scrutinizing 363 of the awards, leaving 44 awards approved without commentary by the Court. On a further 25 occasions, the Court requested that the arbitral tribunal resubmit its award for approval (see «2008 Statistical Report» published in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20(1), 2009, p. 14) (Verbiest *et al.*, 2015, pp. 182-183).

however, draw the arbitrators' attention to points of substance, without affecting their liberty of decision. The ICC Court exercises this right sparingly. It does not want to be seen as interfering inappropriately in the arbitrators' deliberations. It will generally only raise questions with regard to points of substance when the award's reasoning is internally inconsistent, illogical or incomplete, or points made in a dissenting opinion are not dealt with in the draft majority award. Its goal is not to affect the outcome of the award, but to ensure that the reasoning is clear and persuasive (Bond & Paralika, 2015, p. 423).

El procedimiento de escrutinio se inicia cuando el tribunal arbitral le remite a la Secretaría Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, Secretaría de la CCI) el proyecto de laudo sin firmar. El consejero del equipo al que se le ha asignado el caso será el primero en revisar el borrador del laudo. El consejero puede realizar comentarios al tribunal arbitral antes de que el laudo se someta a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, Corte de la CCI), si es que contiene problemas sustanciales de forma. Este podría ser el caso, por ejemplo, si es que el árbitro que redactó el borrador de laudo ha sido nombrado como árbitro por primera vez (Bond & Paralika, 2015, p. 421).

Después de la revisión del consejero, el borrador es revisado también por el Secretario General, el Secretario General Adjunto o el Consejero General. Este segundo encargado de la revisión discute luego el laudo con el consejero. El consejero elabora a continuación un reporte del laudo a efectos de enviarlo a la Corte de la CCI. Los laudos son generalmente considerados en una sesión de comité. Sin embargo, si un laudo se deriva de asuntos particularmente complejos o novedosos, involucra a una parte estatal, llega a una decisión sobre un monto significativo en disputa o está acompañado de una opinión disidente, generalmente se someterá a una sesión plenaria. Si es que el proyecto de laudo se somete a una sesión plenaria, uno de los miembros de la Corte elaborará un reporte del laudo indicando si es que debería ser aprobado o enviado de vuelta al tribunal arbitral. La Corte de la CCI solo tiene en frente suyo el proyecto de laudo, los términos de referencia y otros laudos antes dictados en el arbitraje, junto con los comentarios de la Secretaría y el reporte de los miembros de la Corte. Ni la Corte de la CCI ni la Secretaría de la CCI revisan las actuaciones en el arbitraje como parte del procedimiento de escrutinio (Bond & Paralika, 2015, p. 421).

Después de que ha discutido el laudo, la Corte de la CCI generalmente adoptará una de tres posibles decisiones. Primero, podría aprobar el proyecto de laudo tal y como ha sido presentado. Esto es realmente inusual porque incluso los mejores proyectos de laudo usualmente

contienen pequeños errores de forma (errores tipográficos o errores matemáticos, por ejemplo). Segundo, podría aprobar el borrador sujeto a algunas modificaciones. Esta es la decisión más común de la Corte de la CCI. La decisión de la Corte de la CCI es notificada al tribunal arbitral, el cual es invitado a presentar el laudo firmado a la Secretaría después de haber incorporado las modificaciones sugeridas. Cuando la Secretaría recibe el laudo firmado, es responsable de verificar que las modificaciones solicitadas por la Corte de la CCI hayan sido implementadas correctamente. Si es que las modificaciones sugeridas por la Corte de la CCI no han sido incorporadas de forma satisfactoria, la Secretaría puede derivar el laudo a la Corte para una nueva revisión. Tercero, la Corte de la CCI puede decidir no aprobar el proyecto de laudo e invitar al tribunal arbitral a enviarlo nuevamente, siempre que se tome en cuenta algunos comentarios. La Corte de la CCI adopta esta decisión cuando el proyecto de laudo tiene serios problemas de forma o sustancia. El tribunal arbitral puede reenviar nuevamente el laudo después de haber tomado en consideración los comentarios de la Corte de la CCI y el procedimiento de escrutinio es repetido (Bond & Paralika, 2015, p. 422).

Los profesores Verbist y Schäfer explican el procedimiento de escrutinio de la siguiente manera:

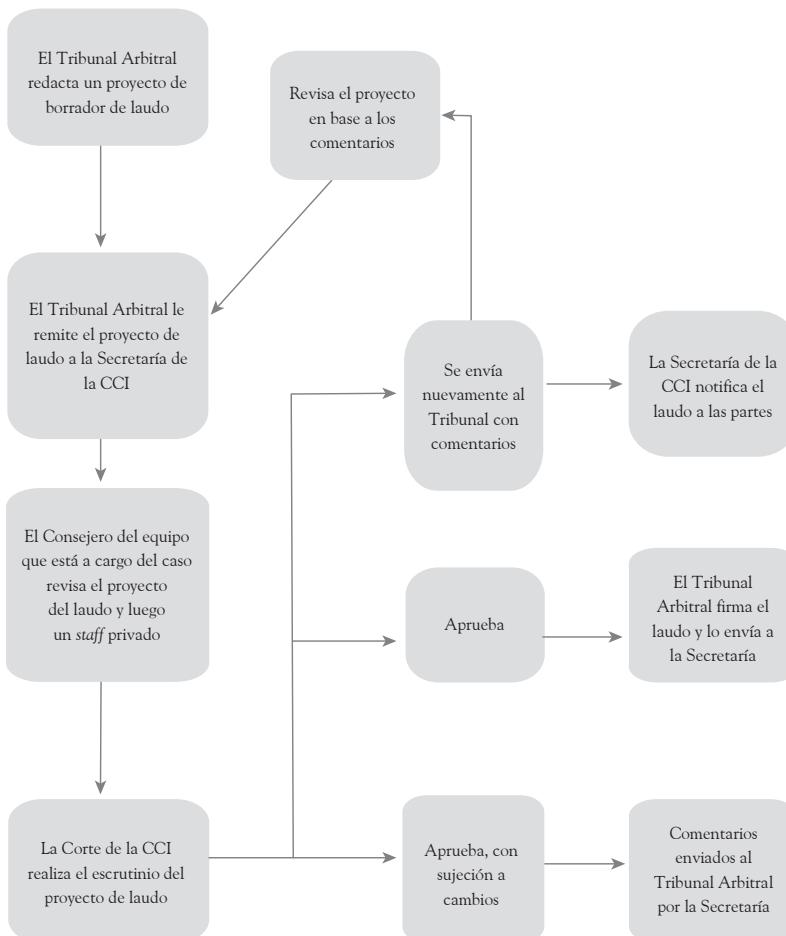
When an ICC arbitral tribunal submits its draft award to the ICC for approval, the Counsel in charge of the case at the Secretariat of the Court will review the draft award and may offer comments or observations. Once the draft award has been revised in light of any comments the Counsel may have made, it is submitted to the Court together with the Terms of Reference. A Court member is appointed as rapporteur to submit a report to the Court, which then deliberates and decides whether or not to approve the award.

The Court may (i) approve the draft award, (ii) approve the draft award but invite the arbitral tribunal to make changes to it when finalizing it for notification to the parties, or (iii) invite the arbitral tribunal to make changes to the draft award and to submit a revised version to a future session.

Pursuant to Article 33 of the ICC Rules, the award must be approved as to form. Requirements of form include, for example, whether reasons have been provided, whether the arbitral tribunal has dealt with all of the issues submitted to it, and whether formal requirements at the place of the arbitration have been met. However, Article 33 also permits the Court to make comments on the substance «without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision». Examples include problems of computation, contradictory findings of fact or law, decisions made

ultra petita, and failure to apply or make reference to the applicable law (Verbist *et al.*, 2015, p. 421).

El procedimiento de escrutinio puede ser resumido sucintamente con el siguiente gráfico¹⁸:



**NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ**

**NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU**

Tal y como señala el profesor Carreteiro, «the award receives the ICC stamp only after scrutiny» (2016, p. 208). En efecto, lo importante es tener en cuenta que antes de llevar a cabo el escrutinio el proyecto

¹⁸ La información del presente gráfico ha sido extraída de la presentación de José Ricardo Feris (2015). Sobre este particular, tal y como señala el profesor Verbist, «all draft awards undergo a three-step review process, starting with the counsel of the team in charge of the arbitration that has followed the proceedings since the inception of the arbitration, followed by review by myself, the Deputy Secretary General, the General Counsel, or the Managing Counsel, before being submitted for the Court's scrutiny. For certain arbitrations, generally those involving state parties or dissenting opinions, a Court member will draft a report with recommendations on the draft award» (Verbist *et al.*, 2015, pp. 334-335).

de laudo no puede ser considerado como un laudo, por más que se encuentre perfectamente bien redactado y motivado. En ese sentido, el profesor Loquin ha señalado expresamente que «prior to scrutiny a draft award is not an award under the rules» (p. 428; en el mismo sentido, véase también Born, 2012, p. 2352).

IX. EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS COMO MECANISMO QUE MAXIMIZA LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

El escrutinio de los laudos salvaguarda la autonomía privada porque son las partes quienes voluntariamente deciden incorporar a su contrato un convenio arbitral, sometiéndose al Reglamento de la CCI que prevé, en el artículo 33, el escrutinio de los laudos. En otras palabras, el escrutinio no es impuesto a las partes, sino que son estas quienes contractualmente deciden que la corte de arbitraje que administraría el arbitraje intervenga antes de que se notifique el laudo a las partes, con el fin de mitigar el riesgo de anulación y garantizar la ejecutabilidad del laudo. Al tratarse de un pacto libre de las partes, no se restringe la autonomía privada sino que, muy por el contrario, se la salvaguarda.

Sobre el particular, el profesor Gerbay ha señalado expresamente lo siguiente: «The mission of supervision conferred to the institution is therefore purely contractual». El escrutinio de los laudos, por otra parte, salvaguarda también la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, puesto que, precisamente, tiene como función incentivar el cumplimiento voluntario de la parte perdedora, garantizar la ejecutabilidad del laudo y mitigar el riesgo de que sea anulado. Así lo ha reconocido la doctrina en diversas fuentes y la jurisprudencia internacional, la que procedemos a compartir a continuación:

En el caso *Cubic Defense System*, la Corte de Casación señaló expresamente lo siguiente: «In this respect the Court of Appeal has correctly judged that the scrutiny of draft awards implies no undue interference in the jurisdictional mission of the arbitrator, but merely aims at guaranteeing the effectiveness of the arbitration proceedings» (véase *Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour d'Appel; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour de Cassation*; las cursivas son nuestras).

Por otra parte, el profesor Gerbay se ha pronunciado de la siguiente manera:

At the end of an arbitration, in the absence of amicable settlement, the tribunal issues an award. *In order to ensure that the award adequately deals with the parties' claims and to improve its enforceability*, a number of arbitration rules require the tribunal to provide the institution's secretariat with a copy of the award in draft form for review. This review is what is referred to as «scrutiny» of the award (Gerbay, 2016, p. 150; las cursivas son nuestras).

De igual manera, la profesora Leoveanu ha señalado expresamente lo siguiente:

The Court's scrutiny is one of the key aspects of ICC arbitration. Article 33 is one of the essential provisions of the ICC Rules from which the parties cannot derogate. *The purpose of the scrutiny is to maximize the legal effectiveness of an award* by identifying any defects that could be used in an attempt to have it set aside at the place of the arbitration or resist its enforcement elsewhere (Leoveanu, 2016, p. 349); las cursivas son nuestras).

Finalmente, el profesor Zahariev ha señalado expresamente lo siguiente:

One of the main and well-known advantages of arbitration is the speed of the proceedings. In order to enhance their timeliness and efficiency, the Rules of some arbitral institutions (e.g. Art. 33 of the ICC Rules) provide for the so called «scrutiny of the award» —a procedure of formal examination of the draft award carried out before it is signed by the arbitrators— and the parties are notified of it. *The idea behind such procedure is to maximize the legal effectiveness of an award by identifying any defects that could be used in an attempt to have it set aside at the place of the arbitration or resist its enforcement elsewhere* (2015; las cursivas son nuestras).

Como se puede apreciar, la jurisprudencia y la doctrina internacional son unánimes al señalar que la función del escrutinio es garantizar la efectividad de los laudos en virtud del pacto de las partes. En ese sentido, el escrutinio es un mecanismo que resguarda los dos derechos fundamentales que se encontraban en conflicto, puesto que no sacrifica ni la autonomía privada de las partes ni la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, sino que, muy por el contrario, las maximiza.

El escrutinio de los laudos, además, es especialmente relevante para ejemplos como los que fueron explicados anteriormente, en los que los laudos sufrían una serie de tropiezos. Como señalamos, los principales tropiezos en la ejecución de los laudos en el Perú radican en la falta de determinación de las costas y/o los intereses, problemas matemáticos o de cálculos y motivaciones insuficientes. Lo cierto es que el escrutinio de los laudos es el mecanismo por antonomasia para resolver esos problemas.

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

Tal y como ha sido reconocido por variada doctrina internacional, el escrutinio de los laudos sirve, por ejemplo, para que se determinen correctamente las costas y/o los intereses, se corrijan los problemas matemáticos y/o de cálculos y para garantizar que la motivación de los laudos sea adecuada.

Sobre este particular, por ejemplo, el profesor Appel ha señalado expresamente lo siguiente: «The most typical issues identified on review concern the calculation of costs. Senior staffs also satisfy themselves that the requirements of the New York Convention have been met and that all claims are addressed» (2012, p. 84).

De igual manera, los profesores Blackaby y Partasides se han pronunciado en los siguientes términos: «The ICC prides itself on the overall quality of ICC awards and the scrutiny process acts as a measure of quality control, ensuring, amongst other things, that the arbitrators deal with all of the claims. These include interest and costs, with which the arbitrators are called upon to deal» (Blackaby *et al.*, 2015, p. 501).

Finalmente, el profesor Verbist ha señalado expresamente lo siguiente:

The Court's scrutiny of the draft arbitral award (Article 33) is intended to avoid that any such typographical or computational errors or errors of similar nature are contained in the award. If such errors are nevertheless found after the award has been notified to the parties, the question therefore arises as to whether the parties may turn again to the same arbitral tribunal or whether new proceedings must be commenced Verbist *et al.*, 2015, pp. 190-191).

Como se puede apreciar, el escrutinio de los laudos tiene especial relevancia para la determinación de los costos y los intereses, conceptos que normalmente generan muchos problemas cuando los laudos son ejecutados ante el Poder Judicial. Una de las prácticas más interesantes que se utiliza para garantizar la ejecutabilidad de estos conceptos es la práctica adoptada por la CCI. En efecto, de acuerdo al Reglamento de la CCI, desde el momento en que la Secretaría de la CCI le transmite el asunto al tribunal arbitral, elabora un documento denominado «ICC Award Checklist», el cual tiene como propósito proporcionar a los árbitros una guía en el momento en que redactan sus laudos. Este no constituye un documento exhaustivo y vinculante. Simplemente busca facilitar la tarea al tribunal en el momento en que redacta sus laudos (Verbist *et al.*, 2015, pp. 182-183).

Este «checklist» provee una serie de puntos formales que todos los árbitros deben considerar al momento de redactar el laudo. Incluye siempre una serie de requerimientos generales, tales como la necesidad de mencionar el caso CCI de referencia, así como la necesidad de la identificación de las

partes y sus representantes, los árbitros y el convenio arbitral. Además, el «checklist» recomienda incluir en el laudo los siguientes puntos: los antecedentes del procedimiento arbitral con un resumen de cada uno de los pasos procesales, así como las decisiones adoptadas por la Corte de la CCI con respecto al procedimiento arbitral, incluyendo el tiempo límite para dictar el laudo y cualquier extensión otorgada por la Corte de la CCI. El «checklist» también establece que el laudo debe incluir una decisión con respecto a los costos del arbitraje y su distribución entre las partes. Finalmente, también provee recomendaciones prácticas para redactar la sección dispositiva del laudo y, en particular, la última página para la firma de los árbitros (Verbist *et al.*, 2015, pp. 182-183).

Así, cuando la Secretaría de la CCI recibe un laudo para realizar el escrutinio, lo primero que hace es revisar si es que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre todos los ítems del «checklist». Si alguno de estos ítems no ha sido abordado en el laudo, la Secretaría de la CCI reenviará el «checklist» al tribunal arbitral, con el fin de que identifique los puntos faltantes (Verbist *et al.*, 2015, pp. 182-183). Este «checklist» constituye una práctica que debería ser adoptada por todas las instituciones arbitrales del mundo porque es de mucha utilidad para facilitar la ejecución del laudo.

X. UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA: ¿POR QUÉ EL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS ES NECESARIO?

De acuerdo con el profesor Feris (2015), las cuestiones que son más comúnmente abordadas por la CCI son las siguientes:

- parte dispositiva
- consistencia y suficiencia de motivación
- cuestiones con la norma aplicable
- intereses y costos
- debido proceso
- cálculos
- laudos finales que no son ejecutables

Pues bien, a efectos de poner en evidencia por qué el escrutinio de los laudos es indispensable en los distintos reglamentos de arbitraje peruanos, resulta pertinente citar algunos ejemplos de casos CCI (información extraída de Feris, 2015):

1. Decisión sobre el interés sin indicación de la tasa de interés y su fecha de inicio:

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO

MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

That Claimant compensates Respondent in the amount of US\$ XX in respect of the breaches under the Service Agreement and US\$ XX in respect of the breaches under the Maintenance Agreement, in each case together with interest thereon from the date of maturity through the date of payment.

2. Discrepancia entre el cuerpo y la parte dispositiva del laudo:

Added together, Respondent owes Claimant the total amount of EUR 3'115'241.23. Respondent shall pay to Claimant the amount of EUR 3'113'231.23.

3. La cuantificación de los montos se deja para la ejecución judicial del laudo:

Claimant shall reimburse Respondent for the amounts disbursed in connection with the works related to the environmental repair of the Building. To that amount, monthly interest of 1% (not compounded) shall apply as well as the contractual penalty of 5%. The exact quantification of those amounts shall be made on the basis of the invoices and relevant documents that Respondent shall produce, which will also include the necessary calculations. In the event Claimant objects to those amounts or calculations, or to the documents produced, the quantification shall be made during the judicial enforcement of the award.

4. La cuantificación de los montos se deja para la ejecución judicial del laudo:

The Tribunal orders XX to pay YY, an amount to be assessed upon the enforcement of the present award, and determined in accordance with 23.1 above, with the figure reached in said calculation to be deducted from the amount referred to in 23.2.

Financial assessment upon enforcement is rendered necessary because the entitlement being invoked by the plaintiff XX is contentious —i.e. both its existence and its «quantum» will depend upon what is ultimately decided in an ordinary court of law, which in this instance is the ZZ Administrative and Tax Court— and accordingly no exact and defined value can presently be established in this arbitral award.

No cabe la menor duda, pues, de que es indispensable que se incluya el escrutinio de los laudos en los distintos reglamentos de arbitraje peruanos, con el fin de evitar que se presenten en la realidad casos tan absurdos como los citados. En definitiva, la incorporación de este mecanismo en los reglamentos permitirá garantizar la efectividad de las decisiones jurisdiccionales.

XI. LAS CRÍTICAS INFUNDADAS AL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS

Si bien la doctrina mayoritaria no duda de las virtudes que el escrutinio de los laudos provee a las partes de un arbitraje, no han faltado quienes han realizado numerosas críticas —en nuestra opinión, infundadas— a este mecanismo. A continuación, compartiremos cuáles han sido las principales críticas y explicaremos porque cada una de ellas es equivocada:

a. Se le atribuye una función jurisdiccional a una entidad administradora

Hay quienes han señalado que el escrutinio de los laudos es un mecanismo inadmisible porque implicaría atribuirle función jurisdiccional a una entidad administradora. Ello es equivocado. Si bien la Corte de la CCI prevé el escrutinio de los laudos, el artículo 1, inciso 2 del Reglamento de la CCI es claro al señalar que «la Corte no resuelve por sí misma las controversias». Ella administra la resolución de controversias por tribunales arbitrales, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento.

Al respecto, el profesor Gerbay ha señalado que

the intervention of the organ of the institution cannot be qualified of jurisdictional. The arbitration rules of the institutions affirm this clearly. Article 2 of the ICC Rules provides that «The Court does not itself resolve disputes», Article 24-1 of the rules of arbitration of the Franco Arab Chamber of Commerce provide that the intervention of the Council in the scrutiny of draft awards shall not lead to it being «considered as exercising the role of arbitrator» (2016, p. 159).

Con respecto a la jurisprudencia internacional, existen reiterados casos que se han pronunciado al respecto. Desde el caso *Cubic Defense System* la jurisprudencia francesa se ha mantenido estable (véase *Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour d'Appel; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour de Cassation*). En 2002, en el caso *Société Lear c. Chambre de Commerce Internationale*, el Tribunal de Grande Instances de París reafirmó que el escrutinio de los laudos realizado por la CCI no constituía una función jurisdiccional. De igual manera, en los años 2007 y 2009, el Tribunal de Grande Instance y la Corte de Apelaciones de París, respectivamente, confirmaron en el caso *Société SNF* la validez de la dicotomía entre lo jurisdiccional y lo

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ*

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU*

administrativo. Asimismo, ratificaron el hecho de que el escrutinio de los laudos no se enmarcaba en la función jurisdiccional que el Reglamento de la CCI reserva exclusivamente al tribunal arbitral (*Société SNF SAS c Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance; Société SNF SAS c Chambre de Commerce Internationale, Court d'appel*). En 2009, en el caso *Trioplast*, la *Cour de Cassation* francesa confirmó nuevamente la dicotomía entre lo jurisdiccional y lo administrativo, sugiriendo que dicha dicotomía se encontraba basada en el Reglamento de la CCI (*Mr X v Trioplast AB*). Más adelante, en 2012, el Tribunal de Grande Instance de París confirmó la posición de que las actividades de la CCI (incluyendo las decisiones con respecto a recusaciones y a la constitución del tribunal arbitral) son administrativas por su naturaleza. Así, solamente las decisiones del tribunal arbitral pueden ser jurisdiccionales¹⁹.

Teniendo ello en cuenta, no cabe la menor duda de que, cuando las instituciones arbitrales realizan el escrutinio de los laudos, están ejerciendo una función administrativa.

b. El escrutinio de la institución arbitral interfiere en la función jurisdiccional del tribunal arbitral

El profesor Greenberg ha señalado que el «award scrutiny goes to the core of the question of the extent to which an administering institution can —or should— intervene with arbitral proceedings» (Greenberg, 2013, p. 89). En ese sentido, resulta pertinente analizar hasta qué punto el escrutinio de los laudos interfiere en la función jurisdiccional del tribunal arbitral.

Algunos autores han señalado que el escrutinio sí implica una interferencia en la función jurisdiccional del tribunal arbitral porque el impacto que tiene la revisión de la institución arbitral en el laudo es muy significativo. En ese sentido, señalan que la institución arbitral no debería tener la posibilidad de afectar el proceso de redacción de laudo. Al respecto, el profesor Fry se ha pronunciado de la siguiente manera: «The role of the ICC in scrutinizing draft awards goes as far

19 Sobre este particular, el profesor Gerbay ha señalado que «since the decision in *Cubic Defense Systems, French "case law"* on the matter has been remarkably stable. In 2002, in "Société Lear v. Chambre de Commerce Internationale", the courts reaffirmed the principle that the ICC's scrutiny of draft awards does not interfere with a so-called jurisdictional mission of the arbitrator. Likewise, in 2007 and 2009, the Tribunal de Grande Instance and the Court of Appeal of Paris respectively confirmed, in the *Société SNF* case, both the validity of the "jurisdictional" v. "administrative" dichotomy, and the fact that the scrutiny provisions of the ICC rules do not encroach on the jurisdictional function which the ICC rules reserve to the arbitrators. In 2009, in the *Trioplast* case, the *Cour de Cassation* confirmed again the "jurisdictional" versus "administrative" dichotomy, in a manner which suggested that such a dichotomy was grounded on the ICC rules. In 2012, the Tribunal de Grande Instance de Paris confirmed the position that the activities of the ICC (including the decisions on challenges or the constitution of a tribunal) are administrative in nature, and that only those of the Tribunal may be jurisdictional» (Gerbay, 2016, p. 140).

as identifying “flawed legal reasoning and procedural errors”, which by definition means that, if the recommended corrections are accepted by the tribunal, they will impact the outcome of the case» (Fry, 2012, p. 14)²⁰.

De igual manera, el profesor Chen se ha pronunciado con las siguientes palabras: «In one extreme example, the case-handlers at the Beijing Arbitration Commission will point to the attention of the arbitrators’ inconsistencies between the decision set out in the draft award and previous decisions rendered in similar cases, thereby “actually influencing decisions on the merits”» (Chen, 2007, p. 327).

Incluso han existido casos internacionales en que se ha argumentado que el escrutinio de los laudos era ilícito. Así, en el caso *Cubic Defense System*, seguido ante la Corte de Apelaciones francesa, Cubic argumentó que su contrato con la CCI era ilícito porque vulneraba el orden público internacional, en la medida en que el Reglamento de la CCI permitía una indebida interferencia de la institución arbitral en la misión del tribunal arbitral. La Corte de Apelaciones rechazó los argumentos de Cubic sobre la base de los siguientes argumentos:

the [lower judges] noted that the rules of arbitration of the ICC ensure the distinction between the function of organization of the arbitration, in particular through the «international court of arbitration», and the jurisdictional function, left entirely to the arbitrators, the «court» having no jurisdictional power at all. [...] in this respect the Court of Appeal has correctly judged that the scrutiny of draft awards implies no undue interference in the jurisdictional mission of the arbitrator, *but merely aims at guaranteeing the effectiveness of the arbitration proceedings*» (Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour d'Appel; las cursivas son nuestras; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris; Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour de Cassation).

En nuestra opinión, no es correcto afirmar que el escrutinio de los laudos interfiere en la función jurisdiccional, puesto que la institución arbitral únicamente puede ordenar modificaciones de forma y —respetando siempre la libertad de decisión del tribunal arbitral— llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, como señala el artículo 33 del Reglamento de la CCI.

20 De igual manera, el profesor Gerbay ha señalado expresamente que “the impact of the institutions’ review of draft awards is not insignificant (especially when scrutiny concerns the merits of the case). When the institution suggests or imposes a change (whether on form or substance) which then finds its way into the award, the institution effectively directly affects the drafting of the tribunal’s decision [...]. In short, the scrutiny of draft awards is a function which has the potential to affect the process significantly» (2016, p. 55).

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

En ese sentido, a pesar de que la Corte de la CCI tenga la potestad de realizar un examen previo del laudo, el tribunal arbitral sigue teniendo independencia absoluta para emitir un fallo que se adecúe únicamente a su criterio. Las recomendaciones que realiza la Corte de la CCI con respecto al contenido del laudo no son vinculantes. Así, teniendo en cuenta que el tribunal arbitral tiene la potestad de rechazar cualquier recomendación de la Corte de la CCI con respecto a la sustancia del laudo, es evidente que el tribunal se mantiene siempre inmune a cualquier interferencia (Gerbay, 2016, p. 64).

Sobre este particular, el profesor Loquin ha señalado expresamente que «[t]he institution's organ does not intervene on the content of the award. Scrutiny is by nature incapable of reforming the decision» (1990, p. 434). En el mismo sentido, el jurista Zahariev ha señalado que «the scrutiny may result in underlining procedural or substantive legal matters, *but without prejudice to the Arbitral Tribunal's decision-making power*. Drawing the Arbitral Tribunal's attention to such matters, but letting the arbitrators render the final form of their award, is an important guarantee for the liberty of decision» (Zahariev, 2015; las cursivas son nuestras).

Asimismo, se debe tener en cuenta que el escrutinio es realizado por la Corte de la CCI cuando ya no existe ningún tipo de debate adversativo entre las partes. No solo la etapa de instrucción ya culminó, sino que incluso ya concluyeron todas las actuaciones arbitrales. Sobre este particular, el profesor Gerbay se ha pronunciado de la siguiente manera: «By nature, this question [scrutiny] escapes adversarial debates. It takes place after the debates, at a moment when they have been exhausted. The organ of the arbitral institution indeed intervenes during the deliberation phase, at a moment when no new applications may be made and no new arguments may be raised» (Gerbay, 2016, p. 150).

Es verdad que las recomendaciones de la Corte de la CCI pueden modificar significativamente la redacción del tribunal arbitral. Así lo ha resaltado el jurista Greenberg, señalando que «the Court's comments can result in significant changes to the award» (2013, p. 101). No obstante, lo cierto es que lo que no puede modificarse de ninguna manera es el criterio del tribunal arbitral, puesto que, de lo contrario, se vería seriamente infringida su libertad de decisión.

Algunos podrían afirmar que, si bien el escrutinio de los laudos es un mecanismo bienintencionado, puede ser utilizado de forma perversa. Así, podría ocurrir que la institución arbitral le indique al tribunal arbitral que el laudo no está bien motivado y le intente imponer ciertas modificaciones de fondo. En nuestra opinión, si ello sucede, el problema no es el escrutinio de los laudos como mecanismo, sino la forma en que

es utilizado por la institución arbitral²¹. Por ello, estamos totalmente de acuerdo con el profesor Greenberg cuando señala que «[i]n assessing award scrutiny the real question is not what is contained in a brief provision like Article 33 of the ICC Rules, but how the provision is applied and how the process works internally» (Greenberg, 2013, p. 96).

Distinto es el caso de los temas de forma. En dichos casos, las sugerencias de la Corte de la CCI sí son vinculantes, por lo que el tribunal arbitral debe acatarlas si es que quiere que el laudo sea aprobado y, por ende, surta efectos en la realidad. Al respecto, el profesor Grigera ha señalado expresamente lo siguiente: «[m]odifications on the form are mandatory. If the tribunal refuses to include them in the award, the award will not be approved by the ICC Court and the Secretariat will therefore not communicate it to the parties» (1999, p. 70).

Es importante tener en cuenta qué debe entenderse por forma. Bajo el criterio del profesor Grigera, «form includes not only compliance with formal requirements, errors of a mathematical, computational or clerical nature, but also internal inconsistencies in the award, absence of reasons, or of adequate reasons, and decisions *ultra or infra petita*» (Grigera, 1999, p. 70). Hay quienes afirman que este ejercicio de la Corte de la CCI con respecto a los temas de forma es arbitrario porque el laudo debería ser intangible. Sin embargo, nosotros consideramos que están equivocados debido a que, con respecto a los temas de fondo, se preserva siempre la libertad de decisión del tribunal arbitral. Por otro lado, con respecto a los temas de forma, han sido las propias partes del arbitraje quienes, en virtud de su autonomía privada, han decidido libremente someterse a un reglamento arbitral que contempla el escrutinio de los laudos.

Es importante tener en cuenta que el escrutinio de los laudos es una de las provisiones del Reglamento de la CCI más esenciales y más conocidas, por lo que no cabe que las partes de un arbitraje aleguen que no sabían a lo

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

21 Asimismo, también es relevante tener en consideración el alcance del escrutinio que realizan las instituciones arbitrales. Al respecto, el profesor Gerbay ha señalado expresamente que «the extent of the review varies from one institution to the next. On one side of the spectrum one finds WIPO, which rules merely contemplate that the Tribunal may consult the Center with regard to matters of form, particularly to ensure the enforceability of the award. On the other side of the spectrum one finds the ICC which is empowered to impose modifications as to the form of the award, and also to suggest changes to its substance. At the ICC, the proportion of institutional awards modified as a result of scrutiny is not insignificant. In 2012, only 2% of all awards issued at the ICC were not the object of any suggestions of modifications. In between lies a number of institutions. Some, for instance, may make non-binding suggestions as to both form and merits (Article 28 SIAC rules (2013); Article 32.3 JAMS rules (2011)). Others may draw the tribunal's attention to any provision of the rules with which the draft award does not comply (Article 30.4 Milan rules (2010)). When institutional rules contain no express provisions as to scrutiny, the review process tends to be less extensive, with the institution often only drawing to the tribunal's attention the more important errors of form» (Gerbay, 2016, pp. 100-101). Asimismo, el profesor Greenberg señala que la CCI «usefully distinguishes between matters of form, matters that are "quasi substantive" and matters that are "usually substantive". He seems to indicate that, depending on the circumstances, such questions as "whether the reasoning in the award is consistent with the parties' pleadings or whether the rationale for the decisions could surprise the parties (*iura novit curia*)" or even "whether the reasoning is sufficient" would not necessarily be substantive» (Greenberg, 2013, p. 99).

que se estaban sometiendo. Tan es así que, cuando las partes se someten al Reglamento de la CCI, una de las pocas provisiones inderogables es el escrutinio de los laudos. Sobre este particular, el profesor Verbiest ha señalado expresamente lo siguiente: «In principle, there can be no doubt that the parties are not free to alter certain provisions containing essential features of the ICC arbitration procedure. Thus, the parties may not agree to exempt the arbitral tribunal from drawing up the Terms of Reference (Article 23) or submitting its award in draft form to the Court for scrutiny (Article 33)» (Verbiest *et al.*, 2015, p. 106)²².

De igual manera, los profesores Bond y Paralika han señalado expresamente lo siguiente: «The ICC Court will generally respect any agreement of the parties to modify the Rules. However if the parties' agreement to modify the ICC Rules relates to elements that the ICC Court considers to be mandatory, such as the establishment of the Terms of Reference or scrutiny of draft awards, the Court will refuse to administer the arbitration» (2015, p. 348).

Las partes podrían haberse sometido a otro reglamento arbitral; no obstante, al someterse al Reglamento de la CCI, han aceptado contractualmente someterse a todas sus disposiciones, incluido el escrutinio de los laudos. No cabe pues que, de manera absolutamente inconsiguiente, afirmen luego que el escrutinio de los laudos interfiere en la función jurisdiccional del tribunal arbitral. Ello no implicaría más que ir en contra de sus propios actos.

c. Demora innecesariamente el procedimiento arbitral

Existen, además, numerosos autores que han criticado el escrutinio de los laudos afirmando que este demora innecesariamente el procedimiento arbitral. Al respecto, el profesor Verbiest ha señalado que existen autores que han criticado el escrutinio de los laudos en los siguientes términos: «This rule has been criticized as it delays the proceedings and could be considered as an infringement of the arbitral tribunal's freedom of decision» (Verbiest *et al.*, 2015, pp. 181-182).

No obstante, se olvida que, en realidad, el escrutinio de los laudos es un mecanismo que contribuye a que el conflicto sea resuelto más rápidamente, puesto que su propósito último es facilitar la ejecución y evitar que el laudo sea anulado. En buena cuenta, se trata de un

22 De igual manera, el profesor Verbiest ha señalado que “[a]ccording to Article 1 of Appendix I to the Rules, it is the ICC International Court of Arbitration that has the final word as to whether or not provisions departing from the Rules are acceptable. If the provisions that depart from the Rules are contained in the parties' arbitration agreement, i.e. before the start of the proceedings, the Court may, if it considers the changes unacceptable, decide that the proceedings are not in fact ICC arbitration proceedings. In this case, it will refuse to administer the arbitration. These kinds of questions are sometimes unclear and, happily, they rarely arise in practice (in this regard, see our comments in relation to the arbitration agreement)» (Verbiest *et al.*, 2015, p. 77).

mecanismo que, antes que dilatar el procedimiento arbitral, ayuda a las partes a ahorrar tiempo y dinero. Al respecto, el profesor Zahariev ha señalado expresamente lo siguiente: «It can also contribute to the timely resolution of the dispute, as it can prevent factual errors (typing errors, errors in calculations), or the omission of parts of the dispositiive in the final version of the award. This will save time and money for the parties, as there would be no need to apply for the correction, supplementation or interpretation of the award» (2015).

Por todo lo expuesto, concluimos que las críticas al escrutinio de los laudos son absolutamente infundadas.

XII. EL ÉXITO DEL ESCRUTINIO DE LOS LAUDOS A NIVEL INTERNACIONAL

Contrariamente a lo que se suele creer, no solo la CCI ha reconocido el escrutinio de los laudos. En efecto, una revisión de los reglamentos y de las prácticas de varias instituciones arbitrales refleja que no son pocas las instituciones arbitrales que realizan una revisión de los proyectos de laudo con respecto a los temas de forma²³. Así, además de la CCI, destacan las siguientes instituciones arbitrales: China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC, artículo 51), Beijing Arbitration Commission (BAC); Singapore International Arbitration Centre (SIAC, artículo 28.2), International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (ICAC, artículo 42), Court of Arbitration for Sport (CAS), Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS, artículo 32.3), Centro de Arbitraje de México (CAMEX, artículo 34.1); Kigali International Arbitration Centre (KIAC), Chambre Arbitrale Maritime (CAMP, artículo 27) and Danish Institution of Arbitration (DIA, artículo 28).

A manera de ejemplo, en relación con el escrutinio que se realiza en el SIAC, el profesor Born ha señalado expresamente lo siguiente:

The SIAC's organizational structure is similar to that of the ICC. It has a Court of Arbitration that comprises leading practitioners from the world over, and an experienced Secretariat with specialist lawyers

23 Al respecto, el profesor Gerbay ha señalado que «contrary to a commonly held belief, scrutiny is not a peculiarity found only in the ICC rules. A review of the rules and practices of many institutions indicate that the institutions that claim not to review at least the form of draft awards prior to their being issued to the parties are a minority. Such minority institutions include inter alia the CEPANI, the CRCICA, the BCICAC, the FCC (Helsinki), and the Arbitration Centre at the Chamber of Commerce of Caracas (Cámara de Caracas). On the other hand, a number of institutional rules, other than those of the ICC, contain express provisions on scrutiny. This is the case for instance of CIETAC, BAC, SIAC, ICAC, the CAS, JAMS, CAMEX, KIAC, CAMP and DIA. In addition, some other institutions review (more or less extensively) draft awards despite their rules being silent on the subject. This is the case, for example, of the ICDR, whose "staff review every award for completeness as to form". The same is true of the LCIA, the Swiss Institution, but also the NAI, the KCAB, the VIAC, the DIS» (2016, pp. 99-100).

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

to manage the administration of cases. Similar to the ICC, all SIAC awards are scrutinized in draft by the Registrar for issues of both form and substance, and can only be rendered by the tribunal if approved by the Registrar as to their form. While the Registrar manages the formal review and scrutiny process, the Registrar may, where appropriate, consult the SIAC Court before approving the draft award. According to the SIAC, timelines for scrutiny are shorter than at the ICC: two to three weeks for final awards, and one to two days in the case of emergency arbitrator orders and awards. The SIAC maintains a Panel of Arbitrators, which is composed of eminent international and regional arbitration practitioners who reflect a broad base of expertise, knowledge and experience (2015, p. 44).

Asimismo, existen otras instituciones que realizan un escrutinio del laudo a pesar de que su reglamento no lo prevé expresamente. Este es el caso, por ejemplo, del International Centre for Dispute Resolution (ICDR), cuyo *staff* revisa todos los laudos con respecto a la forma. Lo mismo sucede con las siguientes instituciones: London Court of International Arbitration (LCIA), Netherlands Arbitration Institute (NAI), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) y Vienna International Arbitral Centre (VIAC).

Si bien las recomendaciones de estas instituciones arbitrales no son formalmente vinculantes, lo cierto es que siempre son cumplidas por el tribunal arbitral sin mayores objeciones. Los tribunales arbitrales saben que las instituciones arbitrales tienen mucha experiencia con respecto a estas cuestiones, por lo que, a fin de evitar anulaciones y favorecer la ejecución del laudo, incorporan las recomendaciones brindadas por la institución sin reparos. Al respecto, el profesor Gerbay ha señalado expresamente que «an example is the informal scrutiny of draft awards which takes place at a number of institutions, despite the rules of these institutions being silent on the subject. For instance, this is the case of the Swiss Institution, the ICDR and the LCIA» (Gerbay, 2016, p. 107).

En nuestra opinión, el escrutinio informal que realizan estas instituciones arbitrales no vulnera la autonomía privada de las partes porque se trata de un mecanismo que es parte de la práctica del arbitraje internacional. En efecto, el escrutinio ha alcanzado tal nivel de aceptación a nivel internacional que difícilmente podría alegarse que se vulnera la autonomía privada de las partes. Precisamente este mecanismo, a pesar de no estar expresamente contemplado en un reglamento, satisface las expectativas y las necesidades de las partes.

Por otro lado, podemos encontrar otro ejemplo en el Reglamento del Stockholm Chamber of Commerce, en que se señala expresamente lo siguiente: «The SCC Rules does not have any service equivalent to the ICCs “scrutiny of award” but if the SCC Secretariat identifies any

obvious miscalculations or similar it usually notifies the tribunal» (citado en Öhrström, 2013, p. 847).

También existen interesantes puntos medios. Por ejemplo, en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria se contempla el escrutinio de los laudos, pero únicamente cuando los árbitros no son parte de la lista de árbitros de la institución arbitral. Sobre el particular, el profesor Gerbay ha señalado expresamente lo siguiente: «Interestingly, the rules of the Court of Arbitration at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry contemplate scrutiny, but only when the arbitrators are not on the panel of the institution. This “selective” scrutiny is to be conducted by a “committee of three arbitrators whose task is to check whether the award corresponds to the formal provisions of the Law on International Commercial Arbitration (LICA) and to the Rules of the Court of Arbitration. The findings of this committee are binding on the tribunal. See Article 37 of the rules of the Court of Arbitration at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry (1993)» (Gerbay, 2016, p. 107).

En atención a lo anterior, teniendo en cuenta el significativo número de instituciones arbitrales que han incorporado el escrutinio de los laudos, podemos aseverar con firmeza que se trata de un mecanismo que ha tenido mucho éxito en la práctica arbitral internacional.

XIII. CONCLUSIONES

1. La efectividad de los laudos en el ordenamiento jurídico peruano se ha visto relativizada, puesto que en múltiples casos los tribunales arbitrales no determinan con claridad los conceptos que integran las obligaciones contenidas en los laudos (costas, intereses, penalidades, etcétera). Esto ocasiona que, en reiteradas ocasiones, la parte vencida cuestione la ejecutabilidad del laudo y, en consecuencia, la efectividad del mismo se vea relativizada.
2. En los casos en los que los tribunales arbitrales no determinan con claridad los conceptos que integran las obligaciones contenidas en los laudos (costas, intereses, penalidades, etcétera), los jueces en ejecución no pueden liquidar lo que no es liquidable por falta de parámetros arbitrales. Los jueces se encuentran, así, en una situación trágica, puesto que, por un lado, emitir un pronunciamiento con respecto a dichos puntos implicaría violar una competencia ajena que le corresponde exclusivamente a los árbitros; mientras que, por otro lado, no pronunciarse con respecto a dichos puntos implicaría obligar a las partes a iniciar un nuevo arbitraje, asumir los costos del mismo y esperar años a que se dicte un nuevo laudo que se pronuncie sobre estos puntos.

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ*

*NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU*

3. Por un lado, si es que el juez en ejecución realizase una cognición sumaria para determinar las costas o los intereses, por ejemplo, estaría restringiendo la autonomía privada de los contratantes y la naturaleza del proceso de ejecución. Por otro lado, sin embargo, no determinar y luego ejecutar dichos conceptos implicaría restringir, entre otros derechos, la efectividad de las decisiones jurisdiccionales y la naturaleza del proceso en general, la cual implica resolver los conflictos de intereses.
4. Nos encontramos frente a un conflicto latente entre la autonomía privada y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, donde el justiciable queda atrapado en el medio y sin solución pronta. Nuestra propuesta es el resultado de una ponderación de principios constitucionales. En nuestra opinión, al menos en el caso de los arbitrajes institucionales, el escrutinio de los laudos maximiza ambos principios constitucionales.
5. El escrutinio de los laudos es un mecanismo a través del cual un centro de arbitraje busca, a través de su reglamento, que el laudo sea de la mejor calidad posible, incrementando así las posibilidades de que sea ejecutado de forma efectiva. Asimismo, busca que el laudo esté debidamente motivado y con parámetros claros, de modo tal que el juez de ejecución pueda liquidar las obligaciones dinerarias bajo los parámetros de liquidación fijados por el tribunal arbitral, incrementando así las posibilidades de que el laudo sea cumplido voluntariamente por la parte perdedora ante la amenaza de una ejecución rápida y sin tropiezos. Por último, y como derivación de lo anterior, busca mitigar el riesgo de que el laudo sea anulado.
6. El escrutinio de los laudos salvaguarda la autonomía privada porque son las partes quienes voluntariamente deciden incorporar a su contrato un convenio arbitral sometiéndose a un reglamento arbitral que prevé el escrutinio de los laudos. En otras palabras, el escrutinio no es impuesto a las partes, sino que son estas quienes contractualmente deciden que la corte de arbitraje que administra el arbitraje intervenga antes de que se notifique el laudo a las partes, con el objetivo de mitigar el riesgo de anulación y garantizar la ejecutabilidad del laudo.
7. El escrutinio de los laudos salvaguarda también la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, puesto que, precisamente, tiene como función incentivar el cumplimiento voluntario de la parte perdedora, garantizar la ejecutabilidad del laudo y mitigar el riesgo de que sea anulado.
8. Recomendamos a todos los centros de arbitraje peruanos que incorporen dentro de sus reglamentos arbitrales el escrutinio de

los laudos. Así, podrían recoger en sus reglamentos de arbitraje una disposición muy similar a la que se encuentra prevista en el artículo 33 del reglamento de la CCI²⁴. La siguiente regla modelo puede servir de inspiración para nuestros centros arbitrales:

Escrutinio de los laudos:

Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá sugerirle precisiones sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia, entre ellos, los parámetros a seguir por el juez al liquidar obligaciones dinerarias ordenadas por en el laudo. Al realizar el escrutinio de los laudos, la Corte no está ejerciendo una función jurisdiccional. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado por la Corte.

**NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ**

REFERENCIAS

- Appel, M. (2012). International Centre for Dispute Resolution (ICDR). En K. Laird & P. Heneghan (eds.), *Arbitration World: Institutional & Jurisdictional Comparisons* (pp. 73-86). Londres: Thomson Reuters.
- Ariano, E. (2010). La ejecución de garantías y algunos de sus (muchos) problemas. *Cuadernos de investigación y jurisprudencia*, 3(8), 85-94.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on international arbitration* (6ta ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Bond, S. & Paralika, M. (2015). ICC Rules of Arbitration, Awards, Article 33 [Scrutiny of the Award by the Court]. En L.A. Mistelis (ed.), *Concise international arbitration* (2da ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Born, G. B. (2015). *International Arbitration: Law and Practice* (2da ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Born, G. B. (2012). *International commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Bustamante, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. *Derecho PUCP*, 71, 387-411.
- Carretero, M. A. (2016). Appellate arbitral rules in international commercial arbitration. *Journal of International Arbitration*, 33(2), 185-216.

24 «Artículo 33.- Escrutinio de los laudos

Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá sugerirle puntos relacionados con el fondo de la controversia. Al realizar el escrutinio de los laudos, la Corte no está ejerciendo una función jurisdiccional. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado por la Corte».

- Chamorro, F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch.
- Chen, F. (2007). Striving for independence, competence, and fairness: A case study of the Beijing Arbitration Commission. *American Review of International Arbitration*, 18, 313-352.
- Cremades, B. (2006). El arbitraje en la doctrina constitucional española. *Lima Arbitration*, 1, 185-220.
- De Oliveira, C. A. (2007). *Del formalismo en el proceso civil*. Lima: Palestra.
- Feris, J. R. (2015). Presentación del Secretario General Adjunto de la CCI, en la sesión de la Academia de Arbitraje realizada en París el 1 de julio.
- Fry, J. Greenberg S. and Mazza (2012). F. The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, ICC Publication, 729. Paris: International Court of Arbitration.
- Gerbay, R. (2016). *The functions of arbitral institutions*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- González, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional* (3ra ed.). Madrid: Civitas.
- Greenberg, S. (2013). Arbitral Award Scrutiny under Scrutiny. En P. Habegger, D. Hochstrasser, G. Nater-Bass & U. Weber-Stecher (eds.), *Arbitral Institutions Under Scrutiny* (pp. 89-108). Nueva York: Juris Net.
- Grigera, H. (1999). The powers of the ICC International Court of Arbitration vis-a-vis parties and arbitrators: Arbitration in the next decade. *ICC Bulletin Special Supplement*, 1999, 55-71.
- International Chamber of Commerce (2009). 2008 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20(1).
- International Chamber of Commerce (2010). 2009 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 21(1).
- International Chamber of Commerce (2011). 2010 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 22(1).
- International Chamber of Commerce (2012). 2011 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 23(1).
- International Chamber of Commerce (2013). 2012 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 24 (1).
- International Chamber of Commerce (2014). 2013 Statistical Report. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 25(1).
- Leoveanu, A. L. (2016). Romanian Arbitration Law Issues in ICC Paris Arbitration Practice. En L. Crenguta & F. Baias (eds.), *Arbitration in Romania: A Practitioner's Guide* (pp. 336-352). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Loquin, E. (1990). La sentence arbitrale: L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré – Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence. *Rev. Arbr.*, 427-464.

Núñez del Prado, F. (2016). *Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*. Lima: Thomson Reuters.

Obando, V. R. (2011). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Ara Editores.

Öhrström, M. (2013). The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC). En R. A. Schütze (ed.), *Institutional Arbitration: Article-by-Article Commentary*. Múnich: Beck.

Ortega, L. (2001). La ejecución de sentencias. En J. Leguina & M. Sánchez (eds.), *Comentarios a la Ley de la jurisdiccional contenciosa-administrativa* (2da ed.). Valladolid: Lex Nova.

Palacios, E. (2009). Reflexiones sobre arbitraje y Constitución. En *Constitución y proceso*, Lima: Ara Editores.

Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, 26, 273-292.

Priori, G. (2009). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo* (4ta ed.). Lima: Ara Editores.

Rivarola, J. D. (2006). Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional: «El blindaje constitucional del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2, 577-582.

Salcedo, C. M. (2008). La ejecución de la sentencia de tutela de derechos como derecho fundamental. Breves apuntes e implicancias a propósito del caso Fonavi. *Actualidad Jurídica*, 181, 201-206.

Verbist, H., Schäfer, E. & Imhoos, C. (eds.). (2015). *ICC Arbitration in Practice* (2da ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Zahariev, Martin (2015). The scrutiny of an award: the Bulgarian arbitral institutions' perspective. Dimitrov, Petrov & Co. Law Firm. Recuperado de <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/10/29/the-scrutiny-of-an-award-the-bulgarian-arbitral-institutions-perspective/>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Angeles García Barroso c. Juzgado de lo Social de Sevilla [recurso de amparo], Sentencia 163/1998, ECLI:ES:TC:1998:163 (Tribunal Constitucional [España], 14 de julio de 1998).

Código Procesal Civil [CPC] [Perú].

Colegio de Abogados de Ica c. decreto de urgencia [acción de inconstitucionalidad], expedientes 015-2001-AI/TC y acumulados, sentencia (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de enero de 2004). Consorcio Recupera Callao c. Municipalidad Provincial del Callao, expediente 06118-2010-90-1817-JR-CO-08, resolución 4 (Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Subespecialidad en Materia Comercial, 22 de noviembre de 2011).

**NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ**

**NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU**

Constitución Política del Perú (1993).

Coto Minero c. Audiencia Territorial de Valladolid [recurso de amparo], Sentencia 9/1981, ECLI:ES:TC:1981:9 (Tribunal Constitucional [España], 31 de marzo de 1981).

Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima [*hábeas corpus*], expediente 6167-2005-PHC/TC, sentencia (Tribunal Constitucional [Perú], 28 de febrero de 2006)

Gerardo Fontán c. Audiencia Territorial de Madrid, Sentencia 28/1986, ECLI:ES:TC:1986:28 (Tribunal Constitucional [España], 20 de febrero 1986).

Gerardo Widauski c. Electrocentro, expediente 06578-2012-77-1817-JR-CO-15, resolución (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 6 de junio de 2013).

Gerencia Comercial Inmobiliaria c. Electrocentro, expediente 05486-2011-80-1817-JR-CO-08, resolución 8 (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 6 de marzo de 2013).

Jaime Mamerto Ramírez Benavides c. Ministerio del Interior [acción de amparo], expediente 615-1999-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 26 de abril de 2000).

Julio Huamán Gómez c. Corporación José R. Lindley, expediente 01532-2011-0-1817-JR-CO-12, resolución 2 (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 11 de julio de 2012).

Ley de Arbitraje, Presidencia de la República, Decreto legislativo 1071, *Diario Oficial El Peruano* (28 de junio de 2008).

Ley Orgánica del Poder Judicial, Presidencia de la República [Perú], decreto supremo 017-93- JUS, *Diario Oficial El Peruano* (02 de junio de 1993). Tercera edición oficial del Texto Único Ordenado (2012), recuperado de <https://www.mjnus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Ley-Orgánica-Poder-Judicial-y- Ministerio-Público.pdf>.

Livy Margot Chumacero Marticorena c. Gobierno Regional de Piura [acción de amparo], expediente 01797-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 15 de noviembre de 2010).

María del Carmen Güell y otros c. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia 298/1994, ECLI:ES:TC:1994:298 (Tribunal Constitucional [España], 14 de noviembre de 1994).

María Luisa Tárraga y otros c. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sentencia 26/1983, ECLI:ES:TC:1983:26 (Tribunal Constitucional [España], 13 de abril de 1983).

Mr X v Trioplast AB, Cour de Cassation, 1e civ., 11 de marzo de 2009, Bull. Civ. I, 48 (Francia).

Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour d'Appel de Paris, 15 de septiembre de 1998, *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1999, p. 103 (Francia).

Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris, 21 de mayo de 1997, *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1997, p. 417 (Francia).

Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale, Cour de Cassation, 1e civ., 20 de febrero de 2001, *Revue de l'Arbitrage*, 3, 2001, p. 511 (Francia).

Société Lear c. Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 de mayo de 2002, *Revue de l'Arbitrage*, 2002, p. 785 (Francia).

Société SNF SAS c Chambre de Commerce Internationale, Cour d'appel, 22 de junio de 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, p. 314 (Francia).

Société SNF SAS c Chambre de Commerce Internationale, Tribunal de Grande Instance de Paris, 10 de octubre de 2007, *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2007, p. 847 (Francia).

Suring SAC c. Ministerio de Educación, expediente 03383-2011-27-1817-JR-CO-17, resolución 2 (Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, 05 de junio de 2002).

Recibido: 16/03/17

Aprobado: 15/05/17

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: EL
ESCRUTINIO DE
LOS LAUDOS EN
LA PRÁCTICA
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
COMO
MECANISMO
PARA OPTIMIZAR
LA EJECUCIÓN DE
LOS LAUDOS EN
EL PERÚ

NULLA EXECUTIO
SINE TITULO: THE
SCRUTINY OF
AWARDS IN THE
PRACTICE OF
INTERNATIONAL
ARBITRATION AS
A MECHANISM
TO OPTIMIZE THE
ENFORCEMENT
OF AWARDS IN
PERU

El problema del abandono de las pretensiones imprescriptibles

The abandonment issue of the imprescriptible pretensions

LUIS ALFARO VALVERDE*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Resumen: En el presente artículo se analiza el problema del abandono en los procesos judiciales relacionados con las pretensiones imprescriptibles, con una especial mención de aquellas relativas al derecho de propiedad. Se critica la cuestión analizada en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2016 sobre el particular. Se pone de manifiesto que la verdadera cuestión a resolverse es la referida a las pretensiones imprescriptibles como supuestos de improcedencia de abandono. Se expone razones que ponen en entredicho la disposición normativa que vincula el abandono procesal con dichas pretensiones. Justamente por la falta de argumentos fuertes que justifiquen tal relación, se propone (*de lege ferenda*) su necesaria enmienda legislativa.

Palabras clave: abandono procesal, prescripción, derecho de propiedad, pleno jurisdiccional nacional

Abstract: In this article, the issue around abandonment in judicial proceedings (Procedural abandonment) related with the imprescriptible pretensions will be analyzed, with a special mention to those relative to the right to property. The issue discussed in the National Jurisdictional Plenary of Civil Law and Civil Procedure of 2016 will be criticized. The true issue to be solved is revealed, it's the one related to the imprescriptible pretensions as case of inappropriateness of abandonment. It raises reasons that put in question the normative provision that links the procedural abandonment with those pretensions. Precisely because of the lack of strong arguments to justify the relation, a necessary legislative amendment is proposed.

Keywords: procedural abandonment, prescription, right of property, National Jurisdictional Plenary

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SENTIDO Y JUSTIFICACIÓN DEL ABANDONO.- III. EL ABANDONO EN UN MUNDO «DE OFICIO».- IV. EL ABANDONO ANALIZADO EN EL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL.- V. EL PROBLEMA DE LAS PRETENSIONES IMPRESRIPTIBLES.- VII. REFLEXIONES FINALES.

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Maestría con mención en Derecho Procesal; Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Doctorando en el Programa de Doctorat en Dret, Economia i Empresa de la Universidad de Girona. Máster en Derecho Público, especialidad Derecho Procesal por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro e Investigador externo del Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Código ORCID: 0000-0001-8433-4099. Correo electrónico: alfavalu@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo —aunque no mucho— estamos siendo testigos del establecimiento y desarrollo de una institución de *Common Law* en nuestro sistema jurídico, nos referimos a la recepción jurídica del precedente (sobre la recepción del precedente en los sistemas de *Civil Law*, véase Taruffo, 2012). Este hecho viene generando múltiples secuelas en los «formantes» jurídicos¹, al menos en la producción legislativa, en las diversas posturas teóricas y, sobre todo, en los pronunciamientos jurisdiccionales. Como consecuencia de ello, se puede observar algunas peculiares posiciones que van desde una aceptación irreflexiva, pasando por una posición escéptica, hasta propuestas moderadas que admiten su recepción, pero que abogan por su adaptación. Sin embargo, debemos reconocer que —a diferencia de sistemas de *Civil Law* de Europa continental²— hemos sido extremadamente solícitos y acríticos en su asentimiento, especialmente normativo. Esto sucede también en algunos otros países de la región.

A la par de esta situación —quizá como una forma de resistencia encubierta de los jueces frente a dicha figura—, al interior del Poder Judicial se viene presentando otro fenómeno muy particular que, aunque se parece, no podría catalogarse propiamente como precedente ni menos como jurisprudencia (para una clara explicación sobre las diferencias entre precedente y jurisprudencia, véase Taruffo, 2007). Nos referimos a aquello que se ha convenido en llamar plenos jurisdiccionales³, los cuales son definidos como las «reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado

1 La teoría de los formantes y su producto, los formantes jurídicos (*legal formants*), fue elaborada en Italia por Rodolfo Sacco a partir de la lingüística estructuralista. La expresión «formante» procede de la fonética acústica, el estudio de la consistencia física de los sonidos vocales y de su difusión a través de un medio como, por ejemplo, el aire. En este ámbito, el formante indica la frecuencia de resonancia de los sonidos que tienen lugar en la cavidad oral y que caracterizan su timbre: permite descomponer esos sonidos y, sobre todo, poner de manifiesto e identificar sus distintos componentes (Somma, 2015, p. 154). En la comparación jurídica, el formante representa los componentes del derecho, entre los que se identifican, el formante legal —para dar cuenta de las reglas elaboradas por el legislador—, el formante doctrinal —contenido por preceptos elaborados por los teóricos— y el formante jurisprudencial —el cual coincide con las indicaciones emitidas por los tribunales— (Sacco, 1992, pp. 44ss).

2 Por las repercusiones que viene generando en nuestro país, la posición abierta y permisiva frente al precedente (el cual se origina—conviene recordar—en países del *Common Law*) no parece haber sido la actitud ideal ni la más apropiada. Tal vez, para hacer frente a los problemas de la falta de predictibilidad y uniformidad del derecho —entre otras «razones»—, deberíamos haber optado por trabajar y mejorar la institución de la jurisprudencia (propia de *Civil Law*), la cual, por su falta de comprensión y su casi nulo desarrollo normativo (dado que no tenemos reglas sobre su formación, requisitos, grado de su fuerza normativa, etcétera) ciertamente no cumplió a cabalidad su propósito. Empero, puesto que este no es el lugar para seguir con tal cuestión, dejo abierto el debate y el compromiso de analizarse en otro trabajo.

3 También en otros sistemas jurídicos, desde hace un tiempo, podemos encontrar figuras semejantes a la mencionada, así, en España existen los llamados acuerdos de pleno jurisdiccional. En este caso, se viene discutiendo el grado de vinculación que tendrían (Manjón-Cabeza, 2008, pp. 1-25).

para cada caso concreto» (Centro de Investigaciones Judiciales, 2008). En otras palabras es la congregación de jueces, de diferentes grados y especialidades, para debatir algunas cuestiones problemáticas de la práctica jurisdiccional y asumir una posición por mayoría. La práctica estaría justificada normativamente en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Plenos jurisdiccionales

Artículo 116.^o.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

En efecto, casi sin darnos cuenta, la constante realización de estos plenos jurisdiccionales en diversos distritos judiciales viene convirtiéndose en una especie de «tradición jurídica». Aunque los plenos jurisdiccionales no son vinculantes, las conclusiones de los mismos son muchas veces aplicadas por los jueces en los casos concretos⁴ por la fuerza de las razones y los argumentos que en ellos se ofrecen (fuerza persuasiva). Precisamente, el tema abordado en este ensayo está referido a la figura del abandono procesal en el contexto del proceso civil. Muy especialmente, se analiza el problema del abandono de aquellos procesos que contienen pretensiones relacionadas con el derecho de propiedad. El cual ha sido, también, materia de análisis del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil 2016, realizado en la ciudad de Lima, los días ocho y nueve de julio. En dicho pleno se sostuvo con respecto a estas pretensiones que, al ser consideradas imprescriptibles, no procedería el abandono. Literalmente, se acordó por mayoría lo siguiente: «No se produce el abandono, ya que se trata de pretensiones imprescriptibles vinculadas al derecho de propiedad o a los derechos que se derivan de la misma» (Conclusiones plenarias, 2016).

Por estas razones, el propósito de este breve estudio será, en primer lugar, describir y analizar de modo crítico las dos ponencias expuestas en el referido Pleno Jurisdiccional, así como sus respectivas justificaciones, centrándonos en aquella que finalmente fue asumida en mayoría por

4 En el Perú, los plenos jurisdiccionales son de diversos tipos. Por ejemplo, en relación con la proyección geográfica, pueden ser distritales, regionales y nacionales; atendiendo a los grados de la organización judicial: plenos de jueces de paz letreados, especializados, superiores y supremos; y, finalmente, considerando la materia o especialidad, pueden ser plenos de familia, laborales, penales, contencioso-administrativos, constitucionales, civiles y procesal-civiles. Además, se admite combinaciones y variantes de estos criterios, por ejemplo, puede darse el caso que existan plenos jurisdiccional nacional civil y procesal civil. Empero, conviene plantearse la siguiente problemática: si su propósito es propiciar los valores de seguridad y predictibilidad, esta multiplicidad y diversidad no parece ser ideal, más aun si desde 1997 se vienen realizando de manera ininterrumpida todos los años (según información proporcionada por el Poder Judicial del Perú en la página «Plenos Jurisdiccionales» al interior de su sitio web). Esta frecuencia puede implicar que para los jueces (pero también para los abogados) sea una tarea realmente titánica y complicada encontrar un criterio entre tantos plenos.

los jueces superiores con relación al tema en discusión. En segundo lugar, situar el debate en un punto elemental que lamentablemente no fue considerado, pero que, desde nuestra modesta consideración, subyace a lo discutido en el pleno. Dicho punto elemental es la cuestión de si las pretensiones imprescriptibles (como el caso del derecho de la propiedad) realmente merecen tal inmunidad frente al abandono; es decir, cuestionar, desde sus bases, la «necesaria» relación: abandono del proceso-pretensiones imprescriptibles.

II. SENTIDO Y JUSTIFICACIÓN DEL ABANDONO

Detengámonos un momento para esclarecer en qué consiste el abandono procesal —también denominado perención o caducidad de instancia (caducidad de instancia es término empleado en el proceso civil español, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, libro I, título VI, artículos 236-240)—. Se trata de una institución procesal que se presenta cuando existe una detención o inercia del proceso por un tiempo fijado por ley y que genera inevitablemente la conclusión del proceso, obviamente sin pronunciamiento sobre el fondo (*rectius: mérito*); razón por la cual algunos la consideran una forma anormal de conclusión del proceso⁵.

Bien entendido, el abandono no puede ser visto como una sanción jurídica, sino, propiamente, como una consecuencia jurídica por la que se concluye el proceso de modo anormal⁶, por encontrarse detenido por un tiempo fijado por ley, con la particularidad de que esta situación no sea causada o provocada por la inacción del juez⁷. En efecto, se sostiene que existen al menos dos motivos en que se fundamenta. El primero es de carácter subjetivo y ve en la presunta intención de las partes de abandonar el proceso la íntima de la extinción, es decir, se determina por la voluntad de los litigantes. El segundo es de tipo objetivo y se fija en la necesidad de evitar la pendencia indefinida de los procesos, por las consecuencias que esto implica para la seguridad jurídica, en otras

5 Para justificar esta expresión, se ha dicho que la anormalidad de estos especiales fenómenos y de sus consecuentes desenlaces especiales del proceso no significa necesariamente su disconformidad con las normas jurídicas relativas a la terminación del proceso, sino que debe entenderse en el sentido de que la sentencia de fondo dictada a consecuencia de una contradicción, mayor o menor, entre las partes es, de hecho, lo más frecuente y habitual y, de derecho, lo que la ley procesal considera ordinario y común (De la Oliva & Díez-Picazo, 2000, p. 422).

6 En la comparación jurídica, considerada como una forma de conclusión anormal del proceso, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha establecido que la «caducidad de la instancia es una de las especies del concepto más general de extinción del proceso, *entendiendo por extinción toda conclusión anormal producida sin que el proceso haya cumplido su fin*, esto es si es que se haya decidido sobre la pretensión en el mismo planteada. Cuando la extinción se causa por inactividad de los sujetos se está ante la caducidad, que se produce, pues, sin acto de clase alguna, por el simple hecho del transcurso del tiempo sin realizar actividad procesal» (STS 17784/1993).

7 En la doctrina italiana, Chiovenda, quien identifica el fenómeno como caducidad, lo concibe de la siguiente manera: «es un modo de extinción de la relación procesal, y que se produce después de cierto período de tiempo, en virtud de la inactividad de los sujetos procesales» (1940, p. 310). También, Carnelutti, explicaba que «El procedimiento se extingue por perención, cuando habiendo asignado un plazo perentorio, por la Ley o por el Juez, para el cumplimiento de un acto necesario a la prosecución, dicho acto no es realizado dentro del plazo» (1959, p. 174).

palabras, se trata de una cuestión que escapa a la voluntad de las partes de que no se prolongue la duración de los pleitos paralizados (Guasp, 1973, pp. 539-540).

El legislador nacional parece haber entendido bien esta referencia, pues ha regulado el abandono —en el capítulo de las formas especiales de conclusión del proceso del Código Procesal Civil— de la siguiente manera: «Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado» (CPC, artículo 346). La idea que subyace a esta institución procesal sería que los procesos no pueden durar eternamente sin lograr su propósito natural.

De este modo, el abandono se justifica en la medida en que la misma expresión «proceso» representa *per se* y en todos los casos un necesario devenir diacrónico de actos dirigidos hacia la consecución de un fin, es decir, una proyección temporal hacia el futuro. Así, toda falta de avance injustificada sería contraria al sentido mismo del proceso⁸. Este sencillo razonamiento calza, precisamente, de modo ideal cuando se habla de proceso (jurisdiccional), pues, desde una perspectiva formal-estructural, implica un conjunto de actos jurídicos (procesales) concatenados armónicamente hacia un propósito: la búsqueda de la verdad, mediante decisiones justas, al menos si nos adherimos a una de las opciones ideológicas típica de los sistemas de *Civil Law*⁹. Si esto es así, entonces, es evidente que el hecho de presentarse una detención o inercia que dificulte el avance y desarrollo natural del proceso puede generar un problema en relación con el cumplimiento de su finalidad.

De suceder esto, ciertamente el Estado/juez perdería su legitimidad para continuar su prosecución del proceso, en otras palabras, no existiría justificación de que continúe con el procesamiento de una persona. La pérdida de legitimidad ocurre porque —precisamente—el método que el Estado utiliza para la tutela de las situaciones jurídicas sustantivas, el proceso, ha perdido su propósito por haberse detenido injustificadamente durante un tiempo determinado por la ley.

EL PROBLEMA DEL
ABANDONO DE
LAS PRETENSIONES
IMPREScriptIBLES

THE
ABANDONMENT
ISSUE OF THE
IMPREScriptIBLE
PRETENSIONS

⁸ Este sentido es acorde con la propuesta de Guasp, quien afirma que la caducidad de la instancia (para nosotros abandono procesal) «es la extinción del proceso que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no realizan actos procesales las partes» (1973, p. 539).

⁹ En efecto, por ejemplo, para Taruffo, «La justicia de la decisión no presupone solamente su legalidad, es decir, que se derive de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también su veracidad, es decir, la determinación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de esto es que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una determinación falsa o errada de los hechos de la causa» (2010, p. 413). Sobre la relación teleológica entre prueba y verdad, véase Ferrer (2007, pp. 29-30).

III. EL ABANDONO EN UN MUNDO «DE OFICIO»

Además, otro punto importante que se debe considerar es la relación del abandono con el «principio»¹⁰ (*rectius*: regla) de impulso procesal. Antes, sin embargo, conviene recordar que el proceso civil peruano ha sido diseñado y estructurado —en gran parte— bajo la incidencia del principio de oficialidad¹¹ (impropriamente denominado «principio» *publicístico* o *inquisitivo*), en virtud del cual se le atribuye al juez ciertas potestades, técnicas e iniciativas para el desarrollo y conducción del proceso hacia el cumplimiento de su propósito. Precisamente, una de las manifestaciones de tal principio es el llamado «principio» (*rectius*: regla) de impulso de oficio, en virtud del cual la continuación o avance del proceso se encuentra bajo responsabilidad del juez¹². El cual normativamente es descrito en estos términos: «El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados de este impulso los casos expresamente señalados en este Código», (CPC, título preliminar, art. 2, § 2). En otras palabras, en el proceso civil peruano —y en los procesos no penales en general— la regla es que el proceso se impulsa no a pedido de parte, sino propiamente de oficio, esto es, por el órgano jurisdiccional. Por tanto, las partes en el proceso, *prima facie*, no tendrían el deber —al menos no formalmente— de estar presentando escritos para propiciar su continuación al estado correspondiente, sino que esta tarea corresponde al mismo juez¹³.

Por tanto, la pregunta sería cómo se justifica la figura del abandono en un proceso impulsado por el juez, dicho en términos alegóricos, «en un mundo de oficio»; pues se supone que el juez es el llamado a velar por la continuación y el impulso del proceso. Si el impulso del proceso se le hubiese encargado a las partes (impulso de parte), la razón sería más que evidente: la falta de interés procesal (estado de necesidad de

10 Sobre el particular, el profesor De la Oliva es enfático en sostener que «desde varios puntos de vista, es erróneo y perturbador denominar "principios" a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de este. Para la mayoría de esos criterios resulta preferible utilizar los conceptos y términos de "reglas" o "máximas". Como he repetido en muchas ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede —y con impaciencia lo repito también una y otra vez— cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina "derecho": cuando todos son "derechos", nada es derecho. Semejante amplitud conceptual no conduce a nada positivo» (2012, p. 245).

11 El profesor De la Oliva explica que el principio de oficialidad es aquel «derivado del intenso interés público predominante en ciertas materias, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados a la disposición de los sujetos jurídicos particulares en relación con la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquel interés se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer por otros órganos públicos ante situaciones subsumibles en supuestos taxativamente determinados por la ley» (de la Oliva, Diez-Picazo, Giménez & Vegas, 2012, p. 208).

12 Con relación al impulso procesal, en general, Eduardo Couture explica que «Se denomina impulso procesal al fenómeno cuya virtud asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo» (2002, p. 142).

13 Este razonamiento se ve plasmado en la siguiente posición de la Corte Suprema: «si bien la figura del abandono importa la inactividad procesal, su declaración no puede obviar la obligación del juzgador en su condición de director del proceso, de impulsarlo aún sin necesidad de que la otra parte lo solicite y cuando el estado mismo corresponda» (Casación 2422-2013 JUNÍN, fundamento 8).

tutela jurisdiccional); pero ¿cómo se puede concebir que un proceso se detenga, cuando su continuación es labor del juez?

La razón es que pueden existir algunos casos en que la inercia del proceso, pese al impulso de oficio, no se deba a la desidia o negligencia del juez por continuar el trámite o al estar pendiente la emisión de una resolución (CPC, artículo 350, 5), sino propiamente a la responsabilidad de las partes. Esto sucede, por ejemplo, cuando se requiere el cumplimiento —a cargo de las partes— del pago de arancel para una determinada actuación judicial, sin el cual no podría realizarse o, en general, en cualquier caso en que se exija del demandante o demandado determinada prestación, pero estos simplemente dejan pasar el tiempo sin realizarla¹⁴. Al menos eso se desprende del artículo 350, 4 del CPC: «salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una de las partes».

Es en estas circunstancias donde se produciría el abandono, como una consecuencia jurídica por la falta manifiesta de interés de la parte (demandante) ante el incumplimiento de lo requerido, dentro de un plazo previsto en la ley¹⁵. Situación que, a la verdad, se debe presentar de manera excepcional, pues siempre el juez, conforme al impulso de oficio, debe ser el primer comprometido en tomar todas las medidas y emitir todas las resoluciones para el necesario avance del proceso¹⁶.

IV. EL ABANDONO ANALIZADO EN EL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL

Precisamente, en el último Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, realizado en la ciudad de Lima (para una revisión de todos los temas de debate, ponencias, justificaciones, materiales bibliográficos y jurisprudenciales utilizados en el citado pleno jurisdiccional, véase

14 Esta idea parece ser acorde al sentido expresado por la Corte Suprema, para quien el abandono procesal es «un medio procesal a través del cual se extingue un proceso por falta de actividad idónea de los sujetos procesales» (Casación 884-2003 LAMBAYEQUE, citada en Casación 4805-2010 LIMA).

15 Sobre el particular, la Corte Suprema ha expresado que «el abandono implica dos factores combinados: el tiempo y la inactividad procesal; que provoca la culminación de la instancia y, por ende, del proceso sin declaración sobre el fondo en razón de la inactividad procesal de las partes. Lo que realmente sanciona el abandono es la negligencia manifiesta del litigante, que con su inactividad deja paralizado el proceso. Dicha inactividad tiene que ser medida a través de determinados plazos que la norma regula en cuatro meses» (Casación 4805-2010 LIMA).

16 Por ello llama la atención el hecho de que el abandono se declare también de oficio (CPC, artículo 346). Se trata de una particular disposición normativa, cuyo cumplimiento ha sido «recordado» a todos los jueces por el mismo Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante la resolución administrativa 373-2014-CE-PJ, en la que también se requiere —a la Gerencia General del Poder Judicial— incorporar en el Sistema Integrado Judicial (SIJ) un medio para que alerte al juez cuando debe declarar el abandono. Empero, la experiencia y la historia han demostrado que las medidas «urgentes» para solucionar problemas urgentes no siempre son las más apropiadas o idóneas, más aun si se llevan a cabo de forma acrítica, sin analizar detenidamente el sentido y fundamento de cualquier institución. Adicionalmente, habría que llamar la atención sobre lo sorpresiva que resulta la intervención del Consejo Ejecutivo en aspectos que son estrictamente jurisdiccionales.

Centro de Investigaciones Judiciales, 2016), el primer tema que se debatió estaba relacionado con lo explicado anteriormente, es decir, con el abandono y su improcedencia en los procesos en donde se analice pretensiones imprescriptibles, específicamente, respecto de aquellas vinculadas con el derecho de propiedad. La cuestión fue la siguiente: ¿se produce el abandono en los procesos en los que se discuten pretensiones vinculadas al derecho de propiedad y a los derechos que se derivan de este? Para dar respuesta a tal problema, la organización del pleno estableció previamente dos ponencias entre las cuales los participantes, luego del debate respectivo, debieron elegir y votar para llegar a un acuerdo.

Analicemos, en primer lugar, cada una de estas posiciones planteadas. Veamos, la primera de ellas era en favor de la procedencia del abandono sobre los procesos en donde se tutela el derecho de propiedad, descrita bajo la siguiente fórmula: «Sí se produce el abandono debido a que se trata de pretensiones que no tienen establecidas las condiciones de imprescriptibles por la ley» (Centro de Investigaciones Judiciales, 2016, p. 15). Se trata de una posición que parte de la siguiente premisa: para que una pretensión tenga la calidad de imprescriptible, debe ser manifiesta en el ordenamiento legal, es decir, es la ley quien fija dicho carácter. *A contrario sensu*, sino hay regla expresa, simplemente sí les afectaría la prescripción, como pasa en la mayoría de casos, serían prescriptibles¹⁷. Dicho de otra manera, desde esta visión, la regla general sería la siguiente: se presume que la prescripción es aplicable a todas las pretensiones y para que esto no suceda, debe darse una regla expresa.

En concreto, respecto de las pretensiones relativas al derecho de propiedad, no existe disposición normativa expresa en nuestro ordenamiento que le reconozca tal condición, por lo que —siempre desde esta postura— resultaría correcto que proceda el abandono, dado que solo las pretensiones que son imprescriptibles están exentas de tal consecuencia. Esto es así conforme al artículo 350, 3 del CPC, que establece que *no hay abandono* «En los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles». Básicamente, este fue el razonamiento —palabras más, palabras menos— que se expuso como justificación de tal posición en el pleno jurisdiccional.

No obstante, a nuestro modo de ver, se trata de una posición —por decir lo menos— excesivamente devota de la ley (o disposición normativa) en la que subyace una preferencia u opción ideológica del derecho desde una óptica muy particular, diría un enfoque positivista llevado a sus

¹⁷ Si revisamos con detenimiento el Código Civil peruano (donde se encuentran las reglas de prescripción) advertiremos que hay derechos que son calificados de modo expreso y literal con la calidad de imprescriptibles, como el caso del derecho de la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas (artículo 136), petición de herencia (artículos 664 y 865), reivindicación de un bien salvo la prescripción adquisitiva (artículo 927), entre otros.

últimos términos. Esto, desde mi modesta perspectiva, no hace otra cosa que alentar ese clásico apego o predilección por «respetar» a toda costa el «texto expreso de la ley», pese a que pueden existir razones fuertes que acaben por desvirtuarla o superarla.

La segunda ponencia rechaza la idea de que proceda el abandono en estos casos, ya que las pretensiones relativas al derecho de propiedad sí tienen el carácter de imprescriptibles. Para ser exactos, se dijo lo siguiente: «No se produce el abandono, ya que se trata de pretensiones imprescriptibles vinculadas al derecho de propiedad o a los derechos que se derivan de la misma» (Centro de Investigaciones Judiciales, 2016, p. 15). Para justificar tal posición, se utilizaron expresiones como «esencia» o «naturaleza», dirigidas a justificar que el derecho no solo se limita a meras prescripciones legales, sino que en él confluyen diversos elementos que, desde luego, determinan que el caso del derecho de propiedad sea imprescriptible —como se sabe, desde mucho hace tiempo existe una clara tendencia (con algunas excepciones) a considerar que tanto los derechos de propiedad como los catalogados como personalísimos son imprescriptibles—. Sin embargo, existe una omisión en exponer puntualmente las razones y argumentos por las que el derecho de propiedad, desde su posición, tendría el carácter de imprescriptible y no darlo por sentado (indistintamente de que haya o no previsión legal).

Luego de la respectiva ponencia del teórico —magistrado invitado— y del sucesivo debate de los jueces superiores civiles (Poder Judicial del Perú, 2016a, 2016b), finalmente, en el segundo día del pleno jurisdiccional, los jueces superiores asistentes votaron en mayoría por la primera postura. Es decir, se decidió que no procede el abandono procesal, dado que el derecho de propiedad (y los derechos derivados de él) tiene la calidad de imprescriptible, el cual es un supuesto excepcional en el que no procede el abandono.

V. EL PROBLEMA DE LAS PRETENSIONES IMPREScriptIBLES

Como hemos podido apreciar, en el tema analizado, el punto de debate se centró únicamente en esclarecer si el derecho de propiedad tendría la calidad de imprescriptible, para establecer si procede —o no— el abandono. Si bien este tema ciertamente necesitaba ser esclarecido, consideramos que debió plantearse anteriormente la necesidad de determinar si realmente las pretensiones imprescriptibles no deben estar expuestas al abandono. Dicho de otra manera, ¿por qué las pretensiones imprescriptibles —como el derecho de propiedad— gozan de tal protección? (para un breve comentario sobre este problema, véase Alfaro, 2015; ensayo que fue considerado en el material de trabajo del referido pleno jurisdiccional. Sin embargo, el problema ya había sido

EL PROBLEMA DEL
ABANDONO DE
LAS PRETENSIONES
IMPREScriptIBLES

THE
ABANDONMENT
ISSUE OF THE
IMPREScriptIBLE
PRETENSIONS

advertido algunos años antes, Alfaro, 2010, p. 189). ¿Cuáles son las razones que justifican tal inmunidad? ¿Qué tan fuertes o sólidas son esas razones como para seguir considerándolas?

Analicemos con detenimiento las razones en que se sustenta tal protección. Recordemos que la característica de que una pretensión sea imprescriptible significa que no se extiende sobre ella la prescripción. Dicho en otros términos, bajo tal cualidad, el demandante tendría la posibilidad de iniciar un proceso de manera sempiterna sin que el tiempo extinga tal posibilidad, por tanto, pueden interponerse simplemente cuando las personas lo consideren conveniente. En este escenario, las preguntas que se imponen serían las siguientes: ¿Qué relación existe entre una pretensión imprescriptible y el hecho de que no pueda caer en abandono? ¿Qué virtud tienen esas pretensiones que las hacen inmunes al abandono? Francamente, no se encuentra vinculación alguna, ya que se trata de situaciones jurídicas distintas. La primera es una calidad de algunas situaciones jurídicas sustantivas y la segunda es una situación puramente procesal por la inercia del proceso¹⁸. El hecho de que pueda iniciarse un proceso con tales pretensiones en cualquier momento, sin miedo a que ya no puedan ejercerse por vencimiento de un plazo fijado por ley, no se relaciona de modo alguno con el abandono. Fácilmente puede darse el caso de que la inercia de estos procesos pueda ser —naturalmente— imputable también a las partes. ¿Acaso no sería suficiente privilegio el hecho de que el demandante pueda demandar en cualquier momento, sin riesgo de que prescriba su derecho (antes del proceso), como para que además ahora se lo blinde con la inmunidad procesal (durante el proceso) de no incurrir en abandono?

En caso de que estas razones no fuesen suficientes, veamos si nuestra disposición normativa, la cual prohíbe la declaración de abandono procesal frente a pretensiones imprescriptibles (CPC, artículo 350, 3), tiene algún parangón o punto de referencia contemporánea en algunos sistemas procesales del *Civil Law*. Es decir, examinemos si existen ordenamientos jurídicos en donde se establece tal proscripción legal. Así, por ejemplo, en el sistema procesal civil español, en concreto, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede observar que en toda la dispersión normativa (artículos 236-240) relativa a la llamada caducidad de instancia (para nosotros abandono), los únicos supuestos de exclusión —esto es, sobre los que no podría aplicarse la caducidad— serían cuando el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquier otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las

18 En esta misma línea de reflexión, Ariano, respecto de las pretensiones vinculadas con el derecho de propiedad, se hace las siguientes preguntas: «¿Por qué un proceso de partición no puede morir por abandono y sí, en cambio, uno cuyo objeto sea una simple condena al pago de una suma de dinero? Si de lo que se trata es que los procesos no sean eternos, molestando más de lo tolerable al órgano judicial, ¿por qué uno, frente a la inercia de las parte, podría eternizarse y el otro no? Misterio» (2004, p. 50).

partes o interesados (artículo 238) y en el caso de las actuaciones para la ejecución forzosa (artículo 239). Sin embargo, no existe ningún caso que prohíba su aplicación ateniendo a la naturaleza de las pretensiones (prescriptibles o imprescriptibles), lo que significa que necesariamente procede en todos los procesos, indistintamente del tipo de pretensiones que se formule.

Situación similar acontece en el proceso civil francés, pues en el código procesal civil francés no se aprecia alguna regla semejante a la analizada en sus disposiciones normativas vinculadas con la *péremption d'instance* (caducidad de instancia) (*Code de procédure civile*, artículos 386-393). Por lo tanto, en el sistema francés, el hecho de que en un proceso se analice pretensiones imprescriptibles y el proceso eventualmente haya superado los dos años¹⁹ sin que se realicen actuaciones no sería óbice a que se declare la caducidad de instancia.

Así, queda completamente demostrado que no existen razones fuertes y menos de carácter comparativo que justifiquen la exención al abandono de los procesos en los que se resuelvan pretensiones que tienen la cualidad de imprescriptibles como, por ejemplo, las relativas al derecho de propiedad. Por el contrario, existe más de una razón para pensar que deberían ser, al igual que toda pretensión procesal, expuestas al abandono. Hubiese sido preferible que el pleno jurisdiccional abordara este específico problema y viese las ponencias que lo sustenten, pues —en realidad— de haberse superado dicho problema, el tema elegido resultaría simplemente superfluo.

VII. REFLEXIONES FINALES

En este breve ensayo hemos intentado, sobre todo, desvirtuar el nexo entre abandono procesal y pretensiones imprescriptibles (CPC, artículo 350, 3) proporcionando algunos argumentos para postular que no existen razones jurídicas que justifiquen tal prescripción legal. Así, según nuestro modesto parecer, se debe considerar (*de lege ferenda*) de manera urgente su inmediata modificación legal. Se debe eliminar tal protección jurídica, máxime —para reforzar esta propuesta— si, revisando el derecho comparado, se advierte que esta disposición normativa no tiene parangón alguno en otros sistemas procesales —al menos entre los más prestigiosos— como el ordenamiento español o francés.

El Poder Judicial hizo bien en elegir al instituto del abandono procesal como primer tema analizado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y

19 A diferencia del proceso civil peruano, en el modelo francés, el plazo legal de inactividad procesal del proceso es de dos años, conforme a lo previsto en el artículo 386 del *Code de procédure civile*, en donde se establece lo siguiente: «Se producirá la caducidad de la instancia cuando ninguna de las partes realizará actuaciones en el proceso durante dos años».

Procesal Civil, dado que los juzgados, en general, manejan una elevada carga procesal y dicho instituto, ciertamente, coadyuva a disminuir tal situación crítica. Empero, la cuestión específica planteada (procedencia en las pretensiones imprescriptibles vinculadas al derecho de propiedad) no fue del todo acertada. Se perdió una gran oportunidad para discutir el problema medular que es anterior o previo a la cuestión analizada.

A decir verdad, existe casi un consenso generalizado, en la doctrina y jurisprudencia, en que las pretensiones relativas al derecho de propiedad tienen el carácter de imprescriptible, pese a que esto no esté expresamente previsto en el Código Civil, por lo que el «esclarecimiento» de esta específica cuestión no era del todo necesario. El verdadero problema relativo al abandono procesal, el que realmente debió ser analizado en dicho pleno jurisdiccional, es esclarecer cuál es la relación que existe entre el abandono procesal y las pretensiones imprescriptibles, es decir, saber si, en efecto, las pretensiones que tienen tal calidad deben o no ser expuestas al abandono y ofrecer razones que justifiquen una u otra posición.

REFERENCIAS

- Alfaro, L. (2010). El periodo de tiempo de la suspensión legal de un proceso no se computa para el abandono [opinión]. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 15(136), 189.
- Alfaro, L. (2015). Impulso de oficio vs. abandono del proceso [comentario]. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 20(196), 149.
- Ariano, E. (2004). Conclusión del proceso por inactividad de las partes y prescripción. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 9(64), 43-52.
- Carmelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil* (t. 2). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Centro de Investigaciones Judiciales (2008). Guía metodológica de Plenos Jurisdiccionales aprobada por el consejo ejecutivo del Poder Judicial. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7407c18043eb77c79256d34684c6236a/CS_D_CIj_guia_plenos.pdf?MOD=AJPERES
- Centro de Investigaciones Judiciales (2016). Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7fe7ef004de035ac9b7cd73e0b6364e/PLENO+JURISDICCIONAL+NACIONAL+CIVIL+Y+PROCESAL_+\(2\).pdf?MOD=AJPERES](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7fe7ef004de035ac9b7cd73e0b6364e/PLENO+JURISDICCIONAL+NACIONAL+CIVIL+Y+PROCESAL_+(2).pdf?MOD=AJPERES)
- Chiovenda, G. (1940). *Instituciones de derecho procesal civil* (t. 3). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Conclusiones plenarias (2016, 08 y 09 de julio). Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, Lima. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d88b1f804dd73a0eaca0fe73e0b6364e/Nacional+civil+y+procesal+civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d88b1f804dd73a0eaca0fe73e0b6364e>

- Couture, E. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4ta ed.). Buenos Aires: B de F.
- De la Oliva, A. & Diez-Picazo, I. (2000). *Derecho procesal civil: El proceso de declaración*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (CERA).
- De la Oliva, A. (2012). Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. *Ius et Praxis*, 18(2), 243-294. doi: 10.4067/S0718-00122012000200009
- De la Oliva, A., Diez-Picazo, I. & Vegas, J. (2012). Los principios del proceso. En *Curso de derecho procesal civil I: Parte general* (lección 10). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (CERA).
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Guasp, J. (1973). *Derecho procesal civil* (t. 1, 3ra ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Manjón-Cabeza, A. (2008). ¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la sala segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10,1-25. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf>
- Poder Judicial del Perú (s. f.). Plenos Jurisdiccionales [página web]. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/
- Poder Judicial del Perú (2016a, 14 de julio). 08/07/2016 – Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (Día 1) [video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=S4dGjN4tBq>.
- Poder Judicial del Perú (2016b, 12 de julio). 09/07/2016 – Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (Día 2). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=J4Mgu8U4La8>
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. Turín: Utet.
- Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 86-99. doi: 10.18046/prec.v0.1434
- Taruffo, M. (2010). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Ius Et Veritas*, 45, 88-95. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991/12559>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Casación 2422-2013 JUNÍN (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Sala Civil Transitoria, 13 de agosto de 2014).

Casación 4805-2010 LIMA, (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Sala Civil Permanente, 13 de octubre de 2011).

Code de Procédure Civile [Código Procesal Civil, Francia]. Traducción de Fernando Gascón Inchausti. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/Catalogue-des-traductions>

Código Civil [Perú].

Código Procesal Civil [CPC] [Perú].

Ley de Enjuiciamiento Civil, ley 1/2000, BOE-A-2000-323, *Boletín Oficial del Estado* [BOE] [España], 7 (08 de enero de 2000, pp. 575-728).

Ley Orgánica del Poder Judicial, Presidencia de la República [Perú], decreto supremo 017-93-JUS, *Diario Oficial El Peruano* (02 de junio de 1993). Tercera edición oficial del Texto Único Ordenado (2012), recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Ley-Orgánica-Poder-Judicial-y-Ministerio-Público.pdf>

Resolución administrativa 373-2014-CE-PJ, *Diario Oficial El Peruano* (30 de diciembre de 2014).

STS 17784/1993, ECLI: ES:TS:1993:17784, (Tribunal Supremo [España], 29 de junio de 1993).

Recibido: 10/03/2017

Aprobado: 18/05/2017

Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos

Rise and Fall of the Constitutional Right to a Jury Trial for Criminal Cases in the United States

JOSÉ ARRIETA CARO*

University of Minnesota

Resumen: Desde su aparición en Europa, el juicio por jurados tuvo que recorrer un largo camino para convertirse en el método oficial de juzgamiento de casos penales en los Estados Unidos. A pesar de que no fue creado exactamente con esa finalidad, tuvo varios momentos memorables durante su desarrollo que le otorgaron el prestigio y valor necesarios para insertarse en la Constitución de ese país como una garantía frente al abuso del poder. Hoy, sin embargo, la gran importancia que alguna vez tuvo ha quedado atrás. Las necesidades y prácticas propias de un sistema con una altísima tasa de condenas han terminado por relegarlo, convirtiéndolo en una verdadera especie en peligro de extinción. El siguiente artículo describe y explica el nacimiento y auge de los juicios por jurados para causas penales y su posterior virtual desaparición a manos de los no tan eficientes como peligrosos acuerdos negociados de condena.

Palabras clave: juicio por jurado, negociación de condena, historia del jurado, reglas de funcionamiento del jurado, acuerdos negociados de condena

Abstract: Since its appearance in Europe, the trial by jury had to travel a long path until it became the official procedure to try criminal cases in the United States. Although it was not really created with that specific purpose, over the years it experienced memorable moments in which it was granted with the prestige and value required to be inserted in the Constitution of that country, as a safeguard against the arbitrariness of the governmental power. Today, however, the great importance that it had in the past has significantly decreased. The needs and practices of a system with a particularly high rate of convictions have relegated and transformed it into a real endangered specie. The following article describes and explains its birth and rise, as well as its subsequent virtual disappearance due to the not so efficient as dangerous guilty pleas.

Keywords: jury trial, plea bargaining, history of the jury, rules of the jury trial, guilty pleas

* Candidato a Master of Law Program (LL.M), University of Minnesota. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor agradece los comentarios del profesor Iván Meini, las observaciones formuladas por los dos revisores anónimos, y el apoyo del estudio Azabache Caracciolo Abogados en la preparación del presente artículo.

Código ORCID: 0000-0002-9518-1662. Correo electrónico: arrie013@umn.edu

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. – II. ORÍGENES. – II.1. ORÍGENES DEL JURADO EN EUROPA. – II.1.1. PRIMEROS ANTECEDENTES. – II.1.2. LAS REFORMAS DE ENRIQUE II Y LAS CONSTITUCIONES DECLAREN DON. – II.1.3. APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL JUICIO POR JURADO. – II.2. EL JURADO EN LOS ESTADOS UNIDOS. – II.2.1. APARICIÓN E INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESTADOUNIDENSE. – III. EL APOGEO DEL DERECHO A UN JUICIO POR JURADO PARA CASOS PENALES Y SU EVOLUCIÓN HASTA NUESTROS DÍAS. – III.1. LA EVOLUCIÓN DEL JURADO PENAL ESTADOUNIDENSE MODERNO. – III.1.1. EVOLUCIÓN EN CUANTO A SUS INTEGRANTES. – III.1.2. EVOLUCIÓN EN CUANTO A SU CAPACIDAD PARA PRONUNCIARSE TANTO RESPECTO DE LA LEY COMO RESPECTO DE LOS HECHOS. – III.2. *DUNCAN V. LOUISIANA*: EL APOGEO DEL DERECHO A UN JUICIO POR JURADO Y SU RECONOCIMIENTO COMO PARTE DE LA NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO ESTADOUNIDENSE PARA CAUSAS PENALES. – IV. REGLAS ACTUALES DEL JURADO ESTADOUNIDENSE PARA CASOS PENALES. – IV.1. SELECCIÓN DE LOS INTEGRANTES. – IV.2. OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO, PENALIDAD Y NIVEL DE EDUCACIÓN REQUERIDO. – IV.3. CANTIDAD DE INTEGRANTES, REMUNERACIÓN Y DURACIÓN. – IV.4. INSTRUCCIONES BRINDADAS POR EL JUEZ. – IV.5. DELIBERACIÓN Y VEREDICTO. – IV.6. FACULTADES Y PROHIBICIONES DEL JURADO DURANTE EL JUICIO. – IV.7. CANTIDAD DE VOTOS REQUERIDOS PARA FORMAR UN VEREDICTO. – IV.8. CONTROL DE LAS DECISIONES DEL JURADO. – V. SITUACIÓN ACTUAL: DECLIVE Y OCASO DEL JUICIO POR JURADO EN CAUSAS PENALES. – V.1. LA LEY NO REQUIERE QUE LA FISCALÍA TENGA EVIDENCIA CERCANA A LA DUDA RAZONABLE PARA CERRAR UN ACUERDO NEGOCIADO DE CONDENA. – V.2. EL GRAN JURADO TAMPOCO CONTROLA LA SUFICIENCIA DE LA EVIDENCIA DE LA FISCALÍA. – V.3. EL FISCAL PUEDE COMPENSAR LA FALTA DE EVIDENCIA AUMENTANDO LA MAGNITUD DE LA PENA POSIBLE EN EL JUICIO. – V.4. LAS PERSONAS INOCENTES CONFIESAN FALSAMENTE SU CULPA. – VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las razones por las que la justicia es un producto misterioso radica en la extraordinaria dificultad de saber bajo qué condiciones la decisión que resuelve un conflicto es justa. La determinación de un hecho probado, o del sentido de una ley, son siempre cuestiones imprecisas, relativas. Casi todo es argumentable, dependiendo del punto de partida. El derecho no es una ciencia exacta —probablemente ni siquiera una ciencia— pero a veces, y esto es especialmente cierto cuando lo que está en juego es la libertad o la vida de un hombre, cuanto nos gustaría que lo fuera¹.

1 En 1984, el exfiscal de Louisiana, Marty Stroud, procesó y logró que un jurado condene a muerte a Glenn Ford por el supuesto delito de robo agravado y homicidio. A pesar de su condena, Ford pasó 30 años en la cárcel sin ser ejecutado por distintas razones, hasta que en 2013 el verdadero culpable le confesó a un informante de la policía que fue él quien mató a la víctima. Posteriormente, Stroud pediría disculpas públicas por haber excluido deliberadamente del jurado a ciudadanos que, al igual que Ford, eran afroamericanos, así como por haber ignorado evidencia de descargo (véase el video de su *mea culpa*: «Watch a former prosecutor apologize for sending an innocent man to death row»).

Quizás ese sea el motivo por el que el Estado respondió a la demanda de justicia complejizando su administración y los procedimientos judiciales a lo largo del tiempo², desarrollando códigos, procedimientos, teorías, reglas y un cuerpo profesional de expertos para reducir y/o disimular las carencias sustantivas del sistema. Si no se puede alcanzar la justicia en un sentido material de manera sistemática —y ciertamente no podemos (en detalle, desde la perspectiva del modelo adversarial del proceso, véase Burnham, 2016, p. 126)—, al menos se debe crear un procedimiento en el que las decisiones, justas o no, sean aceptables.

Para algunas culturas, la aceptabilidad de una decisión judicial supone maximizar la confianza en el juzgador. El mejor procedimiento posible es uno en el que este sea un respetable profesional del derecho. Luego, una decisión es justa porque fue tomada de acuerdo a ley y por el profesional mejor preparado para tomarla. Se espera que su habilidad y prestigio compensen la inherente falibilidad del sistema, haciendo la decisión aceptable por la autoridad que estos confieren. La apuesta de otras sociedades es distinta. En estas, la aceptabilidad de la decisión judicial proviene de la representatividad del juzgador que, adrede, no es un profesional del derecho ni un entendido en leyes, sino un ciudadano común sin formación legal. Estos modelos intentan compensar las falencias naturales del sistema de justicia con representatividad. Una decisión es justa, ante todo, porque fue directamente tomada por la comunidad, aunque su conocimiento del derecho sea menor. El juicio por jurados representa esta última opción.

No obstante, la altísima tasa de condenas que el sistema mantiene así como el actual modelo de encarcelamiento masivo estadounidense —puesto en práctica desde hace algunas décadas— no pueden permitirse con frecuencia un uso de recursos como el que demanda cada jurado. La política criminal del «*tough on crime*» (duro contra el crimen) ha terminado reduciendo el juicio por jurado a una suerte de anécdota, reemplazándolo, en la inmensa mayoría de casos, por los acuerdos negociados de condena, con serias consecuencias para la integridad del esquema de justicia.

Las siguientes líneas intentan explicar resumidamente los principales hitos de este proceso. Con este fin, las secciones II y III del artículo describen el desarrollo del derecho a un juicio por jurado desde su aparición en Europa hasta su momento de apogeo en los Estados Unidos, cuando fue incluido en la noción de debido proceso. La sección IV describe sus reglas generales de funcionamiento. La sección V,

2016). Ford salió de la cárcel en el año 2014, solo para enterarse de que tenía cáncer de pulmón avanzado. Falleció 15 meses después y nunca aceptó las disculpas de Stroud (Cleveland, 2015).

2 Para una descripción detallada acerca los procesos de codificación y formación de las cortes, la figura del juez y el rol de la educación legal véase Apple y Deyling (1995, pp. 12-30). Para el caso del *Common Law*, véase Dainow (1966, pp.421-423).

por otro lado, da cuenta del drástico viraje que supuso la introducción masiva de los acuerdos negociados de condena en la práctica judicial estadounidense, así como de sus consecuencias. La sección VI, finalmente, esboza algunas conclusiones que se pueden extraer a partir de todo lo anterior.

II. ORÍGENES

II.1. Orígenes del jurado en Europa

II.1.1. Primeros antecedentes

El jurado no tiene una fecha de nacimiento precisa y sus orígenes no están claros. A pesar de esto, la mayoría de autores concede que su aparición se remonta a la Francia del siglo IX (829 d.C.) cuando Luis el Piadoso, cansado de la ineficiencia del procedimiento de la época para proteger los derechos de la realeza, decidió que todos los conflictos que involucrasen los derechos de ésta realeza se decidirían sobre la base de una investigación conducida por oficiales que actuarían en su nombre. Estos estarían encargados de recolectar información interrogando a las personas más creíbles del distrito elegidas por él, quienes juzgarían el caso conforme a la costumbre nacional y declararían bajo juramento. El nuevo procedimiento fue denominado *inquisito* o *inquisitio* (Plucknett, 2001, p. 110; Burnham, 2016, p. 126; Knight, 1996, p. 246; otros autores señalan distintos nombres en este estadio temprano: *inquest*, *royal inquest*, o *inquisition*, véanse Arnette, 1968, p. 118; Loh, 1984, p. 354; Van Caenegem, 1991, p. 81, 1988, pp. 73-74) y aunque se usaba sobre todo para proteger los derechos de la corona (Arnette, 1968, p. 118), eventualmente el rey podía permitirle su uso a la Iglesia o a particulares para sus propios litigios (Plucknett, 2001, p. 110; Van Caenegem, 1991, p. 81, 1988, p. 73). El procedimiento previo existente, basado en la declaración de testigos, no era confiable para la realeza, la cual sospechaba que, cuando estos declaraban contra sus intereses, lo hacían por sus relaciones amicales con la otra parte (Plucknett, 2001, p. 109).

De Francia, la *inquisitio* pasó a Inglaterra luego de la invasión y conquista de Inglaterra por Guillermo de Normandía, en 1066, y posiblemente debido a esta (Knight, 1996, p. 246); aunque esto no es una cuestión pacífica³. Parece ser que, al llegar al nuevo territorio, fue influenciada por un procedimiento similar empleado para los juicios que los anglosajones ya conocían en ese entonces. Hay quien sugiere que esto no sería nada raro, dado que muchas culturas anteriores tuvieron procedimientos con

³ Algunas fuentes señalan que apareció en Normandía luego de la conquista normanda de Inglaterra, sin precisar si fue Guillermo de Normandía quien la llevó consigo (Arnette, 1968, p. 118; Plucknett, 2001, p. 111). Otros autores dan cuenta de las discusiones entre historiadores sobre este punto, indicando que algunos sostienen que la *inquisitio* existía en Inglaterra en un estado primigenio entre los anglosajones antes de la invasión (von Moschzisker, 1921, p. 2).

elementos similares a los de un jurado, como las *Dikasteries* de la era de Pericles y las *Comitia* romanas (von Moschzisker, 1921, pp. 5-6).

Es en el periodo posterior a la invasión normanda que el procedimiento adaptó su ámbito de aplicación (Knight, 1996, p. 246), dejando de tener como función principal el resolver litigios entre la Corona y terceros, para pasar a emplearse más como un mecanismo administrativo destinado a recolectar cualquier información que la administración pública necesitase, sobre todo para cobrar impuestos (Loh, 1984, p. 354; Plucknett, 2001, p. 111). Su estructura, en cambio, sí se mantuvo: se llamaba a un grupo de doce hombres libres, se les exhortaba a decir la verdad bajo juramento y se les interrogaba sobre la información necesitada por la administración (Loh, 1984, p. 354). El grupo de hombres recibía el nombre de «jurados» porque todos sus integrantes juraban decir la verdad (p. 354)⁴ y las respuestas que brindaban eran compiladas en un libro llamado el *Domesday Book* (Knight, 1996, p. 246; Plucknett, 2001, p. 111), una suerte de registro enciclopédico-administrativo con datos como quién era el señor de la zona, quién lo era en el tiempo del rey Eduardo, quién ahora, cuántos arados, cuántos hombres, cuántos villanos, etcétera (Knight, 1996, p. 246; Plucknett, 2001, p. 111).

II.1.2. Las reformas de Enrique II y las Constituciones de Clarendon

Durante el reinado de Enrique II (Henry II), el jurado adquirió los rasgos de órgano decisor de conflictos que se le reconocen hoy. Mientras intentaba estandarizar y reformar el sistema de justicia en Inglaterra haciéndolo más asequible (McSweeney, 2014, p. 140) y evaluaba los mejores medios para presentar cargos criminales contra los ciudadanos (Knight, 1996, p. 246), Enrique II reconvirtió el procedimiento de la *inquisitio*, que empezaba a tener un carácter más administrativo, en un método de obtención de información para resolver controversias (Arnette, 1968, p. 118). Como resultado de sus indagaciones, tomó dos decisiones cruciales. La primera fue reconocer oficialmente a los jurados como métodos de resolución oficial de disputas, brindándoles autoridad real y dándoles una forma definitiva, ya que hasta ese momento se reunían localmente a solicitud de un noble, un miembro de la familia real o incluso el *sheriff*, en cortes ordinarias, pero también fuera de estas. Por otra parte, confirmó que debían estar compuestos de doce hombres, entre los más correctos de un grupo de cien, y estableció que se añadieran cuatro más, los más correctos del poblado, debiendo actuar todos bajo el juramento de decir la verdad (Knight, 1996, p. 247). También ordenó que el procedimiento se llevase a cabo siempre ante jueces nombrados

⁴ Posiblemente Loh (1984) llega a esta conclusión debido a que en el anglo-francés y antiguo francés del siglo XIII se empleaba el término *juree*, así como el término *iurata* en el latín medieval, para referirse a un juramento y a una investigación judicial. Todos estos términos provienen, a su vez, del latín *iurare*. Véase la entrada «jury» en el diccionario Merriam-Webster disponible en línea.

por el rey (van Caenegem, 1988, p. 79; los jueces, por otro lado, no tenían el rol de decidir el fondo del caso).

La segunda decisión consistió en abrir el procedimiento a los litigantes libres para una cantidad de causas distintas (Plucknett, 2001, p. 111), varias de ellas civiles, relacionadas a la posesión de tierras. La decisión, tomada en parte también porque los otros medios de solución de conflictos se encontraban en crisis, se vio facilitada por el hecho de que el uso informal de jurados al interior de las comunidades ya era, en este punto, una práctica frecuente (Plucknett, 2001, p. 111). Ambas políticas se establecieron alrededor de 1164 por medio de un documento conocido como las Constituciones de Clarendon (*Ordinances of Clarendon*) (Knight, 1996, p. 246; Loh, 1984, p. 354; Plucknett, 2001, p. 111). Dos años después, en 1166, tuvo lugar un cambio aun más importante: Enrique II decidió que los jurados debían reportar los delitos de los que tuvieran noticia, haciendo constar su decisión en un documento denominado *Assize* de Clarendon (McSweeney, 2014, p. 142).

Hasta ese entonces, los jurados habían sido o bien testigos de los hechos o personas con información privilegiada sobre los autores de los crímenes, de modo que presentaban a la Corte a los supuestos delincuentes para que su suerte fuese decidida mediante las ordalías⁵. La *Assize* de Clarendon pretendió tomar ventaja de esta situación. Su emisión derivó en la creación de un órgano considerado como el antecesor del «Gran Jurado» (*Grand Jury*) moderno (Arnette, 1968, p. 118; Knight, 1996, p. 246; Loh, 1984, p. 354; McSweeney, 2014, pp.143-144; Plucknett, 2001, p. 112; Robin, 2007) y que, debido a su función de presentar y acusar al imputado ante el órgano decisor, solía llamarse jurado de presentación (*jury of presentment*) (McSweeney, 2014, pp. 143-144). La ordalía del agua era todavía el método diseñado para determinar si los hechos imputados por este jurado eran ciertos o no (p. 144).

El jurado de presentación tenía algunas facultades adicionales a la de presentar cargos. Podía presentar a un hombre como acusado de haber cometido un crimen, por ejemplo, y luego retirar los cargos contra él si consideraba que la sospecha había decaído, lo cual ocasionaba la liberación del prisionero siempre y cuando pudiera encontrar garantes de su futuro buen comportamiento (p. 144). Con todo, no era en esta etapa todavía el método principal para llevar a presuntos delincuentes ante la justicia (p. 144; la acusación privada cumplía también este importante rol con mayor frecuencia).

⁵ Van Caenegem señala que los reyes desconfiaban de las ordalías (1991, p. 83). En 1100 d.C. Guillermo II juró que nunca más recurriría a ellas luego de que cincuenta hombres acusados de diversos crímenes fueron sometidos a la ordalía del acero hirviante y salieron milagrosamente ilesos, probando su inocencia. El rey creyó que el clero había amañado la prueba. Enrique II, menos radical, ordenó en 1166 y 1167 que los hombres que «probaran su inocencia» a través de la ordalía del agua helada fuesen expatriados si había testigos del poblado que insistían en su culpa. Cuando finalmente fueron abolidas en 1219, las ordalías ya eran principalmente un fósil (p. 87).

En 1215, el Papa Inocencio III abolió las ordalías en el IV Concilio de Letrán, prohibiéndole a los sacerdotes hacerse cargo de ellas en los procedimientos judiciales (Loh, 1984, p. 354). Ello no parece haber resultado muy problemático para el jurado de presentación ya que, aunque en teoría perdió el método para resolver sus acusaciones⁶, las fuentes indican que, para ese entonces, las ordalías se usaban solo marginalmente (van Caenegem, 1991, p. 87, aunque el autor señala que la fecha de abolición fue 1219 y no 1215). Otros métodos como el juicio por combate o incluso el juicio por jurados las reemplazaban con cierta frecuencia (McSweeney, 2014, p. 145).

Dado que el trámite de pasar por una ordalía no era nada agradable, las partes que querían evitarla y tenían recursos podían hacerlo comprando el derecho a una indagación especial (*special inquest*), que incluía el uso de un jurado como método para probar hechos y decidir conflictos (McSweeney, 2014, p. 145). Ello llevó a que, en algunos casos, existieran dos jurados: uno de presentación, que acusaba al sospechoso; y uno de decisión, que establecía si los hechos atribuidos eran ciertos o no. Sin embargo, esta todavía no era la forma oficial del procedimiento penal en estos estadios tempranos.

II.1.3. Aparición y consolidación del juicio por jurado

Entre el juicio por combate y el juicio por jurados, el segundo comenzó a imponerse como método de juzgamiento en algún momento cercano a 1215 (Loh, 1984, p. 354; McSweeney, 2014, p. 145) luego de varios experimentos realizados por los jueces de la realeza, quienes conducían el procedimiento (Arnette, 1968, p. 119; Plucknett, 2001, p. 120), pero no tomaban la decisión que resolvía el conflicto. La necesidad hizo que, para formar este segundo jurado encargado de decidir los hechos probados, se eligiera a doce hombres de entre el jurado de presentación (Plucknett, 2001, p. 126) —que constaba de dieciséis—, aunque en su momento se probó también con jurados de muchas más personas. McSweeney registra un caso de 1221 en el que veinticuatro caballeros fueron agregados a los doce jurados habituales, conformando un solo jurado de treinta y seis miembros (2014, p. 153); otros autores mencionan casos de *petty juries* de ochenta y cuatro personas en esta etapa (Plucknett, 2001, p. 120). Con el tiempo, los doce miembros del jurado se empezarían a seleccionar de entre el público asistente al juicio (Arnette, 1968, p. 119). El segundo jurado recibió el nombre de *petty jury* o *conviction jury* (Slovenko, 1954, p. 655) para diferenciarse del *grand jury*, gran jurado o jurado de presentación, que tenía la función de acusar. Claramente, terminó siendo el más popular de los dos gracias

⁶ Knight señala que el rey intentó manejar la situación reduciendo las penas aplicables para compensar la menor certeza en el esclarecimiento de los hechos que generaba la ausencia de las ordalías (1996, pp. 247-248).

a su popularidad en los medios y el cine, así como también al hecho de que, con el tiempo, la audiencia ante el gran jurado se volvería secreta.

Ahora bien, los jurados no eran vistos en aquel entonces como una garantía de justicia o protección frente a los abusos de la corona, porque sus integrantes eran nombrados por delegados del rey y, además, porque se dejaban influenciar por las preferencias de la comunidad. «Más que una protección frente al poder el rey, eran una extensión del poder del rey» (McSweeney, 2014, p. 146). Por otro lado, ser jurado era un trabajo oneroso, peligroso y no remunerado. Muchos jurados preferían ser multados que presentarse a cumplir con sus funciones (p. 146). Cuando ese mismo año, la Carta Magna incorporó el juzgamiento por los pares del acusado o las disposiciones de la ley del país como las únicas causas por las que este podía ser privado de su tierra o de su libertad (capítulo 39 de la versión de 1215 de la Carta Magna, que luego se volvería el 29 en la versión revisada de 1225), a nadie se le ocurrió que aquello era realmente una garantía (McSweeney, 2014, p. 146).

En 1219, el rey Juan estableció otro rasgo del procedimiento que, con el tiempo y algunas ligeras modificaciones, se haría característico de los jurados modernos: los acusados debían decidir si se declaraban culpables o si preferían un juicio para probar su inocencia (Loh, 1984, p. 354). Posteriormente, se agregó en un estatuto de Winchester una regla adicional: si no optaban por ninguna de estas posibilidades, eran sometidos a un castigo que consistía en apilar rocas sobre su pecho hasta que se declarasen culpables o murieran aplastados (*peine forte et dure*) (Knight, 1996, p. 249; Plucknett, 2001, p. 126⁷). Hacia 1221, el juicio por jurado se consolidó como la forma principal de juzgar a los presuntos delincuentes en las Cortes Reales (McSweeney, 2014, p. 153). Coexistieron entonces, esta vez sí de manera sostenida y recurrente, dos jurados en el procedimiento penal oficial: el jurado de presentación de cargos y el jurado encargado de tomar la decisión final.

Eso no significa que los derechos de los imputados hayan estado mejor protegidos. En realidad, este juicio por jurado primigenio reducía en algo las chances de los acusados, pues, bajo el modelo anterior al IV Concilio de Letrán, cualquier imputado con evidencias en su contra o no (y con la simpatía del jurado o sin ella) podía salvarse de la sanción penal si tenía suficiente suerte para superar una ordalía (McSweeney, 2014, p. 153). Luego de la eliminación de estas, esa moneda lanzada al aire dejó de ser una opción. Además, a los jueces encargados de la conducción del procedimiento no les gustaba dejar los asuntos penales en manos de un jurado compuesto básicamente por vecinos del acusado. Los jurados compuestos por grandes cantidades de personas —a las que

⁷ El estatuto de Winchester se modificó en 1275.

se les pedía su opinión una por una (Plucknett, 2001, p. 120)—, con los que se experimentó en años cercanos, parecen revelar esta sensación de desconfianza (p. 126).

La vulnerabilidad frente al poder real seguía siendo un gran problema. En 1249, un jurado de presentación de Winchester decidió no acusar a un reputado y conocido grupo de ladrones. Los jurados fueron entonces condenados a muerte por el perjurio cometido al jurar falsamente que los acusados no eran culpables (Knight, 1996, p. 249). Un segundo jurado de presentación fue convocado de inmediato. Sorprendentemente, todos los acusados fueron hallados culpables esta vez, permitiendo que ciento doce personas fueran ahorcadas: los supuestos ladrones y los miembros del primer jurado de presentación (p. 249).

Los procedimientos parecen haberse desarrollado sin mayores modificaciones en los años que siguieron hasta que, en 1351, el capítulo 29 de la Carta Magna —que establecía el juzgamiento por los pares o las disposiciones de la ley del país como los únicos medios por los que alguien podía ser privado de su libertad o de su propiedad— fue enmendado por el Parlamento inglés. Este agregó al mencionado capítulo que, a partir de ese momento, nadie podía ser llevado a prisión por una simple petición hecha por alguien al rey o su concejo, a menos que existiera una acusación (*indictment*), una presentación de cargos realizada por gente de bien y correcta del mismo vecindario del acusado, o una solicitud original (*writ original*) en el *Common Law* (McSweeney, 2014, p. 154).

En 1352, otro estatuto aprobado por el Parlamento creó una regla largamente reclamada tanto por nobles como por villanos: que los miembros del jurado de presentación no pudiesen ser posteriormente miembros del jurado de decisión (Plucknett, 2001, p. 127). Por razones obvias, los jurados que ya habían votado a favor de la acusación no podían comprometerse a sí mismos votando por la absolución del acusado después. De hecho, algunas absoluciones generaron que ciertos miembros del jurado de presentación terminasen en prisión (p. 127).

El siguiente momento importante en el desarrollo del *petty jury* sucedió alrededor del año 1400, cuando quedó establecido que dicho jurado tenía que ser un ente imparcial y pasivo, limitado a la determinación de los hechos del caso (Burnham, 2016, p. 92). Ello permitió que en 1470 Sir John Fortescue describiera a los jurados en su obra *In praise of the laws of England* como «hombres imparciales que llegan al juicio con la mente abierta» (citado en Laster, 2001, p. 289).

Pero el hito más importante de esta etapa tendría lugar posteriormente, en el famoso caso *Bushel*, que inaugura el periodo en el que el jurado se transforma realmente en una garantía del ciudadano frente al poder del gobierno y en un órgano independiente de este. El caso se deriva

APOGEO Y
DECLIVE DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL
A UN JUICIO POR
JURADO PARA
CAUSAS PENALES
EN LOS ESTADOS
UNIDOS

RISE AND
FALL OF THE
CONSTITUTIONAL
RIGHT TO A
JURY TRIAL FOR
CRIMINAL CASES
IN THE UNITED
STATES

de la detención y procesamiento de William Penn, uno de los líderes de la entonces nueva secta religiosa de los cuáqueros, posterior colono inglés en América y fundador del estado de Pennsylvania. La secta creía que la tolerancia y la paz eran modos de vida y, consecuentemente, abogaba por el respeto a otras religiones (Knight, 1996, p. 251). Esto fue suficiente para que fueran percibidos como una amenaza por un gobierno cuya autoridad dependía de la legitimidad de sus persecuciones y guerras (p. 251).

Consecuentemente el rey Carlos II concluyó que los cuáqueros debían ser encarcelados y así fue como, un día de 1670, William Penn fue arrestado en Londres por violación del *Conventicle Act* —que establecía que solo la Iglesia de Inglaterra estaba autorizada a predicar en público (Knight, 1996, p. 251)— mientras daba un «peligroso» sermón acerca de, probablemente, la tolerancia religiosa (al menos esa fue la conclusión a la que llegó su jurado, como se verá después). Con él fue arrestado también William Mead, otro miembro de la secta (Lempert, 2015, p. 826). Penn, ex estudiante de Derecho⁸, se rehusó a declararse culpable y asumió su propia defensa en un proceso que contó con diez jueces y un jurado (Knight, 1996, p. 251). Su argumento principal consistió en que los cargos presentados no estaban basados en ninguna ley válida. Estaba claro que estuvo predicando en la vía pública y que eso, conforme a la legislación de la época, era un delito (Lempert, 2015, p. 826), por lo cual apelar a la razonabilidad de la prohibición tenía sentido. Luego de cinco días de proceso, los jueces consultaron a los jurados su veredicto, produciéndose el siguiente intercambio según Penn:

Registrador de la Corte: ¿Qué dicen ustedes? ¿Es William Penn culpable de los cargos en la forma y el modo en que se le acusa o no?

Portavoz del jurado: Es culpable de hablar en Grace Church Street.

Registrador de la Corte: Mejor hubiese sido que no digan nada (citado en Knight, 1996, p. 251).

Inmediatamente se generó un altercado entre los jueces y el jurado, en el que los primeros intentaron convencer a los segundos de que hallasen culpables a Penn. El jurado se negó, limitándose a repetir lo único que se había probado en el proceso, es decir, que Penn efectivamente había estado predicando en una calle de Londres (p. 251). Entonces, los jueces hicieron uso de toda su capacidad de persuasión:

Registrador de la Corte: Caballeros, ustedes no serán dispensados de sus deberes hasta que emitan un veredicto que la Corte acepte. Serán encerrados sin comida, alimentos, bebida, fuego, o tabaco. Por lo tanto,

⁸ Estudió derecho en *Lincoln's Inn* poco antes de convertirse al cuakerismo, véase Adams (1993, p. 517).

no deberían intentar abusar de esta Corte. Tendremos un veredicto con la ayuda de Dios, o ustedes morirán de hambre (p. 251).

Pero la ayuda de Dios no llegó, o tal vez este tenía otros planes para el *petty jury*. Luego de llevar dos días encarcelados y haber sido multados, los jurados, liderados por Edward Bushel, se las arreglaron para interponer una solicitud de *habeas corpus* (*writ of habeas corpus*) ante la Corte para Peticiones Comunes (*Court of Common Pleas*) de Inglaterra, cuestionando su situación (p. 251). Para sorpresa de muchos, su petición fue concedida.

La opinión de la corte fue redactada por su presidente, el *chief justice* Vaughan. Según esta, el jurado no podía estar obligado a seguir las indicaciones del juez o los jueces porque quienes asumían el riesgo de emitir un veredicto equivocado o falso eran los propios jurados, y nunca el juez o los jueces (Plucknett, 2001, p. 134; Minow, 1949, p. 352). Como ese riesgo implicaba la posibilidad de ser ahorcado, el jurado debía ser dejado en libertad para decidir y, más importante aun, no podía ser sometido a ninguna sanción posterior por su decisión, con la excepción del procedimiento de perjurio (*attaint*) al que sus miembros eran sometidos cuando había indicios de que faltaron conscientemente a la verdad en su veredicto (sobre el procedimiento de perjurio o *attaint*, véase Plucknett, 2001, p. 131; en realidad, este no era tan efectivo como la decisión de la corte sugiere, pero su existencia sirvió para redondear el razonamiento del juez Vaughan, p. 134).

La corte concluyó que estos mecanismos eran apropiados para lidiar con un jurado deshonesto y, en consecuencia, los jurados debían tener un derecho a actuar con independencia. La regla quedó establecida y, a partir de ese momento, el jurado fue considerado como un órgano independiente del poder ejecutivo. El episodio ayuda a explicar la importancia del jurado en el *Common Law* también, ya que este pasó a ser percibido, pese a sus orígenes, como una institución compuesta por un grupo de personas capaces de ir a la cárcel para defender la libertad de un inocente.

Finalmente, el último rasgo relevante que el jurado desarrolló en Inglaterra fue el de aislar a sus miembros de la información disponible sobre los hechos del caso fuera del proceso, impidiéndoseles tomarla en cuenta para emitir su veredicto. Esta última modificación sucedió alrededor de 1700 (Burnham, 2016, p. 92)⁹. Paralelamente, esta misma característica se desarrolló en los territorios coloniales del nuevo mundo, a donde los inmigrantes ingleses llevaron la institución.

APOGEO Y
DECLIVE DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL
A UN JUICIO POR
JURADO PARA
CAUSAS PENALES
EN LOS ESTADOS
UNIDOS

RISE AND
FALL OF THE
CONSTITUTIONAL
RIGHT TO A
JURY TRIAL FOR
CRIMINAL CASES
IN THE UNITED
STATES

⁹ Algunas fuentes indican que el jurado dependió largamente, pero no totalmente, de la evidencia presentada ante él en el proceso durante el siglo XVII y buena parte del XVI, debido a que sus miembros todavía estaban autorizados a hacer uso de sus conocimientos generales para decidir un caso (Plucknett, 2001, p. 136).

II.2. El jurado en los Estados Unidos

II.2.1. Aparición e incorporación en la Constitución estadounidense

La historia de la importación del jurado al territorio donde se asentaría posteriormente las trece colonias y, luego los Estados Unidos, va de la mano de los primeros campamentos británicos instalados en el nuevo continente y se llevó a cabo en paralelo con algunas de las últimas innovaciones de la institución en Inglaterra. Luego del descubrimiento de América y enfrentada en una competencia expansionista con las otras superpotencias de la época, la Corona Británica comenzó a enviar a sus primeros colonos al territorio recién descubierto a principios del siglo XVII. En 1606 —antes siquiera de que se hubiese establecido el primer campamento británico en el Nuevo Mundo— el rey Jaime I emitió un decreto real en el cual le prometía a los miembros de la compañía de Virginia (*Virginia Company of London*) la titularidad de todos los derechos de los hombres ingleses una vez que se asentaran en el nuevo territorio. Ello incluía el derecho al juicio por jurado (Alschuler & Deiss, 1994, p. 870, nota 15; no obstante, el uso de estos fue bastante reducido hasta mediados del siglo XVIII en la colonia de Virginia). Un año después, Jamestown fue fundado como el primer asentamiento inglés permanente en América (Jamestown Colony, 2010).

Las colonias de New England implementaron el gran jurado en 1635, mientras que la colonia de Rhode Island incorporó el derecho al juicio por jurado en 1647 (Appleman, 2009, p. 409). Connecticut lo garantizó para casos penales en 1673, aunque usaba los jurados desde antes (p. 410). New Haven y Massachusetts siguieron el mismo camino (p. 410). Nueva York hizo lo propio en 1683 (p. 411). La importación de la figura no fue pura, ya que los colonos le hicieron algunas modificaciones, combinando el derecho inglés con las preferencias de la nueva comunidad que estaba surgiendo (p. 408). En cierta forma, la evolución del jurado en Estados Unidos refleja el paulatino proceso de separación de Inglaterra, que resultaría en la independencia de las trece colonias. La propia aplicación de la institución variaba de colonia a colonia, dada la diversidad cultural entre estas (p. 408). Por eso, algunos autores señalan que aunque la institución del jurado proviene de Inglaterra, en realidad alcanzó su expresión más plena en los Estados Unidos (Lempert, 2015, p. 827).

Sin embargo, así como los colonos modificaron algunas instituciones¹⁰, conservaron otras. Una de las más importantes fue la del *jury nullification*,

¹⁰ Las licencias que se tomaban los colonos para modificar algunas instituciones del *Common Law* según sus preferencias también dio lugar al nacimiento de otra figura clave de su proceso penal: la fiscalía y, en particular, la fiscalía pública. Si bien al principio las colonias experimentaron con fiscales privados al estilo inglés, en 1704 Connecticut se convirtió en la primera en abandonar la persecución privada y sustituirla por la pública. De la misma forma, el U.S. Attorney y el Attorney General, reconocidos en la *Judiciary Act* de 1789, fueron básicamente una innovación estadounidense (Worrall, 2008, p. 6; Langbein, 1973, pp. 313-335).

que consistía en el especial poder del jurado para absolver al imputado aun contra la ley y las evidencias. Si para los colonos estaba claro que el jurado era una garantía contra la arbitrariedad, ello se debía, en buena medida, al hecho de que sabían que los jurados tenían esta facultad y las valoraban positivamente (Lempert, 2015, p. 827). Precisamente, en 1735 tuvo lugar en Nueva York uno de los casos más importantes de esta etapa, en el que la *jury nullification* se aplicó de forma similar a lo sucedido en el caso *Bushel*. Se trata de *Zenger v. The Crown* (la corona), caso que también es icónico por su aporte al desarrollo del derecho a la libertad de expresión.

John Zenger era un ciudadano alemán dueño de una imprenta, que publicaba un diario llamado *New York Weekly Journal*, el primero en hacer crítica política en el Nuevo Mundo (Alschuler & Deiss, 1994, p. 872). Sus artículos cuestionaban permanentemente al entonces gobernador de la ciudad, Will Cosby. Este respondió consiguiendo, luego de tres intentos fallidos¹¹, que Zenger fuera acusado por el cargo de difamación sediciosa (*seditious libel*) (Linder, 2001, p. 5). La defensa de este último fue asumida por nada menos que Alexander Hamilton, uno de los futuros padres fundadores de los Estados Unidos.

Ya en el proceso, Hamilton alegaría que su cliente no iba a cuestionar haber escrito e impreso las publicaciones consideradas difamatorias por Cosby (Linder, 2001, p. 5). El abogado del gobierno (*attorney general*) argumentó entonces, y con razón, que incluso en el supuesto de que la información publicada fuese cierta, eso no impedía el delito de difamación bajo el *Common Law* de la época (Linder, 2001, p. 5)¹². Hamilton replicó que la ley de Inglaterra no tenía que ser necesariamente la misma en las colonias, puesto que las consecuencias de una conducta como la de Zenger eran distintas en ambos territorios (Linder, 2001, p. 5). El juez desestimó este argumento, señalando que los libelos no podían ser justificados e impidió a Hamilton presentar evidencia de su veracidad. Precisó, además, que la labor del jurado era solo determinar si Zenger publicó o no los artículos contra el gobernador, y que le correspondía a él determinar si ese hecho constituía difamación o no bajo el *Common Law* (Linder, 2001, p. 5).

Hamilton alegó entonces que, si bien el juez tenía razón, también existía la posibilidad de que el jurado determinase tanto la ley como los hechos. Enfatizó que todo ciudadano tenía el derecho a quejarse de los abusos

11 Tres grandes jurados se rehusaron a acusar a Zenger por difamación, razón por la cual el gobernador tuvo que pedirle al abogado de la gobernación que dirigiera una solicitud directamente a la corte llamada «*information*», que permitía iniciar el proceso sin necesidad de contar con la acusación de un gran jurado (Langbein, 1973, pp. 313-335).

12 El solo hecho de expresarse de manera crítica contra las autoridades era considerado delictivo en el viejo *Common Law*, independientemente de que existieran o no fundamentos para ello (Alschuler & Deiss, 1994, p. 872).

del poder cuando se sentía perjudicado y que eso era precisamente lo que su cliente hizo, finalizando su alegato —dirigido íntegramente al jurado— señalando que lo que estaba en juego no era la causa del pobre dueño de una imprenta, sino la causa de la libertad de todos los hombres en América (Linder, 2001, p. 5). El juez intentó reconducir la situación señalando que la ley era clara y que luego de la confesión de Zenger, el jurado solo podía condenarlo. Sin embargo, su comentario no impidió que el jurado regresara, después de solo unos minutos de deliberación, con un veredicto de no culpabilidad que el público en la sala aclamó (Linder, 2001, p. 5).

No era la primera vez que un jurado en el Nuevo Mundo contradecía las prácticas del *Common Law*. Por el contrario, existía una sostenida reticencia a condenar a las personas por difamación en la América de las trece colonias que contrastaba con la gran cantidad de personas sancionadas por ese delito en Inglaterra durante la misma época (Alschuler & Deiss, 1994, p. 874). El alegato de Hamilton claramente apuntaba a sacar provecho de dicha realidad. Además, el clima de la época también influía y los jurados en el Nuevo Mundo mostraban cierta tendencia a absolver a quienes se resistían a las políticas británicas, sancionando a quienes las aplicaban (Alschuler & Deiss, 1994, p. 874).

La respuesta imperial británica a esta situación fue extender la jurisdicción de las Cortes Admirales Británicas (*Admiralty Courts*) para conocer asuntos del Nuevo Mundo relacionados con la recaudación tributaria en 1767, permitir que los oficiales británicos acusados por crímenes en América fueran juzgados en Inglaterra, y establecer que lo mismo sucedería con los colonos acusados de traición, lo cual fue particularmente mal recibido por estos (Alschuler & Deiss, 1994, p. 874). Sin embargo, ninguna de esas medidas pudo ser aplicada durante mucho tiempo, porque el proceso de independencia ya estaba en marcha. No fue una sorpresa que la primera Convención Constitucional en América de 1774 reconociera el derecho al jurado para todos los colonos. Cuando llegó ese momento, ya doce Estados habían redactado Constituciones y el único derecho común a todas era, justamente, el derecho al jurado (Alschuler & Deiss, 1994, p. 870; Lempert, 2015, p. 827, nota 6). Un año después, en 1775, la batalla de Lexington daba inicio a la guerra de independencia americana.

Incluso los federalistas y antifederalistas dejaban de lado sus diferencias cuando se trataba de la importancia concedida a esta institución (Alschuler & Deiss, 1994, p. 871). En 1776, la declaración de independencia de las trece colonias listaba como una de las razones para la ruptura con el gobierno de Jorge III el hecho de que este pretendiera privar a los colonos de su derecho a un juicio por jurado (p. 875). Ese mismo año, la Constitución de los recién nacidos Estados Unidos

Americanos consagró el juicio por jurado para casos penales en su artículo tres¹³. Algunos años después, en 1791, se confirmó la regla a través de la sexta enmienda¹⁴, y se extendió el derecho al uso de los jurados para casos civiles. Además, se garantizó, por medio de la quinta enmienda, que nadie sería sometido a responder por delitos graves sin el concurso de un Gran Jurado¹⁵. El juicio por jurado quedó así definitivamente consolidado en el derecho estadounidense. Sin embargo, su momento de mayor importancia se alcanzaría recién varias décadas más adelante, cuando el derecho a un juicio por jurado para casos penales fue reconocido como un elemento esencial del debido proceso estadounidense, en su siguiente etapa de desarrollo.

III. EL APOGEO DEL DERECHO A UN JUICIO POR JURADO PARA CASOS PENALES Y SU EVOLUCIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

III.1. La evolución del jurado penal estadounidense moderno

Toda la narración anterior puede generar una impresión idílica sobre los jurados y su capacidad de proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad. La realidad es que estos eran hijos de su época y arrastraban varios de los prejuicios incluidos en la «sabiduría popular» del momento. Algunos fueron depurados con el pasar de los años, hasta darle a la institución la apariencia que tiene hoy. Una parte de su evolución en los Estados Unidos durante esta segunda etapa puede, entonces, leerse a través de las modificaciones realizadas para librirla de dichos lastres. Los principales hitos durante este periodo evolutivo fueron los siguientes.

III.1.1. Evolución en cuanto a sus integrantes

Las limitaciones para integrar el jurado en Estados Unidos lo acompañaron desde su recepción en las trece colonias. Solo los hombres podían servir como jurados y, en la mayoría de Estados, solo aquellos que tuvieran propiedad y pagasen tributos. En algunos casos se agregaban requisitos que solo se explican por la alta religiosidad de los colonos.

13 «[...] Los juicios de todos los crímenes, a excepción de los casos de juicio político, deberán ser por jurado; y dicho juicio deberá llevarse a cabo en el Estado en donde los mencionados crímenes se hayan cometido; pero cuando no hayan sido cometidos en ningún Estado, el Congreso determinará por ley el lugar o los lugares en los que se realicen» (U.S. Constitution [U.S. Const.] art. III, § 2).

14 «En todas los procesos penales, el acusado deberá disfrutar del derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado en donde el crimen se haya cometido», cuyo distrito deberá haber sido previamente definido por ley; y a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a ser confrontado con los testigos contra él; a tener proceso obligatorio para obtener testigos a su favor, y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa» (U.S. Const. enm. VI; las cursivas son mías).

15 «Ninguna persona deberá ser sometida a responder por un crimen capital, o cualquier otro crimen infame, a menos que exista una presentación o acusación del Gran Jurado, excepto en casos relacionados a las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando exista servicio activo en tiempo de guerra o gran peligro; [...]» (U.S. Const. enm. V; las cursivas son mías).

Maryland, donde los ateos estaban excluidos del servicio como jurados, es un ejemplo de esto (Alschuler & Deiss, 1994, p. 877).

En un principio, el gobierno federal no se involucró demasiado en las reglas para integrar un jurado, dejándolas en manos de los Estados mediante el *Federal Judiciary Act* de 1789. Estos conservaron el monopolio de la regulación de la actividad de los jurados dentro de sus territorios durante varios años y, por esa misma razón, dicha regulación reflejó la evolución en la idiosincrasia de cada Estado. Por eso, durante el siglo XIX, varios abolieron los requisitos de tener propiedad, por ejemplo, Connecticut en 1836. Nueva York, por su parte, dejó de requerir a sus jurados que pagasen tributos, aunque mantuvo el requisito de tener al menos 250 dólares de propiedad hasta bien entrado el siglo XX (Alschuler & Deiss, 1994, p. 877)¹⁶.

En 1946, la Corte Suprema recurrió a su poder de interpretación constitucional para anular una ley que impedía a quienes ganaban un sueldo diario servir como jurados, en el caso *Thiel v. Southern Pacific Co.* (1946). El ámbito de la decisión se extendió, entendiéndose que establecía que todas las exclusiones para integrar un jurado basadas en cuestiones de clase socio-económica eran inconstitucionales (Alschuler & Deiss, 1994, p. 879, nota 69). Por otro lado, otro de los grandes colectivos excluidos del derecho a integrar un jurado, además de los no-propietarios, fueron los afroamericanos. Aunque se sabe que los primeros en servir como jurados lo hicieron en Massachusetts en 1860 (p. 884), la comunidad afroamericana fue, sin duda, una de las que más problemas tuvo para lograr el reconocimiento efectivo de este derecho.

Durante la etapa de reconstrucción posterior a la Guerra Civil, los afroamericanos lograron hacer valer su prerrogativa en Estados como Carolina del Sur y Louisiana. Empero, ello no impidió que Estados sureños como Georgia, históricamente más hostiles a la idea de igualdad entre ciudadanos blancos y los hijos de los esclavos que solían cultivar sus plantaciones de algodón, siguieran vetándolos (p. 887). Esto generó que el Congreso intentara zanjar estas diferencias a través de la *Federal Civil Rights Act* de 1875, en el que se prohibía la exclusión del servicio como jurado sobre la base de la raza. Sin embargo, en 1879 la *Federal Jury Selection Act* deshizo lo avanzado, no desde el punto de vista de la titularidad del derecho —que seguía en manos de los afroamericanos—, sino desde el de su aplicación práctica (pp. 887, 894ss.). La situación no se pudo revertir hasta la aparición del célebre movimiento por los

16 Estas medidas, aunque democratizaron en algo la composición de los jurados, no fueron bien vistas por todos. Mark Twain, por ejemplo, llegó a decir «tenemos un sistema de jurados superior a cualquier otro en el mundo, y su eficiencia solo es estropeada por la dificultad de encontrar cada día doce hombres que no sepan nada y no puedan leer» (citado en Alschuler & Deiss, 1994, p. 882).

derechos civiles, casi cien años después, liderado, entre otros, por el reverendo Martin Luther King.

Excluir a los afroamericanos de los jurados tenía consecuencias obvias, como se evidenció en el caso de Emmett Till, en 1955. Till era un adolescente afroamericano que aceptó una apuesta demasiado peligrosa para alguien como él en el Mississippi —otro Estado sureño— de los años 50: hablarle a una mujer blanca. Till se atrevió a decirle «Bye, baby (Adios, nena)» a la esposa de un ciudadano blanco llamado Roy Bryant. El cuerpo destrozado del adolescente fue descubierto en el río Tallahatchie varios días después. Bryant y su cuñado, J.W. Milam, fueron acusados por el homicidio y absueltos por un jurado compuesto solo por ciudadanos blancos. El testigo principal de la fiscalía era otro afroamericano, Mose Wright (Alschuler & Deiss, 1994, p. 895). Protegidos por la prohibición constitucional de volver a ser juzgados luego de haber sido absueltos (*double jeopardy*), Bryant y Milam le vendieron su confesión a un periodista por 4000 dólares, quien luego la hizo pública en todo el país (Alschuler & Deiss, 1994, p. 895). Till tenía 14 años al momento de su muerte.

Una de las trabas principales para los afroamericanos que querían integrar un jurado era que los integrantes se seleccionaban de las listas de votación y los afroamericanos, en la práctica, no podían votar. Esto se debía a obstrucciones de la legislación estadual electoral de la época, a pesar de que la 15a enmienda de la Constitución les garantizaba este derecho. Estas trabas tuvieron que esperar hasta las Civil Rights Act de 1957, 1964, y Voting Rights Act de 1965 para ser removidas («The civil rights movement and the second reconstruction, 1945-1968», 2008).

La Corte Suprema, por su parte, prohibió, recién en 1986, a los litigantes excluir del grupo final compuesto de doce jurados a personas por razón de su raza, en el famoso caso *Batson v. Kentucky*. La decisión era necesaria porque las reglas del procedimiento penal estadounidense le permiten a los abogados de las partes, hasta el día de hoy, excluir del grupo preliminar de donde se elige a los doce jurados (*jury pool*) a ciertas personas sin expresión de causa, usando el mecanismo conocido como *peremptory strikes*. En el caso mencionado, el fiscal había excluido sistemáticamente del grupo final de doce, y sin ninguna razón aparente, a un grupo de personas cuyo único rasgo en común era el de ser de origen afroamericano.

Finalmente, las mujeres también tuvieron que luchar por su derecho a integrar un jurado. La primera mujer en servir en uno lo hizo en Wyoming, en 1870, antes de que este territorio fuese admitido como Estado a la unión (Alschuler & Deiss, 1994, p. 898). Su situación fue, durante mucho tiempo, similar a la de los afroamericanos, dado que la 19a enmienda reconoció su derecho a votar, pero —al igual que

APOGEO Y
DECLIVE DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL
A UN JUICIO POR
CAUSAS PENALES
EN LOS ESTADOS
UNIDOS

RISE AND
FALL OF THE
CONSTITUTIONAL
RIGHT TO A
JURY TRIAL FOR
CRIMINAL CASES
IN THE UNITED
STATES

la 15a enmienda en el caso de los afroamericanos— sin establecer ningún mecanismo eficaz para asegurarlo. Sin estar en las listas de votación, las mujeres no podían ser elegidas para ser jurados. Además, los estatutos de los Estados que definían las reglas para ser jurado se referían a los «electores», o a los «hombres» (p. 899), o autorizaban a los jueces a dispensarlas de su deber de servir si creían que la evidencia que se presentaría podía resultarles chocante (p. 900). En algunos Estados, las mujeres podían abstenerse de ser miembros invocando su sola condición de mujeres (p. 900).

Varios Estados tenían sistemas en donde los hombres que podían ser miembros del jurado eran sorteados automáticamente, pero las mujeres tenían que ofrecerse expresamente como voluntarias si querían ser consideradas. Luego de validar estas normas en una decisión previa, la Corte Suprema cambió su postura y prohibió esta clase de regulación por ser inconstitucional en el caso *Taylor v. Louisiana* en 1975. Complementando esta decisión, en el caso *J.E.B v. Alabama ex rel T.B.* de 1994, la corte prohibió también el uso de los *peremptory strikes* para excluir a las mujeres de los jurados solo por el hecho de serlo.

III.1.2. Evolución en cuanto a su capacidad para pronunciarse tanto respecto de la ley como respecto de los hechos

Otro rasgo interesante de la evolución de los jurados en este periodo tiene que ver con su competencia material, es decir, con las cuestiones respecto de las cuales podían pronunciarse. En particular, se había discutido durante mucho tiempo si estaban autorizados a decidir solo cuestiones de hecho o también las de derecho, incluso desde los tiempos de la Inglaterra colonial (Lempert, 2015, p. 827). En el siglo XVII, el juez de la Corona Sir Edward Coke señalaba que la división era clara: los jueces no respondían cuestiones de hecho y los jurados no respondían cuestiones de derecho (Alschuler & Deiss, 1994, p. 902). Actualmente, muchos operadores jurídicos siguen manteniendo que esta es la regla general.

No puede negarse que una separación de ese tipo tiene cierto sentido en la medida en que los jurados, habitualmente, no tienen formación legal para entender y pronunciarse sobre cuestiones de derecho. Su aporte al sistema de justicia parece ser más seguro en el terreno de la determinación de hechos, en donde el sentido común debería bastar —al menos en el esquema del *Common Law*— para establecer cuando la fiscalía ha superado el estándar de la prueba más allá de la duda razonable. También se puede argumentar que los jurados tienen que aplicar la ley sin cuestionarla porque esta emana de un cuidadoso proceso democrático en el que los representantes del pueblo determinaron su validez a través de la deliberación. No corresponde entonces que ni estos ni las cortes se aparten de su sentido, salvo en casos de infracción a la

Constitución (en detalle y en contra de la *jury nullification*, véase Pepper, 2000, pp. 599 ss.). Bajo esta visión los casos del *jury nullification*, donde el jurado se rehúsa a aplicar la consecuencia legal correspondiente a pesar de que los hechos que la deberían desencadenar han sido probados, son un error que no debería repetirse.

No obstante, existen también argumentos del otro lado. Se alega, por ejemplo, que el *jury nullification* ayuda a impedir el sobre-procesamiento y la condena de sujetos no violentos pertenecientes a minorías, como la comunidad afroamericana, permitiéndole a los jurados pertenecientes a este grupo social decidir cuál es la mejor forma de lidiar con sus infractores, e imponiendo su voluntad sobre la del fiscal (Butler, 1995, p. 679). De manera similar, puede sostenerse que los jurados deben tener la facultad de interpretar la ley porque, como representantes de la comunidad, son ellos quienes saben mejor cómo debe ser aplicada para satisfacer las necesidades de dicha comunidad.

Más allá de estas discrepancias, ya en la época del propio juez Coke, la posibilidad de que el jurado se pronunciara sobre la ley era un argumento empleado por algunos litigantes. John Liburne, en un juicio por traición del año 1649, solicitó permiso a la corte para dirigirse al jurado en materias de ley. La corte se lo negó sobre la base de la regla descrita por Coke, pero el jurado lo absolió de todos modos (Alschuler & Deiss, 1994, p. 902).

En los años que siguieron, la controversia entre ambas posiciones se mantuvo. La propia Corte Suprema opinó en favor de la capacidad del jurado de pronunciarse sobre la ley en casos como *Georgia v. Brailsford*. Esta postura era respaldada por nueve Estados, los cuales habían declarado en sus Constituciones que los jurados tenían la facultad de pronunciarse también sobre la ley y no solo sobre hechos alrededor de 1850 (Alschuler & Deiss, 1994, pp. 907, 910). Sin embargo, a partir de esta fecha, muchas cortes estaduales comenzaron a virar hacia la otra posición, volviendo a la regla general del juez decisor del derecho y el jurado decisor de los hechos (pp. 907, 910).

El momento más dominante de esta segunda corriente se alcanzó con la decisión del caso *Sparf and Hansen v. United States* de 1895, en el que la Corte zanjó por primera vez la cuestión estableciendo expresamente que los jurados no tenían la facultad de pronunciarse sobre la ley, sino solo sobre los hechos (Alschuler & Deiss, 1994, p. 910; Lempert, 2015, p. 827). Tuvieron que pasar cien años para que, en el caso *United States v. Gaudin* de 1995, la Corte Suprema variase una vez más la regla al indicar que «la responsabilidad constitucional de un jurado no es solo determinar los hechos de un caso, sino aplicar la ley a esos hechos y extraer la última conclusión» (decisión citada en Burnham, 2016, p. 93). Quedó determinado entonces que sí pueden responder

cuestiones mixtas de hecho y derecho (p. 93), posición que se mantiene hasta la fecha¹⁷.

Bien considerado el tema, parece inevitable que sea así por la propia naturaleza de los asuntos que se exhiben ante un jurado. En un caso en el que corresponde determinar si un conductor actuó negligentemente y si condujo su vehículo por encima del límite permitido, al jurado se le permite responder a ambas preguntas, a pesar de que solo la segunda es en puridad una cuestión exclusivamente de hecho (tomo este ejemplo de Burnham, 2016, p. 93). Es innegable, por otro lado, que el jurado está formalmente obligado a hacer operaciones de subsunción de ese tipo siguiendo las instrucciones dadas por el juez, las cuales están basadas, a su vez, en el derecho, con lo cual la cuestión de fondo consiste en saber si los miembros del jurado están vinculados por estas instrucciones o si solo deben tomarlas de modo referencial para orientar su decisión (Alschuler & Deiss, 1994, p. 913). Como algún autor ha notado, es irónico que los jurados estadounidenses del siglo XX estén formalmente obligados a seguir esas instrucciones, pero en la práctica las hayan desacatado varias veces (los casos de *jury nullification* son los más claros), mientras que los jurados de la primera parte del siglo XIX seguían las instrucciones del juez con gran frecuencia a pesar no de haber estado legalmente obligados a hacerlo (p. 913).

La Corte Suprema ha precisado en decisiones posteriores que, si la cuestión mixta de hecho y derecho es una que requiere aplicación uniforme, como la determinación de si un contrato ha sido incumplido o no, es más probable que esta decisión sea una que deba ser tomada por el juez (Burnham, 2016, p. 93, citando el caso *Markman v. Westview Instruments, Inc.* (1996)). Curiosamente, la cuestión de la suficiencia de evidencia para condenar es considerada una cuestión de derecho, por ello, el que el juez anule un veredicto del jurado basado en esa causal no es visto como una intromisión en el poder de este para decidir cuestiones fácticas (Burnham, 2016, p. 93).

III.2. *Duncan v. Louisiana*: El apogeo del derecho a un juicio por jurado y su reconocimiento como parte de la noción de debido proceso estadounidense para causas penales

Ahora bien, a pesar de la relevancia de los cambios mencionados anteriormente, la evolución más significativa del jurado para causas penales correspondiente a este periodo consiste en su inclusión en la cláusula del debido proceso contenida en la 14a enmienda de la

¹⁷ Burnham cita la decisión de la Corte Suprema en el caso *Hana Financial, Inc. v. Hana Bank*(1996), donde la Corte Suprema ha señalado que el jurado está autorizado a resolver una cuestión mixta de hecho y derecho incluso si la cuestión que en definitiva decide el caso es de este tipo (2016, p. 93).

Constitución, la cual lo volvió aplicable también a los Estados y ya no solo al gobierno federal. La trascendencia de este hecho no se entiende si no se repasan los efectos que tiene el que Estados Unidos sea una república federal, con un grado de federalismo alto incluso entre los países que pertenecen a esta categoría.

Cuando promulgaron la Constitución, la preocupación principal de los «padres fundadores» era evitar a toda costa un gobierno central federal demasiado fuerte que pudiese repetir la experiencia opresora que tuvieron con Inglaterra.

La temprana incorporación del *Bill of Rights*, que contiene las diez primeras enmiendas constitucionales, obedeció justamente al temor a los abusos que pudiera cometer el gobierno federal. Las enmiendas hacen referencia a una serie de garantías que los ciudadanos de Estados Unidos tienen, pero las ocho primeras —y aquí está el detalle— fueron diseñadas para vincular únicamente al gobierno federal, el cual era la verdadera preocupación del sector que las promovió (Israel, Kamisar, LaFave, King & Primus, 2016, p. 29; Burnham, 2016, pp. 3-4). Entre estas se encontraban el derecho a un juicio por jurado en causas penales (enmienda VI) y el derecho al debido proceso (enmienda V).

Esto significaba que, en un principio, los gobiernos estatales no estaban obligados por las enmiendas. Para explicarlo con un ejemplo: la prohibición de infringir el derecho del pueblo a portar armas de fuego contenida en la segunda enmienda¹⁸ se entendía referida únicamente al gobierno federal. Por lo tanto, los Estados de Vermont, Alabama o cualquier otro miembro de la Unión podían, si así lo decidían, emitir e implementar legislación destinada a restringir significativamente ese derecho. Los gobiernos estatales son independientes y distintos del federal en la lógica de una república federal y las garantías del *Bill of Rights* fueron pensadas como un escudo respecto del gobierno federal, mas no de los gobiernos estatales. El mismo razonamiento se aplicaba al derecho a un juicio penal por jurado. Si bien la mayoría de Estados de la Unión lo había incorporado en sus respectivas Constituciones, nada impedía que alguno de ellos lo pudiese restringir severamente o incluso en su totalidad, dado que la enmienda en cuestión solo obligaba al gobierno federal a usar jurados en los procesos penales de su competencia.

Este paradigma, sin embargo, se relativizó a partir de la introducción de las enmiendas posteriores a la guerra civil, en particular la 14a. La necesidad de impedir que los Estados derrotados de la Confederación pudiesen seguir discriminando a la población afroamericana empleando su capacidad para legislar independientemente, así como la autonomía

18 «Siendo necesario contar con una bien regulada milicia para la seguridad de un Estado libre, el derecho del pueblo a tener y portar armas no deberá ser infringido» (U.S. Const. enm. II).

de sus cortes para hacer cumplir esa legislación, forzó el cambio¹⁹. Dicha enmienda incluyó las cláusulas de la protección igualitaria de la ley (*equal protection of the law*) y el debido proceso (*due process of the law*) con esta finalidad, haciendo mención expresa de su aplicabilidad a los Estados²⁰.

Sin embargo, como suele suceder en el derecho constitucional, esta enmienda no definía qué debía entenderse por «debido proceso», lo cual dio lugar a una discusión que se prolongó por varios años en la Corte Suprema. Luego de varias idas y vueltas, la corte adoptó la doctrina de la «incorporación selectiva» (*selective incorporation doctrine*), de acuerdo con la cual, la cláusula del debido proceso obligaba a los Estados a respetar las garantías listadas en el *Bill of Rights* que integrasen los «principios fundamentales de libertad y justicia y fuesen subyacentes a las instituciones políticas y civiles» estadounidenses (*Duncan v. State of Louisiana*, 148-149)²¹.

Duncan v. Louisiana (1968) es tan importante porque se trata del caso en el que la Corte Suprema estableció que el derecho a un juicio por jurado para casos penales vinculados a delitos sancionados con un mínimo de severidad era parte de los principios fundamentales del sistema estadounidense de justicia y, por lo tanto, debía considerarse como incluido dentro de la cláusula de la 14a enmienda referida al debido proceso, vinculando también a los Estados. En el caso citado, Gary Duncan había sido condenado previamente en la corte del Estado de Louisiana por el delito de lesiones (*battery*), en un procedimiento sin jurado debido a que la Constitución de dicho Estado ordenaba que estos se realizaran obligatoriamente solo cuando la sanción aplicable en caso de condena fuese la pena de muerte o el encarcelamiento con trabajo pesado. Dado que el delito imputado tenía como máxima sanción dos años de pena privativa de libertad, Duncan no tenía ese derecho expedito y fue condenado en otro tipo de procedimiento. Luego de agotar la jurisdicción estadual, demandó al Estado de Louisiana ante el gobierno federal alegando la violación de su derecho al debido proceso bajo la 14a enmienda aplicable a los Estados, sobre la base de que el

19 «[...] the equal protection and due process clauses were designed to take [...] a measure ostensibly drafted to protect the Negro race» (Graham, 1938, p. 171).

20 «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el que residen. Ningún Estado deberá promulgar o ejecutar una ley que pueda restringir los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; *ningún Estado podrá privar a ninguna persona de la vida, libertad, o propiedad, sin el debido proceso de ley, ni denegarle a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de la ley*» (U.S. Cons. enm. XIV; las cursivas son mías).

21 La doctrina de la incorporación selectiva señala que no todas las garantías listadas en el *Bill of Rights* son necesariamente oponibles a los Estados a través de la cláusula del debido proceso de la enmienda XIV, sino solo aquellas que, consideradas en su totalidad, resulten ser parte de la verdadera «esencia del esquema de libertades organizadas» estadounidense. En la práctica, casi todas las vinculadas con el proceso penal han superado este test (véase Israel *et al.*, 2016, p. 32).

Estado no podía privarlo de su derecho a ser juzgado por un jurado antes de ser sancionado penalmente.

Basándose en una interpretación histórica del derecho a un juicio por jurado como una garantía fundamental contra la arbitrariedad desde los tiempos de las trece colonias y en su presencia en la mayoría de Constituciones estatales, cuando menos para los casos más graves, la corte falló a favor del demandante. Al hacerlo, estableció como regla constitucional²² que los Estados no podían limitar el derecho de los ciudadanos a ser juzgados a través de un juicio por jurados cuando el delito imputado tuviese dos años o más de pena privativa de libertad como sanción²³.

Si existe un momento en la historia del desarrollo del jurado identificable como el de su apogeo, tiene que ser este, pues a partir de este momento su ámbito de protección se extendió al máximo al interior de todo el país. Al ser reconocido como un elemento integrante del debido proceso penal estadounidense para la inmensa mayoría de delitos, y en cada uno de los cincuenta Estados integrantes de la Unión, la garantía del derecho a un jurado para casos penales alcanzó su momento de mayor importancia.

APOGEO Y
DECLIVE DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL
A UN JUICIO POR
JURADO PARA
CAUSAS PENALES
EN LOS ESTADOS
UNIDOS

RISE AND
FALL OF THE
CONSTITUTIONAL
RIGHT TO A
JURY TRIAL FOR
CRIMINAL CASES
IN THE UNITED
STATES

IV. REGLAS ACTUALES DEL JURADO ESTADOUNIDENSE PARA CASOS PENALES

Antes de explicar qué sucedió luego del apogeo del derecho a un juicio por jurado para causas penales, es interesante revisar rápidamente las reglas actuales de funcionamiento de la institución. Si bien hay un cierto consenso en torno a lo que estos órganos deben hacer, siempre es prudente recordar que el federalismo propio de los Estados Unidos impone un cierto nivel de diversidad en torno al derecho de cada Estado. Saber exactamente qué pueden o no hacer los jurados, más allá de lo exigido por la Constitución, es una pregunta que, para ser respondida con exactitud, implicaría revisar las reglas de los cincuenta Estados y el gobierno federal, lo cual excede largamente al alcance de este artículo. Por eso, se ofrecen aquí las reglas comunes que se aplican para la mayor parte de casos.

22 Las interpretaciones de la Constitución Federal de los Estados Unidos realizadas por la Corte Suprema Federal se consideran reglas vinculantes con el mismo rango de jerarquía que la propia Constitución y solamente pueden modificarse por la propia corte mediante el *overruling*, o a través de una enmienda constitucional (Burnham, 2016, p. 43).

23 Esto no significa que los delitos con una pena inferior a esa cantidad pudiesen ser procesados necesariamente sin un juicio por jurado. La «seriedad mínima» expresada en la sanción que un delito debía tener para obligar al Estado a proveer un juicio por jurado a quien lo requiriese no fue establecida por la Corte en el caso. Esta se limitó a indicar que un delito sancionado con dos años de prisión era claramente suficientemente importante como para activar el derecho a un juicio por jurado (*Duncan v. State of Louisiana*, 161-162).

IV.1. Selección de los integrantes

La fuente de los integrantes del jurado es el *jure venire* o *jury pool*, que no es sino un grupo numeroso preliminar de personas del que se seleccionará a los doce miembros finales que juzgarán el caso. Estas personas se extraen de forma aleatoria de las listas de votantes y de la lista de personas con licencia de conducir. Por la propia cultura automovilística de los Estados Unidos, las listas de personas con licencia de conducir incluyen al 95% de los adultos (Burnham, 2016, p. 95). Todas estas listas deben corresponder al lugar en el que sucedieron los hechos.

En la lógica de que la decisión sea tomada respetando los valores del ciudadano promedio de la comunidad, los abogados habían sido tradicionalmente excluidos de la lista. Sin embargo, recientemente veintisiete Estados han abolido esta prohibición (Burnham, 2016, p. 95). Por razones de priorizar el trabajo al que se dedican regularmente, los médicos y otros profesionales importantes suelen estar eximidos de participar (p. 95). Una vez que han sido elegidas aleatoriamente las personas integrantes del *jury pool*, se inicia el procedimiento de selección del jurado en una audiencia llamada *voir dire* o *jury selection*. Con esa finalidad, en la mayoría de casos, para cuando se produce esta audiencia, los abogados ya han recibido información básica acerca de las personas incluidas en la muestra.

A continuación, se expone frente a los miembros del *jury pool* una pequeña introducción acerca de los hechos y luego los abogados de las partes los interrogan en torno a asuntos que podrían ser problemáticos para su adecuado desenvolvimiento como jurados, o poner en tela de juicio su imparcialidad. En algunos Estados solo el juez está facultado a preguntar, por lo que los abogados deben enviarle sus preguntas por adelantado (Burnham, 2016, p. 99). Los abogados de las partes tienen dos métodos de excluir del jurado a las personas que crean que pueden no serles favorables en el juicio: los cuestionamientos basados en causa (*challenge for cause*) y los inmotivados (*peremptory strikes*). Si la fuente del pedido de exclusión es un cuestionamiento basado en una causa, el juez debe fallar aceptando o rechazando el pedido del abogado. Hay causas legales en cada Estado que establecen los supuestos en los que la ley ordena que una persona en una determinada condición no integre un jurado. La mayoría de ellas están vinculadas a temores razonables relacionados con la imparcialidad de este. En cambio, si el pedido de exclusión es inmotivado, el potencial jurado debe ser excluido automáticamente. El número típico de exclusiones inmotivadas que un abogado está autorizado a hacer cambia dependiendo del caso. En cortes federales, para casos donde no se aplica la pena capital, son seis para la fiscalía y diez para la defensa. En casos de pena de muerte, las dos partes tienen veinte exclusiones inmotivadas (pp. 99-100).

IV.2. Obligatoriedad del servicio, penalidad y nivel de educación requerido

El ser miembro de un jurado es obligatorio para todos los llamados a servir y los que falten a este deber son sancionables con pena de multa o prisión. En cuanto a la diversidad de sus integrantes, la regla general es que los jurados sean extraídos de una lista largamente representativa, en la que las minorías tengan una posibilidad razonable de ser consideradas para servir, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema en el caso *Taylor v. Louisiana* (1975) (Burnham, 2016, p. 96). No hay requisitos de educación más allá de la habilidad de leer y escribir en inglés (p. 96).

IV.3. Cantidad de integrantes, remuneración y duración

En los casos penales en los que se juzga la comisión de un delito calificado como *felony* (ofensas penales sancionables con más de un año en prisión), las reglas federales de la corte requieren un jurado de doce miembros. Los Estados procesan sus casos penales usando la misma cantidad de personas, pero la Corte Suprema decidió en *Williams v. Florida* (1970) y *Ballew v. Georgia* (1978) que un jurado de hasta seis personas era permitido por la Constitución (Burnham, 2016, pp. 347-348). La Corte llegó a decir que la cifra de doce era básicamente un accidente histórico (pp. 347-348).

En cortes federales, los jurados reciben un pago de 40 dólares por día, cantidad que se incrementa hasta 55 en casos estatales, dependiendo del Estado. Los jurados que trabajan para el gobierno son pagados por este por el día o los días que tome su labor, pero esta regla no es igual para empleadores privados en todos los Estados. Solo el 25% de los juicios en casos federales dura más de una semana (Burnham, 2016, pp. 347-348). Esto no debería ser sorpresivo, dado la significativamente pequeña cantidad de juicios penales que se realizan en las cortes estadounidenses en la actualidad, como se verá posteriormente.

IV.4. Instrucciones brindadas por el juez

Después del cierre del juicio, una vez que se produjo la actuación de los medios de prueba y, por lo general, también los alegatos finales, el juez le indicará al jurado cuál es la ley aplicable al caso y le explicará cómo es que debe verificar si los hechos probados sostienen dicha aplicación o no. En materia penal, el caso clásico es que las instrucciones incluyan los elementos del delito concreto que se le atribuye al imputado, precisando qué hechos deben haber considerado probados para satisfacerlos (Burnham, 2016, p. 111).

Las instrucciones incluyen también una mención del estándar probatorio necesario para considerar probado el delito, que es siempre la prueba más allá de la duda razonable en casos penales, pero puede

ser diferente en casos civiles o de otra índole («preponderancia de la prueba» o «prueba clara y convincente»). No son muy detalladas ni dan mayores indicaciones más allá de decirles cuál es el estándar aplicable y recomendarles servirse de su sentido común (Burnham, 2016, p. 112). Por ejemplo, la siguiente es una instrucción estándar dirigida al jurado para orientarlo acerca de cómo identificar la prueba más allá de la duda razonable:

Duda razonable significa una duda basada tanto en la razón como en el sentido común que aparece de una consideración justa y racional de toda la evidencia o falta de evidencia en el caso. Es una duda que no es vaga, especulativa o imaginaria, sino una del tipo que causaría que personas razonables vacilen en actuar en asuntos de gran importancia para ellas mismas (p. 112).

Las instrucciones eran tradicionalmente leídas y el jurado no podía recibir ni siquiera una copia de ellas. Sin embargo, esta práctica ha comenzado a ser abandonada dada la extensión de las instrucciones brindadas —cuando involucran numerosos delitos, pueden tomar 15 minutos o más— (p. 112).

IV.5. Deliberación y veredicto

Al ser secretas, lo único que se sabe con cierto nivel de confianza acerca de cómo funcionan las deliberaciones de los jurados proviene de los testimonios de quienes han sido jurados, algunos de los cuales han publicado sus experiencias. En concreto, de acuerdo con estas versiones, muchas veces se realiza al principio de la deliberación un voto preliminar para evaluar si existe un desacuerdo, luego de lo cual se procede a discutir en torno al mismo hasta alcanzar un acuerdo (Burnham, 2016, p. 113). Si no han alcanzado ningún acuerdo y lo reportan al juez, se dice que el jurado está bloqueado (*deadlocked jury*). Ante esto, el juez puede simplemente mandar a los jurados a seguir deliberando, o hacerlo agregando una instrucción adicional que pueda servir para superar el punto muerto al que se ha llegado. Este tipo de instrucción es conocida como «instrucción *allen*» («*allen charge*» o «*dynamite charge*») y generalmente exhorta a los jurados a pensar seriamente su posición y considerar atentamente la de los otros (p. 113).

Si a pesar de todo el jurado no es capaz de alcanzar un veredicto porque las diferencias entre sus miembros son irreconciliables, se dice que se ha producido un *hung jury* o *deadlocked jury* y el juez debe declarar el juicio nulo (*mistrial*) (Burnham, 2016, p. 113; Findlater, 1981, p. 711). Sin embargo, en este caso el imputado puede volver a ser juzgado por los mismos cargos, dado que no se lo considera protegido por la garantía de prohibición del *double jeopardy* (Findlater, 1981, p. 701).

IV.6. Facultades y prohibiciones del jurado durante el juicio

Durante el juicio, la regla general en la mayoría de Estados es que los jurados no están autorizados a hacerle preguntas a los abogados ni a los testigos que declaran. En algunos Estados esto queda a criterio del juez, quien eventualmente lo autoriza, y en algunos pocos otros existe la obligación legal de que les sea permitido preguntar (Gordon, 2014, p. 786, nota 205). La posibilidad de tomar notas y apuntes de los actos que se van sucediendo en las audiencias teóricamente queda a discrecionalidad del juez también. Habitualmente este no lo autorizaba (Gobert, 1988, p. 324, nota 247, cita abundante jurisprudencia en donde la discrecionalidad del juez a este respecto se reafirma), pero algunas investigaciones más recientes sugieren que ese criterio está cambiando (Mize, Hannaford-Agor & Waters, 2007, p. 32, tabla 24).

En ningún caso es un imperativo de la Constitución federal el permitirle a los jurados realizar cualquiera de las dos cosas, razón por la cual los Estados pueden regular la cuestión como mejor les parezca. Las reglas federales para los casos de procesos penales federales no dicen nada sobre el tema (Gordon, 2014, p. 786, nota 205), por lo que también en esta clase de crímenes queda a criterio del juez de la causa el permitirlo o no.

Como ya se dijo, los jurados no están autorizados a decidir sobre la base de información que no se haya difundido y producido por medio de la prueba en el juicio (periódicos, por ejemplo). Dependiendo del Estado, puede que sea posible que el juez les permita ver las transcripciones de las declaraciones brindadas en la o las audiencias. En Maryland, por ejemplo, el juez puede permitirlo si lo cree conveniente²⁴.

IV.7. Cantidad de votos requeridos para formar un veredicto

En materia penal, tanto en la jurisdicción federal como en la gran mayoría de Estados, todos los miembros del jurado deben estar de acuerdo, ya sea en la condena o en la absolución, para considerar que se ha logrado un veredicto (Burnham, 2016, p. 113). Toda decisión es una decisión por unanimidad. Si no se alcanza el consenso absoluto, como ya se dijo, el jurado es disuelto y un nuevo juicio debe realizarse.

24 «[...] (c)Solicitud del jurado para revisar evidencia: La Corte, luego de avisar a las partes, puede hacer disponible para el Jurado el testimonio o cualquier otra evidencia solicitada por éste. Con el fin de no darle indebida preeminencia a la evidencia solicitada, la Corte puede poner a disposición también evidencia adicional relacionada con la misma cuestión fáctica» (Maryland Rules [Md. R.] 4-326, «Revisión de Evidencias y Comunicaciones por el Jurado»).

IV.8. Control de las decisiones del jurado

Curiosamente, los jurados estadounidenses no están obligados a justificar su decisión por escrito ni oralmente en las causas penales (Burnham, 2016, p. 96), a diferencia de las civiles, en las que se les solicita llenar formularios de «veredictos especiales»²⁵ o responder preguntas explicando las razones de su decisión (p. 95).

A menos que el jurado le pida al juez asistencia directa sobre la forma de entender una ley, en realidad no hay un control judicial en simultáneo de los errores que este pueda cometer al interpretarla mientras delibera. Sin embargo, en sede de apelación es más sencillo corregir este tipo de error y obtener un resultado favorable, ya que el estándar de revisión por equivocaciones basados en la ley es bastante amplio (Burnham, 2016, p. 179). No pasa lo mismo con el control de los errores en la determinación de los hechos en los que pueda incurrir un jurado, que es mucho más limitado. Es cierto que, en los casos federales, el juez de la misma corte en donde se produjo el juicio está autorizado a anular los veredictos que declaran culpable al acusado cuando estos no estén amparados por prueba de la culpabilidad más allá de la duda razonable (pp. 112-113). No obstante, al interpretar este estándar, el juez debe verificar que exista una ausencia total de «cualquier evidencia sustancial creíble» en la que la condena pueda apoyarse (p. 179, donde se cita el caso *United States v. United States Gypsum Co.*, 1948).

Para intentar que el juez revierta el veredicto del jurado, el abogado de la defensa debe presentar una moción llamada «moción para juzgamiento a pesar del veredicto» o «moción para juzgamiento de absolución» (*motion for judgment notwithstanding the verdict* o *motion for judgment of acquittal*) (Burnham, 2016, p. 115). En la jurisdicción federal, esta moción puede ser presentada antes del veredicto del jurado o inmediatamente después de este²⁶.

Como es lógico, la apelación también es una forma de controlar las decisiones del jurado, pero la posibilidad de discutir cuestiones de hecho

25 Los veredictos especiales son veredictos en los que el jurado civil emite un pronunciamiento detallado, explicando toda la secuencia de hechos probados que siguió para determinar cuál de las dos partes tiene razón en el caso (Burnham, 2016, p. 114).

26 «(a) Antes de la remisión del caso al jurado. Después de que el gobierno cierre su exposición de evidencias o luego del cierre de todas las exposiciones de evidencia, la Corte, ante una moción del imputado, puede emitir una decisión de absolución por cualquier ofensa para la cual la evidencia sea insuficiente para sostener una condena. La Corte deberá considerar por si sola si la evidencia es insuficiente para sostener la condena. Si la Corte deniega la moción al cierre de la presentación de evidencia del gobierno, el imputado deberá ofrecer evidencia sin haberse reservado el derecho de hacerlo. [...] (c)Después del veredicto o descargo.

(1)Tiempo para la moción. El imputado deberá interponer su moción para juzgamiento de absolución, o renovar dicha moción, dentro de los 14 días de haberse emitido el veredicto de culpabilidad, o después de que la Corte haya disuelto el jurado, cualquiera que sea posterior entre estas dos opciones.

(2)Decisión de la moción. Si el jurado emitió un veredicto de culpabilidad, la Corte deberá anular ese veredicto y absolver al imputado. Si el jurado no entregó un veredicto, la Corte podrá absolver al imputado» (Federal Rules of Criminal Procedure [Fed. R. Crim. P.] 29, «Moción para Juzgamiento de Absolución»).

en cortes de apelación es por definición muy limitada. La regla general, en un sistema adversarial como el estadounidense, es que el superior jerárquico tenga una marcada preferencia por la valoración de la prueba realizada en la corte de primera instancia o juzgamiento (*trial court*), dado que esta apreció directamente la evidencia y los contra exámenes (Burnham, 2016, p. 179). El estándar para que una corte de apelaciones revise y corrija una cuestión de hecho decidida por un jurado es el mismo que el del juez de primera instancia frente a una moción para juzgamiento de absolución: ausencia total de cualquier evidencia sustancial creíble en que la condena pueda apoyarse para sostener que exista prueba de la culpabilidad del acusado más allá de la duda razonable (p. 179).

V. SITUACIÓN ACTUAL: DECLIVE Y OCASO DEL JUICIO POR JURADO EN CAUSAS PENALES

Con todo este legado detrás, cuesta creer que los juicios por jurados en causas penales se hayan reducido a lo que hoy son en los Estados Unidos: una excepción a la regla, un evento inesperado. Cada vez más, una singularidad estadística. El declive en el empleo de esta institución, manifestado en la cantidad asombrosamente pequeña de juicios por jurado que se celebran cada año con respecto al total de casos penales, es, indiscutible. En 1994, el 90% de todos los casos penales resueltos en las cortes federales involucró un acuerdo negociado de condena con la fiscalía (*guilty plea*) (Fisher, 2003, p. 223). Ese mismo año, el 93% de los condenados por delitos en las Cortes Estaduales se declaró culpable sin un juicio siguiendo el mismo procedimiento. Con respecto a las ofensas penales menos graves —llamadas *misdemeanors* y definidas como ofensas con menos de 1 año de prisión como sanción—, la cifra fue todavía más alta (Alschuler & Deiss, 1994, p. 922).

Siete años después, en 2011, el 88% de todos los casos penales en cortes federales se resolvió a través de un acuerdo negociado de condena (Motivans, 2015a, p. 17, tabla 4.2). Parece una ligera disminución, pero si tomamos como referencia solo los casos en los que hubo una condena (el 90,9% del total), el cálculo arroja como resultado que en el 97,27% de los casos los acusados se declararon culpables mediante un *guilty plea* (tabla 4.2), lo que significa que de cada cien personas condenadas en la jurisdicción federal ni siquiera tres pasaron por un juicio.

Ni siquiera tres. Pero incluso asumiendo que fuesen tres los condenados mediante un juicio, tampoco sería exacto decir que hubo un jurado en esos tres casos, ya que los *bench trials*, o juicios en los que el juez asume el rol del jurado y decide el caso, también son una opción²⁷. Las cifras más

27 Para eso es necesario que ambas partes, fiscalía e imputado, estén de acuerdo en prescindir del jurado y someter el caso al veredicto del juez.

recientes disponibles a nivel federal corresponden al año 2012. Ese año, las fiscalías federales consiguieron una condena en el 91,3% de los casos. De ese total, el 97,4% correspondió a un acuerdo negociado de condena (Motivans, 2015b, p. 17, tabla 4.2).

Por otro lado, aunque no hay cifras del porcentaje total de casos resueltos mediante acuerdos de condena negociados en todos los Estados, los autores señalan que es raro encontrar uno en donde esta cifra sea inferior al 95% para delitos (Rakoff, 2014). Eso significaría que de cada cien personas condenadas en las cortes estaduales por estos delitos, solo cinco lo fueron a través de un juicio penal. El episodio, tan popular, del jurado estadounidense leyéndole la condena al acusado existe más en el cine, en la televisión y en nuestra imaginación, que en la realidad. El derecho constitucional al juicio por jurado es hoy casi un *souvenir* del pasado. De un pasado en el que el gobierno tenía que probar la culpabilidad del imputado ante la comunidad antes de encarcelarlo bastante más a menudo; y todos estaban de acuerdo en que así debía ser.

En agosto del 2016, algunos jueces le dieron cifras al respecto al *New York Times*. Uno de ellos no había visto un solo juicio penal en cuatro años y medio como juez federal del distrito de Manhattan. Otro tuvo cuatro casos en cinco años, incluyendo uno que tuvo que repetirse por un *deadlocked jury*. Todo el distrito federal sur de New York, que incluye varias cortes, tuvo solo cincuenta juicios penales en todo el año 2015 (Weiser, 2016). ¿A qué se deben porcentajes tan limitados en el ejercicio del derecho al juicio por jurado? Y, sobre todo, ¿cómo puede ser esto posible cuando Estados Unidos ostenta, desde hace varios años, la tasa de encarcelamiento más alta del mundo? (Lappi-Seppälä, 2011, p. 304)²⁸.

La respuesta tiene algo que ver con el fenómeno que la mayoría de académicos del país denomina «*mass incarceration*» o encarcelación masiva, y con las políticas de «mano dura» contra el crimen o «*tough on crime*». Una descripción detallada de este fenómeno no puede desarrollarse aquí y ahora pero, sintetizando lo más importante, habría que decir que a partir de la década de 1970 el enfoque del sistema de justicia penal estadounidense varió radicalmente para situar a la pena privativa de libertad como sanción prioritaria de entre la gama que tenían a su disposición los jueces (Pager, 2007, p. 2). La política criminal federal y la de la mayoría de los Estados se volvió más represiva y mucho menos selectiva con relación a los condenados a prisión efectiva estimulada en un inicio, por un aumento en los niveles de criminalidad durante la

28 La tasa de encarcelamiento en los Estados Unidos al año 2010 era de 760 por cada 100,000 habitantes. Para tener una idea de la magnitud de la cifra, el segundo país en el ranking era Rusia, que, sin embargo, tenía una tasa bastante menor, de 592 por cada 100,000 habitantes. Cifras más recientes registran una ligera caída que no afecta la situación de encarcelamiento masivo. Kaplan, Weisberg & Binder (2016, p. 23) indican una tasa de 698 por cada 100,000 para el año 2015, frente a los 445 de Rusia.

misma etapa pocas veces visto, pero prolongándose en el tiempo incluso después de que los mismos empezaron a caer²⁹.

Toda vez que la nueva orientación de la política criminal requería encarcelar a proporciones mucho mayores de imputados, los juicios por jurados se revelaron rápidamente como una alternativa poco eficiente para cumplir esa finalidad. La razón es que consumen demasiados recursos de tiempo y dinero como para lidiar con la inmensa cantidad de procesados que produce el sistema. Si bien el porcentaje de acuerdos negociados de condena ya era muy importante y en algunos Estados masivo antes de la década de 1970, el número a nivel federal se disparó todavía más con el advenimiento del nuevo enfoque (Fisher, 2003, p. 223, muestra un aumento sostenido de 84% de casos totales resueltos mediante un acuerdo de condena en 1984, a un 94% en 2001).

Esto sugiere la existencia de otro factor con una influencia fundamental, mayor que el anterior y presente desde antes, para explicar la situación actual: la enorme discrecionalidad de los fiscales para atribuirle a los imputados todos los delitos en los que los hechos del caso puedan subsumirse —como se explica más adelante, en el apartado V.3.—, sin tener mayores obstáculos. El resultado de esta práctica es un aumento sustancial en la pronóstico de pena en caso de juicio y, con ello, del miedo del imputado a ser condenado. Mientras más grande sea el riesgo en caso de perder ante el jurado, mayores serán las posibilidades de pactar una condena negociada sin usar el derecho a ser juzgado por un jurado.

Independientemente de cuál sea la causa exacta de su virtual reemplazo por los acuerdos negociados de condena, el hecho concreto es patente. Ahora bien, ¿por qué debería esto ser un problema si, finalmente, los acusados eligen el acuerdo de condena con la fiscalía y obtienen una pena menor a la que tendrían en un juicio, a cambio de evitarle a esta gastar recursos y permitirle moverse hacia otros casos más graves? Por si la opinión de ésta sobre la conveniencia del acuerdo no fuera suficiente, hay un juez que debe aceptarlo para que sea válido. Todas las partes salen ganando algo. Y sin embargo, esta impresión es solo un espejismo. No todas las partes salen ganando porque, si bien los acuerdos negociados de condena liberan al sistema de una inmensa cantidad de casos —posiblemente el argumento más recurrente a favor de los *guilty pleas* (Wan, 2007, p. 34)—, lo hacen a costa de sustraer del escrutinio propio de un juicio a las condiciones en las que la fiscalía ha logrado convencer al imputado de declararse culpable. El rol del juez en un sistema adversarial es residual y su papel fiscalizador cumple también

APOGEO Y
DECLIVE DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL
A UN JUICIO POR
JURADO PARA
CAUSAS PENALES
EN LOS ESTADOS
UNIDOS

RISE AND
FALL OF THE
CONSTITUTIONAL
RIGHT TO A
JURY TRIAL FOR
CRIMINAL CASES
IN THE UNITED
STATES

29 Tony señala que si bien el aumento del crimen pudo haber jugado un rol al inicio de esta tendencia debido a la existencia de un cierto patrón que relaciona el aumento del número de personas encarceladas al aumento de la criminalidad, este no puede explicar la realidad carcelaria sin la variable política, entre otros factores (1999, pp. 421-422).

con esta pauta en el marco de los acuerdos negociados de condena, lo que se traduce en un nivel de involucramiento menor en ellos.

Tener una tasa tan alta de condenas basadas en acuerdos negociados es peligroso porque, para ser válidas en un Estado de Derecho, las condenas deben estar basadas en una culpabilidad probada más allá de la duda razonable. Asumiendo que, de tener prueba suficiente para superar este estándar, la fiscalía no tendría ningún incentivo para negociar, es claro que el *plea bargaining* supone, de por sí, una cantidad de evidencia de cargo menor. *¿Qué tan menor?* La evidencia *debería ser* suficientemente menor como para que la fiscalía sienta que vale la pena evitar el juicio, *pero no tan poca* como para no hacerle sentir al imputado temor de litigar y ser condenado. Menos que «prueba más allá de la duda razonable», pero lo bastante cerca como para generar un riesgo razonable de condena. La confesión del imputado, que se hace constar en el acuerdo casi siempre³⁰, llenaría el vacío probatorio que faltaba para alcanzar el estándar y, así, la prueba más allá de la duda razonable se terminaría respetando.

Sin embargo, como en tantos otros lugares, el deber ser y la realidad no se parecen en los Estados Unidos. La propias cortes han señalado que el estándar probatorio requerido para aprobar un acuerdo negociado de condena no es muy alto ni tiene que acercarse a la duda razonable. Como consecuencia, personas materialmente inocentes (que no cometieron el delito), o legalmente inocentes (que sí cometieron el delito, pero contra quienes no hay prueba suficiente) terminan siendo condenadas. Cualquiera de los dos resultados es una derrota para el Estado de Derecho. Es una derrota porque no es parte del margen de error normal de cualquier sistema de justicia, en el que se sabe que la verificación de hechos, ya sea por el juez o por el jurado, puede fallar. Es una derrota en la que en muchos casos no se hizo un intento serio de saber qué pasó, reemplazando esta necesaria indagación por la «confesión» del imputado (véase Blume & Helm, 2014, pp. 14-15, quienes citan la decisión de la corte en el caso *Santobello v. New York*).

En suma, existen varias razones por las que el sistema masivo de acuerdos negociados de condena, que en la práctica ha reemplazado al de los jurados, no funciona como se supone idealmente que debería. Las siguientes cuatro son algunas de las más importantes.

30 Hay un tipo de acuerdo negociado que le permite al imputado acogerse a la pena ofrecida por el fiscal y ser condenado a pesar de seguir sosteniendo su inocencia. Se llama el acuerdo negociado de condena «*alford*» (o *alford plea*) (Ward, 2003, pp. 913ss.).

V.1. La ley no requiere que la fiscalía tenga evidencia cercana a la duda razonable para cerrar un acuerdo negociado de condena

Para comenzar, las reglas legales sobre los acuerdos negociados de condena no exigen que la fiscalía acopie una evidencia cercana a la duda razonable para justificar el acuerdo. En la jurisdicción federal, lo único que se le exige a la fiscalía para cerrar un acuerdo con el imputado es contar con «base factual» (*factual basis*)³¹. Los Estados tienen reglas similares (LaFave, Israel, King & Kerr, 2015). En palabras de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito Federal, para satisfacer este estándar basta con que la evidencia del expediente *permita argumentar* que el acusado es culpable (*United States v. Torres-Vazquez*). Eso es todo.

Las normas dejan al juez en libertad para decidir la forma de verificar si existe base factual suficiente en el caso concreto para aceptar el acuerdo negociado. En la práctica, este lleva a cabo su labor preguntándose directamente al acusado, o al fiscal. A veces examina el acuerdo o el reporte previo a la sentencia, las transcripciones del Gran Jurado, o el testimonio de un policía o de un testigo, pero no está obligado a hacerlo. Puede elegir la opción que mejor le parezca porque, en realidad, al sistema no le interesa demasiado que realice un control estricto en este punto (LaFave *et al.*, 2015).

Ninguna de las opciones es igual de confiable que la contradicción vigorosa de argumentos y pruebas que solo puede ofrecer el juicio y aunque la casuística prueba que los jueces han anulado acuerdos negociados de condena en varias ocasiones usando esta cláusula (LaFave *et al.*, 2015, nota 230, cita abundante jurisprudencia), el nivel de control que ejercen es legal, pero está lejos de ser suficiente para proteger a un importante número de imputados de una condena que no merecen. Casos como el de «los cinco de Central Park» dan que pensar sobre esta realidad (Trocino, 2016, p. 90).

En la mayor parte de casos, el juez se enfoca en verificar que el imputado esté aceptando el acuerdo conscientemente y comprendiendo sus implicancias. Más allá de eso, el juez no se ocupa de casi nada más (Blume & Helm, 2014, p. 11). En medio de todo, es imposible no preguntarse si realmente las fiscalías federales hacen un trabajo de acopio de evidencia y filtrado de casos tan bueno como para verdaderamente tener casos fuertes, entendidos como casos que ganarían con o sin un acuerdo con el imputado, en nueve de cada diez ocasiones, como lo sugiere su extraordinariamente alta tasa de condenas.

31 «Acuerdos Negociados. [...] (b) Considerando y aceptando un acuerdo negociado de culpabilidad o no lo contendrás. [...]».

(3) Determinando las bases factuales para el acuerdo. Antes de aceptar un acuerdo negociado de condena, la Corte debe determinar que exista una base factual para el acuerdo» (Fed. R. Crim. P. 11).

V.2. El Gran Jurado tampoco controla la suficiencia de la evidencia de la fiscalía

De acuerdo con las reglas del procedimiento penal federal, el fiscal necesita contar con la aprobación del Gran Jurado antes de poder acusar a alguien, conforme a lo establecido en la quinta enmienda de la Constitución federal (véase *supra* nota 11). A diferencia del gobierno federal, para los Estados contar con la venia del Gran Jurado antes de acusar a alguien es opcional. Sin embargo, el nivel de fiscalización que ejerce el Gran Jurado sobre la teoría del caso del fiscal es descrito tradicionalmente en el medio con la siguiente frase: «El fiscal puede hacer al Gran Jurado acusar a un sándwich» (Leipold, 1995, p. 262). Actualmente, no se considera que ejerzan un control muy severo sobre la causa probable para acusar de la fiscalía.

Una fuente importante de su incapacidad para controlar la acusación radica en el hecho de que no hay claridad acerca de cuánta evidencia es suficiente para considerar que existe «causa probable» para acusar. La «causa probable» es un concepto legal impreciso incluso para personas con formación legal, por lo que no es descabellado pensar que las que carecen de esta deben tener aun más dificultades con él. Al mismo tiempo, los miembros de un Gran Jurado no disfrutan de un contra examen de la evidencia que les permita medir mejor su peso (Leipold, 1995, pp. 294-295).

V.3. El fiscal puede compensar la falta de evidencia aumentando la magnitud de la pena posible en el juicio

En los casos en los que sabe que su evidencia no es tan buena como para convencer al imputado rápidamente de tranzar, el fiscal está totalmente autorizado a ejercer una presión mucho mayor sobre el imputado aumentando el riesgo al que este se expone en caso de perder el juicio. Puede requerir una pena mucho mayor que la ofrecida en el acuerdo, incluyendo la pena de muerte (*Brady v. United States*, (1970). También puede aumentar la cantidad de cargos por enfrentar en juicio, lo cual conlleva un incremento directamente proporcional de la pena (Wan, 2007, p. 43), o decidir tomar en cuenta los antecedentes penales del imputado, cosa que no había hecho en el momento en que le ofreció el trato y que se refleja directamente en el pronóstico de pena.

Uno de los ejemplos más dramáticos de las consecuencias de esta situación es el caso *Bordenkircher v. Hayes*, en el que el fiscal le ofreció a Hayes un acuerdo negociado de una pena de cinco años si se declaraba culpable de haber falsificado un instrumento financiero por el valor de \$ 88,30 dólares y haberlo puesto en circulación. Hayes rechazó la oferta por considerar que la pena era excesiva para el monto del instrumento

(Blume & Helm, 2014, p. 15). El fiscal decidió entonces tomar en consideración que Hayes tenía dos condenas previas por delitos similares y lo acusó, cumpliendo así la promesa que le hizo previamente, usando la ley de habitualidad criminal de Kentucky, que exponía al imputado a una sentencia de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Hayes fue condenado por el jurado a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, en aplicación de lo establecido por la ley. La Corte Suprema sostuvo que lo que había hecho el fiscal no violaba el debido proceso (*Bordenkircher v. Hayes*, 1978). Además, los fiscales en Estados Unidos no están limitados por reglas similares a las que se conocen en otros sistemas con el nombre de «concurso aparente» o «unidad de hecho», lo cual les permite imputar a una persona por todos los delitos que se puedan subsumir en su conducta, práctica que se conoce con el nombre de «overcharging» (Graham, 2014, p. 702).

V.4. Las personas inocentes confiesan falsamente su culpa

Conociendo todo lo anterior, no debe sorprender que otra de las razones sea que, en muchas ocasiones, los casos están basados en la falsa confesión de una persona tan inocente como asustada, que temía recibir en el juicio una pena mucho mayor que la que el fiscal le ofreció. La bibliografía que da cuenta de este fenómeno es consistente (véanse, entre varios otros, Blume & Helm, 2014, pp. 21ss.; Hessick & Saujani, 2002, pp. 204-205; Schneider, 2013, pp. 286ss.; Trocino, 2016, pp. 89ss.; Wan, 2007, p. 40). De acuerdo con esta, existen razones para pensar que una cantidad importante de personas confiesan durante el interrogatorio policial crímenes que no cometieron. Aunque parezca difícil de creer para alguien que no conoce todo lo ya señalado, las pruebas de ADN han confirmado ya que, en al menos trescientos veinticinco casos desde 1989, el imputado se declaró culpable de un crimen que no cometió (Trocino, 2016, p. 86). La cifra no parece impresionante, pero téngase en cuenta que no en todos los casos hay evidencia biológica que someter a un test de ADN, que algunos Estados la destruyen cuando los procesos terminan o se vence el plazo de ley que los obliga a conservarla, y que no todos los que se saben inocentes tienen los recursos para costearla.

¿Por qué sucede esto? Por razones relacionadas con los factores previamente comentados. Declararse culpable de una pena menor, cuando la ofensa que está en juego no es demasiado seria, le permite a los imputados salir en libertad rápidamente si el delito no es grave y no son reincidentes mediante la liberación condicional (*parole*). Esto le conviene en especial a aquellos que no tienen dinero para pagar la fianza (Blume & Helm, 2014, p. 22). De manera similar, otros imputados calculan que saldrán bien librados en la apelación pero, ya que su prioridad inmediata es recuperar su libertad cuanto antes, aceptan declararse culpables

a cambio de recibir una sanción no privativa de libertad en primera instancia (p. 24). Algunos saben que, con los antecedentes penales que tienen o por la naturaleza especialmente horrenda del crimen que se les atribuye (como violación sexual de un menor de edad, por ejemplo), les conviene aceptar el acuerdo ofrecido por el fiscal porque, más allá de que hayan cometido la nueva ofensa de la que se les acusa o no, es altamente probable que un jurado no los vea con simpatía.

Un efecto particularmente nocivo de las falsas confesiones es que prácticamente suprime la posibilidad de ganar en un juicio por jurado (Trocino, 2016, p. 90), a pesar de que el abogado defensor se esfuerce en explicar que la confesión se llevó a cabo en un entorno intimidante y que no fue brindada por corresponder a la verdad de los hechos, sino por temor. Una vez que se obtuvo la confesión, lo normal es que la policía deje de investigar (p. 91), con lo cual no se descubren potenciales elementos de descargo que la fiscalía estaría obligada a mostrarle a la otra parte³². En la práctica, las confesiones tienden a suprimir la necesidad de cualquier estándar de prueba. Tampoco se suelen buscar más elementos que la corroboren.

Junto a la aparición de las sanciones mínimas obligatorias contenidas en las *sentencing guidelines*, que por razones de espacio no pueden ser comentadas aquí, esos son los principales factores que hacen del sistema masivo de acuerdos negociados de condena en los Estados Unidos uno bastante peligroso para el Estado de Derecho. El declive del juicio por jurado para causas penales es una consecuencia de su implementación.

VI. CONCLUSIONES

De la misma forma como el juicio por jurado sucedió a las ordalías y al juicio por combate, los acuerdos negociados de condena parecen haber sustituido al juicio por jurado en los Estados Unidos, llevándose consigo todo lo que este tardó cientos de años en construir. La historia de su apogeo y declive demuestra que, sin importar la trascendencia cultural y legal que una institución pueda tener, la política criminal puede transformarla según sus necesidades y, si es necesario, reducirla a su mínima expresión con tal de alcanzar sus fines. De poco vale que un derecho se encuentre reconocido en la Constitución cuando mecanismos paralelos terminan asumiendo las funciones para las que este fue diseñado y todos los incentivos se alinean de manera que el titular de ese derecho lo ceda «libremente».

32 Las reglas del litigio en los Estados Unidos obligan a las partes a develarse mutuamente la información que tengan que pueda perjudicar su caso como, por ejemplo, la que ponga en juego la credibilidad de sus testigos o la concurrencia de los elementos del crimen imputado.

En realidad, en condiciones normales, los ciudadanos reclaman por sus derechos en lugar de cederlos, pero si el contexto en el que deben hacerlo está especialmente condicionado para que tengan la reacción contraria, el resultado es el que se aprecia en Estados Unidos. Si el juicio por jurados para casos penales es hoy la excepción y no la regla, es porque una serie de factores condicionaron dicha situación. La enorme cantidad de personas que procesa el sistema, la necesidad de ahorrar recursos para los casos más importantes, el extraordinario poder y discrecionalidad del fiscal para aumentar el riesgo al que se expone el imputado si decide a ir a juicio, los mínimos obligatorios de penas aplicables y las políticas del *tough on crime* y *mass incarceration* son solo algunos de los elementos que explican el declive. Se necesitaría otro artículo para abordar todos ellos en detalle e incluso otros que también juegan un rol, como la elección de una gran cantidad de jueces y fiscales por votación popular, o la publicidad y perpetuidad de los antecedentes penales, solo por poner algunos ejemplos. Escapa a los objetivos de este texto profundizar a ese nivel sobre la proliferación de los acuerdos negociados de condena. Por ahora, es suficiente con lo señalado.

El valor agregado de la justicia por jurados consistía en el hecho de que compensaba las taras inherentes a todo sistema con la especial representatividad de los encargados de tomar la decisión final. Ahora que esa lógica ya no puede explicar el método principal de resolución de disputas penales en los Estados Unidos y que la cantidad de personas en prisión en el país ha alcanzado extremos únicos a nivel mundial, la puesta en cuestión de la legitimidad del sistema parece más urgente que nunca.

REFERENCIAS

- Adams, A. M. (1993). William Penn and the American heritage of religious liberty. *Proceedings of the American Philosophical Society*, 137(4), 516-523. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/987070>
- Alschuler, A. & Deiss, A. G. (1994). A brief history of the criminal jury in the United States. *University of Chicago Law Review*, 61, 867-928. doi: 10.2307/1600170
- Apple, J. & Deyling, R. (1995). *A primer on the civil-law system*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center. Recuperado de <https://www.fjc.gov/content/primer-civil-law-system-0>

Appleman, L. (2009). The lost meaning of the jury trial right. *Indiana Law Journal*, 84(2), 397-446. doi: 10.2139/ssrn.1084960

Arnette, J. M. (1968). Jury trial in Louisiana: Implications of Duncan. *Louisiana Law Review*, 29(1), 118-130. Recuperado de <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol29/iss1/8>

Blume, J. H. & Helm, R. K. (2014). The unexonerated: Factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*, 113. Recuperado de http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/113

Burnham, W. (2016). *Introduction to the law and legal system of the United States* (6ta ed.). Saint Paul, MN: West Academic.

Butler, P. (1995). Racially based jury nullification: Black power in the criminal justice system. *Yale Law Journal*, 105(3), 677-725. doi: 10.2307/797197

Cleveland, L. (2015, 30 de junio). Glenn Ford, exonerated after 30 years on death row, dies. CNN. Recuperado de <http://www.cnn.com/2015/06/30/us/exonerated-death-row-inmate-glenn-ford-dies/>

Dainow, J. (1966). The Civil Law and the Common Law: Some points of comparison. *American Journal of Comparative Law*, 15(3), 419-435. doi: 10.2307/838275

Findlater, J. E. (1981). Retrial after a hung jury: The double jeopardy problem. *University of Pennsylvania Law Review*, 129(3), 701-737. doi: 10.2307/3311743

Fisher, G. (2003). *Plea bargaining's triumph: A history of plea bargaining in America*. Standford: Standford University Press.

Goert, J. J. (1988). In search of the impartial jury. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 79(2), 269-327. doi: 10.2307/1143469

Gordon, S. G. (2014). What jurors want to know: Motivating juror cognition to increase legal knowledge & improve decision making. *Tennessee Law Review*, 81, 751-793. doi: 10.2139/ssrn.2308593

Graham, H.J. (1938). The «conspiracy theory» of the fourteenth amendment: 2. *Yale Law Journal*, 47(3), 371-403. doi: 10.2307/791947

Graham, K. (2014). Overcharging. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 11(1), 701-724. doi: 10.2139/ssrn.2227193

Hessick, F. A. & Saujani, R. (2002). Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel and the Judge. *Brighman Young University Journal of Public Law*, 16(4), 189-242. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=1443997>

Israel, J. H., Kamisar, Y., LaFave, W. R., King, N. J. & Primus, E. B. (2016). *Criminal procedure and the Constitution: Leading Supreme Court cases and introductory text*. Saint Paul, MN: West Academic Publishing.

Jamestown Colony [video]. (2010). *History.com*. Recuperado de <http://www.history.com/topics/jamestown>

Jury. (s. f.). En *Merriam-Webster.com*. Recuperado de <http://www.merriam-webster.com/dictionary/jury>

Kaplan, J., Weisberg, R. & Binder, G. (2016). *Criminal Law: Cases and materials* (8va ed.). Nueva York: Wolters Kluwer.

- Knight, A. H. (1996). *The life of the law*. Nueva York: Oxford University Press.
- LaFave, W.R., Israel, J. H., King, N. J. & Kerr, O. S. (2015). Determining factual basis of plea. En *Criminal procedure* (4ta ed., vol. 5, § 21.4(f), pp. 1005-1024). Nueva York: Westlaw.
- Langbein, J. (1973). The origins of public prosecution at Common Law. *The American Journal of Legal History*, 17, 313-335. doi: 10.2307/845098
- Lappi-Seppälä, T. (2011). Explaining imprisonment in Europe. *European Journal of Criminology*, 8(4), 303-328. doi: 10.1177/1477370811411459
- Laster, K. (2001). *Law as culture* (2da ed.). Sydney: The Federation Press.
- Leipold, A. (1995). Why Grand Juries do not (and cannot) protect the accused. *Cornell Law Review*, 80(2), 260-324. Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol80/iss2/10>
- Lempert, R. (2015). The American jury system: A synthetic overview. *Chicago Kent-Law Review*, 90(3), 825-859. Recuperado de <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/4>
- Linder, D. (2001). *The trial of John Peter Zenger: An account*. doi: 10.2139/ssrn.1021258
- Loh, W. D. (1984). *Social research in the judicial process: Cases, readings and text*. Nueva York: Russel Sage Foundation.
- McSweeney, Th. J. (2014). Magna Carta and the right to trial by jury. *Faculty Publications*, 1722, 138-157. Recuperado de <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1722>
- Minow, N. (1949). Some legal aspects of the Hiss case. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 40(3), 344-353. doi: 10.2307/1138547
- Mize, G. E., Hannaford-Agor, P. & Waters, N. L. (2007, abril). The State-of-the-States survey of jury improvement efforts: A compendium report. National Center for State Courts, State Justice Institute. Recuperado de <http://www.ncsc-jurystudies.org/~media/Microsites/Files/CJS/SOS/SOSCompendiumFinal.ashx>
- Motivans, M. (2015a, enero). Federal Justice Statistics, 2011-Statistical Tables, NCJ 248469. U.S. Departament of Justice, Bureau of Justice Statistics. Recuperado de <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs11st.pdf>
- Motivans, M. (2015b, enero). Federal Justice Statistics, 2012-Statistical Tables, NCJ 248470. U.S. Departamento of Justice, Bureau of Justice Statistics. Recuperado de <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs12st.pdf>
- Pager, D. (2007). *Marked: Race, crime and finding work in an era of mass incarceration*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Pepper, D. A. (2000). Nullifying history: Modern-Day misuse of the right to decide the law. *Case Western Reserve Law Review*, 50, 599-643. Recuperado de <http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol50/iss3/4>

Plucknett, Th.F. T. (2001). *A concise history of the Common Law* (5.a ed.). Nueva Jersey: The Lawbook Exchange.

Rakoff, J. S. (2014, 20 de noviembre). Why innocent people plead guilty. *The New York Review of Books*. Recuperado de <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>

Robin, G. D. (2007). The Grand Jury: Historical roots, contemporary operations and calls for reform. *Professional Issues in Criminal Justice*, 2(2), 125-144. Recuperado de http://www.picj.org/vol2_2.aspx

Schneider, S. (2013). When innocent defendants falsely confess: Analyzing the ramifications of entering Alford pleas in context of the burgeoning innocence movement. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 103(1), 279-308. Recuperado de <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol103/iss1/6>

Slovenko, R. (1957). The jury system in Louisiana criminal law. *Louisiana Law Review* 17(4), 655-729. Recuperado de <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol17/iss4/2>

The civil rights movement and the second reconstruction, 1945-1968. (2008). *History, Art & Archives*, U.S. House of Representatives, Office of the Historian, *Black Americans in Congress, 1870-2007*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/BAIC/Historical-Essays/Keeping-the-Faith/Civil-Rights-Movement/>

Tonry, M. (1999). Why are U.S. incarceration rates so high? *Crime & Delinquency*, 45(4), 419-437. doi: 10.1177/001128799045004001

Trocino, C. J. (2016). You can't handle the truth: A primer on false confessions. *University of Miami Race and Social Law Review*, 6(1), 85-100. Recuperado de <http://repository.law.miami.edu/umrslr/vol6/iss1/6>

Van Caenegem, R.C. (1988). *The birth of the English Common Law* (2da ed.). Cambridge:Cambridge University Press.

Van Caenegem, R.C. (1991). *Legal history: A European perspective*. Londres: The Hambledon Press.

Von Moschzisker, R. (1921). The historic origin of trial by jury. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 70(1), 1-13. doi: 10.2307/3314114

Wan, T. (2007). The unnecessary evil of plea bargaining: An unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative. *Southern California Review of Law and Social Justice*, 17(1), 33-61. Recuperado de http://gould.usc.edu/students/journals/rlsj/issues/assets/docs/issue_17/07_Wan_Macro.pdf

Ward, B. (2003). Plea best not taken: Why criminal defendants should avoid the Alford plea, A. *Missouri Law Review*, 68(4), 913-943. Recuperado de <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol68/iss4/4>

Watch a former prosecutor apologize for sending an innocent man to death row [video]. (2016, 04 de febrero). *Fusion*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=rmxASoca1P8>

Weiser, B. (2016, 07 de agosto). Trial by jury, a hallowed American right, is vanishing. *The New York Times* (N.Y. / Region). Recuperado de http://www.nytimes.com/2016/08/08/nyregion/jury-trials-vanish-and-justice-is-served-behind-closed-doors.html?_r=0

Worrall, J. (2008). *The changing role of the American prosecutor*. Nueva York: State University of New York, New York.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223 (1978).

Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986).

Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970).

Duncan v. State of Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

Federal Rules of Criminal Procedure [Fed. R. Crim. P.], as amended through December 1, 2016.

Hana Financial, Inc. v. Hana Bank, 574 U.S. 370 (1996).

J.E.B. v. Alabama ex rel TB., 511 U.S. 127 (1994).

Markman v. Westview Instruments, Inc., 517 U.S. 370 (1996).

Maryland Rules [Md. R.] [reglas de procedimiento de la corte de Maryland, Estados Unidos].

Sparf and Hansen v. United States, 156 U.S. 51 (1895).

Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975).

Thiel v. Southern Pacific Co., 328 U.S. 217 (1946).

United States Constitution, [U.S. Const.] [Constitución, Estados Unidos].

United States v. Gaudin, 515 U.S. 506 (1995).

United States v. Torres-Vazquez, 731 F.3d 41 (1st Cir. 2013).

United States v. United States Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948).

Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

Recibido: 13/12/2016
Aprobado: 08/05/2017

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Víctimas de trata de personas versus migrantes en situación irregular. Retos y lineamientos para la atención y protección de las víctimas de trata de personas extranjeras en el Perú*

Human Trafficking Victims versus Irregular Migrants.
Challenges and Guidelines for the Attention and
Protection of Foreigners Victims of Human Trafficking in
Peru

CRISTINA BLANCO**

Pontificia Universidad Católica del Perú

CHIARA MARINELLI***

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: El texto apunta a determinar los aspectos que deben ser considerados para perfeccionar el funcionamiento del aparato estatal con el fin de luchar efectivamente contra la trata de personas de carácter transnacional y para orientarlo por los principios propios de un enfoque de derechos humanos con respecto a la víctima de trata de personas. Aborda cuatro puntos centrales. Primero, advierte la problemática particular de las víctimas de trata extranjeras, al ser proclive su confusión o superposición con otras categorías, como la de tráfico de migrantes y migrante en condición irregular. Posteriormente, se desarrollan tres argumentos fundamentales que otorgan primacía a su condición de víctima de trata y a su atención especializada desde un enfoque de derechos humanos. Como tercer punto, se brindan directrices sobre los elementos que deben componer este enfoque, a partir de los derechos específicos de víctimas de trata extranjeras. Por último, se analiza el marco normativo e institucional peruano, y sus posibilidades y retos para lograr una atención adecuada a las víctimas de trata extranjera.

Palabras clave: trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, migrante irregular, víctimas extranjeras, deberes estatales, protección, asistencia

Abstract: The text aims to identify aspects that should be considered in preparing the State's institutions to effectively combat human trafficking of a transnational nature. It addresses four main issues. First, it notices

* El presente estudio fue presentado por las autoras en el IV Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas, el cual se realizó en la Universidad Mayor de San Andrés en La Paz, Bolivia, del 14 al 16 de octubre de 2015. La presente es una versión adaptada para la revista y actualizada en función de los últimos avances normativos. Las opiniones vertidas en el presente documento no comprometen a las instituciones a las cuales pertenecen las autoras.

** Abogada y magíster en derechos humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigadora. Área Académica y de Investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP) y profesora del Departamento de Derecho de la PUCP.

Código ORCID: 0000-0003-0157-1158. Correo electrónico: cblanco@pucp.pe

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Código ORCID: 0000-0002-5178-5106. Correo electrónico: cmarinelli@pucp.pe

the specific problems of foreign human trafficking victims, which could be confused or overlapped with other categories, such as migrant smuggling and illegal migrant status. Subsequently, it develops three fundamental arguments that give primacy to their status as victims of human trafficking and their specialized attention from a human rights perspective. Thirdly, it provides guidelines on the elements that should constitute this approach from the specific rights of foreign victims of human trafficking. Finally, the Peruvian legal and institutional framework is analyzed, as well as its possibilities and challenges for adequate attention to foreign victims of trafficking.

Keywords: trafficking, smuggling of migrants, irregular migrants, foreign victims, State duties, protection, assistance

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA TRATA DE PERSONAS, EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y LA MIGRACIÓN IRREGULAR. BREVES REFLEXIONES SOBRE SUS RELACIONES PROBLEMÁTICAS.- III. LA TRATA DE PERSONAS DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UN ENFOQUE ESPECIALIZADO PARA VÍCTIMAS EXTRANJERAS.- III.1. NECESIDAD DE LA PRIMACÍA DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE TRATA ANTES QUE DE LA DE MIGRANTE IRREGULAR.- III.2. DERECHOS ESPECÍFICOS DE VÍCTIMAS EXTRANJERAS Y DEBERES ESTATALES CORRELATIVOS.- IV. PRINCIPALES RETOS Y PROBLEMÁTICAS EN LA RESPUESTA ESTATAL.- IV.1. FALTA DE IDENTIFICACIÓN Y REGISTRO ADECUADO: INVISIBILIZACIÓN DEL PROBLEMA.- IV.2. RESPUESTA ESTATAL A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES.- V. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la regulación normativa de la trata de personas se remonta a inicios del siglo XX, cuando los Estados adoptaron los primeros tratados que prohibían la conducta que, en aquel momento, se conocía como «tráfico de blancas» (Gallagher, 2010; Allain, 2013; para un análisis completo de la evolución de la regulación internacional en materia de trata de personas, véase Marinelli, 2015). Si observamos los avances alcanzados particularmente a partir del siglo XX en la lucha contra la trata de personas, podemos decir que esta ha atravesado tres grandes procesos subsecuentes.

Un primer proceso tuvo lugar en el ámbito internacional, dirigido a la consolidación de una definición universal del fenómeno y al consenso general sobre los principales cursos de acción para combatirlo. Dicho objetivo se logra con la adopción del Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (en adelante, Protocolo de Palermo) en el año 2000 (sobre la definición de trata de personas alcanzada en el Protocolo de Palermo y las críticas contemporáneas a la misma, véase Borg Jansson, 2015, cap. IV). Como consecuencia del anterior, un segundo proceso

en el que está involucrada gran parte de los Estados es la incorporación —con mayor o menor éxito— en el ámbito interno de estos compromisos internacionales alcanzados; esto es, la adecuación del marco normativo e institucional para la prevención del fenómeno, la persecución de los responsables y la protección de las víctimas. Casi todos los Estados de la región, sin excepción, cuentan con normas e instrumentos de política pública para implementar tales deberes («Global Report on Trafficking», 2016, p. 102; Ribando, 2016, p. 12).

Un tercer momento se refiere a un proceso que denominaremos *regionalización* de la lucha contra la trata de personas. Vemos que, durante los años inmediatamente posteriores a la adopción del Protocolo de Palermo, los Estados concentraron sus esfuerzos, como era natural, en la adopción de normativa e instrumentos a nivel interno. Sin embargo, la lucha contra la trata de personas, por su misma naturaleza —que claramente trasciende fronteras nacionales— y para su efectividad, requiere de acciones conjuntas y de coordinación entre los distintos Estados. Partiendo de este reconocimiento, se han emprendido en la actualidad importantes iniciativas para fortalecer un actuar unido frente a la trata entre países vecinos.

Nuestro país no ha sido la excepción. Encontramos una expresión de esta *regionalización* en la política exterior impulsada desde la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (en adelante, CMNP TP-TIM)¹ y, especialmente, desde el Ministerio de Relaciones Exteriores. Dicha política comprende la conformación de cinturones de protección jurídica a través de la firma de acuerdos bilaterales con los países de la región («Plan Nacional de Acción contra la Trata», 2016, p. 124). Como parte de la implementación de esta política exterior, el país cuenta con convenios binacionales suscritos con Colombia y Bolivia, y están en curso procesos de negociación con relación a Ecuador, Argentina, Chile y Brasil (pp. 140-142).

En el caso de la relación Perú-Bolivia, los máximos mandatarios de ambos Estados declararon conjuntamente, en un encuentro en el año 2015, su preocupación «por la creciente actividad de los grupos delictivos en relación a la trata de personas» y decidieron la adopción de acciones para «proteger los derechos de las víctimas» (Declaración de Isla Esteves, 2015). En virtud de ello, suscribieron en junio de 2015

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

1 La CMNP TP-TIM es el espacio institucional que propone, implementa y monitorea la política pública de lucha contra la trata de personas en el Perú. Creada por el Decreto supremo 001-2016-IN, sustituyó al Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas (que venía funcionando desde el año 2014). Se instaló formalmente el 09 de marzo de 2016. Actualmente ya cuenta con un Reglamento Interno (Resolución ministerial 0488-2016-IN) y un Plan de Trabajo Anual. La Secretaría Técnica se encuentra a cargo de la Dirección General para la Seguridad Democrática del Ministerio del Interior.

un Acuerdo para Fortalecer la Lucha contra la Trata de Personas, el Tráfico Ilícito de Migrantes y los Delitos Conexos, dando así un paso fundamental para la atención y protección conjunta y coordinada de las víctimas de trata de personas.

Ahora bien, la implementación práctica y la operativización de estos convenios bilaterales suponen hacer frente a determinados retos específicos. Tales desafíos se refieren, primero, a problemas de superposición con otras categorías jurídicas que pueden recaer sobre la víctima de trata (como puede ser su condición migratoria irregular) y tener como consecuencia su falta de protección. Adicionalmente, desde un enfoque de derechos humanos, resulta necesaria una respuesta estatal especializada para la atención de víctimas extranjeras, la que exige que se tenga en cuenta su situación de especial vulnerabilidad y los derechos específicos que les asisten. Además, en atención a ello, como mínimo cabe asegurarse de que el marco normativo e institucional interno sea apto para dar cumplimiento al compromiso bilateral asumido, y llevar adelante un proceso de concreción de los acuerdos alcanzados con el fin de hacerlos operativos.

En este trabajo buscamos determinar cuáles son aquellos aspectos que deben ser considerados para la protección de las víctimas extranjeras de la trata de personas, y cuál es el estado de la cuestión a nivel normativo en el caso peruano. Para ello, abordamos cuatro puntos. Primero, señalamos la problemática particular de las víctimas de trata extranjeras, al ser proclive la confusión o superposición de su situación con otras categorías, como la de tráfico de migrantes y migrante en condición irregular. En segundo lugar, desarrollamos tres argumentos fundamentales que otorgan primacía a su condición de víctima de trata frente a cualquier otra categoría y a su atención especializada desde un enfoque de derechos humanos. Como tercer punto, brindamos directrices sobre algunos elementos que deben componer este enfoque, a partir de los derechos específicos de las víctimas de trata extranjeras, como el deber de identificación, de no devolución, de repatriación segura, entre otros. Por último, nos referimos al marco normativo e institucional peruano para indicar qué tan preparado se encuentra para atender casos de víctimas de trata extranjera y cuáles son los pasos a seguir.

El presente texto constituye un estudio preliminar que, antes que brindar respuestas acabadas, tiene el propósito de fomentar un debate y compartir algunas reflexiones iniciales sobre la protección de las víctimas extranjeras en nuestro país. Es, además, un documento que busca constituir un punto de partida al brindar un marco teórico y describir la problemática general. Puede ser complementado en un siguiente momento con investigaciones de campo para conocer casos concretos, tarea que se encuentra pendiente.

II. LA TRATA DE PERSONAS, EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y LA MIGRACIÓN IRREGULAR. BREVES REFLEXIONES SOBRE SUS RELACIONES PROBLEMÁTICAS

Se reconoce, de modo unánime, que la adopción del Protocolo de Palermo supuso como gran aporte una adecuada definición de la trata de personas. En efecto, en este tratado se define a este delito como la captación, el traslado o la recepción de una persona, por medio de la subyugación de su voluntad, con el fin de someterla a una serie de situaciones de explotación, totalmente contrarias a la dignidad humana y a los valores esenciales de una sociedad democrática. Dado que la trata de personas internacional o transnacional constituye una forma especialmente abusiva de migración y conlleva obligaciones estatales específicas hacia las víctimas, conviene distinguirla de figuras cercanas con las que puede ser confundida o incluso entrecruzarse.

Tal es el caso de la migración irregular voluntaria, esto es, la entrada o permanencia de una persona en un Estado (del cual no es nacional) en contravención de las disposiciones migratorias nacionales. Desde un punto de vista objetivo, si se cruzan una o más fronteras en violación de las disposiciones legales nacionales, estamos ante un supuesto de migración internacional ilegal. Teóricamente, si no existieran restricciones legales a los movimientos migratorios, la cuestión de la migración ilegal no hubiese surgido (Blanco, 2011, p. 28). En efecto, como afirman Archavantikul y Guest, la migración ilegal puede ser vista como un «producto de la regulación de la migración [...] [pues] [s]in leyes que restringen la entrada a países o el empleo de extranjeros, no habría migración ilegal» (1993, p. 3).

Aunque es claro que puede darse de modo independiente, hoy en día gran parte del ingreso ilícito de migrantes no es posible sin la existencia de redes clandestinas que lo faciliten. En efecto, desde la década de 1980, procurar el ingreso o la estancia ilegal de personas migrantes se tornó un negocio rentable a nivel mundial, intensificándose la migración irregular hacia Estados Unidos y los países europeos (Gallagher & David, 2014, p. 2). Ello llevó a la adopción, en el año 2000, del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en adelante, Protocolo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes).

Según lo define el artículo 3, literal a, de este instrumento, el tráfico ilícito de migrantes es entendido como «[l]a facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material». De esta definición, se derivan tres elementos importantes: «(i) el carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o traslado

VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS VERSUS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR. RETOS Y LINEAMIENTOS PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS EXTRANJERAS EN EL PERÚ

HUMAN TRAFFICKING VICTIMS VERSUS IRREGULAR MIGRANTS. CHALLENGES AND GUIDELINES FOR THE ATTENTION AND PROTECTION OF FOREIGNERS VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING IN PERU

de las víctimas; (ii) el ingreso irregular a un país de destino; es decir, vulnerando las normas de control migratorio; y (iii) el propósito subjetivo de obtener lucro o una ventaja patrimonial con el traslado de personas» (IDEHPUCP & OIM, 2017, p. 66). El segundo elemento coincide con la migración irregular, pero para que constituya tráfico ilícito de migrantes deben estar presentes los otros dos elementos adicionales.

Dicho de otro modo, a diferencia de la migración irregular, donde las «personas se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor, [la persona que es objeto de tráfico] se desplaza por el intermedio de un traficante [que obtiene un beneficio por dicho traslado]» (OIM, 2006, p. 40). De este modo, «todas las personas objeto de tráfico son migrantes en situación irregular, pero no todos los migrantes en situación irregular han sido objeto de tráfico ilícito» (IDEHPUCP & OIM, 2017, p. 66).

De otro lado, como se reconoce ampliamente, aunque el tráfico y la trata de personas suponen el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales: que tenga lugar una forma de captación indebida (por ejemplo, con coacción, engaño o abuso de poder) y que la actividad se realice con algún propósito de explotación (aunque ese propósito finalmente no se cumpla) (Kleemans, 2012, p. 410). Así, mientras la trata implica la vulneración de los derechos humanos de una persona, el tráfico de migrantes es un delito contra el Estado y sus normas migratorias. Es importante notar que, a pesar de esta diferencia en la regulación penal, durante el proceso de tráfico también existen una serie de vulneraciones a los derechos del migrante, provocadas por los traficantes o —en algunas situaciones— por los agentes estatales. Dichas vulneraciones deben ser adecuadamente reparadas. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y otras obligaciones internacionales crean un marco jurídico de protección que debe ser aplicado también a los casos de tráfico de migrantes (Obokata, 2005; Gallagher & David, 2014).

Ahora bien, aun cuando la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes poseen autonomía a nivel normativo, obligaciones estatales diferentes en el derecho internacional y una regulación distinta a nivel de políticas públicas nacionales, en la realidad tal diferencia parece desdibujarse y dar lugar a situaciones mucho más complejas. En efecto, la interrelación entre tales fenómenos no solo es mucho más común de lo que las cifras oficiales parecen indicar, sino que acarrea consecuencias de importancia para la lucha contra la trata de personas. Podemos identificar —como mínimo— tres situaciones donde existe una compleja interrelación entre la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y la migración irregular.

La primera situación es aquella donde el proceso de tráfico encubre un delito de trata. En este caso, suele suceder que es el propio migrante quien solicita de manera voluntaria los servicios de un traficante, pero, al cruzar la frontera, el migrante es sometido a un proceso de trata de personas (Aronowitz, 2001, p. 167). Esto puede darse si el propio traficante, luego de cumplir con el traslado pactado, retiene los documentos de la víctima, le impone el pago de una deuda por los servicios prestados (transporte, alojamiento, pago de sobornos a funcionarios estatales, etcétera) y recorta su libertad para explotarlo; o cuando el traficante procede a entregar al migrante a otro sujeto o grupo de sujetos, a fin de que sean estos quienes continúen con el traslado del migrante hacia su explotación final. En ambos supuestos, nos encontramos desde el inicio ante una conducta de trata de personas encubierta, toda vez que el traficante tuvo desde el inicio la intención de explotar a la víctima (fin de explotación) y utilizó el engaño (medio) para captarlo y trasladarlo (conducta).

La segunda posibilidad en que la trata y el tráfico ilícito de migrantes pueden relacionarse es aquella donde ambos fenómenos se producen de forma consecutiva. De esta manera, existe en un inicio un proceso de migración irregular favorecido por la acción de un traficante, el que, una vez alcanzado el lugar de destino, recibe el pago pactado y sale de escena. Al quedar el migrante irregular en una condición de vulnerabilidad —signada por la falta de los documentos de identidad en su poder o por la falsedad de los mismos, una pobre situación económica y la carencia de soporte familiar o amical—, es fácilmente captado por redes de trata de personas que suelen operar en las zonas fronterizas. Estas proceden a transportar y explotar a la nueva víctima, o la dejan en poder de terceros que cumplirán con dicho cometido. En este caso, el migrante irregular se convierte en víctima de trata por un proceso distinto y separado de aquel a través del cual llegó al lugar de destino, coexistiendo el delito de tráfico ilícito de migrantes (cometido por el traficante) y el delito de trata de personas (cometido por un sujeto distinto).

Finalmente, un tercer escenario posible lo conforman aquellas situaciones en las que la persona víctima de trata se encuentra, además, en una situación migratoria irregular, sin que se presente un supuesto de tráfico de personas. Solo por mencionar algunos ejemplos, ello ocurre cuando, como consecuencia del proceso de trata, la víctima extranjera permanece en el país de destino más allá del tiempo autorizado por su calidad migratoria. Como ejemplo puede mencionarse a la víctima extranjera con calidad migratoria de turista que, por estar siendo explotada, permanece en el país por un plazo mayor a aquel autorizado por la autoridad migratoria; o bien al caso en el que, precisamente como parte del proceso de trata y explotación a la que es sometida, la víctima

se ve obligada a ejercer actividades laborales sin contar con los permisos necesarios para ello (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 14).

Más allá de las implicancias penales distintas en cada supuesto, lo relevante a efectos de la presente investigación radica en advertir que en tales situaciones se produce una superposición de categorías jurídicas sobre la persona explotada. Esta será, por un lado, víctima de trata y, por otro, migrante irregular. Ello puede traer como consecuencia que las víctimas de trata extranjeras no sean identificadas como tales y que se dé prevalencia a su calidad migratoria irregular. Como veremos a continuación, se pone así en serio peligro a la víctima, la cual no es protegida ni asistida debidamente. Asimismo, se merma el propio esfuerzo estatal en aras de la erradicación de la trata de personas como fenómeno delictivo.

III. LA TRATA DE PERSONAS DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UN ENFOQUE ESPECIALIZADO PARA VÍCTIMAS EXTRANJERAS

Como advertimos, frente a víctimas de trata extranjeras se presenta una problemática particular relacionada con las dificultades para identificarlas como tales debido a la cercanía con otras figuras y a la superposición con categorías como aquella de migrante en situación irregular. Ante esta situación, desarrollamos tres argumentos que consideramos centrales para sostener que debe primar la calificación como víctima de trata de personas antes que aquella relativa a la irregularidad migratoria.

III.1. Necesidad de la primacía de la condición de víctima de trata antes que de la de migrante irregular

Una clara contribución del Protocolo de Palermo a la lucha contra la trata de personas es que dicha lucha deja de centrarse únicamente en la criminalización de la conducta e incorpora una serie de obligaciones estatales centradas en la atención a la víctima. Estas obligaciones se desarrollan en los ejes de prevención, persecución y protección, los que no solo tienen por finalidad la aprehensión de los tratantes, sino que generan acciones respecto a la etapa previa y posterior al delito mismo, etapas donde la víctima es el actor central a proteger. Así, se ha dejado atrás la concepción clásica, enfocada en la persecución del delito, para dar paso a una etapa centrada en las víctimas, al reconocer que la trata constituye una grave afectación de los derechos humanos y de su dignidad.

De este modo, el enfoque de los derechos humanos se ha incorporado a la lucha contra la trata de personas para complementar el enfoque tradicional del derecho penal, de modo tal que permita la adecuada

protección de las víctimas y un efectivo proceso de asistencia para su reincorporación plena a la sociedad (Marinelli, 2015, p. 57). Consideramos que, de manera coherente con este enfoque, la categoría de víctima de trata y no la de migrante en situación irregular es la que debe primar. Admitir lo contrario implicaría perder de vista el objetivo central de la lucha contra la trata de personas con un enfoque de derechos humanos, la protección de la víctima, retornando al estadio donde la principal preocupación era la persecución penal del delito.

En segundo lugar, otorgar primacía a la condición migratoria irregular supone el desconocimiento de obligaciones internacionales adoptadas en relación con la trata de personas y, en particular, con el deber de protección. Este último supone la adopción de una serie de garantías que apuntan a un único objetivo: la recuperación de la víctima a efecto de que pueda reconstruir y continuar con su proyecto de vida (Pati, 2011, p. 133). Por ello, comprende acciones de capacitación profesional, programas de reinserción laboral, formación educativa, asistencia médica y psicológica, entre otras medidas. En cambio, la protección brindada al migrante irregular resulta más limitada. Este tiene derechos específicos como el derecho a la asistencia letrada, el derecho a no ser perseguido penalmente por su condición migratoria y el derecho a que se discuta su solicitud de permiso de residencia en un proceso con las debidas garantías judiciales.

Se observa una diferencia importante entre los derechos que posee una víctima de trata de personas frente a aquellos que se otorgan al migrante irregular. En función de ello, si ante la superposición de condiciones jurídicas aquí analizada el Estado privilegia la condición de migrante irregular, es evidente que la víctima extranjera ve disminuida notablemente la protección a la que tiene derecho. Así, no se le proporcionarán los medios necesarios para que supere lo ocurrido y continúe con su vida, quedando en una situación muy vulnerable.

Esta situación se agrava cuando la víctima, por su condición migratoria, es expulsada de las fronteras estatales. En estos casos, no solo no existió una protección *in situ*, sino que existe un abandono total por parte del Estado, el cual no le brinda a la víctima los servicios a los que ella tiene derecho, no le proporciona medios de apoyo y no la protege ante una posible revictimización. Así, la víctima queda sola y en una situación similar a aquella que dio origen al proceso de tráfico-trata: vulnerabilidad social, económica y personal. Ello podría agravarse si consideramos aquellos supuestos donde la víctima es además revictimizada por su propio entorno familiar y comunitario debido a los estereotipos existentes en relación con la explotación a la que se le sometió, especialmente aquella de índole sexual (Cunningham & De Marni, 2016, pp. 237-238).

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

Por último, la desprotección de la víctima de trata extranjera no solo tiene un efecto negativo en ella y conlleva la posible responsabilidad internacional del Estado. Además de ello, tiene consecuencias negativas para la propia erradicación de la trata como fenómeno delictivo y es contraria al deber de prevención, establecido en el artículo 9 del Protocolo de Palermo. La falta de garantías para las víctimas y su expulsión al lugar de origen se convierten en factores que contribuyen a que se generen nuevos casos de trata de personas.

Presentamos a continuación algunas reflexiones en las que se basa dicha afirmación: advertimos que, cuando una víctima de trata no es identificada como tal y es alejada sin más del territorio nacional, el Estado pierde la posibilidad de que esta brinde información valiosa respecto de la investigación y sanción del delito. Es notorio que las víctimas de trata no suelen colaborar en la investigación del delito si no tienen un espacio de protección que les brinde seguridad y tranquilidad. Este espacio no puede construirse durante una primera entrevista luego del rescate, cuando la víctima se encuentra en una situación de estrés, miedo y desconfianza, sino que requiere de tiempo y de una serie de condiciones mínimas. Ello no puede ocurrir si la víctima es alejada del territorio nacional luego de su rescate. El Estado pierde también la posibilidad de que participe del proceso judicial contra los tratantes y testifique contra ellos. No cabe subestimar el testimonio de la víctima como prueba para alcanzar la condena de los tratantes, pues muchos de los casos de trata de personas no suelen alcanzar sentencias condenatorias al no existir pruebas suficientes.

Por otro lado, la devolución de las víctimas de trata de personas a su lugar de origen sin la coordinación suficiente para asegurarle una protección adecuada se convierte en un factor de impulso para la continuación del delito. Cuando la víctima es dejada sin protección, vuelve a encontrarse en una situación similar o incluso peor: ya no posee los recursos que tenía al momento de emprender su viaje, ha sido sometida a una situación de explotación y, en muchas ocasiones, es estigmatizada por su familia y su comunidad por lo ocurrido. Ante ello, no cabe duda de que nos encontramos frente a una gravísima situación de vulnerabilidad que puede ser fácilmente aprovechada por redes de trata. Se crea así un círculo vicioso donde la víctima rescatada, ante la falta de protección y la repatriación o el retorno a su lugar de origen, se convierte en víctima potencial de este delito (Andreatta, 2015, p. 31; Adams, 2011, p. 208). Ya sea por la imposibilidad de que las víctimas cooperen o por su probable revictimización, la falta de protección adecuada a las víctimas de trata en situación irregular refuerza el delito y promueve la falta de sanción adecuada a los perpetradores.

III.2. Derechos específicos de víctimas extranjeras y deberes estatales correlativos

Ante esta situación, los sistemas diseñados por los aparatos gubernamentales para la lucha contra la trata de personas deben incorporar de modo transversal una especial atención hacia las víctimas extranjeras, dados sus derechos específicos y las condiciones que determinan su situación de particular vulnerabilidad. A continuación, vamos a describir brevemente cuáles serían los elementos más importantes de las obligaciones estatales frente a las víctimas de trata de personas extranjeras.

a) Adecuada identificación de la víctima

El primer paso fundamental es la adecuada *identificación* de la persona como víctima del delito de trata. Sin este paso previo, será imposible construir un marco de protección que lleve a su recuperación completa y duradera en el tiempo. Si bien el Protocolo de Palermo no hace mención específica al deber de identificación, se trata de una cuestión implícita en la obligación de brindar asistencia y protección a las víctimas (Gallagher, 2010, pp. 280-281). En efecto, una inadecuada identificación —como, por ejemplo, el otorgamiento del estatus de migrante irregular y no de víctima de trata de personas, implicará la falta de reconocimiento de una serie de derechos y, por ende, su desprotección («Explanatory Report», 2005, p. 127).

Así, por ejemplo, los Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos incluyen una directriz específica sobre la identificación de la víctima (directriz 2). En similar sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos incluye el deber de identificación de la víctima. En cuanto a víctimas extranjeras, establece la obligación de «verificar [...], cuando las autoridades competentes estimen que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de la trata de seres humanos, que no se aleje de su territorio hasta que finalice el proceso de identificación como víctima de [trata]» (2005, artículo 10.2). Además, desde lo trabajado en el continente americano, se promueve que estas «no sean procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales [como el ejercicio de la prostitución cuando estuviera penada]» («Segunda reunión de autoridades nacionales en materia de trata», 2009, p. 16).

De este modo, un correcto procedimiento de identificación permitirá, desde un ámbito negativo, evitar la criminalización de la persona por algún tipo penal o la atribución de responsabilidad por faltas

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

administrativas que pudo cometer en el proceso de trata por causas ajenas a su voluntad (Pearson, 2002, pp. 32-34). Asimismo, en una faceta positiva, la identificación de una persona como víctima de trata supone reconocer que, muy probablemente, ha sufrido violaciones de sus derechos humanos; que se encuentra en una situación de vulnerabilidad; y que, por ende, son exigibles las obligaciones estatales de protección y asistencia a las que tiene derecho.

Sería incompatible con lo anterior proceder a repatriar o retornar a una persona extranjera que se encuentre en condición migratoria irregular si existiesen motivos razonables para considerar que se puede estar frente a una víctima de trata (como evidencia su inclusión expresa en el referido Convenio europeo). Desde un enfoque de derechos humanos, en estas circunstancias se hace imprescindible que, previamente a su alejamiento del territorio nacional, se establezca claramente cuál es su situación y sus derechos. La actuación estatal debe asegurar mecanismos para que las víctimas extranjeras de trata u otros que actúen en su nombre puedan intentar obtener el reconocimiento de su condición para tener acceso al apoyo y la asistencia que necesitan.

b) Asistencia y protección

Una vez identificada la víctima de trata de personas extranjera, se deben poner en acto ciertas medidas de protección y asistencia, para lo cual es imprescindible referirse al contenido del artículo 6 del Protocolo de Palermo. En efecto, dicha disposición refiere que las medidas que el Estado debe asegurar a las víctimas son tanto aquellas garantías propias del proceso penal seguido contra los tratantes, como aquellas garantías ajenas a este y enfocadas en la propia víctima y su proceso de recuperación. Entre las primeras, encontramos los derechos que le competen en el proceso judicial contra sus tratantes y en aquel correspondiente a la solicitud de reparación por el daño sufrido. A su vez, entre las segundas, se encuentran —como mínimo— la asistencia médica y psicológica, ayuda para su reinserción educativa y laboral, y el alojamiento adecuado en la fase de recuperación. Todas estas garantías apuntan, en suma, a atender de manera integral la situación de la víctima después del proceso delictivo. No es objeto del presente estudio realizar un análisis pormenorizado sobre cada componente, pero sí cabe hacer énfasis en aquellos aspectos que cobran relevancia frente a víctimas extranjeras.

En cuanto al *asesoramiento e información sobre sus derechos jurídicos*, es de especial relevancia anotar dos aspectos: por un lado, es consustancial al cumplimiento de este deber el asegurar que se realice en un idioma que las víctimas de trata de personas puedan comprender; por otro, es importante advertir que, en el caso de las personas extranjeras, estas

tienen derechos específicos vinculados, por ejemplo, a las garantías para su repatriación o retorno seguros, o al principio de no devolución, a los que nos referiremos más adelante. Asimismo, como se establece en los Principios y Directrices sobre Derechos Humanos y Trata de Personas, debe informarse a las víctimas sobre su derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad, salvo que soliciten asilo o refugio en el país («Principios y Directrices», 2002, p. 10).

La obtención de *asistencia médica y psicológica* es otro deber estatal frente a las víctimas de trata. Como advierte el Informe de la ex Relatora Especial sobre la Trata de Personas, Ngozi Ezeilo, «[...] la orientación [y asistencia médica] tiene varias fases: antes de la identificación de la persona como víctima y en la etapa de investigación; durante el procesamiento y en la fase de acogida; y en la fase de reinserción y como parte del seguimiento y la asistencia posterior [...]» (2009, p. 56). Es importante constatar que, según lo dispuesto por la normativa internacional, y acorde con un enfoque de derechos humanos, no cabe eximirse del cumplimiento de este deber por razones de nacionalidad de la víctima ni desentenderse del mismo procurando únicamente su repatriación. Corresponde, por el contrario, asegurar su acceso a asistencia médica y psicológica en condiciones iguales a las de las víctimas nacionales mientras se encuentre en el territorio nacional, así como realizar gestiones con el Estado de origen para que este pueda continuar brindando tal servicio a la víctima una vez que retorne a su jurisdicción.

En cuanto al derecho a la *reinserción social* a través de oportunidades de empleo, educación y capacitación, es pertinente señalar lo siguiente: si bien este derecho no debe ser entendido como un derecho de la víctima a permanecer en el territorio del Estado donde fue rescatada, sí exige que, en caso ella permanezca en él, se le brinden tales oportunidades en condiciones igualitarias con respecto de las de las víctimas de trata nacionales. En el supuesto en que la persona no permanezca en el territorio, corresponde realizar acciones para que este deber pueda ser asumido por el Estado de origen.

Al respecto, los Principios y Directrices sobre Derechos Humanos y Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recomiendan «hacer que se proporcione a las víctimas [...] que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios» («Principios y Directrices», 2002, p. 10). En sentido similar, en el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa, se dispone la obligación de los Estados partes de «realizar todos los esfuerzos necesarios para favorecer la reinserción de las víctimas en la sociedad del Estado de retorno [...]» (2005, artículo 16.5). De este modo, si bien se trata de una obligación

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

fundamental, es innegable que, para el Estado donde fue identificada la víctima, constituye un deber de medios, pero no de resultados. En efecto, estando la víctima fuera de su territorio, recaerá finalmente en el Estado adonde haya sido repatriada o retornada el cumplimiento efectivo de esta obligación.

c) Repatriación segura, período de reflexión y acceso a permisos temporales de permanencia

Además de los derechos de asistencia y protección, existe un conjunto de garantías que permite asegurar que, tras su rescate como víctima de trata o frente a indicios razonables de un posible caso de trata de personas, la persona extranjera no sea retornada a su Estado de origen sin un análisis adecuado de su condición y sin el aseguramiento de sus derechos. Este conjunto de garantías frente a su alejamiento arbitrario engloba, a nuestro entender, el derecho a la repatriación segura, el período de reflexión y el acceso a permisos temporales de permanencia.

En cuanto a la repatriación segura, el Protocolo de Palermo establece que debe darse con las debidas medidas de seguridad, de forma voluntaria y considerándose el estado de los procesos judiciales relativos al delito (artículo 8, inciso 3). Por medidas de seguridad se entienden aquellas que aseguren que la víctima, una vez que haya retornado a su lugar de origen, no pueda ser amenazada ni dañada por los tratantes que la captaron, ni quede en tal situación de vulnerabilidad que no tenga otra opción que la de volver al círculo de explotación del cual fue rescatada (Gallagher, 2010, pp. 339-344). Además, cabe señalar que la condición concerniente al estado del proceso penal como variable a tener en cuenta para la repatriación obliga a que el Estado donde se encuentre la víctima le permita a esta participar del proceso penal contra los tratantes u obtener una reparación. De este modo, la devolución de la víctima extranjera al Estado de origen inmediatamente después de su rescate podría implicar un incumplimiento de este deber. Es importante, por ello, buscar asegurar mecanismos de participación de la víctima extranjera en el proceso, ya sea mediante su estancia en el país o a través de mecanismos de representación por vía consular, diplomática u otra. Cabe señalar que la participación de la víctima en el proceso comprende mecanismos para su protección y no revictimización, los cuales deben ser asegurados por el Estado (Pearson, 2002, pp. 50-52).

Al respecto, los Principios y Directrices sobre Derechos Humanos y Trata de Personas agregan que corresponde ofrecer a las víctimas «alternativas jurídicas a la repatriación en los casos en que sea razonable llegar a la conclusión de que ella constituiría un grave riesgo para su seguridad o la de sus familias» (2002, p. 2). Esto último supone evaluar la posibilidad de que residan en el país de destino o la de reasentarlas en un tercer país

frente a circunstancias que así lo ameriten, como puede ser el evitar represalias o cuando se crea que es probable que vuelvan a ser objeto de trata (p. 10). Por su parte, el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa dispone que «[c]uando una de las Partes devuelva una víctima a otro Estado, este retorno tendrá lugar dentro del respeto de los derechos, la seguridad y la dignidad de la persona, y del estado de los procedimientos judiciales vinculados al hecho de que se trata de una víctima y será preferiblemente voluntario» (2005, artículo 16.1). En contrapartida, el Estado de su nacionalidad o aquel donde tenga derecho a residir debe aceptar y facilitar el retorno sin retrasos indebidos.

De este modo, resulta contrario al derecho a la repatriación segura proceder al retorno o repatriación de la víctima sin hacer previamente una evaluación que permita considerar, de manera integral, tal condición. Esto supone determinar si existen indicios razonables para creer que se pondrá en riesgo su seguridad y, de ser el caso, ofrecer otras alternativas. De modo general, debe asegurarse que este proceso respete sus derechos como víctima de trata y, de manera particular, debe tenerse en cuenta su derecho de acceso a la justicia frente a la afectación de sus derechos, el cual probablemente será inviable si se la aleja del territorio nacional sin más consideración.

Estrechamente vinculado a esto último se encuentra el otorgamiento de un periodo de reflexión, inmediatamente después de su rescate. Este momento resulta clave para que la víctima pueda restablecerse, alejarse de la influencia de los traficantes y decidir libremente y debidamente informada si colabora con los operadores de justicia en el proceso judicial, sin miedo a sufrir represalias (Adams, 2011, p. 216). La importancia de dicho momento es tal que el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, en su artículo 13, reconoce el derecho a permanecer en el estado en cuestión por «un periodo de restablecimiento y de reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que una persona determinada es una víctima [de trata]» (2005, artículo 13.1). Durante este tiempo, las víctimas recibirán ayuda para su restablecimiento físico, psicológico y social.

El retorno seguro también ha sido abordado desde la posibilidad de otorgar a las víctimas un permiso de residencia. El Protocolo de Palermo señala que los Estados podrán adoptar medidas que permitan a las víctimas de trata permanecer en su territorio, permanente o temporalmente (artículo 7). Esta posibilidad, de ser temporal, podría dar a la víctima la oportunidad de colaborar con los agentes estatales y tener un breve periodo de recuperación que le permita enfrentar la situación en la que se encontrará luego del retorno a su lugar de origen.

Dicha permanencia, además, no necesariamente debe encontrarse relacionada con la colaboración de la víctima con el proceso penal, sino que, como señala el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del Consejo de Europa, puede darse también ante situaciones personales especialmente consideradas, entre las que podría figurar un retorno al lugar de origen no seguro (2005, artículo 14.1). Finalmente, es importante señalar que la residencia permanente resulta, claramente, más protectora y favorece en mayor medida un proceso completo de rehabilitación y reintegración social, en comparación con los permisos temporales de corta duración.

d) Derecho a solicitar asilo o refugio y principio de no devolución

Por último, a lo analizado en los apartados anteriores debemos agregar el derecho a solicitar asilo o refugio. Conforme con la definición internacional, independientemente de su condición de víctima de trata o de la obtención de un permiso temporal de permanencia, una persona podrá ser reconocida como refugiada «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas» (Convención sobre el Estatuto de Refugiados, 1951, artículo 1, sección A). En el ámbito de la trata de personas, corresponde cerciorarse de que existan procedimientos y procesos para que las víctimas puedan ser informadas sobre este derecho y presentar, si así lo desean, las solicitudes respectivas.

Adicionalmente, el principio de no devolución o *non refoulement* tiene una importancia fundamental frente a las víctimas de trata. Este principio se refiere a la prohibición de expulsar a una persona a un Estado en el cual su vida o libertad se vean amenazadas por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o debido a sus opiniones políticas. Este principio, considerado en la actualidad como una norma consuetudinaria e imperativa del derecho internacional, debe ser especialmente evaluado al momento de determinar el retorno de una persona víctima de trata a su lugar de origen, teniendo en cuenta el riesgo que puede correr de ser nuevamente objeto de este delito (Obokata, 2006, pp. 155-157). Esta evolución en la relación entre refugio, no devolución y víctimas de trata ha sido analizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el cual ha indicado que la posibilidad de revictimización en el retorno al Estado de origen podría constituir un supuesto de persecución («Directrices sobre la Protección Internacional», 2006, § 15).

Los derechos y las garantías analizados conforman el conjunto de obligaciones estatales ante una víctima de trata de personas extranjeras. Constituyen deberes a la luz del enfoque de derechos humanos. Dichos derechos y garantías buscan proteger a la víctima y asegurar su plena recuperación. Es por ello importante que las políticas públicas de lucha

contra la trata de personas los incorporen al momento de diseñar las diversas acciones estatales y que se adopten instrumentos que permitan operativizarlos y concretizarlos. A continuación, analizaremos brevemente el caso peruano.

IV. PRINCIPALES RETOS Y PROBLEMÁTICAS EN LA RESPUESTA ESTATAL

En el Perú existe una política pública de lucha contra la trata de personas que se ejecuta a nivel multisectorial y descentralizado. Esta política posiciona a la víctima como eje central del trabajo del Estado. De este modo, se ha adoptado una serie de medidas normativas e institucionales que buscan asegurar la prevención del fenómeno criminal, la persecución de los tratantes y, sobre todo, la protección de las víctimas. Sin embargo, como se verá a continuación, la problemática de la víctima extranjera parece ser aún un punto pendiente en la agenda nacional.

IV.1. Falta de identificación y registro adecuado: invisibilización del problema

La situación de las víctimas extranjeras de trata de personas en el Perú plantea, en primer lugar, el problema de su visibilización. Se trata de un problema nacional que debe ser adecuadamente abordado por los instrumentos de política pública y las instituciones competentes. Esta falta de visibilización se debe a los obstáculos que conciernen a la identificación de los extranjeros como víctimas de trata y, ligado a ello, a la ausencia de un registro adecuado de este tipo de casos que permita conocer la magnitud del problema.

En efecto, los sistemas nacionales de registro de trata de personas parecerían indicar que no existe una variante transnacional de este delito. Así, por ejemplo, el porcentaje de víctimas extranjeras registradas por el Sistema Estratégico de Trata de Personas (SISTRA) del Ministerio Público entre 2009 y 2014 no supera, en promedio, el 4,3% del total de víctimas de trata de personas en el Perú (Observatorio de Criminalidad, 2015).

Para comprender la complejidad del problema del registro de casos de trata de personas con víctimas extranjeras, cabe poner de ejemplo lo que ocurre en Puno, región limítrofe con Bolivia. El Sistema de Registro y Estadística del delito de Trata de Personas y Afines de la Policía Nacional del Perú (RETA/PNP) registró, entre 2007 y 2016, solo 59 casos de trata de personas en Puno, lo que representa un 2,62% del total de casos a nivel nacional². Según el SISTRA, entre 2009 y 2014, se registraron

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

2 La información del Sistema RETA/PNP se obtuvo por medio de solicitud a la Dirección de Derechos Fundamentales para la Gobernabilidad del Ministerio del Interior.

un total de 95 casos, lo que representa el 4,2% del total de denuncias fiscales presentadas por este delito. Ello ubica a la región Puno en el sexto lugar de las zonas de incidencia de trata de personas a nivel nacional (Observatorio de Criminalidad, 2015)³. Todo ello parecería indicar que, si bien no por ello menos grave, la casuística de trata de personas en esta zona transfronteriza no es muy amplia.

Sin embargo, analizando otros datos, se observa que Puno se ubica como zona de tránsito desde la frontera boliviana hasta Madre de Dios y Cuzco, regiones que han sido calificadas como zonas de alta incidencia de trata (Observatorio de Criminalidad, 2013). Asimismo, una de las rutas de trata transnacional es aquella entre Puno y Bolivia («Plan Nacional de Acción contra la Trata», 2016, p. 6) y, según las últimas investigaciones nacionales, Puno es lugar de origen de diversos flujos de víctimas de trata de personas en el país (Capital Humano y Social Alternativo, 2016). Cabe también señalar que, en el último diagnóstico sobre la trata de personas en Perú realizado por la UNODC, se estableció la existencia de una ruta entre Desaguadero y Puno, específicamente en la región de La Rinconada (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2012, p. 135). De igual modo, en el caso boliviano, el Ministerio Público ha perseguido penalmente 105 casos de trata de personas entre 2009 y 2013, de un total de 235.

Así, parecen existir indicios de la existencia de un número más amplio de casos de trata de personas con víctimas extranjeras —por ejemplo, en el caso de la frontera binacional Perú-Bolivia— que el que corresponde a aquellos registrados por los sistemas oficiales de información. Ello implica que las víctimas no son identificadas como tales y no reciben la asistencia y la protección a la que tienen derecho.

Las causas de la falta de identificación adecuada pueden ser reconducidas, por una hipótesis basada en estudios realizados en otras regiones, a los siguientes elementos: la superposición o confusión de categorías, como la de víctima de trata y la de migrante en situación irregular, donde se priorizaría la última sobre la primera; la falta de capacitación y sensibilización sobre este tema de los operadores migratorios y los agentes policiales de extranjería; y, finalmente, la existencia de estereotipos negativos en relación con las víctimas de explotación sexual o el ejercicio de la prostitución (Laczko & Gozdzik, 2005, p. 136).

Esta situación debe ser analizada y estudiada en los próximos años, debiendo promoverse trabajos de campo que trabajen específicamente

³ La disparidad de cifras se debe a la falta de interconexión entre ambos sistemas. Desde el Ministerio del Interior se está promoviendo un proceso de interconexión que, actualmente, tiene implementada la primera fase. Parte de esta etapa supone la ejecución de INTERTRATA, proyecto piloto de interconexión entre el Sistema RETA/PNP, SISTRA y la Línea 1818 Opción 1, en el Distrito Fiscal Lima Sur (véase «Plan Nacional de Acción contra la Trata», 2016, p. 173).

en la temática de trata de personas con víctimas extranjeras y su interrelación con la migración irregular y el tráfico ilícito de migrantes. Sin este tipo de estudios, resulta difícil conocer la real situación del fenómeno a nivel nacional y adoptar instrumentos de política pública que permitan atender de manera específica esta problemática y asegurar un cumplimiento de los estándares de protección y asistencia también en relación con las víctimas de trata extranjeras.

IV.2. Respuesta estatal a la luz de los estándares internacionales aplicables

En el Perú, el deber de asistencia y protección para las víctimas de trata de personas ha sido recogido por el artículo 7 de la Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (ley 28950, 2007), indicando que «[e]n el caso de la trata de personas, el Estado directamente o en coordinación con otros [...] proporciona a las víctimas [...] como mínimo: la repatriación segura; alojamiento transitorio; asistencia médica, psicológica, social, legal; y mecanismos de inserción social [...].». Al analizar esta disposición, encontramos que no establece diferencia alguna respecto de la nacionalidad de la víctima, debiéndose por tanto brindar los servicios enunciados en todos los casos de trata debidamente identificados.

Esta norma ha sido desarrollada por el Reglamento de la Ley (decreto supremo 001-2016-IN), el cual tampoco realiza una distinción entre víctimas nacionales y extranjeras. Este instrumento, además, recoge entre sus principios los siguientes: el principio de igualdad y no discriminación, con mención expresa a la aplicación de este en el caso de la reparación y de la reintegración; así como el principio de no devolución, antes analizado. Asimismo, recoge, entre sus criterios de ejecución, el de presunción de condición de víctima, el cual implica el otorgamiento de la calidad de víctima en todos aquellos casos donde se presenten indicios razonables de la dación del delito de trata de personas. Este criterio se aplicaría, a nuestro entender y en una actuación acorde con los estándares internacionales, a todos aquellos casos de víctimas extranjeras que, además, son migrantes irregulares.

Asimismo, el Perú cuenta con el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2011-2016, el cual desarrolla diez objetivos estratégicos para cumplir con los deberes de prevención, persecución y protección. Es pertinente destacar el objetivo estratégico 9, según el cual el Estado asistirá a los extranjeros víctimas de trata. Para cumplir con esta tarea, se establecen dos actividades: brindar acceso a las víctimas extranjeras a los sistemas de protección y favorecer la regularización de su situación migratoria. El gobierno peruano ha venido realizando esfuerzos para cumplir con estas acciones a través de la aprobación

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

de una serie de herramientas de actuación y de índole normativa que se describen a continuación.

Se ha aprobado el Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención, y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas (decreto supremo 005-2016-IN), el cual desarrolla el deber de asistencia y protección. Este instrumento tampoco establece una distinción entre los derechos que asisten a las víctimas extranjeras frente a las nacionales: más bien, establece el deber estatal de «[p]romover el retorno de las víctimas nacionales y extranjeras a sus lugares de origen y/o residencia, cuando la víctima así lo desea y verificar las condiciones adecuadas para la restitución de sus derechos» (apartado 4.2da.g). De este modo, se recoge la obligación de retorno voluntario y seguro analizada en el apartado III.2 de este trabajo. La aplicación de este deber, además, deberá incluir acciones para asegurar que la víctima extranjera reciba protección y asistencia en el lugar donde se la devuelva (Estado de origen o Estado del cual es nacional). En ese sentido, un protocolo para la repatriación de víctimas extranjeras de trata de personas, que indique procesos y responsabilidades específicas, será el próximo paso a seguir.

En efecto, el Protocolo Intersectorial establece que la CMNP TP-TIM desarrollará un instrumento técnico especial de repatriación, donde seguramente se incluirán los deberes internacionales del Estado peruano y el enfoque de derechos humanos. El Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá un rol protagónico en dicha herramienta, toda vez que el Protocolo Intersectorial le asigna la competencia de comunicar y coordinar, con los consulados de origen de las víctimas extranjeras, el retorno seguro de las mismas. Finalmente, este instrumento hace explícita la prohibición de multa a la víctima extranjera de trata de personas o de expulsión de la misma en aquellos casos donde se superponga dicha categoría a la de migrante irregular.

El Protocolo para la Atención y Protección de Víctimas y Testigos del Delito de Trata de Personas por parte de la Policía Nacional del Perú, actualizado por la resolución ministerial 0430-2016-IN, sigue los mismos lineamientos. En efecto, no realiza distinción de víctimas por nacionalidad y dispone expresamente que, cuando la víctima extranjera posea una situación migratoria irregular, bajo ninguna circunstancia perderá la calificación de víctima y será sometida a un procedimiento distinto de aquel indicado de forma general en el texto del Protocolo. De este modo, se indica que la sanción de la víctima de trata de personas por infracción a la normativa migratoria peruana es contraria a la protección de sus derechos humanos. Asimismo, para su devolución al lugar de origen, se deberán adoptar medidas de protección adecuadas y coordinar con las instituciones que la recibirán para asegurar

su asistencia y atención. De igual modo, el Protocolo Intrasectorial para la Atención a Víctimas de Trata del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (resolución ministerial 203-2014-MIMP) señala que las víctimas extranjeras recibirán alojamiento temporal y atención médica, psicológica y legal mientras esperan su repatriación segura.

Finalmente, en septiembre de 2015, se promulgó el Decreto Legislativo de Migraciones (decreto legislativo 1236), el cual establece la protección de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, incluyendo en este grupo a las «víctimas de presuntos delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes» (artículo 17). Para operativizar tal protección, la norma también crea la calidad migratoria humanitaria (visa humanitaria), la cual se otorga al extranjero víctima de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes (artículo 59.2). Este representa un paso fundamental en la asistencia a las víctimas extranjeras en el país, cambio que fue recogido también por el decreto legislativo 1350, el cual modifica el Decreto Legislativo de Migraciones y que fue aprobado en enero de 2017. Esperamos que su reglamentación tome en cuenta las obligaciones internacionales del Perú y los avances dados en este tema en el ámbito europeo.

En cuanto a la relación bilateral, como indicamos, existen una serie de tratados bilaterales que se han suscrito o se encuentran en proceso de negociación con los Estados de la región. Estos acuerdos, creados justamente ante la problemática de un proceso de trata de personas binacional o de rutas transnacionales, recogen deberes estatales hacia la protección de las víctimas. Un ejemplo de ello es el Acuerdo para Fortalecer la Lucha contra la Trata de Personas, el Tráfico Ilícito de Migrantes y los Delitos Conexos, suscrito entre Perú y Bolivia. Este Acuerdo dispone una serie de medidas relativas a la protección de víctimas de trata y el retorno voluntario a su lugar de origen.

Sin embargo, a pesar de la importancia de este tipo de convenio, los compromisos allí recogidos son aún demasiado amplios y no abarcan a cabalidad la complejidad del problema. En ese sentido, si bien el acuerdo bilateral plantea que el retorno se dará a través de la coordinación entre las entidades públicas competentes, no indica nada respecto de las medidas de protección que recibirá la víctima una vez que haya sido repatriada. Por ello, es de suma importancia que en las herramientas que se adopten para la implementación del acuerdo se incluyan obligaciones de protección para víctimas repatriadas y se designen a las entidades responsables de tal atención. Sin ello, el retorno propuesto podría producir las mismas consecuencias de victimización y peligro de recaptación que ya se vienen dando en la realidad.

En suma, observamos que, en el Perú, las normas legales y reglamentarias, así como los instrumentos operativos de actuación, poseen disposiciones

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

que permitirían aplicar los estándares internacionales de protección también a las víctimas extranjeras, con independencia de su condición migratoria. Sin embargo, estas disposiciones son de reciente aprobación y no existe información oficial o estudios académicos que verifiquen su implementación o uso adecuado. Asimismo, algunos de estos compromisos requieren de procesos de operativización que, necesariamente, deberán incluir capacitaciones a operadores estatales, así como herramientas de sensibilización hacia el problema dirigidas a la población. Ello deberá ser incluido en el nuevo Plan Nacional de Lucha contra la Trata de Personas 2017-2021 que se viene elaborando en el seno de la CMNP TP-TIM.

V. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La lucha contra la trata de personas transnacional exige un conjunto de acciones internacionales, regionales, nacionales y locales para hacerle frente a la trata. La situación específica que atraviesan las víctimas de trata extranjeras exige de los Estados una respuesta institucional que asegure que estas sean tratadas como tales y no sean perseguidas por su situación migratoria irregular o las ofensas a las normas migratorias que pudieran haber cometido durante el proceso de trata de personas. Su reconocimiento y el otorgamiento de derechos de protección y reintegración pasa por la coordinación y el trabajo conjunto entre el Estado de destino y el Estado de origen, así como por la asignación de responsabilidades y competencias específicas entre ambos países y las instituciones internas de ambos.

Actualmente, en el Perú parece existir una invisibilización de la existencia de casos de trata de personas transnacionales y, como consecuencia, de la presencia de víctimas que puedan tener una situación migratoria irregular. Ello parece reflejarse en las cifras estadísticas oficiales, como, por ejemplo, en el caso de la frontera entre Perú y Bolivia. Una falta de identificación clara de este tipo de situaciones y de la primacía que podría estarse dando a la condición migratoria frente a la calidad de víctima implica un proceso de revictimización y el incumplimiento de una serie de obligaciones de derechos humanos adoptadas por nuestro país.

Para proteger a las víctimas extranjeras de trata de personas, el Perú ha adoptado una serie de disposiciones normativas y protocolos de actuación. Tales instrumentos se encuentran redactados de forma amplia, sin hacer distinción entre las víctimas nacionales y las extranjeras, brindándose la posibilidad de que las obligaciones de atención y protección allí enunciadas puedan también ser cumplidas en relación con las víctimas en situación irregular. De igual modo, reconocemos lo valiosa que resulta la suscripción de acuerdos bilaterales para fortalecer la lucha contra la

trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y los delitos conexos, y sobre todo la mención expresa a la situación de las víctimas extranjeras que se encuentren en el territorio de una de las partes.

Es momento ahora de completar lo allí dispuesto con herramientas concretas de actuación que permitan operativizar la protección de las víctimas extranjeras y asegurar una repatriación voluntaria de las víctimas en condiciones de seguridad y con miras a no dejarlas desprotegidas una vez que vuelvan al territorio del Estado del que son nacionales. Es necesaria la creación de una ruta de atención para víctimas extranjeras, la cual comprenda, como mínimo, los siguientes elementos: los pasos a seguir una vez que la víctima ha sido rescatada; las entidades encargadas de la coordinación a nivel nacional y aquellas competentes para su protección temporal mientras permanezca en el territorio del Estado; las modalidades de repatriación, retorno o de regularización de su calidad migratoria, especificando para los primeros dos casos los deberes de coordinación con el Estado receptor; y, finalmente, las medidas de protección específicas que la víctima pudiera requerir una vez que haya regresado al lugar de origen y las entidades (o el Estado) encargadas de proveerlas. La oportunidad para incorporar todos estos ajustes se encuentra dada con el compromiso de adoptar un Protocolo de Repatriación por parte del Estado peruano, cuya adopción urgente requiere voluntad y compromiso por parte de todos los sectores involucrados.

REFERENCIAS

- Adams, C. (2011). Re-Trafficked victims: How a human rights approach can stop the cycle of re-victimization of sex trafficking victims. *George Washington International Law Review*, 43(1), 201-234. Recuperado de docs.law.gwu.edu/stdg/gwilr/PDFs/43-1/6-%20Adams.pdf
- Allain, J. (2013). *Slavery in international law: Of human exploitation and trafficking*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Andreatta, C. (2015). *Protection, assistance and social (re)integration of human trafficking survivors: A comparative analysis of policy approaches and practices in the UK and in Italy*. Londres: University of East London / Centre for Social Justice and Change.
- Archavantikul, K. & Guest, P. (1993). *Managing the flow of migration: Regional approaches*. Nakhon Pathom: Institute for Population and Social Research / Mahidol University.
- Aronowitz, A. (2001). Smuggling and trafficking in human beings: The phenomenon, the markets that drive it and the organisations that promote it. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9(2), 163-195. doi: 10.1023/A:1011253129328

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

- Blanco, C. (2011). *Límites del derecho internacional de los derechos humanos frente a la facultad estatal de expulsar personas migrantes en situación irregular: Una perspectiva desde el sistema interamericano de protección de derechos humanos* (Tesis de Licenciatura en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Borg Jansson, D. (2015). *Modern slavery: A comparative study of the definition of trafficking in persons*. Leiden: Brill / Nijhoff.
- Capital Humano y Social Alternativo (2010). La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema. Lima: CHS Alternativo/Comisión Europea/Embajada del Reino de los Países Bajos.
- Capital Humano y Social Alternativo (2015). Tercer informe alternativo. Balance desde la Sociedad Civil sobre la situación de la Trata de Personas en el Perú 2014-2015. Lima: USAID/KAS.
- Capital Humano y Social Alternativo [CHS Alternativo]. (2016). *Rutas de la trata de personas en la Amazonía peruana*. Lima: CHS Alternativo.
- Cunningham, K. & De Marni, L. (2016). Attitudes about human trafficking: Individual differences related to belief and victim blame. *Journal of Interpersonal Violence*, 31(2), 228-244. doi: 10.1177/0886260514555369
- Gallagher, A. (2010). *The international law of human trafficking*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Gallagher, A. & David, F. (2014). *The international law of human smuggling*. Nueva York: Cambridge University Press.
- IDEHPUCP & Organización Internacional de las Migraciones [OIM]. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Lima: IDEHPUCP/OIM.
- Kleemans, E. (2012). Human smuggling and human trafficking. M. Tonry (Ed.), *The Oxford handbook of crime and public policy* (pp. 409-427). Nueva York: Oxford University Press.
- Laczko, F. & Gozdzik, E. (2005). *Data and research on human trafficking: A global survey*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
- Marinelli, C. (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos: Un camino en doble vía; De la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de sus víctimas* (Tesis de Licenciatura en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Obokata, T. (2005). Smuggling of human beings from a human rights perspective: Obligations of Non-State and State actors under international human rights law. *International Journal of Refugee Law*, 17(2), 394-415. doi: 10.1093/ijrl/eei013
- Obokata, T. (2006). *Trafficking in human beings from a human rights perspective: Towards a holistic approach*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público [Perú] (2013). *Informe de trata de personas: Enero-diciembre*. Lima: Ministerio Público. Recuperado de <http://>

portal.mpfn.gob.pe/descargas/observatorio/tratadepersonas/201407171153123.pdf

Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público [Perú] (2015). *Cifras estadísticas: Trata de personas 2009-2014*. Lima: Ministerio Público. Recuperado de <http://portal.mpfn.gob.pe/descargas/observatorio/tratadepersonas/20150405.pdf>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC (2007). Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa mundial contra la trata de personas. Nueva York.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012). *El estado de la trata de personas en el Perú*. Lima: UNODC.

Organización Internacional de las Migraciones [OIM] (2006). *Glosario sobre migración*. Ginebra: OIM.

Pati, R. (2011). States' positive obligations with respect to human trafficking: The European Court of Human Rights breaks new ground in *Rantsev v. Cyprus & Russia*. *Boston University International Law Journal*, 29(1), 79-142. Recuperado de www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/pati_79-142.pdf

Pearson, E. (2002). *Human traffic, human rights: Redefining victim protection*. Horsham: Anti-Slavery International.

Ribando, C. (2011). Congressional Research Service, RL33200, Trafficking in persons in Latin American and the Caribbean.

Schloenhardt, A. & Markey-Towler, R. (2016). Non-Criminalisation of victims of trafficking in persons: Principles, promises, and perspectives. *Groningen Journal of International Law*, 4(1), 10-38. Recuperado de https://groat.files.wordpress.com/2016/07/groat_vol4-ed1_schloenhardt_markey-towler.pdf

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 2545 Serie *Tratados de Naciones Unidas* 189, 137 (28 de julio de 1951).

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, *Council of Europe Treaty Series* 197 (16 de mayo de 2005).

Declaración de Isla Esteves: Encuentro Presidencial y Primera Reunión del Gabinete Binacional de Ministros Perú-Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores [Perú], DC-020-15 (23 de junio de 2015).

Decreto Legislativo de Migraciones, Presidencia de la República [Perú], decreto legislativo n.º 1236, *Diario Oficial El Peruano* (26 de septiembre de 2015).

Directrices sobre la Protección Internacional: La aplicación del artículo 1(A)2 de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, HCR/GIP/06/07 (2006).

VÍCTIMAS DE TRATA
DE PERSONAS
VERSUS MIGRANTES
EN SITUACIÓN
IRREGULAR. RETOS
Y LINEAMIENTOS
PARA LA ATENCIÓN
Y PROTECCIÓN DE
LAS VÍCTIMAS DE
TRATA DE PERSONAS
EXTRANJERAS EN EL
PERÚ

HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS VERSUS
IRREGULAR
MIGRANTS.
CHALLENGES AND
GUIDELINES FOR
THE ATTENTION
AND PROTECTION
OF FOREIGNERS
VICTIMS OF HUMAN
TRAFFICKING IN PERU

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings, *Council of Europe Treaty Series* 197 (16 de mayo de 2005).

Global Report on Trafficking in Persons 2016, Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Drogas y el Delito, E.16.IV.6 (2016).

Informe de la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, Joy Ngozi Ezeilo, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/64/290 (2 de agosto de 2009).

Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, Congreso de la República del Perú, ley n.º 28950, *Diario Oficial El Peruano* (16 de enero de 2007).

Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2015, Informe de avances, Ministerio del Interior [Perú], Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo Multisectorial contra la Trata de Personas (2016).

Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas: Adición al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2002/68/Add.1 (2002).

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (15 de noviembre de 2000).

Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención, y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas, Presidencia de la República [Perú], decreto supremo n.º 005-2016-IN, *Diario Oficial El Peruano* (12 de mayo de 2016).

Segunda Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas realizada del 25 al 27 de marzo en Buenos Aires, Argentina, Organización de los Estados Americanos [OEA], Consejo Permanente, Plenarias y Grupos de Trabajos Comentados, OEA/Ser.K/XXXIX.2 (2009).

Recibido: 15/07/2016

Aprobado: 13/03/2017

La ausencia del Defensor del Pueblo en Argentina: siete años sin representación colectiva

The Absence of the Ombudsman in Argentina: Seven Years without Collective Representation

ISAAC MARCELO BASAURE MIRANDA*

Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Resumen: El trabajo tiene como objetivo analizar las causas y antecedentes que han contribuido a que, en Argentina, el cargo de Defensor del Pueblo permanezca vacante. Asimismo, repasa los orígenes normativos del órgano, a fin de comprender su valor y misión democrática. En el fallo caratulado *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, emitido el 18 de agosto de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó al Congreso de la Nación a nombrar un Defensor del Pueblo con arreglo a las disposiciones que le ha conferido el artículo 86 de la Constitución Nacional. La decisión de la Corte expuso una problemática jurídica de larga data: la ausencia de un Defensor del Pueblo.

Palabras clave: Defensor del Pueblo, Corte Suprema de Justicia, Convención Constituyente, reforma constitucional, legitimación procesal, derechos de incidencia colectiva, Argentina, Congreso de la Nación

Abstract: The objective of this paper is to analyze the causes and antecedents that have contributed to the fact that, in Argentina, the office of Ombudsman remains vacant. Likewise, the normative origins of the organ are reviewed, in order to understand its value and democratic mission. In the ruling entitled *Center for Studies for the Promotion of Equality and Solidarity and Others and the Ministry of Energy and Mining under Collective Protection* (*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*), issued on August 18, 2016, the Supreme Court of Justice of the Nation exhorted the Congress of the Nation to appoint an Ombudsman in accordance with the provisions conferred on it by article 86 of the National Constitution. The Court's decision exposed a long-standing legal problem: the absence of an Ombudsman.

Key words: Ombudsman, Supreme Court, Constitutional Convention, constitutional reform, *locus standi*, collective rights, Argentina, National Congress

* Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Buenos Aires, Argentina). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación en conjunto con la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Código ORCID: 0000-0002-3242-0144. Correo electrónico: isaacbsaure@gmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ARGENTINA.- II.1. ORIGEN NORMATIVO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.- II.2. ELEVACIÓN A RANGO CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA DE DEFENSOR DEL PUEBLO: LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994 Y SU DEBATE.- II.3. CONCEPTO Y MISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.- III. IMPORTANCIA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.- III.1. RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL DPN POR PARTE DE LA CSJN.- IV. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN ARGENTINA: SU FUNCIONAMIENTO DURANTE LOS ÚLTIMOS SIETE AÑOS DE ACEFALIA.- IV. 1. LA ACEFALIA Y LA FALTA DE UN ACTOR QUE EJERZA LA LEGITIMIDAD PROCESAL COLECTIVA.- IV.2. LA RENUNCIA DE EDUARDO MONDINO A LA DEFENSORÍA.- IV. 3. EL INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO CONSTITUCIONAL POR PARTE DE LA COMISIÓN BICAMERAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.- IV. 4. ADVERTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS AL ESTADO ARGENTINO.- IV. 5. LA AUSENCIA DE DEFENSOR DEL PUEBLO: PRINCIPAL MOTIVO DE PREOCUPACIÓN PARA EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Teniendo como marco conceptual a la Constitución Nacional (en adelante, CN), en el presente trabajo se analizan las causas y antecedentes que han impedido el nombramiento de un nuevo Defensor del Pueblo de la Nación (en adelante, DPN) en Argentina. Desde la renuncia de Eduardo Mondino («Mondino dejó la Defensoría», 2009) —quien ocupó el cargo de DPN desde 1999 hasta 2009—, la Defensoría ha permanecido acéfala. Los sucesivos gobiernos no han cumplido con el mandato constitucional consagrado en el artículo 86 de la CN, el cual otorga al Congreso de la Nación la facultad y obligación de nombrar a un titular para el órgano.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) —máximo órgano del Poder Judicial en Argentina— del día 18 de agosto de 2016 (*Centro de Estudios c. Ministerio de Energía*, 2016) ordenó suspender —hasta que se convoque a audiencias públicas— los aumentos en las boletas de servicio de gas al colectivo de usuarios residenciales. Este fallo ha visibilizado una deuda institucional que aún no ha sido resuelta: la ausencia de un DPN.

Fue el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad quien, interponiendo acción de amparo colectivo —recurso que se encuentra previsto en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN—, obtuvo de la CSJN un pronunciamiento histórico en términos institucionales. En efecto, es la primera vez en el país que el Poder Judicial exhorta al Poder Legislativo a que proceda a una pronta designación de un DPN, a fin de brindar representación a los colectivos de usuarios.

La vacancia en el cargo de DPN implica un grave incumplimiento constitucional por parte de un Estado que, en su CN (artículo 75, inciso 22), ha elevado a los tratados internacionales de derechos humanos a rango constitucional. Los pactos que allí se enumeran han sido firmados y ratificados por el Estado argentino. El DPN representa un vínculo fundamental entre los tratados de derechos humanos y los sujetos que son amparados y protegidos por estos. El artículo 86 de la CN así lo establece: «Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración». Sin embargo, la trascendencia del DPN no solo está establecida por la normativa constitucional, sino que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha reconocido a la Defensoría como la única institución nacional de derechos humanos de Argentina (*Instituciones nacionales de derechos humanos*, 2010).

La institución del DPN fue incorporada en Argentina a nivel nacional por la ley 24.284, sancionada en 1993. La CN, en su reforma de 1994, la elevó a rango constitucional (previo debate mediante convención constituyente) en el artículo 86. En él, le fue otorgada la misión de la defensa y protección de los derechos humanos consagrados en el texto constitucional y en los tratados internacionales. En el año 2009, seis meses antes de finalizar su segundo mandato, el titular de la Defensoría, Eduardo Mondino, renunció al cargo para postularse como candidato a senador nacional por la provincia de Córdoba. El adjunto del DPN, doctor Anselmo Sella, asumió la titularidad del órgano hasta la culminación de su mandato como adjunto primero. Luego de cuatro años, el mandato caducó en 2013.

La Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo autorizó, en el año 2014, al secretario general de la Defensoría (Carlos Guillermo Haquim) a ser titular del órgano, omitiendo los procedimientos de designación establecidos tanto en el artículo 86 de la CN como en la ley 24.284. En efecto, su designación corresponde —exclusivamente— al Congreso Nacional, mediante el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. Desde 2009, hasta 2016, el Poder Legislativo no ha designado Defensor del Pueblo, incumpliendo lo establecido por la CN.

Planteados los antecedentes, analizaremos, más adelante, las causas que han contribuido a que Argentina aún no cuente con un nuevo DPN.

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO
EN ARGENTINA:
SIETE AÑOS SIN
REPRESENTACIÓN
COLECTIVA

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
SEVEN YEARS
WITHOUT
COLLECTIVE
REPRESENTATION

II. LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ARGENTINA

La normativa vigente que regula el cargo de DPN comprende la ley 24.284 del año 1993 y la CN reformada en el año 1994. Previamente a la sanción de la ley 24.284, la Defensoría gozaba de jerarquía legal pero carecía de rango constitucional y de una ley nacional. Fue incluida en distintas constituciones provinciales, siendo las pioneras las de las siguientes provincias: San Juan, Santa Fe, Salta, San Luis, Córdoba, Río Negro y Tierra del Fuego. Más tarde, la figura se expandió hacia el resto del país.

Asimismo, se ha instaurado en entidades municipales (comunas), entre las que destacan las defensorías de Chilecito (La Rioja) y La Banda (Santiago del Estero). Así, la evolución del órgano comenzó en las provincias (entidades autónomas) en la década de 1980, pero, a nivel nacional, no tendría su reglamentación sino hasta el año 1993, con la sanción de la ley 24.284.

II.1. Origen normativo del Defensor del Pueblo

El origen del cargo de DPN se encuentra en la ley 24.284. La citada norma comenzó a gestarse en el año 1984, cuando los senadores nacionales por la provincia de La Rioja —Libardo Sánchez y Eduardo Menem— le encomendaron a Jorge Luis Maiorano (Asesor de la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales del Honorable Senado de la Nación) la redacción de un anteproyecto de ley de creación de la Defensoría del Pueblo. El anteproyecto fue presentado el 22 de marzo de 1984. Sin embargo, no fue hasta el 1 de diciembre de 1993 que la ley 24.284 fue finalmente sancionada por el Congreso Nacional.

El 17 de octubre de 1994 —luego de aprobada la reforma constitucional en la que se incluyó a la Defensoría en el artículo 86—, Jorge Luis Maiorano fue designado como el primer DPN de Argentina, cargo que ejerció desde 1994 hasta 1999. Luego de ello, lo sucedería Eduardo Mondino (1999-2009). De este modo, se puede observar la débil alternancia que caracteriza al cargo: en los veintidós años de su existencia, solo ha habido en el país dos defensores, y en los últimos siete años el puesto ha permanecido vacante.

II.2. Elevación a rango constitucional de la figura de Defensor del Pueblo: la Convención Constituyente de 1994 y su debate

La Convención Constituyente, en su 13era reunión, 3era sesión ordinaria de 20 de julio de 1994, redactó el artículo 84 que consagró la elevación a rango constitucional del DPN. El debate fue abierto por el doctor

Héctor Masnatta, quien señaló que «[l]as modernas constituciones dedican expresos artículos a los órganos de control, como la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General de la Nación, etcétera, y sugestivamente incorporan la figura del Defensor del Pueblo (Debate constituyente, 1994). Así, quedaba señalada la naturaleza jurídica de la Defensoría: ser un órgano de control de la administración pública, a la vez que un garante de los derechos humanos.

Masnatta continúa:

Planteemos ahora si tiene justificación esta figura del Defensor del Pueblo en la sistemática constitucional. En el proyecto número uno, presentado ante esta Honorable Convención, los autores expresan textualmente: «La aparición de la figura del Ombudsman se justifica por la falta de mecanismos eficaces que representen instrumentos mediadores idóneos para lograr un acercamiento entre el Estado y el ciudadano, quien se ha acostumbrado a vivir en medio de dos ideas que constituyen coordenadas de su existencia: incertidumbre y desconfianza. La primera, porque no sabe si está violando alguna reglamentación; la segunda, porque no confía demasiado en los remedios jurídicos que le dicen que tiene a su alcance» (Debate constituyente, 1994).

Aquí radica una de las justificaciones de la figura del DPN: brindar mayor seguridad jurídica.

El senador Eduardo Menem (junto con Libardo Sánchez) fue uno de los principales promotores de la introducción de la figura del DPN en Argentina, entendiéndola como una institución con jerarquía nacional. En el debate de la Convención Nacional Constituyente mencionó, como signos de identidad de la Defensoría, los siguientes: es una institución que funciona en el Congreso; defiende y protege los derechos e intereses de los ciudadanos y de la colectividad; asimismo, protege al pueblo frente a los actos irregulares, arbitrarios, sistemáticamente violatorios de la ley, realizados por la administración pública. Otro signo de identidad es que goza de plena autonomía funcional y no recibe instrucciones de ninguna autoridad: «Funciona dentro del ámbito del Congreso porque debe tener una inserción institucional, pero no recibe instrucciones del Poder Legislativo, aunque le rinde cuenta mediante informes anuales» (Debate constituyente, 1994). De esta última declaración se desprende el espíritu de autonomía con el que el convencional constituyente ha querido investir a la institución del Defensor.

Menem también señala que el DPN no es un juez. Por lo tanto, sus resoluciones no tienen autoridad de cosa juzgada, no dicta resoluciones administrativas ni sentencias. Otro rasgo distintivo del organismo es que está al servicio del ciudadano, en forma directa, informal y totalmente gratuita.

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO
EN ARGENTINA:
Siete años sin
representación
colectiva

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
Seven years
without
collective
representation

Finalmente, Menem propone una modificación sustancial a la comisión redactora: «Donde se expresa “Establécese en el ámbito del Congreso de la Nación, la Defensoría del Pueblo...”, propongo que se diga: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente...”» (Debate constituyente, 1994). Menem fundamenta este cambio basándose en que el DPN es una institución unipersonal, a pesar de los dos adjuntos que lo asisten.

II.3. Concepto y misión del Defensor del Pueblo

La ley 24.284, en su artículo 1, define al Defensor del Pueblo como una institución cuyo objetivo principal es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad, frente a actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional¹. En el año 1994, la CN fue reformada y se le otorgó al Defensor rango constitucional, bajo los preceptos de la ley 24.284, al incluirlo en el artículo 86, el cual lo define del siguiente modo:

Un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

De los conceptos vertidos se extrae que el DPN tiene dos objetivos: el primero, reside en la misión de velar por los derechos humanos y las garantías constitucionales; el segundo, consiste en ser un órgano de control de la administración pública nacional. Para lograr que pueda cumplir con dichos fines, la CN lo ha investido de una característica sustancial: la legitimación procesal.

III. IMPORTANCIA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La facultad de contar con legitimación procesal es lo que habilita al DPN a intervenir en las causas de incidencia colectiva (derechos de los consumidores, derechos ambientales y derechos de incidencia colectiva en general), convirtiéndolo en un garante del acceso a la justicia colectiva. Es, pues, un defensor de todos los colectivos de personas que por actos, hechos u omisiones de la administración pública sufran restricciones o vulneraciones en sus derechos. El artículo 43 de la CN,

¹ «El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14» (ley n.º 24.284, art. 1).

en su segundo párrafo, le otorga legitimación procesal al DPN, al hacer referencia al amparo colectivo: «Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo [...]».

El fallo de la CSJN caratulado *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, relativo a la suspensión del aumento de las tarifas de gas —derechos de los usuarios—, en su considerando 45, afirma lo siguiente: «Por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la CN como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva, en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios». En su último párrafo, el considerando de la CSJN exhorta al Congreso Nacional a que lleve a cabo las acciones correspondientes para el nombramiento de un DPN: «En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado».

En este punto, es importante remarcar la falta de compromiso institucional demostrado por la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo (perteneciente al Congreso), ya que, probablemente, de no existir dicha exhortación por parte de la CSJN, el gobierno argentino, en la actualidad, no estaría analizando posibles candidatos al cargo (Galván, 2017).

III.1. Reconocimiento de la legitimación procesal del DPN por parte de la CSJN

Un precedente que ha demostrado el reconocimiento de la legitimación procesal del DPN por parte de la CSJN ha sido el caso conocido como «rebalanceo telefónico». La controversia por el rebalanceo telefónico se originó con la sanción del decreto 92/97 del Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN), de 30 de enero de 1997. El decreto estableció el rebalanceo telefónico, lo que implicó compensar los ingresos de las empresas concesionarias. De este modo, se produjo una reducción en las tarifas de media y de larga distancia, con un aumento en las tarifas urbanas. Esta medida afectó a gran parte de la población que, en su mayoría, utilizaba el teléfono para llamadas domésticas y no internacionales («El rebalanceo telefónico», 1997).

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO:
EN ARGENTINA:
SIETE AÑOS SIN
REPRESENTACIÓN
COLECTIVA

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
SEVEN YEARS
WITHOUT
COLLECTIVE
REPRESENTATION

Los eventos señalados dieron lugar a un litigio entre el DPN y el Poder Ejecutivo. Quien por entonces ostentaba el cargo de Defensor era José Luis Maiorano. El funcionario presentó una medida cautelar solicitando la suspensión del artículo 2 del decreto 92/97 (por el cual se aprobaron las modificaciones a la estructura general de tarifas del servicio básico telefónico). La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia de primera instancia, la cual aceptaba la medida cautelar interpuesta por el DPN, y dispuso la suspensión de los efectos del artículo 2 del mencionado decreto. Finalmente, el DPN interpuso una acción de amparo con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2 del decreto 92/97 del PEN, acción dentro de cuyo marco se dispuso la suspensión cautelar de los efectos de la citada norma.

El caso se decidió en la CSJN, en el fallo caratulado «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— s/ amparo ley 16.986» (Buenos Aires, 7 de mayo de 1998). En dicho fallo se legitimó el rebalanceo telefónico, pero se consolidó, no obstante, un antecedente para fundamentar la efectiva legitimación procesal del DPN en materia de derechos de incidencia colectiva. Así, el fallo acepta al DPN como parte actuante, reconociendo su legitimación procesal. El fallo de la CSJN afirmó que «[e]l Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para accionar en la protección de los derechos de incidencia colectiva en general y en particular los de los usuarios del servicio público telefónico, en virtud de lo dispuesto en los arts. 42, 43 y 86 de la Constitución» (*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional*, 1998).

IV. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN ARGENTINA: SU FUNCIONAMIENTO DURANTE LOS ÚLTIMOS SIETE AÑOS DE ACEFALIA

Cuando Eduardo Mondino renunció a la titularidad de la Defensoría en el año 2009, antes de cumplir la totalidad de su segundo mandato, dejó como reemplazante a su adjunto, Anselmo Sella, quien dirigió el órgano hasta que caducó su cargo en 2013. Aquí vemos como se han violentado los preceptos constitucionales y la propia ley del DPN (24.284), porque, si bien el adjunto del Defensor está habilitado para reemplazar provisoriamente al titular de la Defensoría, no lo está para ejercer la plenitud de las funciones que le han sido impuestas por el artículo 86 de la CN al DPN. Por lo tanto, es el Congreso de la Nación quien debió efectuar el procedimiento para nombrar a un titular a tenor del artículo constitucional citado.

Veamos lo que dice el artículo 13 de la ley 24.284: «Adjuntos. A propuesta del Defensor del Pueblo la comisión bicameral prevista en

el artículo 2.^o, inciso a) debe designar dos adjuntos que auxiliarán a aquél en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la Comisión determine al designarlos». Como se observa, la ley hace referencia a un reemplazo de naturaleza *provisoria*. Sin embargo, Anselmo Sella estuvo al frente del organismo de 2009 a 2013, reduciendo a la Defensoría a una mera entidad administrativa que formuló recomendaciones pero que no pudo ejercer la legitimidad procesal plena en causas que afectaron a la ciudadanía entera. Un claro ejemplo que fundamenta esta aseveración es el ya citado fallo «Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo», en el que la misma CSJN reconoce que la circunstancia de vacancia en la Defensoría ha repercutido negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios.

El artículo 2 de la ley 24.284, por su parte, indica las instrucciones que debe seguir el Congreso para su nombramiento:

Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete senadores y siete diputados, cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo. En un plazo no mayor de treinta días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de defensor del pueblo.

IV.1. La acefalia y la falta de un actor que ejerza la legitimidad procesal colectiva

La Defensoría se encuentra acéfala y, aunque pueda elaborar recomendaciones, sus funcionarios carecen de la legitimidad procesal para representar los intereses colectivos de los ciudadanos. La razón es que la Defensoría es una entidad unipersonal no colegiada. Puede tener colaboradores, pero las facultades con las que la CN la ha investido solo pueden ser ejercidas por una única persona: el DPN.

No sería erróneo arriesgar una solución, a fin de evitar que el estado de acefalia vuelva a repetirse: establecer que la elección del DPN recaiga —precisamente— en el pueblo, a través de un acto de democracia directa como lo es el referéndum. Un referéndum o plebiscito de naturaleza vinculante fortalecería la democracia argentina. Se sometería a voto popular una terna de candidatos preseleccionados por el Congreso y de allí resultaría electo un DPN. Desafortunadamente, en Argentina, no existe tal procedimiento.

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO
EN ARGENTINA:
SIETE AÑOS SIN
REPRESENTACIÓN
COLECTIVA

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
SEVEN YEARS
WITHOUT
COLLECTIVE
REPRESENTATION

Ante la ausencia de compromiso institucional por parte del Congreso de la Nación, para nombrar un titular de la Defensoría, la CSJN se vio obligada a intervenir. La Corte exhortó a los legisladores a designar un Defensor, ante la falta de legitimación procesal colectiva que se evidencia en las distintas medidas cautelares y acciones de amparo que se han interpuesto con motivo de las subidas tarifarias. Dichas medidas y acciones han sido rechazadas por carecer de una legitimación que solo le ha sido atribuida —mediante mandato constitucional— al DPN (Vázquez, 2016).

Es cierto que los particulares y las asociaciones de interés público pueden interponer acciones de amparo, pero su participación en el accionar judicial es muy reducida, puesto que

[s]i bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art. 43, 1ra parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir, de una persona que haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular al que, salvo los supuestos de excepción contemplados (Defensor del Pueblo y Asociaciones de interés público), la cláusula le permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares (Cassagne, 1995, pp. 1217-1225).

En consecuencia, es el DPN quien mejor puede —y debe— representar los intereses de los colectivos de personas afectados por el accionar de la administración pública.

IV.2. La renuncia de Eduardo Mondino a la Defensoría

La CN, en su artículo 86, establece el tiempo que permanecerá en el cargo quien sea nombrado DPN: «Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez». Este párrafo, contempla su reelección. Mencionemos un hecho de la realidad: el último DPN, Eduardo Mondino, fue reelecto el 22 de diciembre de 2004, elegido por dos tercios de ambas cámaras legislativas del Congreso Nacional. Sin embargo, Mondino no finalizó su mandato. Seis meses antes de que este termine, el día 6 de abril de 2009, Mondino renunció de manera pública a su cargo y anunció su candidatura a senador nacional por la provincia de Córdoba (Partido Justicialista). Dicha renuncia fue aceptada por el Congreso, según se desprende de la resolución 1/2009. Desde entonces, el cargo permanece vacante, ante la inacción del Congreso. Es importante observar el daño institucional que una renuncia produce. No cumplir un mandato es no cumplir con el voto popular. Sin embargo, más grave es el hecho de renunciar a una institución tan vital para el acceso a la justicia de todos los argentinos por ambiciones

políticas, como es el caso de Mondino. A fin de evitar que esta situación vuelva a producirse, es oportuno mencionar el proyecto de reforma constitucional que postula la creación del cargo de DPN en Chile. En su artículo 100, inciso c) párrafo tercero, propone lo siguiente: «El Defensor no podrá optar a cargos de elección popular sino después de transcurridos diez años de concluido su cargo» (Indicaciones al proyecto de ley que crea al Defensor, 2007). Como se puede apreciar, de haber existido dicha exigencia en la CN, el cargo de DPN en Argentina no hubiese sido relegado por una candidatura a senador, como ocurrió con Mondino. Se pone a consideración lo mencionado como una propuesta válida para fortalecer la institucionalidad del DPN.

IV.3. El incumplimiento del mandato constitucional por parte de la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo

Anselmo Sella finalizó su mandato como Defensor Adjunto en diciembre de 2013, lo que convirtió a la Defensoría en una entidad acéfala, sin adjuntos que, provisoriamente, lleven a cabo su rol. Ante esta coyuntura, la máxima jerarquía de la Defensoría recayó en el secretario general del órgano: Carlos Guillermo Haquim. Este último, tras advertir el cese del mandato del adjunto a cargo, elevó una nota —nota 0454— a la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo, dependiente del Senado de la Nación. Su presidente, por ese entonces, era el doctor Juan Carlos Marino. El doctor Marino y los presidentes de los bloques Unión Cívica Radical (Gerardo Morales) y Frente para la Victoria (Miguel Ángel Pichetto) firmaron un documento que se envió al secretario general. En dicho documento, «[s]e autoriza al Cr. Carlos Guillermo Haquim, a realizar todos aquellos actos conservatorios y/o administrativos permitidos por el marco legal vigente, ley 24.284, tendientes a lograr la prosecución de las funciones propias de la Defensoría».

La autorización, que fue refrendada por la Comisión, advierte el riesgo institucional que implica la ausencia de un DPN, al afirmar lo siguiente: «Siendo que la Defensoría del Pueblo es una institución unipersonal, no puede quedar acéfala ni impedida de funcionar por motivo alguno». Sin embargo, la Comisión, en vez de actuar de acuerdo al procedimiento del artículo 2 de la ley 24.284, se limitó a emitir una autorización para que el secretario general de la Defensoría asumiera la titularidad de la misma.

Más tarde, la Comisión Bicameral, en su resolución 001/2014, emitida en la Sala de Sesiones del 23 de abril del año 2014, arguye lo siguiente: «Que las facultades conferidas al Sr. Secretario General fueron imprescindibles a los fines de evitar que la institución no quedara acéfala ni impedida de funcionar por motivo alguno». Luego, ratifica

—en un hecho insólito— la mencionada autorización en el artículo 1: «Ratificar las facultades otorgadas al Secretario General, quien: deberá ejercer las atribuciones propias establecidas por la ley 24.284, y su modificatoria, hasta tanto el Congreso de la Nación proceda a la designación del Sr. Defensor del Pueblo».

La resolución emitida por la Comisión Bicameral omite por completo los procedimientos establecidos en el artículo 86 de la CN y en el artículo 2 de la ley 24.284. Y aun hoy, dos años después, no se ha procedido a la mencionada designación. Tal acto deja entrever una irresponsabilidad institucional grave, porque, según la CN, el único órgano que puede otorgar semejantes facultades es el Congreso: El Defensor «es designado y removido por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras» (artículo 86).

Por otro lado, debe observarse la falta de cumplimiento de los Principios de París, sancionados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el año 1991. Dichos principios regulan el funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos. Argentina está obligada a ajustarse a ellos, ya que la Defensoría fue incluida entre dichas instituciones. Particularmente esclarecedor es el punto B.1. de los mencionados principios: «La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos». Como vemos, las resoluciones de la Comisión Bicameral han ignorado consultar a las instancias de la sociedad civil, tales como organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, sindicatos, colegios de juristas, etcétera.

IV.4. Advertencia de la Organización de Estados Americanos al Estado argentino

En el ámbito internacional, en el año 2014, la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre el 153 Período de Sesiones del 29 de diciembre, instó al Estado argentino a adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se inicie el proceso de selección de DPN. En dicho informe, se señala que «[e]l Estado argentino no cuenta con un Defensor del Pueblo, ya que la Comisión Bicameral encargada de su nombramiento no ha iniciado el procedimiento». Asimismo, se agrega que «[l]a CIDH reiteró que los Defensores y Defensoras del Pueblo desempeñan un importante rol en la protección de los derechos humanos, y recordó que su establecimiento constituye un avance en la consolidación de las instituciones democráticas».

Ante tal recomendación, Argentina respondió que, conforme a lo establecido por ley, el actual secretario funeral de la Defensoría del Pueblo ejerce las funciones de DPN hasta que el Congreso designe un nuevo Defensor. La representación del Estado señaló que las oficinas a nivel provincial de Defensores de Derechos Humanos estaban ayudando a garantizar la protección de los derechos humanos. Añadió que, hasta la fecha (2014), las agencias habían recibido un total de más de 236 000 denuncias, de las cuales casi 14 000 se encontraban en trámite.

Los hechos expuestos en el presente artículo demuestran que el Estado argentino no cumplió con la recomendación efectuada por la CIDH, a pesar de ser uno de los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, tuvieron que transcurrir dos años más sin que los poderes del Estado argentino emitieran una resolución al respecto. Ante esta coyuntura, se destaca la importancia del fallo de la CSJN, de 18 de agosto de 2016, en el que, como hemos visto, se exhorta al Congreso a designar —finalmente, después de siete años— un DPN. En dicho fallo se señala que dicha designación debe tener lugar a fin de que los colectivos de personas afectadas por el accionar del Estado (ya sean los usuarios, los consumidores, los ciudadanos afectados por delitos ambientales, los grupos históricamente discriminados —como los pueblos originarios—, así como también los titulares de derechos de incidencia colectiva en general) puedan contar con un representante que posea legitimación procesal para actuar, mediante mandato constitucional, en la defensa de sus derechos.

IV.5. La ausencia de Defensor del Pueblo: principal motivo de preocupación para el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas

En las Observaciones finales sobre el Quinto Informe Periódico de Argentina, correspondiente al año 2016, el Comité de Derechos Humanos de la ONU destacó, como aspecto negativo, la ausencia de un DPN, asegurando que «[e]l Comité observa con preocupación la falta de nombramiento del Defensor del Pueblo y la adopción de recientes medidas de reducción de personal y cambios institucionales en áreas destinadas a la protección de los derechos humanos, particularmente respecto a las instituciones destinadas al proceso de memoria, verdad y justicia». A continuación, recomienda lo siguiente: «El Estado parte debe asegurar el fortalecimiento de las instituciones destinadas a la promoción y protección de los derechos humanos, particularmente las instituciones destinadas al proceso de memoria, verdad y justicia, a través de la participación de la sociedad civil y asignación de recursos materiales y humanos suficientes. De igual modo, debe procederse al nombramiento del Defensor del Pueblo a la brevedad posible».

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO
EN ARGENTINA:
Siete años sin
representación
colectiva

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
Seven years
without
collective
representation

Como hemos visto, tanto a nivel global (ONU) como a nivel continental (OEA), los organismos internacionales de derechos humanos han advertido la gravedad que representa la falta de DPN en Argentina. Es por esto que han formulado diversas recomendaciones al Estado argentino, a fin de que este proceda a su correspondiente nombramiento, señalando el valor que la figura implica para el fortalecimiento democrático del país.

V. CONCLUSIÓN

En Argentina, la institución del DPN fue introducida a nivel nacional por la ley 24.284, sancionada en 1993. La CN, en su reforma de 1994, la elevó a rango constitucional, previo debate mediante convención constituyente, en el artículo 86. En dicho artículo, le fue concedida la misión de la defensa y protección de los derechos humanos consagrados en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

En el año 2009, seis meses antes de culminar su segundo mandato, el por entonces titular del organismo, Eduardo Mondino, renunció al cargo para postular como candidato a senador nacional por la provincia de Córdoba. El adjunto del DPN, doctor Anselmo Sella, asumió la titularidad del órgano hasta la finalización de su mandato como adjunto primero. Luego de cuatro años, el mandato caducó en 2013.

La Comisión Bicameral del DPN autorizó, en el año 2014, a Carlos Guillermo Haquim (secretario general de la Defensoría del Pueblo) a ser titular del organismo, omitiendo el procedimiento de designación que consagra el artículo 86 de la CN y la ley 24.284. De acuerdo a estos, corresponde al Congreso Nacional su elección, mediante el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras.

La actuación irregular de la Comisión Bicameral de la Defensoría —al no dar cumplimiento a lo establecido tanto en el artículo 2 de la ley 24.284, como en el artículo 86 de la CN— ha hecho posible que Argentina no cuente con un DPN.

A nivel internacional, organismos como la OEA en el año 2014 y, más recientemente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el año 2016, han manifestado al Estado argentino, a través de sus respectivos informes, su preocupación ante la falta de un DPN.

Por lo expuesto, se concluye que en Argentina la institución del DPN ha sido violentada, en términos institucionales, desde 2009 —fecha en que renunció el último Defensor— hasta 2016, fecha en que la CSJN se ha pronunciado al respecto, exhortando al Congreso a cubrir el cargo vacante de DPN.

REFERENCIAS

Cassagne, J. C. (1995). Sobre la protección ambiental. *La Ley*, 1995 (E).

El rebalanceo telefónico tuvo ganadores y perdedores. (1997, 20 de julio). *La Nación*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/73129-el-rebalanceo-telefonico-tuvo-ganadores-y-perdedores>

Galván, C. (2017, 8 de marzo). El oficialismo aceptaría que el PJ designe al nuevo Defensor del Pueblo. *Clarín*. Recuperado de http://www.clarin.com/politica/oficialismo-aceptaria-pj-designe-nuevo-defensor-pueblo_0_SkY8wQR9x.html

Mondino dejó la Defensoría del Pueblo para ser candidato en Córdoba. (2009, 6 de abril). *Diario Ámbito Financiero*. Recuperado de <http://www.ambito.com/453657-mondino-dejo-la-defensoria-del-pueblo-para-ser-candidato-en-cordoba>

Vázquez, B. (2016, 07 de septiembre). La Corte rechazó amparo y habilitó la suba de luz en la provincia de Buenos Aires. *El Cronista*. Recuperado de <http://www.cronista.com/economiapolitica/La-Corte-rechazo-un-amparo-y-habilito-la-suba-de-luz-en-la-provincia-de-Buenos-Aires-20160907-0061.html>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo, Fallos (2016-339-1077) (Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina], 18 de agosto de 2016).

Constitución Nacional [Argentina]. (1994).

Debate constituyente. Plenario del 20 de julio de 1994 de la Convención Nacional Constituyente. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

Decreto nacional nº 92/97, *Boletín Oficial* (31 de enero de 1997).

Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— s/ amparo ley 16.986, Fallos (1998-00-0241) (Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina], 07 de mayo de 1998).

Indicaciones al proyecto de ley que crea al Defensor Ciudadano, Presidencia de la Nación [Chile], Mensaje nº 438-35 (10 de julio de 2007), *Boletín*, 3429(07). Recuperado de http://www.ombudsman.cl/proy_gob280507.html#54798

Informe sobre el 153 Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (29 de diciembre de 2014). Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/131A.asp>

Instituciones nacionales de derechos humanos: antecedentes, principios, funciones y responsabilidades. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas [ONU], HR/P/PT/4/Rev.1; S.09.XIV.4 (2010).

Ley nº 24.284, *Boletín Oficial* (6 de diciembre de 1993).

LA AUSENCIA
DEL DEFENSOR
DEL PUEBLO
EN ARGENTINA:
SIETE AÑOS SIN
REPRESENTACIÓN
COLECTIVA

THE ABSENCE OF
THE OMBUDSMAN
IN ARGENTINA:
SEVEN YEARS
WITHOUT
COLLECTIVE
REPRESENTATION

Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, CCPR/C/ARG/5 (2016).

Principios de París. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Res. 48/134 (4 de marzo de 1994).

Resolución 001/2014, Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo de la Nación, Honorable Senado de la Nación (23 de abril de 2014), Recuperado de <https://iniciativatpa.files.wordpress.com/2014/08/resolucion2014-1.pdf>

Resolución 1/2009, Cámara de Diputados de la Nación, 23 de abril de 2009. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/153433/norma.htm>

Resolución [autorización], Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo de la Nación, Honorable Senado de la Nación (11 de diciembre de 2013). Recuperado de <https://iniciativatpa.files.wordpress.com/2014/05/resolucic3b3n-comisic3b3n-bicameral.pdf>

Recibido: 25/09/2016

Aprobado: 06/04/2017

La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia

Communitarian Justice and the Struggle for a Law, Which Regulates the Coordination of the Judicial Systems

HANS-JÜRGEN BRANDT*

Peace Research Institute Frankfurt

Resumen: La Constitución Política del Perú reclama una ley de coordinación de la justicia comunitaria con las instancias del Poder Judicial. Sin embargo, el Congreso sigue, desde 1993 cuando se promulgó la Carta Magna, sin cumplir con esta tarea. El artículo describe los problemas que resultan de este vacío legal y fundamenta la necesidad de la Ley de Coordinación Intercultural de Justicia. No obstante, el contenido de la ley es controvertido. En el debate se puede determinar cuatro corrientes de opinión. Los extremos son representados, por un lado, por los «minimalistas», que quieren reducir las facultades de los fueros comunitarios a un mínimo, y los «maximalistas», por el otro lado, que reclaman competencias ilimitadas para las instancias comunales. El artículo analiza los argumentos de las diferentes corrientes e identifica los retos de la tarea legislativa.

Palabras clave: justicia comunitaria, justicia indígena, rondas campesinas, comunidades campesinas, comunidades indígenas, ley de coordinación, pluralismo jurídico, Perú

Abstract: The Constitution of Peru claims a law, which regulates the coordination of the indigenous justice with the national judicial system. But since 1993 when the Constitution was enacted, Congress has failed to fulfill this task. The article describes the problems resulting from this legal vacuum and substantiates the need for a law of intercultural coordination of the judiciaries. However, the content of the required law is controversial. In the discussion four currents of opinion can be determined. The end points are characterized, on the one hand, by the «minimalists», who want to reduce the legal competences of the communities to a minimum, and the «maximalists», on the other hand, who advocate unlimited competences of the indigenous judiciary. The article analyzes the arguments of the different currents of opinion and identifies the challenges of the legislative work.

Key words: communitarian justice, indigenous justice, coordination of judicial systems, indigenous communities, legal pluralism, conflicts of justice, Peru

* Doctorado FU Berlin, vocal de la Corte de Berlin (jubilado). Investigador en el Peace Research Institute Frankfurt/Alemania. Publicaciones sobre Justicia de Paz y Justicia Comunitaria. Código ORCID: 0000-0003-2991-2647. Correo electrónico: hjb@brandt-hm.de

I. INTRODUCCIÓN

La justicia de las comunidades andinas y selváticas existe desde tiempos preincaicos. «Estamos ante una justicia ancestral de pueblos originarios anclada en todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias», escribe Santos (2012, p. 11). La Constitución Política del Perú precisa que se trata de una jurisdicción especial, independiente del Poder Judicial:

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial (artículo 149).

Sin embargo, a pesar del mandato claro de la Constitución, el Congreso sigue sin cumplir esta tarea pendiente desde 1993 cuando se promulgó la Carta Magna. Ahora la formación de la ley de coordinación y cooperación es un deber pendiente y urgente del nuevo Congreso. Como se verá más adelante, se trata de un problema político bastante delicado porque toca intereses antagónicos que hasta la fecha impidieron una mayoría parlamentaria para uno de los proyectos legales discutidos en las comisiones del Congreso.

El vacío legal conlleva una serie de problemas: existen hasta la fecha dos jurisdicciones paralelas sin claridad sobre la delimitación de competencias. Así, ambos sistemas judiciales intervienen en la misma clase de contiendas, frecuentemente con objetivos y resoluciones opuestas. El resultado son conflictos institucionales entre las jurisdicciones y persecuciones penales de integrantes de rondas campesinas. Las decisiones de la justicia comunal no son oficialmente reconocidas, pues no entran en vigor como los fallos de la justicia estatal. Por esta razón, no hay seguridad jurídica para los usuarios o condenados de esta justicia, pues estas resoluciones no adquieren la fuerza de «cosas juzgadas», es decir, la justicia estatal puede retomar un caso ya resuelto por la justicia comunal. Además, todavía ambas jurisdicciones no actúan en forma complementaria. No hay una obligación legal de los actores de ambos sistemas de cooperar en determinadas tareas judiciales como, por ejemplo, en notificaciones, detenciones de delincuentes, ejecución de

decisiones, etcétera. Así, existen todavía oportunidades para aumentar la eficacia de los sistemas judiciales.

¿Cómo perciben los campesinos las dos jurisdicciones? Si se les pregunta, se llega a respuestas muy claras: no tienen confianza en la justicia estatal. Nuestras entrevistas con representantes de comunidades en las provincias altas de Cusco —en Canas y Canchis— muestran que un 89% (de un total de 111 entrevistados, N = 111) continúa desconfiando de la justicia «de la ciudad» (Brandt, 2013, p. 192). La mayoría justifica su opinión con la pésima imagen del Poder Judicial, especialmente con respecto a la demora de los procedimientos, los costos, la corrupción y la impunidad. Gran parte de la población detenida carece de una sentencia condenatoria. Estas son algunas expresiones que ilustran esta impresión: «entre los presos hay muchos inocentes» y «la policía suelta al detenido a medio camino». Estas razones seguramente no distan mucho de las del resto de los ciudadanos. Según una encuesta de Ipsos, el 79% de la población desconfía del Poder Judicial (Mejía, 2015). Sin embargo, hay también un matiz cultural de la desconfianza: los campesinos consideran que los magistrados no conocen el trasfondo cultural de los delitos cometidos en las comunidades. El Poder Judicial es percibido como una instancia ajena, donde no se toma en cuenta los valores y las costumbres de la comunidad. En cambio, la justicia comunal o rondera aparece como un sistema diametralmente opuesto a la justicia estatal. Los dirigentes comunales entrevistados reconocen que la justicia comunal es más idónea para resolver los conflictos de la población rural. Un indicador es la protección de los derechos de la mujer. A la pregunta «¿cuál justicia atiende mejor a las mujeres de las comunidades?», un 90% de las autoridades comunales afirma que es la justicia comunitaria (Brandt, 2013, p. 234).

Estos resultados plantean una serie de preguntas: ¿Cómo se explica la tan alta reputación de la justicia comunitaria? ¿Cuáles son las ventajas de la justicia comunal para los usuarios? Considerando el desarrollo social y económico de las comunidades desde los tiempos preincaicos hasta ahora, se plantea la cuestión sobre la correlación entre los sistemas de derecho propios de los campesinos e indígenas y el derecho estatal. ¿Es concebible que esta justicia se base principalmente en normas ancestrales? Además, ¿cómo se relaciona la jurisdicción comunal con el Poder Judicial? Ambos sistemas judiciales tendrían que funcionar en forma complementaria con competencias delimitadas, pues los comuneros no son sometidos solo a la jurisdicción comunal, sino —como peruanos— también a la estatal.

A continuación, trataré de contestar a estas preguntas desde tres perspectivas:

- a) las experiencias con la justicia comunitaria;

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

- b) la lucha por la Ley de Coordinación Intercultural de Justicia; y
- c) los retos de la tarea legislativa.

II. LAS EXPERIENCIAS CON LA JUSTICIA COMUNITARIA

Estudios, realizados en las provincias altas de Cusco —Canas y Canchis—, muestran que la justicia comunal atiende todos los tipos de conflicto que se presentan en la comunidad. Cuantitativamente resuelve, en primer lugar, conflictos patrimoniales (44% en total), sobre todo por daños materiales. Los conflictos penales ocupan el segundo rango (32%). Estos giran generalmente en torno a agresiones físicas y verbales, hurtos y robos, así como a delitos contra el honor, calumnias y difamaciones. Los conflictos organizativos —mayormente por el incumplimiento de obligaciones comunales— se encuentran en el tercer nivel (10%), seguidos por la violencia contra mujeres y conflictos familiares (6%, N = 268). Por razones analíticas no categorizamos la violencia familiar como caso penal (Brandt, 2013, p. 312).

Las noticias sobre una justicia indígena «salvaje», sobre ajusticiamientos y linchamientos, publicadas por los medios de vez en cuando en forma sensacionalista, no reflejan de ninguna manera la realidad. Por el contrario, la jurisdicción comunitaria es una justicia pacificadora y reparadora. Casi todos los dirigentes comunales entrevistados en nuestro proyecto coinciden con la afirmación de que «la paz comunal» y el «restablecimiento de las relaciones sociales afectadas por la vulneración de una norma comunal» son los valores principales de la justicia comunitaria. El estudio constata que «su importancia se explica por la estrecha convivencia de las familias en las comunidades y las relaciones de reciprocidad entre ellos. El mecanismo para lograr este objetivo es la búsqueda de un nuevo equilibrio entre las partes en la fase de “diálogo” del procedimiento» (Brandt, 2013, p. 293). Los involucrados tienen que presentar sus versiones de la controversia cara a cara, no hay una representación por abogados. Las autoridades tratan de resolver el verdadero fondo del conflicto —no solo el sustrato jurídico, como en la justicia ordinaria—. Intentan concientizar a los malhechores y litigantes de las normas vulneradas y los exhortan a respetar el derecho comunal en el futuro. El resultado del procedimiento es plasmado finalmente en un acta de conciliación o «reconciliación». Alrededor de un tercio (34,3%) de los conflictos se soluciona de esta manera. Las decisiones (acuerdos forzados o fallos) forman también aproximadamente un tercio (36,6%) de las soluciones. Los demás casos terminan con una transacción, es decir, con la ratificación de un acuerdo preestablecido (1,9%) o siguen pendientes porque requieren una investigación suplementaria (27,2%) (Brandt, 2013, p. 317).

El primer paso para la reeducación de los infractores en la fase de reconciliación es el reconocimiento público de la falta y la «promesa de buena conducta». Se trata del tipo de acuerdo más registrado en las actas (alrededor de 32%). Debido al estrecho control social y el seguimiento del caso por las autoridades, la justicia comunal generalmente logra sus objetivos, incluso en los delitos más graves. El último remedio contra delincuentes reiterantes es la expulsión de la comunidad, lo cual ocurre raras veces. Aparte de las «promesas de buena conducta», se opta en el segundo lugar por la reparación —que implica la reparación de un daño, la devolución de un bien o la indemnización por daños y perjuicios— (en promedio 22%), seguido por trabajos comunales (18%).

Ciertos artículos de prensa sobre rondas campesinas hacen suponer que las sanciones corporales, como latigazos, son las medidas de corrección de forma general. Sin embargo, se aplican solo en una proporción reducida. En nuestro primer estudio de actas de comunidades en los años 2002 y 2003, hallamos que en un 4% de los casos analizados (N = 802) se ejecutaron castigos físicos (Brandt & Franco, 2006, p. 146). Llama la atención que en el estudio de seguimiento de 2010 detectamos estas sanciones únicamente en 2,5% de los casos (N = 202): en conflictos penales, patrimoniales, familiares y en casos de violencia contra mujeres (Brandt, 2013, p. 321). Encontramos que «casi todos los dirigentes saben que de acuerdo al derecho estatal estas sanciones son prohibidas o por lo menos legalmente cuestionables» (p. 320). Es de suponer que por esta razón no registraron todas las sanciones corporales en las actas. Pero tampoco se puede descartar la tendencia de un cambio de orientación hacia un mayor respeto de los derechos fundamentales. La mayoría de los dirigentes comunales entrevistados en Cusco (58%) afirmó en las encuestas de 2010 que «nunca» se debe aplicar castigos físicos porque vulneran los derechos humanos (N = 90). Por otro lado, hay dirigentes que estiman los castigos físicos como muy eficaces. Un 24% sostiene que «a veces» hay que emplearlos y solo un 18% de los dirigentes dice que «estas medidas deben ser la regla» (p. 320). Llegamos a la conclusión de que «aún no se puede hablar de un cambio de valores, pero se puede observar el inicio de una nueva orientación» (p. 348).

¿Cuáles son las normas vulneradas que motivaron los conflictos tramitados ante la justicia comunitaria? O —en otras palabras— ¿cuáles son las fuentes de derecho de la justicia comunal? El derecho campesino o indígena se basa en el derecho consuetudinario —es decir, en normas tradicionales no codificadas—, así como en nuevas normas acordadas en las asambleas y tipificadas en estatutos, reglamentos y actas y, finalmente, en normas estatales como las disposiciones sobre las comunidades campesinas o las rondas campesinas. Se muestra una procedencia heterogénea de las normas. No existen sistemas autóctonos de derecho, con excepción de comunidades nativas aisladas

en la selva. Las demás comunidades se encuentran en un acelerado intercambio cultural con la sociedad dominante por una serie de razones como la educación escolar, la creciente interacción con el mercado o la migración (temporal) a las ciudades. Especialmente la invasión masiva de los medios de comunicación promueve valores de la cultura urbana en zonas rurales. Las comunidades y los pueblos indígenas no son «reductos congelados de una tradicionalidad ubicada fuera del tiempo y al margen del país» (Degregori, 2000, p. 49). Los sistemas de derecho de las comunidades andinas también están influenciados por su entorno cultural. No se trata de sistemas aislados, al contrario, se puede observar una interdiscursividad, un acoplamiento estructural entre los ordenamientos normativos. Las comunidades incorporan en su derecho normas de la sociedad nacional. Este fenómeno de interpenetración y mezcla de sistemas legales fue definido como «interlegalidad» (Santos, 1987, p. 298).

El proceso de hibridación del derecho campesino se muestra claramente en el caso de los derechos de la mujer. Ya en nuestro estudio de 2003 sobre normas y valores en la justicia comunitaria, encontramos nuevos discursos como el de que «el varón ya no tiene el derecho de imponer su autoridad por la fuerza» y la mujer y los niños «tienen derechos», pero todavía detectamos en ese período que el nuevo pensamiento «aún no se expresa en las prácticas y genera tensiones al interior de la comunidad» (Brandt & Franco, 2007, p. 161). Ahora, la «gran mayoría (75%) de los dirigentes [...] afirma que las normas estatales correspondientes son tomadas en consideración, sea porque la conciencia en la asamblea ha cambiado, sea porque las normas legales se han convertido también en derecho comunal, incluyéndoles en los estatutos» (Brandt, 2013, p. 300). Además, se ha mejorado el derecho de participación política de las mujeres en las comunidades. Nuestro estudio muestra que el juicio extendido de que la justicia comunitaria siempre es una instancia que perpetúa el machismo y la sujeción de las mujeres es un prejuicio.

En conclusión, se puede constatar que las culturas jurídicas campesino-indígenas son construcciones que se caracterizan por la procedencia multicultural de sus normas. Las *normas tradicionales* se refieren, por ejemplo, a la reciprocidad que regula el flujo de mano de obra y de bienes, la organización comunal y el derecho a beneficiarse de los recursos de la comunidad. Las normas del derecho consuetudinario regulan también el matrimonio andino, que es sobre todo una asociación de intereses mutuos y establece obligaciones especiales como la reciprocidad familiar, que trasciende a la pareja e incluye a las familias extensas de los cónyuges. Además, las normas tradicionales se manifiestan en los principios de la justicia comunitaria como el restablecimiento de la paz comunal, la educación de los culpables, la resocialización y reinserción de los procesados, etcétera (Brandt, 2016, pp. 213ss.). Algunos principios

coinciden con las garantías mínimas del debido proceso como la imparcialidad de las autoridades o el derecho del inculpado a la defensa. Sin embargo, «el derecho a guardar silencio y a no autoinculparse todavía no existe en la justicia comunitaria. Este derecho no coincide con los objetivos de la justicia comunitaria de educar a los infractores y de reintegrarlos en la comunidad» (Brandt, 2013, p. 300). Un 96% de las autoridades comunales afirma que «el acusado tiene la obligación de confesar su delito, no tiene derecho a guardar silencio». Confirmamos que «sin la cooperación de los inculpados en la investigación de los hechos y en el procedimiento judicial no procede la reinserción social» (p. 300). En cambio, las *normas estatales* sobre la organización de las comunidades campesinas y de las rondas campesinas, especialmente sobre cargos, elecciones y responsabilidades, son respetadas generalmente. Finalmente, hay *nuevas normas de derecho propio*, provenientes de la sociedad dominante e integradas en la comunidad como los derechos de la mujer ya mencionados.

En cuanto a las normas vulneradas que motivaron el conflicto, el análisis comprueba que en la gran mayoría de los casos registrados la denuncia o demanda corresponde a materias codificadas en el derecho estatal (85%). Es decir, estas controversias principalmente serían en principio justiciables ante los fueros de la justicia ordinaria. Sin embargo, esta alternativa provocaría el rechazo de muchos litigantes porque ante la justicia estatal no se puede lograr el objetivo principal de la justicia comunitaria: el restablecimiento de las relaciones sociales afectadas. En cambio, un 15% de las controversias registradas en las comunidades no sería admitida ante la justicia ordinaria porque las normas vulneradas no tienen analogía en el derecho estatal. Estas controversias tienen su base únicamente en el derecho comunal como las normas sobre el cumplimiento de obligaciones comunales o conflictos en torno al matrimonio andino, por ejemplo, los casos de abandono del hogar, de celos entre parejas. Estas demandas, basadas en el derecho propio de la población local, significan una ratificación más de la existencia de la justicia comunitaria.

Un aspecto principal de la vista panorámica sobre las experiencias con la justicia comunitaria es finalmente la relación con el Poder Judicial. Hay una larga historia de conflictos institucionales entre los dos sistemas de justicia. Los motivos se basan en dos problemas nucleares. En primer lugar, falta un diálogo intercultural entre los representantes de ambas jurisdicciones. No existen mecanismos de intercambio entre los actores de los sistemas jurisdiccionales sobre las competencias de los fueros, conceptos de justicia y la vigencia de normas legales. El segundo problema clave es la ausencia de la mencionada ley de coordinación. Desde el año 2009, el Poder Judicial está reconociendo dicha problemática y trata de superarla (La Rosa & Levaggi, 2013, pp. 34ss.). Mediante el

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

Acuerdo Jurisdiccional de la Corte Suprema del Perú (1-2009/CJ-116) se estableció una doctrina que despenaliza la justicia comunitaria. La nueva jurisprudencia reconoce que las rondas campesinas autónomas, que existen en regiones donde no hay comunidades campesinas como en Cajamarca o Piura, tienen las mismas facultades que aquellas rondas que son comités de comunidades campesinas o nativas. Sus integrantes no cometan delitos de usurpación de funciones o de secuestro si actúan en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida.

Sobre la base de una «Hoja de Ruta», el Poder Judicial implementó una nueva política institucional que apunta a una apertura del aparato judicial hacia una justicia intercultural. Los resultados son cambios estructurales dentro del Poder Judicial como la creación de escuelas o institutos de justicia intercultural a nivel de las Cortes Superiores que ofrecen eventos de intercambio entre magistrados y autoridades indígenas, comunales y ronderas. Otro ejemplo es la restructuración de la Oficina Nacional de la Justicia de Paz en una Oficina Nacional de Justicia de Paz y *Justicia Indígena* (ONAJUP) a fines del año 2012, que ahora está encargada de promover la coordinación con la justicia comunitaria. Como efecto de este desarrollo institucional se puede observar un acercamiento de los dos sistemas de justicia. A pesar de la carencia de la ley de coordinación, el Poder Judicial realizó entre 2010 y 2016 siete congresos sobre justicia intercultural, así como cientos de eventos y reuniones en los cuales participaron en total miles de representantes de comunidades y de rondas campesinas, también jueces y fiscales. Como orientación práctica para la coordinación interforal, el Poder Judicial publicó en 2013 el «Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia» (Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena [ONAJUP], 2013; Bazán, 2015).

Se puede constatar que, en general, las tensiones entre los dos sistemas judiciales han disminuido, a pesar de las denuncias de parte de la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC), según las cuales la persecución penal de dirigentes por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial prosigue. Estos juicios penales se refieren especialmente al involucramiento de ronderos en los conflictos sociales en torno a proyectos de explotación industrial de recursos naturales y menos a sus actuaciones como representantes de la justicia comunal en conflictos interpersonales. Cabe observar que «los dirigentes de las organizaciones campesinas manifiestan interés en la coordinación con la justicia ordinaria porque esta aspiración corresponde a un reclamo del movimiento rondero y comunal por el reconocimiento de su jurisdicción» (Brandt, 2013, p. 348). El gran número de participantes en los eventos interculturales del Poder Judicial comprueba este interés.

III. LA LUCHA POR LA LEY DE COORDINACIÓN INTERCULTURAL DE JUSTICIA

En el debate sobre la necesidad y el contenido de la ley de coordinación se articulan intereses antagónicos y opiniones polarizadoras, pero también posiciones que abogan por un sistema equilibrado de vías jurisdiccionales en interés del bien común. Resultan controversiales especialmente las siguientes tres preguntas:

- ¿Quiénes son los actores legales de la justicia comunitaria?
- ¿La competencia personal de los fueros comunales se refiere también a personas que no pertenecen a la comunidad?
- ¿La justicia comunitaria debería ser competente para conflictos de cualquier materia?

III.1. La posición «minimalista»

Muchos congresistas conservadores, abogados jurídico-positivistas y representantes del sector empresarial luchan por una reducción de las facultades de los fueros comunitarios a un mínimo. Dan prioridad al principio de la igualdad de derecho de todos los ciudadanos, reclaman la facultad exclusiva del Congreso de crear el derecho y defienden la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional bajo el techo del Poder Judicial.

Aunque nadie pone en cuestión el citado artículo 149 de la Constitución, los representantes de esta corriente sostienen que la justicia campesina deberá ejercerse solo dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas o nativas, excluyendo así las rondas campesinas autónomas de la función judicial. El mencionado Acuerdo Jurisdiccional de la Corte Suprema, que ha reconocido las competencias jurisdiccionales de las rondas campesinas autónomas, es considerado anticonstitucional. Los opositores rechazan la fundamentación detallada de la Corte que cuestiona la interpretación «meramente literal» del artículo 149 de la Constitución y fundamenta

- que el reconocimiento de la Justicia Comunal se basa en el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución;
- que los integrantes de las rondas campesinas pertenecen a un «grupo cultural y étnico particularizado» y son titulares de dicho derecho y;
- que la justicia rondera es parte de la «realidad social» (Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, fundamentos 7 y 8; véase, además, La Rosa & Ruiz, 2010).

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

Una discusión adecuada de esta problemática constitucional superaría ampliamente el marco de este dictamen. Sin embargo, también los críticos que no están convencidos de la argumentación de la Corte tienen que admitir que en un Estado de Derecho hay que respetar la jurisprudencia consolidada y firme de la Corte Suprema que pone fin a una controversia jurídica. La población y el sector de justicia como magistrados, fiscales y la policía se han acostumbrado a esta realidad jurídica. El regreso a una práctica legal que niega la facultad jurisdiccional de las rondas no sería entendido por los campesinos e indígenas. Más aun, sería un golpe mortal contra los esfuerzos exitosos de parte del Poder Judicial, la Fiscalía, la Policía y autoridades regionales de llegar a una cooperación con las rondas campesinas. La confrontación entre los sistemas judiciales, que hasta la fecha ha sido mayormente superada, sería reavivada. La denegación del reconocimiento de las rondas debilitaría la protección de la población rural contra la delincuencia.

La perspectiva de los «minimalistas» ignora, además, la realidad socio-jurídica de los campesinos e indígenas, ejercida por las rondas campesinas y descrita en el apartado anterior. No se tiene en cuenta que, para la población rural de los Andes y de la Amazonía, la «justicia de la ciudad» no es idónea para resolver gran parte de los conflictos locales, no solo por la desconfianza difundida entre la población, sino por los diferentes objetivos judiciales de los sistemas. Los procedimientos del Poder Judicial no están dirigidos a la recuperación de la paz comunal mediante una conciliación entre las partes o la educación, resocialización y reintegración de delincuentes. Además, demandas basadas únicamente en el derecho propio, que no tienen analogía en el derecho estatal, serían declaradas inadmisibles por las instancias del aparato estatal de justicia.

Desde el enfoque económico, la posición «minimalista» tiene el respaldo de parte de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). La CONFIEP teme que haya graves desventajas para los intereses de sus socios en áreas de explotación de los recursos naturales del país. Mediante la carta del 29 de enero de 2014 al Presidente del Congreso, el Presidente de la CONFIEP, Alfonso García Miró, expresó la existencia de una

extrema preocupación por parte del sector empresarial que realiza actividades en zonas donde hayan comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, ya que podrían verse afectadas empresas que realicen sus actividades en el sector hidrocarburos, minería, electricidad, infraestructura vial, industrial, comunicación, construcción, empresas forestales, agrícolas, entre otras, mediante la creación de un sistema paralelo de administración de justicia no acorde con lo establecido en nuestra Constitución Política y generando inestabilidad jurídica e institucional(Carta CONFIEP PRE-011-2014).

Las zonas de inversión de estas industrias se encuentran en territorios de los campesinos e indígenas. Los yacimientos minerales se hallan en zonas rurales de los Andes, donde, por ejemplo, en Cajamarca la empresa minera Yanacocha explota oro y planifica el proyecto gigante y controvertido «Conga», mientras que en la Amazonía se extrae petróleo crudo y gas, por ejemplo, en el controvertido proyecto Camisea. Ambos proyectos son emblemáticos. Por un lado, marcan una política económica neoliberal del Estado que favorece una explotación casi ilimitada de los recursos naturales por parte de la industria, sin proporcionar una adecuada protección de la naturaleza, del medio ambiente y de los intereses existenciales de la población rural. Por otro lado, estos proyectos representan un tipo de conflicto social que se ha desarrollado a gran escala durante los últimos años. Los conflictos «socioambientales» forman un 72% de todos los conflictos sociales del país (Defensoría del Pueblo, 2016). Dichos conflictos son motivados por los múltiples daños ambientales ocasionados por la minería y la industria petrolera, así como por la lucha por la conservación de los recursos naturales y la protección de la base de subsistencia económica y cultural de los pueblos indígenas y de los campesinos.

Desde la perspectiva de los intereses empresariales es comprensible que la industria extractiva quiera imposibilitar que las comunidades y las rondas campesinas tengan funciones jurisdiccionales en zonas de inversión, especialmente si las competencias de estos fueros no se limitan a problemas internos de las comunidades, sino que podrían extenderse también a actividades de las empresas y sus empleados. Así se explica el intento de restar a las rondas campesinas autónomas la capacidad de impartir justicia. Un primer paso en esta dirección se mostró en el debate sobre el proyecto del nuevo Código Penal aprobado por la Comisión de Justicia en enero de 2015, cuyo artículo 16 no mencionó a las rondas campesinas como actores de la justicia comunitaria, sino solo a las comunidades campesinas y Nativas. El proyecto legal provocó protestas sociales que finalmente tuvieron el efecto de que el artículo fuera eliminado del nuevo proyecto normativo («Se eliminará el artículo», 2015). La política jurídica «minimalista», finalmente, no serviría a los intereses propios de la industria extractiva, pues el resultado serían tensiones sociales y una caótica situación de seguridad en muchas regiones del país, lo que entorpecería el desarrollo económico de las empresas.

Desde un punto de vista empresarial, es también entendible que la CONFIEP se oponga a una competencia comunal que incluya el juzgamiento de infracciones cometidos por terceros que no viven en la comunidad. Como argumento, la citada «opinión institucional» alega que «el elemento constitutivo de la aplicación de una jurisdicción especial para comunidades campesinas o nativas se basa en la existencia

de un derecho consuetudinario especial» (Carta CONFIEP PRE-011-2014) y que, por esta razón, la competencia judicial no se puede extender a personas que no pertenecen a la comunidad y no comparten la misma cultura, pero el argumento tampoco es convincente. La identidad cultural es solo un elemento constitutivo de la justicia comunitaria, el otro elemento es la defensa contra la delincuencia que es frecuentemente cometida por terceros, como abigeos.

Los defensores de esta corriente sostienen, además, que la justicia comunitaria es solo una jurisdicción «especial» —como señala el texto literal del artículo 149 de la Constitución— y no una justicia «excepcional». Es decir, no reconocen que se trata de una judicatura independiente como la justicia castrense o la arbitral porque el artículo 139, número 1 de la Constitución, que establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no la menciona como jurisdicción excepcional. Sin embargo, en el lenguaje jurídico, las clasificaciones «judicatura excepcional» o «especial» se usan con frecuencia sinónimamente. Conforme a la opinión jurídica predominante, el hecho de que en el artículo 139, número 1 no se otorgue a la justicia comunitaria el mismo rango excepcional que a la justicia militar o arbitral es solo el resultado de un error de redacción, sin significado más profundo. También el Tribunal Constitucional asignó a la justicia comunal equivalentemente el mismo rango de excepción que a la justicia militar y a la arbitral (*Fiscal de la Nación c. Ley 28655, 2006, fundamento 8; Fernando Cantuarias Salaverry c. Fiscal, 2006, fundamento 7*). En consecuencia, la interpretación integral llega a la conclusión de que la justicia comunal es una jurisdicción excepcional e independiente.

Finalmente, «los minimalistas» quieren limitar la competencia de la justicia comunal en lo penal a «faltas», es decir, a infracciones penales de menor gravedad, al igual que en la Justicia de Paz. En cambio, los «delitos», que en la justicia estatal son normalmente castigados con la privación de la libertad, deberían permanecer dentro de las competencias de la justicia ordinaria. El intento de reducir la competencia de los fueros comunales en lo penal solo a faltas no es apropiado. El artículo 149 de la Constitución establece que las funciones jurisdiccionales de las comunidades y rondas campesinas se ejercen «de conformidad con el derecho consuetudinario», pero el derecho propio no diferencia entre delitos y faltas. Por la falta de conocimientos jurídicos, las autoridades comunales no entenderían las distinciones jurídicas entre estos tipos de infracciones establecidas en el Código Penal. Más aun, cuentan con una larga tradición de atender conflictos de ambas naturalezas.

III.2. La posición «maximalista»

En el otro extremo del debate se encuentra una corriente de opinión que interpreta las normas constitucionales en el sentido de que la justicia comunitaria puede «regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad», incluso en casos en los cuales terceros no-indígenas cometen un hecho «dañino contra personas o bienes indígenas dentro del ámbito territorial indígena» (Yrigoyen, 1999). La Central de las Rondas Campesinas, que es un protagonista prominente de esta opinión, articula dicha posición en las Conclusiones y Acuerdos de la I Asamblea Nacional de Delegados 2015: «45. Las rondas campesinas tienen el derecho de administrar justicia en sus ámbitos territoriales, aplicando su propio derecho a cualquier persona y sobre todo tipo de materia. Ello en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, la jurisprudencia de la Corte Suprema (Caso Soritor), y el Convenio 169 de la OIT, entre otras fuentes» (Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú, 2015).

La misma polémica, pero todavía más agudizada, se puede notar en Bolivia. Un ejemplo es la entrevista con el viceministro de «Descolonización» de Bolivia, Félix Cárdenas, sobre la Ley de Deslinde Jurisdiccional que coordina la justicia ordinaria e indígena:

La Ley de Deslinde Jurisdiccional [...] es [...] totalmente racista porque si la Constitución dice que son de la misma jerarquía [la jurisdicción ordinaria y la indígena], ya algunas mentalidades occidentales en el Parlamento han dicho: «no estos pobres campesinos no van a resolver temas grandes, solamente robos, hurtos», eso es racismo jurídico y los temas mayores, claro, los fiscales, los jueces que saben cómo manejar el tema, entonces la Ley de Deslinde está a contrapelo de las exigencias de la demanda de una justicia verdadera («Cárdenas: La Ley de Deslinde», 2016).

El discurso de representantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) sigue los mismos patrones. En vista de la controvertida jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, que excluye de la competencia de la justicia indígena los delitos contra la vida (Olivo Pallo, Víctor Manuel *c. Decisiones*, 2014), el presidente de la CONAIE, Jorge Herrera, manifestó que la resolución de la Corte «atenta y afecta el proceso de vida de todos los pueblos y las nacionalidades que llevan 500 años ejerciendo la justicia desde su cosmovisión indígena». Floresmilo Simbaña, también miembro de la CONAIE, califica la sentencia como «trampa, racista con sesgo político» («Conaie se declara en desobediencia», 2014).

Esta corriente de opinión sigue la narración de una justicia indígena autóctona y autónoma no limitada desde épocas «milenarias» con base en sus tradiciones «ancestrales». La «justicia indígena» es un sistema milenario, pues ha persistido por generaciones y hoy es aplicado por las nacionalidades y pueblos» (Baltazar, 2009, p. 454). Sin embargo, ya se ha visto que no hay derecho propio autóctono, sino que la justicia campesina e indígena se basa en normas de procedencia multicultural. Solo una parte de las normas, como por ejemplo los objetivos y principios de la justicia indígena o campesina, así como algunas prohibiciones y sanciones tienen fuentes ancestrales. La otra parte consiste de normas estatales y nuevas normas incorporadas en el derecho propio.

No todos los fueros comunitarios tienen una larga tradición. Por el contrario, las rondas campesinas en regiones del norte del país, donde no hay comunidades campesinas legalmente reconocidas como en Cajamarca o en Piura, fueron establecidas recientemente. La primera ronda fue organizada en Chota (Cajamarca) el 29 de diciembre de 1976 (Brandt & Franco, 2006, p. 85). El motivo no fue el mantenimiento de valores y normas culturales, sino el desamparo de la población rural ante la delincuencia y la necesidad de organizar un sistema de autoprotección. Debido a las buenas experiencias, estas rondas sirvieron como prototipo en otras regiones del país, donde en lo sucesivo fueron establecidas miles de rondas campesinas, sea como comités de comunidades campesinas o como rondas autónomas.

En cambio, la resolución de conflictos en las comunidades campesinas y nativas se basa en tradiciones «ancestrales», pero aparte de pueblos amazónicos aislados, la justicia comunal de los Andes nunca fue ilimitada como demuestra la historia del derecho. Aunque durante el imperio incaico las comunidades gozaban autonomía en cuanto a la vigencia de su derecho consuetudinario, el Curaca de la comunidad precisaba, para el juzgamiento de delitos graves que tenían como consecuencia la pena capital, la aprobación previa de parte del funcionario imperial más alto de la región, por ejemplo, en casos de homicidio o de violación de mujeres (Cunow, 1937, p. 164; Basadre, 1937, p. 183; Murra, 2002, p. 396). Durante la Colonia, las comunidades indígenas mantenían su facultad jurisdiccional. Sin embargo, su competencia fue limitada. Conforme al mandato de las «Leyes de Indias», fueron competentes en casos civiles hasta una cuantía de tres pesos y, en casos penales, para juzgar infracciones menores que no llevaban consigo la pena de muerte. Estos casos tenían que derivarse a los Corregidores o Alcaldes Mayores (Serrano, 2005, p. 39). En la era de la república, la función de administrar justicia residió exclusivamente en el Poder Judicial, pero *de facto* los terratenientes y sus mayordomos ejercían la «justicia de patio de hacienda» sobre los indígenas de comunidades sometidas. No se puede esbozar aquí las condiciones de sobrevivencia de la justicia comunitaria

hasta el reconocimiento de su existencia por la Constitución Política de 1993, pero, en síntesis, se puede constatar que la visión de una justicia indígena milenaria ilimitada es un mito.

El argumento jurídico alegado en la discusión actual para fundamentar la posición «maximalista» sostiene que ni «los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena» (Yrigoyen, 2004, p. 182). Este razonamiento es compartido por varios autores como, por ejemplo, Llasag Fernández (2006, p. 755). Se trata de un resultado de la interpretación literal de las normas, pero este método es solo el primer paso para la aclaración de un contenido legal abstracto. Aplicando el método teleológico e integral (Código Civil, artículo 170), es decir, examinando el sentido, el fin de las normas, se llega a otras conclusiones.

A primera vista, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) parece respaldar la posición de una justicia comunal sin límites. De acuerdo con esta norma, el mantenimiento de las instituciones y costumbres de los pueblos indígenas tiene como límite solo los derechos humanos: «Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos» (1989, artículo 8, § 2).

Pero resulta extraño que los autores citados no hacen valer su opinión sobre el artículo 9 del mismo Convenio, que señala lo siguiente: «En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros».

Aplicando los métodos de interpretación mencionados a esta disposición legal, se llega a la derivación de que «los métodos [...] para la represión de los delitos» de los pueblos indígenas se encuentran bajo la reserva del «sistema jurídico nacional» (Convenio 169 OIT, 1989, artículo 9, § 1), es decir, de leyes simples. Es cierto que las normas del Convenio 169 no mencionan literalmente un límite de competencia en cuanto a materias o la gravedad de delitos, pero esto no significa que la norma internacional impida un deslinde de las competencias de las jurisdicciones por el legislador, pues la justicia indígena debe ser «compatible con el sistema jurídico nacional» y este es establecido por el Congreso.

Del mismo modo, el artículo 149 de la Constitución Política del Perú no menciona literalmente una limitación de la justicia comunitaria a materias

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA

COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

específicas, pero señala que la «ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con [...] las demás instancias del Poder Judicial». «Coordinación» significa el enlace de diferentes organismos con el objetivo de realizar tareas repartidas hacia un objetivo común. Los objetivos comunes de la justicia comunal y estatal son la resolución de conflictos interpersonales, la seguridad jurídica, la protección de la población contra la delincuencia, la imposición del orden jurídico y finalmente —en el mejor de los casos— la confianza de los ciudadanos en la persistencia del Estado de Derecho. Sin embargo, se plantea la cuestión de hasta qué punto una ley de coordinación podrá restringir derechos constitucionales, especialmente el derecho a la autonomía de las comunidades campesinas e indígenas y a la identidad étnica y cultural. La Corte Constitucional de Colombia ha determinado que en casos de conflictos entre normas constitucionales de la misma jerarquía, como «entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado [...]», los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”». Restricciones a la autonomía de las comunidades «solo son admisibles [...] cuando estas [...] sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía» (*Indira Milena c. el Consejo de Mayores*, 2009). Sin embargo, estas consideraciones, que se refieren a la limitación de decisiones de la justicia comunitaria por derechos fundamentales, no son transferibles a la problemática discutida aquí, porque el objeto de la presente consideración no se refiere a un conflicto entre el reconocimiento constitucional de la autonomía de las comunidades y la consagración de los derechos humanos, como en el caso que fue objeto de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. La cuestión que debe determinarse aquí es cuáles son los límites del encargo de la misma Constitución de reglamentar la coordinación de los sistemas de justicia. La disposición del artículo 149 de la Constitución toca inevitablemente la relación entre los sistemas jurisdiccionales y, por ende, la autonomía de las comunidades. En otra sentencia, la Corte Constitucional de Colombia ha dispuesto que «no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio constitucional» (*Demandas de inconstitucionalidad c. Ley 89, 1996*). Citando su jurisprudencia precedente (*Ananias Narvaez c. la directiva del Cabildo*, 1994) la Corte reitera que el

el carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad, pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente

reside en el mantenimiento de la diferencia cultural (*Demandas de inconstitucionalidadc. Ley 89, 1996*, consideración 6.2.2; *Ananias Narvaez c. la directiva del Cabildo*, 1994, fundamento 7.3).

El problema real es, por lo tanto, cuál es el «ámbito intangible» de la justicia comunitaria que una ley de coordinación tiene que respetar. Sobre este tema hay un debate interesante en el derecho constitucional de Alemania, porque la carta magna alemana establece que «en ningún caso» la ley «debe afectar el contenido esencial del derecho fundamental» (art. 19, n.º 2). Existe un amplio consenso en la literatura y la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania en el sentido de interpretar el «contenido esencial» de la norma constitucional de manera restrictiva. La garantía de la esencia de normas fundamentales constituye un límite absoluto para el Poder Legislativo; protege contra la eliminación de la sustancia del derecho (Höming & Wolff, 2016, p. 272). Sin embargo, va más allá del alcance del presente texto discutir los diversos aspectos teóricos discutidos en este debate (véase Kingreen & Poscher, 2016, p. 77; von Münch & Kunig, 2000, pp. 1051ss.). En síntesis, el tribunal constitucional de Alemania prohíbe el abandono completo de la esencia del derecho fundamental (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [BVerfGE] 30, 24). El núcleo de una norma constitucional debería ser todavía aplicable, a pesar del dispositivo legal limitante (BVerfGE 2, 266 (285)). Es decir, lo sustancial es que la «función objetiva» de la norma sigue siendo aplicable por los titulares del derecho fundamental (BVerfGE 30,24). Concluyendo, la «esencia» se puede determinar cuando se pregunta cuál es el objetivo principal que la norma constitucional quiere alcanzar. En el caso concreto, se puede llegar al resultado de que el núcleo intangible de la autonomía y del derecho colectivo de ejercicio de la función jurisdiccional de las comunidades (Constitución Política del Perú, arts. 149; 89 § 2) consiste en los siguientes elementos:

- la vigencia de los objetivos, principios y procedimientos de la justicia comunitaria basados en el derecho consuetudinario (siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona);
- la potestad de solucionar la gran mayoría de los conflictos cotidianos que surgen en la comunidad; y
- la competencia de resolver conflictos de derecho propio que no tienen equivalente en el derecho estatal.

Una propuesta de ley de coordinación intercultural de la justicia que respete estos criterios corresponde a los objetivos del artículo 149 de la Constitución y, por lo tanto, no vulnera normas constitucionales.

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

Las actividades jurisdiccionales de ambos sistemas deben ser coordinadas en el sentido de un reparto de tareas. Esta regularización es necesaria, especialmente si se quiere que las decisiones de ambas judicaturas tengan los mismos efectos jurídicos, es decir, si las decisiones de la justicia comunitaria han de tener el mismo valor que las sentencias de jueces profesionales. En un Estado de Derecho hay que establecer claramente el deslinde de competencias entre los órganos decisorios con el fin de evitar la superposición de funciones, sentencias contradictorias y conflictos institucionales. Por lo tanto, el legislador tiene que crear un sistema ordenado de vías judiciales y ajustar las competencias de los diferentes fueros en forma complementaria. Este es el sentido del mandato de la Constitución de promulgar una ley de coordinación. La interpretación del término «ley de coordinación» es coherente con otras numerosas leyes en los diversos países iberoamericanos que regulan la coordinación de sistemas autónomos fiscales, de policías, de seguridad ciudadana y que tienen en común el establecimiento de Normas Marco sobre las competencias concurrentes y cooperación recíproca de los diferentes órganos. En nuestro caso, debe ser claro para los usuarios adónde tienen que acudir con sus problemas legales, y los jueces y las autoridades comunales deben saber en qué tipo de conflicto tienen la facultad de decisión y cuándo tienen que derivar el caso al otro sistema.

La citada declaración de la CUNARC (2015) se refiere también a la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso Soritor (*Recurso de nulidad*, 2004) para justificar su posición. Pero tampoco sirve como argumento contra la facultad del Congreso para delimitar las competencias, por las siguientes consideraciones. En este caso, la Corte Suprema absolvió a integrantes de una ronda campesina de Moyobamba que fueron sentenciados por la Corte Superior de San Martín por los delitos de secuestro, usurpación de funciones, violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado. La Corte Suprema estableció que los ronderos actuaron dentro de sus funciones legales y que las prácticas judiciales fueron justificadas. Si bien es cierto que la ronda campesina sancionó en este caso a delincuentes que cometieron delitos de violación sexual y asesinato, esto no significa que la jurisprudencia de la Corte Suprema impida al Congreso excluir en el futuro delitos graves como asesinato o violación sexual de la competencia de las rondas. La sentencia de la Corte Suprema se basó en la legislación vigente en el momento. Mientras no exista la ley de coordinación que delimita la competencia, la justicia comunitaria sigue siendo competente para conocer cualquier tipo de infracción y, por ende, los actores no cometan delitos si actúan en el marco de sus atribuciones.

La primera deducción de este razonamiento es que el Congreso está facultado para definir la competencia de los fueros comunales mediante una ley de coordinación, pero no tendrá el derecho de afectar las

funciones esenciales de la justicia comunitaria. El reproche de que esta regulación sería «racista» es completamente infundado porque el criterio para la normativización no es la limitación de derechos de un grupo étnico, sino la búsqueda de un funcionamiento paralelo ordenado y adecuado de los dos sistemas de justicia.

Pero ¿cómo delimitar las funciones? La respuesta la encontramos evaluando las aptitudes jurisdiccionales de las comunidades. Como se ha mostrado, en la práctica diaria, las comunidades tienen que atender una serie de conflictos cotidianos como agresiones físicas y verbales, hurtos y robos y delitos contra el honor, conflictos organizativos de las comunidades, violencia contra mujeres y conflictos familiares. La resolución de casos de estas materias constituye la fortaleza de los fueros comunales. Pero hay conflictos graves y complejos que afectan no solo a la comunidad, sino a la sociedad en su conjunto como delitos contra la seguridad del Estado, de lesa humanidad, de desaparición forzada de personas, de criminalidad organizada, de peculado, de enriquecimiento ilícito, delitos financieros, etcétera. Además, el derecho propio no prevé normas correspondientes para juzgar estas materias. Por otra parte, hay conflictos graves como homicidios o violaciones de niñas y mujeres que perturban no solo a la comunidad, sino también a la sociedad regional y nacional. Estos casos transgreden frecuentemente las posibilidades de las comunidades de restablecer la paz, educando y resocializando a los actores, como se verá más adelante (véase infra III.4.). Por lo tanto, conflictos de esta índole deberían ser juzgados por la justicia ordinaria.

Las estadísticas muestran que estos casos ocurren raras veces. Entre los más de 700 conflictos analizados en nuestro estudio entre 2003 y 2010 en el Perú, registramos solo nueve casos de violación sexual y ningún homicidio. Se muestra que los delitos contra la vida fueron derivados en la práctica judicial a los fueros estatales. Sin embargo, las autoridades comunales normalmente entregan a los delincuentes «castigados», es decir, luego de la ejecución de una sanción comunal. En cuanto a las violaciones sexuales, se ha preguntado en las entrevistas cuál es el fuero más apropiado para administrar justicia. Las autoridades comunales opinaron, en su mayoría, que los casos de «abuso sexual a una niña» deben ser vistos por la justicia estatal (64,4%), un tercio del grupo propuso que fueran vistos por ambos fueros (30%) y solo una muy pequeña minoría (5,6%) reclamó exclusivamente el fuero comunal para este tipo de casos (N = 111) (Brandt, 2013, p. 214). Llama la atención que la posición «maximalista», que argumenta a favor de una justicia comunitaria ilimitada, no coincide, de manera tan evidente, con los intereses de los dirigentes de las comunidades, quienes favorecen, en su mayoría, la idea de que ciertos casos sean resueltos por la justicia estatal.

III.3. Posiciones moderadas

Luego de varias iniciativas legislativas en el pasado, el debate sobre la ley de coordinación fue impulsado nuevamente en 2011 por el Poder Judicial. Considerando estudios de campo (La Rosa & Levaggi, 2013) y luego de discutir el tema en «Congresos de Justicia Intercultural» en La Merced (septiembre de 2010) y Cajamarca (diciembre de 2010) con jueces, fiscales y representantes de comunidades y rondas campesinas, una comisión elaboró el proyecto de «Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia» («Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia», 2011). En uso de la facultad constitucional de iniciativa legislativa, la Corte Suprema remitió la propuesta al Congreso el 29 de septiembre de 2011.

Se trata de un proyecto moderado que tiene como punto de partida los principios de igualdad, de respeto y de la reciprocidad entre los diferentes sistemas de justicia. Partiendo de los principios generales de la coordinación («Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia», art. 2) —como la coexistencia de los diversos sistemas de justicia, la cooperación intercultural de los representantes de ambos sistemas, la complementariedad de funciones, mutuo reconocimiento de las resoluciones y, finalmente, el respeto a los límites y controles constitucionales—, se establece que la «jurisdicción especial comunal tiene competencia sobre los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial» (art. 7), con excepción de «delitos contra el Estado, contra el ordenamiento jurídico internacional, de criminalidad organizada, de homicidio doloso y de violación sexual» que serán de conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria (art. 8 § 2). La restricción toma en consideración que las comunidades no están en condiciones de resolver todo tipo de conflicto. En cuanto a la competencia personal, la propuesta del Poder Judicial pretende que los conflictos que involucran a personas no pertenecientes a una comunidad campesina, nativa o ronda campesina sean sometidos a conocimiento de la sala correspondiente de la Corte Superior, a fin de que esta dirima qué jurisdicción —la ordinaria o la especial comunal— debería atender el caso, salvo que el imputado exprese su consentimiento con el procedimiento ante la jurisdicción comunal (art. 7 § 2). Conflictos de competencia entre las autoridades de la jurisdicción estatal y la comunal serán resueltos también por decisión de una sala de la Corte Superior (art. 9). Finalmente, se define las modalidades de la cooperación intercultural de los dos sistemas como la colaboración reciproca en la práctica e intercambio de pruebas, la detención de personas, la realización de notificaciones, de pericias o la ejecución de resoluciones, etcétera (art. 10).

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

III.4. Posiciones «puristas-moderadas»

Esta corriente de opinión se caracteriza también por el intento de implementar sistemáticamente los principios de la coexistencia y de «igual jerarquía» de los sistemas de justicia, al igual que las posiciones «maximalistas». La diferencia es que este planteamiento no reclama una competencia ilimitada de la justicia comunal, sino que sostiene que el juzgamiento de algunos delitos, como crímenes internacionales y delitos contra el Estado, debería corresponder a la justicia estatal.

El punto de partida fue el debate sobre el proyecto del Poder Judicial en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología (en adelante, Comisión de Pueblos). En diciembre de 2013, la comisión aprobó por unanimidad el dictamen «Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia» como texto sustitutorio (Dictamen 01-2013-2014/CPAAAE-CR). Se incluyó, por un lado, gran parte del proyecto de ley propuesto por el Poder Judicial, pero, por otro lado, se precisó algunas definiciones, como pluralismo jurídico, y principios de la justicia intercultural, como la complementariedad y reconocimiento de las resoluciones. No obstante fueron introducidos también nuevos conceptos problemáticos.

En cuanto a la competencia personal sobre personas ajenas a la comunidad, por ejemplo comerciantes con negocios con comuneros o personas que por casualidad incurrieron en un accidente de tránsito en el territorio de la comunidad, el dictamen descarta la propuesta mencionada del Poder Judicial. Este había establecido, para el caso de que el implicado no esté de acuerdo con el procedimiento ante la instancia comunal, que una sala de la Corte Superior tome una decisión sobre el fuero competente. Al parecer, la Comisión de Pueblos estimó que este planteamiento vulnera el principio de la autonomía de los fueros comunales. El dictamen determina que estas personas serán sometidas a la competencia de la jurisdicción comunal, sin otorgarles un remedio legal ni contra la decisión sobre la vía judicial ni contra las resoluciones impuestas. Como se verá más adelante, esta proposición vulnera el derecho a la tutela judicial de los afectados.

La competencia material definida por el dictamen es más amplia que en el proyecto de ley del Poder Judicial. El artículo 8.1 establece que «la jurisdicción especial tiene competencia sobre los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial». En el artículo 10 se define la competencia exclusiva de la justicia ordinaria: «los delitos de narcotráfico, de terrorismo, contra el Estado y la defensa nacional, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, de genocidio, de lesa humanidad, contra el derecho internacional humanitario y de agresión contra otro Estado». El argumento central para la exclusión de estas materias de la jurisdicción comunal es que estos delitos «implican

una preocupación nacional que escapa a las esferas, ámbito y control de la justicia especial, por las graves consecuencias que estas actividades generan para la tranquilidad y desarrollo del país» (Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR, p. 42). A diferencia del proyecto del Poder Judicial, en el nuevo proyecto de ley no se excluye de la competencia comunal los delitos de criminalidad organizada. La fundamentación es bastante débil: «conviene señalar que esto ha sido descartado debido a que no se ha conocido argumentos claros que permiten evaluar esta posibilidad, más aun cuando esta ley [contra el Crimen Organizado] fija reglas y procedimientos a la investigación, juzgamiento y sanción de más de 20 delitos cometidos por organizaciones criminales» (p. 41). Tampoco se ha excluido de la competencia comunal los delitos de homicidio doloso y de violación sexual. Estas materias, en consecuencia, son atribuidas a la justicia comunal. Por consiguiente, ni la Fiscalía ni el Poder Judicial tendrán la facultad de investigar estos hechos punibles ocurridos en los territorios comunales. Cabe señalar que la aplicación de esta posición jurídica generaría varios problemas.

El proyecto de ley de la Comisión de Pueblos pretende reforzar los derechos colectivos de los campesinos y pueblos indígenas y fortalecer la autonomía de los fueros comunales evitando una intervención ajena en sus tareas jurisdiccionales por la justicia ordinaria. En cuanto a la competencia en casos de homicidio y de violación sexual, se argumenta en los fundamentos del dictamen que las autoridades de la jurisdicción especial atienden estas materias «y negarles competencia sería un acto de discriminación y violatorio de su competencia territorial que ampara la Constitución Política» (Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR, p. 41), pero este argumento no resulta convincente. No se trata de una discriminación si la delimitación de competencias es fundada. El objetivo de deslindar las funciones judiciales no es de ninguna manera la disminución del rol de la justicia comunitaria, sino el fortalecimiento, exonerándola de cargas que sobrepasan su capacidad de resolución. Los delitos graves mencionados a menudo dividen a la comunidad en dos grupos: familiares de los autores y de las víctimas, los cuales se solidarizan con sus parientes. En una atmósfera muy emocional y un escenario de relaciones estrechas de vecindad y parentesco, resulta casi imposible para las autoridades comunales mantener la distancia necesaria para lograr una decisión imparcial. Además, conflictos de esta naturaleza no son únicamente asuntos internos de la comunidad. Las noticias son difundidas por los medios de comunicación y provocan conmoción y un interés por información en el país entero («Puno: Rondas Campesinas», 2015). En cambio, no hay ningún problema si las rondas, luego de investigar los hechos, derivan el juicio al Poder Judicial («Piura: Rondas Campesinas», 2015).

Para el juzgamiento de delitos graves como homicidios, los procedimientos orales de la justicia comunitaria no son adecuados. Estos crean incertidumbre en cuanto a los hechos comprobados y los fundamentos de las decisiones. Por la falta de una sentencia fundamentada y escrita, los criterios aplicados no son verificables posteriormente. Estos permanecen solo en la memoria individual o colectiva, son parte de un recuerdo pasajero y a veces contradictorio. Sin embargo, en juicios que tienen repercusión nacional, la toma de decisiones debería ser documentada de manera transparente. Esto es un mandato del Estado de Derecho. La sociedad debería estar en condiciones de comprender cómo y por qué se llegó a una determinada decisión.

Excluir de la jurisdicción comunal los casos de violación sexual tampoco significaría una «discriminación» de la jurisdicción especial, como recela la Comisión de Pueblos. Ya se ha visto que la gran mayoría de los dirigentes comunales entrevistados en nuestro estudio no reclama una competencia exclusiva en esta materia, pero son sobre todo problemas de desamparo de mujeres en muchas comunidades los que inducen a una limitación de la competencia comunal. Aunque el estudio ha revelado que generalmente el respeto de los derechos de mujeres ha mejorado en las comunidades entre 2003 y 2010 (Brandt, 2013, pp. 333ss.), todavía no se puede descartar que las autoridades comunales se muestren indiferentes frente a abusos sexuales y no persigan tales denuncias. Estudios empíricos realizadas por la Organización no Gubernamental Flora Tristán indican que en el caso del pueblo Awajún las normas tradicionales de estos grupos étnicos no concuerdan «con los preceptos constitucionales que garantizan la libertad y seguridad de las mujeres indígenas; las cuales en la práctica están indefensas ante delitos sexuales y otros maltratos en el derecho indígena» (Paredes, 2005, p. 45). Esto no quiere decir que la justicia ordinaria ofrezca una protección mejor. Es de conocimiento general que la justicia penal estatal en la práctica no protege a nadie, pero tampoco es recomendable remitir la defensa de mujeres y la persecución penal de abusos sexuales solo a instancias comunales. La idea de que la denuncia de una mujer indígena contra un violador de la comunidad sería rechazada por la policía con el argumento de que «no podemos protegerte porque perteneces a una etnia indígena» es no solo insostenible, sino también intolerable. Independientemente de la ley de coordinación, habría que priorizar el acceso a la justicia de personas «más desfavorecidos, quienes se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad, como las mujeres» y asegurar que «puedan ejercer sus derechos fundamentales ante el sistema estatal» (Ardito, 2011, p. 261).

Para la Comisión de Pueblos, el principio de la no discriminación también es el hilo conductor para la resolución de conflictos de competencia entre las jurisdicciones. Sin embargo, los métodos propuestos no parecen idóneos para lograr una solución. El artículo

11.1 del proyecto de Ley de Coordinación de la Comisión de Pueblos establece que estas controversias serán resueltas «mediante el diálogo de buena fe en reuniones de trato directo hasta llegar a un acuerdo» (Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR, p. 56). No está prevista una instancia de decisión en caso no se logre un acuerdo. Sin embargo, en conflictos sociales agravados, como por ejemplo en contiendas entre actores de una empresa extractiva y rondas campesinas por los derechos a la tierra, no se puede esperar que los representantes de los fuyos comunales involucrados y de la justicia ordinaria lleguen a una solución solo mediante un «diálogo de buena fe» y la intervención de facilitadores y asesores. Lograr un acuerdo es especialmente difícil si las rondas son partes del conflicto y también actores de la jurisdicción comunal.

En estas situaciones habría que prever una instancia intercultural de decisión a nivel de los distritos judiciales. En tal sentido, se recomienda la creación de «Comités Distritales de Justicia Intercultural», compuestos por magistrados y representantes de comunidades en condición de escabinos o jueces ciudadanos (Brandt, 2010). Estos comités interjurisdiccionales tendrían funciones de intercambio entre los actores de los sistemas judiciales sobre problemas de competencia, la vigencia y la aplicación de normas, así como sobre la colaboración y el mutuo apoyo de las instancias jurisdiccionales. Además, serían los órganos competentes para pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra resoluciones de los fuyos comunales. El Comité llevaría a cabo sus actividades a solicitud de una parte del conflicto o a pedido del representante de uno de los fuyos. La ventaja de una instancia de esta índole sería (1) que se evitaría el estancamiento de juicios por la falta de acuerdos entre las jurisdicciones, (2) que la instancia sería compuesta por representantes de los diferentes sistemas de derecho y que ambas perspectivas convergerían en la resolución, (3) que los integrantes de estos fuyos interculturales a nivel regional no estarían involucrados directamente en las controversias que son materia del juicio y (4) que se podría desarrollar reglas generales para solucionar tales conflictos mediante una jurisprudencia.

Un gran problema del nuevo dualismo de jurisdicciones y de la separación sistemática de las funciones jurisdiccionales es la protección de los derechos individuales. Aquí se muestra una deficiencia grave del sistema propuesto. La Comisión de Pueblos quiere reforzar los derechos colectivos de las comunidades y rondas campesinas, es decir, de las autoridades, pero al mismo tiempo reduce los derechos de los individuos. Según el proyecto legal, los comuneros no tienen el derecho de escoger el fuyo para dirimir sus problemas legales. Hasta el momento tienen la facultad de acudir ante instancias comunales y estatales y escogen la instancia que les parece más idónea para la solución de sus problemas: se dirigen en los mismos asuntos al juez de paz (no letrado), al teniente

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA
COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

gobernador, a los dirigentes de la comunidad, a la ronda campesina o a la Defensoría Comunitaria (en casos de violencia familiar), por un lado, o a la Policía, a la Fiscalía o a la justicia ordinaria, por el otro lado. Este *forum shopping* es usual en el campo y corresponde a la intensificada integración de los campesinos e indígenas en la sociedad mayoritaria. Se ha dicho que el derecho a la selección del fuero debilitaría la jurisdicción comunal, pero no hay que olvidar que la vía judicial ordinaria sirve hasta la fecha como recurso legal contra decisiones injustas de la justicia comunal. Mientras que los litigantes y los acusados en el sistema estatal siempre tienen remedios contra sentencias que les parecen injustificados, luego de la repartición del sistema nacional de justicia en una vía ordinaria y otra indígena, las partes sometidas a la justicia comunitaria no tendrán ningún remedio de queja o impugnación contra las decisiones comunales de acuerdo con el diseño normativo de la Comisión de Pueblos. Perderán un derecho individual que hasta ahora todos los ciudadanos peruanos tienen. Conforme con Ardito, «la autonomía, sin ningún elemento de control posterior, contribuye a que se generen injusticias y a que los propios grupos se debiliten y pierdan legitimidad» (Ardito, 2011, p. 186). Se puede objetar que las decisiones de la justicia comunitaria son impugnables en la jurisdicción constitucional si violan derechos humanos (Dictamen 01-2013-2014/CPAAAEE-CR, art. 5, p. 54). Pero se plantea el siguiente interrogante: «¿cómo se puede defender contra la vulneración de aquellos derechos (“simples”) que todavía no significan una lesión de derechos humanos? El principio de la maximización de la autonomía de la jurisdicción indígena no debería fortalecer a una instancia comunitaria única que actúa sin control de parte de una instancia ajena de la comunidad» (Brandt, 2013, p. 358).

A pesar de los alcances de la justicia comunitaria, descritos en el primer apartado, no deberíamos idealizarla. Como en cualquier jurisdicción, ocurren también en la justicia comunal abusos e injusticias. En el estudio, se ha revelado que los valores y las normas vigentes en las comunidades están cambiando. Esta transformación genera conflictos. Hemos encontrado «una tendencia hacia una diferenciación de valores e intereses en la comunidad. No se puede descartar el peligro de que un grupo mayoritario domine sobre los demás. En este caso se plantea el problema como proteger a individuos contra decisiones totalitarias. No es un problema usual pero tampoco irreal» (Brandt, 2013, pp. 355-356). ¿Qué ocurre si las autoridades no intervienen en casos de violación sexual o violencia familiar o si no protegen a las víctimas? Un caso emblemático ilustra esta problemática. En Yanaoca, la capital de la provincia de Canas (Cusco), 400 mujeres de la comunidad Hampatura y comunidades vecinas entregaron entre el 19 y 20 de noviembre de 2012 al fiscal y a la policía a «un individuo que durante años había

maltratado frecuentemente a su mujer y sus hijos» (p. 362). De acuerdo con el dictamen de la Comisión de Pueblos, la denuncia penal contra el individuo no procedería por la competencia de la otra vía judicial de los fueros comunales. En consecuencia, la policía, el fiscal o el juez tendrían que remitir el asunto a las instancias comunales, pero en este caso se ha demostrado que las instancias comunales no fueron capaces de proteger a la familia y solucionar el conflicto. La afectada tendría que tener el derecho a un remedio contra la actuación de instancias comunales. Negarle este derecho significaría una discriminación que ni la víctima ni las comuneras denunciantes entenderían.

Todavía no existe una discusión en el Perú [...] sobre la necesidad de una segunda instancia de la justicia comunitaria a pesar del Art. 14 N.º 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce a «toda persona declarada culpable de un delito» el derecho de someter el fallo condenatorio ante un tribunal superior. Las leyes de coordinación entre los dos sistemas de justicia no deberían privar a los campesinos e indígenas de este derecho fundamental (Brandt, 2013, p. 358).

La posición purista se enfoca principalmente en la dislocación sistemática de las jurisdicciones, pero pierde de vista el derecho a la tutela judicial de las comuneras y los comuneros. Gitlitz advierte que «en nuestro deseo paternalista de proteger la diferencia, se corre el riesgo de conformar un nuevo tipo de marginación, creando una ciudadanía de segunda clase, un equivalente a la “república de indios” de la época colonial en pleno siglo XXI. Al mismo tiempo, conceder una amplia discrecionalidad a una “jurisdicción especial” conlleva el riesgo de debilitar al sistema judicial, cuyo problema fundamental ya es su debilidad» (2013, p. 308).

La solución aquí propuesta son los mencionados «Comités Distritales de Justicia Intercultural», compuestos por representantes de ambos sistemas. Estos fueros podrían asumir la función de atender quejas o apelaciones contra decisiones comunales. La corrección de una decisión arbitraria o injusta de una comunidad por esta instancia intercultural es ciertamente una intromisión en la autonomía de la comunidad, pero la independencia de la jurisdicción especial no significa el derecho a la arbitrariedad. Las decisiones comunales no deben vulnerar las normas del derecho propio. Si el fuero intercultural llega a la conclusión de que la decisión comunal debería ser derogada o modificada, siguiendo el derecho propio de la comunidad, no se trata de una intromisión injustificada o una discriminación.

IV. Los retos de la tarea legislativa

El dictamen de la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia que se aprobó en la Comisión de Pueblos en 2013 no llegó a ser debatido por

el Pleno del último Congreso hasta julio de 2016. El nuevo Congreso tendría que culminar este trabajo. Esta labor puede basarse en los valiosos antecedentes ya elaborados:

- En cuanto a las definiciones y principios, así como a los medios y formas de coordinación, la coordinación con la Justicia de Paz, la declinación de competencia por razones de complejidad técnica o cultural del caso y los actos y diligencias de cooperación, se puede utilizar literalmente los artículos correspondientes del dictamen de la Comisión de Pueblos de 2013.
- La definición de la competencia por materias está —a mi entender— mejor desarrollada en el proyecto de ley del Poder Judicial.

A tal intención responde el nuevo proyecto «Ley de Desarrollo del Artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que regula la Coordinación Intercultural de la Justicia» (Proyecto de Ley 773/2016-CR), que el congresista Gino Costa Santolalla (miembro del partido Peruanos por el Cambio [PPK]) conjuntamente con otros parlamentarios del Frente Amplio, de la Alianza para el Progreso y de Acción Popular ha puesto a consideración del Congreso el 14 de diciembre de 2016. El proyecto se basa, en gran medida, literalmente en el mencionado dictamen, aprobado por la Comisión de Pueblos en noviembre de 2013, que a su vez se fundamenta en la mencionada propuesta del Poder Judicial.

En el nuevo proyecto multipartidario fueron incorporadas algunas recomendaciones discutidas aquí. En cuanto a las competencias materiales de los fueros comunales, se ha excluido ahora los delitos de homicidio (Código Penal, artículos 106 y 113) y de violación de la libertad sexual (artículos 170 y 177), los cuales, de acuerdo con el artículo 10 del nuevo proyecto de ley, serán competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. En síntesis, se ha perfeccionado las propuestas anteriores, concretizando y precisando principios generales y normas sobre la competencia.

Sin embargo, queda alguna inquietud ya discutida. También en el nuevo proyecto de ley se ignora la necesidad de la protección de derechos individuales de los campesinos e indígenas contra abusos y decisiones injustas de la justicia comunitaria (si no constituyen una vulneración de derechos humanos). Por esta razón propongo, como elemento nuevo, la creación de Comités Distritales de Justicia Intercultural a nivel de los distritos judiciales. Estos serían órganos de recurso contra decisiones u omisiones de la justicia comunitaria e instancias de decisión en conflictos de competencias, si «el diálogo de buena fe» entre los representantes de los sistemas judiciales, previsto para estos casos en el artículo 11

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA

COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

del nuevo proyecto, no prospera. Esta instancia sería, por lo tanto, la autoridad decisoria en los siguientes casos:

- en conflictos que involucren personas que no pertenecen a la comunidad, compete al Comité Distrital Intercultural determinar el fuero competente, si los implicados no quieren someterse a la jurisdicción comunal;
- en todos los conflictos de competencia entre órganos de la jurisdicción comunal u ordinaria, el Comité Distrital Intercultural dispone sobre la vía judicial, si en la fase preliminar de diálogo no se logra un consenso;
- en recursos contra actos, resoluciones y el incumplimiento de responsabilidades judiciales de las instancias comunales en casos de infracciones menores que no constituyen violaciones de derechos humanos (en este último caso procede el recurso constitucional) (Proyecto de Ley 00773/2016-CR, artículo 4).

El fuero debería ser compuesto por un vocal de la Corte Superior y dos representantes de comunidades y rondas campesinas en condición de jueces ciudadanos (Brandt, 2010). El vocal asumiría la función del presidente que organiza la tramitación de las causas. En cuanto a las deliberaciones y decisiones, el presidente sería solo el «*primus inter pares*», con un voto con el mismo valor que el de los demás integrantes. Por lo tanto, los jueces ciudadanos podrían vencer por mayoría de votos al presidente. Contra las resoluciones de esta instancia procedería solo el recurso constitucional.

El proyecto de ley debería pasar por el procedimiento de la Ley de Consulta Previa de 2011. Es muy probable que se produzca un debate controvertido entre representantes de las opiniones divergentes presentadas aquí. Es de esperarse que tengan lugar enfrentamientos pertinentes, pero también campañas emocionales basadas en informaciones falsas. Por ejemplo, en Puno dirigentes de rondas campesinas programaron para el 1 de mayo de 2017 un paro preventivo a nivel nacional de 24 horas en contra de la ley, actualmente discutida en el Congreso, porque «atentaría contra las Rondas Campesinas» («Puno: programan paralización», 2017). Edgar Huacca, exdirigente de las rondas campesinas en la provincia de El Collao, señaló que «Lo más preocupante para las rondas campesinas... es si una vez que esa Ley se apruebe, estaremos sujetos, subordinados por el Poder Judicial, Ministerio Público, peor aún habrá una persecución contra los dirigentes de las rondas campesinas» («Puno: programan paralización», 2017). El Congreso tendría que enfrentar la desinformación con un amplio programa de difusión en el que se presenten los diversos aspectos disputados con el objetivo de que los consultados puedan formarse una opinión propia. De este proceso sociopolítico «ni las autoridades

indígenas, ni las organizaciones, ni los operadores oficiales de justicia, ni las comunidades indígenas se puedan sustraer» (Ariza, 2010, p. 39). Sin embargo, el proyecto no solo debería satisfacer a las nocións de justicia de los campesinos e indígenas. La propuesta normativa tendría que corresponder también a las convicciones jurídicas compartidas en la sociedad mayoritaria. En caso contrario, el proyecto de ley nunca recibiría una mayoría parlamentaria. La gran tarea de las comisiones del Congreso ahora es elaborar, sobre la base de los antecedentes, un proyecto equilibrado que no pase por alto la construcción de un dualismo de jurisdicciones, sino que tome en consideración que las personas sometidas a esta jurisdicción gocen de los mismos derechos que todo el resto de ciudadanos. Reforzar los derechos colectivos, ejercidos por las autoridades comunales, no debería conducir a la privación de derechos individuales por el solo hecho de pertenecer a una etnia campesina o indígena.

REFERENCIAS

- Ardito, W. (2011). *La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales*. Lima: Poder Judicial.
- Ariza, R. (2010). *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Baltazar, R. C. (2009). La justicia indígena en el Ecuador. En C. Espinosa & D. Caicedo (eds.), *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales* (pp. 451-472). Quito: Ministerio de Justicia.
- Basadre, J. (1937). *Historia del derecho peruano: Nocións generales; Época prehispánica; Fuentes de la época colonial* (vol. 1). Lima: Antena.
- Bazán, J. F. (2015, 11 de septiembre). Poder Judicial: los protocolos interculturales. *Poder Judicial del Perú, Corte Superior de Justicia de Cajamarca, El Búho de Atenea*. Recuperado de <http://cdn7.larepublica.pe/sites/default/files/pdf/gaceta-judic/2015/09/11/Gaceta%20Judicial-702766-cj110915.pdf>
- Brandt, H.-J. & Franco, R. (comps.) (2006). *El tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades* (Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador 1). Lima: Instituto de Defensa Legal. Recuperado de <http://www.brandt-hm.de/publicaciones.html>
- Brandt, H.-J. & Franco, R. (comps.) (2007). *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria: Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú* (Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador 2). Lima: Instituto de Defensa Legal. Recuperado de <http://www.brandt-hm.de/publicaciones.html>
- Brandt, H.-J. (2010). *Participación ciudadana en la justicia penal: ¿Democratización o adorno inútil de los tribunales?* Lima: Fundación Hanns Seidel. Recuperado de <http://www.brandt-hm.de/publicaciones.html>

Brandt, H.-J. (ed.) (2013). *Cambios en la justicia comunitaria y factores de influencia* (Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador 9). Lima: Instituto de Defensa Legal. Recuperado de <http://www.brandt-hm.de/publicaciones.html>

Brandt, H.-J. (2016). *Indigene Justiz im Konflikt: Konfliktlösungssysteme, Rechtspluralismus und Normenwandel in Peru und Ecuador*. Baden-Baden: Nomos.

Cárdenas: La Ley de Deslinde Jurisdiccional es racista (2016, 16 de marzo). *Periódico Digital ERBOL*. Recuperado de http://www.erbol.com.bo/noticia/indigenas/16032016/cardenas_la_ley_de_deslinde_jurisdiccional_es_racista

Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú [CUNARC] (2015, 20-21 de febrero). Conclusiones y Acuerdos de la I Asamblea Nacional de Delegados y Delegadas de las Rondas Campesinas del Perú. Lima. Recuperado de http://cunarcperu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=794:conclusiones-y-acuerdos-de-la-asamblea-nacional-de-delegados&catid=1:latest-news&Itemid=1

Conaie se declara en desobediencia por resolución de CC sobre justicia indígena (2014, 04 de agosto). *El Universo*. Recuperado de <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/04/nota/3321746/conaie-se-declara-desobediencia-resolucion-cc-sobre-justicia>

Cunow, H. (1937). *Geschichte und Kultur des Inkareichs: Ein Beitrag zur Kulturgeschichte Altamerikas*. Ámsterdam: Elsevier.

Defensoría del Pueblo (2016, junio). *Reporte de Conflictos Sociales* 148. Recuperado de <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-de-conflictos-sociales-148-junio-2.pdf>

Degregori, C. I. (2000). Panorama de la antropología en el Perú. En C. I. Degregori (ed.), *No hay país más diverso: Compendio de antropología peruana* (pp. 20-73). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Gitlitz, J. S. (2013). *Administrando justicia al margen del Estado: Las Rondas Campesinas de Cajamarca*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Höming, D. & Wolff, H. A. (eds.). (2016). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar* (11a ed.). Baden-Baden: Nomos.

Kingreen, Th. & Poscher, R. (2016). *Grundrechte, Staatsrecht II* (32a ed.). Heidelberg: C.F. Müller, 2016.

La Rosa, J. & Ruiz, J. C. (eds.). (2010). *La facultad jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

La Rosa, J. & Levaggi, R. (2013). *Hacia una ley de coordinación para la justicia: Debates en torno a una propuesta de desarrollo del artículo 149 de la Constitución* (Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador 5). Lima: Instituto de Defensa Legal.

Llasag, R. (2006). Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2, 749-759. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30325/27372>

Mejía, M. (2015, 20 de septiembre). Tremenda desconfianza: opinión ciudadana sobre instituciones. *El Comercio*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/tremenda-desconfianza-opinion-ciudadana-sobre-instituciones-noticia-1842421>

Murra, J. V. (2002). *El mundo andino, población, medio ambiente y economía*. Lima: Fondo Editorial PUCP / Instituto de Estudios Peruanos.

Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena [ONAJUP] (2013). Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia; Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos. En *Colección Documentos de Política n.º 3, Área Justicia*. Recuperado de http://sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1396262790-Protocolo_Peru_Actuacion_procesos%20judiciales_comuneros_ronderos.pdf

Paredes, S. (2005). *Invisibles entre sus árboles: Derechos humanos de las mujeres indígenas amazónicas en el Perú; El caso de las aguarunas, asháninkas y shipibas*. Lima: Flora Tristán.

Piura: Rondas Campesinas detienen y entregan a acusado de homicidio (2015, 4 de junio). *Correo* (Piura). Recuperado de <http://diariocorreo.pe/edicion/piura/piura-rondas-campesinas-detienen-y-entregan-a-acusado-de-homicidio-592442/>

Puno: Programan paralización para el 01 de mayo, ante Ley que atentaría contra las rondas campesinas (2017, 02 de abril). *Onda Azul*. Recuperado de <http://www.radioondaazul.com/puno-programan-paralizacion-para-el-01-de-mayo-ante-ley-que-atentaria-contra-las-rondas-campesinas-67121.html>

Puno: Rondas Campesinas de Carabaya investigan macabros asesinatos (2015, 28 de agosto). *PPP Noticias*. Recuperado de <http://rpp.pe/peru/actualidad/puno-rondas-campesinas-de-carabaya-investigan-macabros-asesinatos-noticia-831025>

Santos, B. S. (1987). Law: A map of misreading; Toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302. doi: 10.2307/1410186

Santos, B. S. (2012). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. S. Santos & J. L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 11-48). Quito: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburg.

Se eliminará el artículo que impedía a las rondas campesinas impartir justicia (2015, 19 de junio). *La República*. Recuperado de <http://larepublica.pe/politica/9011-se-eliminara-el-articulo-que-impedia-las-rondas-campesinas-impartir-justicia>

Serrano, V. (coord.) (2005). *Panorámica del derecho indígena ecuatoriano*. Quito: Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador / Banco Mundial / Centro Ecuatoriano de Desarrollo de la Comunidad.

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA

COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

Von Münch, I. & Kunig, P. (eds.) (2000). *Grundgesetz-Kommentar, Band 1*. Múnich: C.H. Beck.

Yrigoyen, R. (1999). Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Recuperado de <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>

Yrigoyen, R. (2004, junio). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, 30, 171-195. Recuperado de www.cejamerica.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrodr030-06.pdf

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116, Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (13 de noviembre de 2009). Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Jurisp/2010/Enero/08/AP-1-2009-CJ-116.pdf>

Ananias Narvaez c. la directiva del Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo [proceso de tutela], T-254/94 (Corte Constitucional [Colombia], 30 de mayo de 1994).

C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo [OIT] (27 de junio de 1989).

Carta CONFIEP PRE-011-2014, Lima (29 de enero de 2014).

Constitución Política del Perú (1993).

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, C-139/96 (Corte Constitucional [Colombia], 9 de abril de 1996).

Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR, Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República [Perú] (19 de noviembre de 2013).

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 2, 266 (285).

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 30, 24.

Fernando Cantuarias Salaverry c. Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima [hábeas corpus], 06167-2005-HC, (Tribunal Constitucional [Perú], 28 de febrero de 2006).

Fiscal de la Nación c. determinados extremos de los artículos de la Ley 28665 [acción de inconstitucionalidad], 00004-2006-AI (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de marzo de 2006).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Constitución, Alemania].

Indira Milena Mendiola Montero c. el Consejo de Mayores, y el Cabildo Gobernador de la Organización Indígena Kankuama [acción de tutela], T-903/09 (Corte Constitucional [Colombia], 4 de diciembre de 2009).

Olivo Pallo, Víctor Manuel c. Decisiones de justicia indígena [Caso 0731-10-EP; acción extraordinaria de protección], 113-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 30 de julio de 2014).

Proyecto de Ley 00773/2016-CR, Ley de Desarrollo del Artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que regula la Coordinación Intercultural de la Justicia (14 de diciembre de 2016).

Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia, Resolución administrativa 103-2011-SP-CS-PJ (Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de septiembre de 2011).

Recurso de nulidad 975-04, (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 1ra Sala Suprema Penal Transitoria [Ex-SPT], San Martín, 9 de junio de 2004). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0508230049942cb5a8a6f9cc4f0b1cf5/Inst+N+2002-0122.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0508230049942cb5a8a6f9cc4f0b1cf5>

Recibido: 21/11/2016
Aprobado: 22/04/2017

LA JUSTICIA
COMUNITARIA Y
LA LUCHA POR
UNA LEY DE
COORDINACIÓN
DE LA JUSTICIA

COMMUNITARIAN
JUSTICE AND THE
STRUGGLE FOR
A LAW, WHICH
REGULATES THE
COORDINATION
OF THE JUDICIAL
SYSTEMS

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹

Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Fernández Sessarego, Carlos
Llerena Quevedo, José Rogelio
Montoya Anguerry, Carlos Luis

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Albán Peralta, Walter Jorge
Arce Ortíz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Jorge
Avendaño Valdez, Juan Luis
Bernalles Ballesteros, Enrique Martín
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordóñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
De Trazegnies Granda, Fernando
Delgado Barreto, César Augusto
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de mayo de 2017.

250

Forno Flórez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guevara Gil, Jorge Armando
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Lovatón Palacios, Miguel David
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
Neves Mujica, Javier
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl
Ramos Núñez, Carlos Augusto
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salas Sánchez, Julio Moisés
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Viale Salazar, Fausto David
Villanueva Flores, María del Rocío

- Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villavicencio Terreros, Felipe Andrés
Zegarra Valdivia, Diego Hernando
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
- Asociados**
- Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairo Roldán, José Omar
Caro Coria, Dino Carlos
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
García Granara, Fernando Alberto
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio

Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Hilario, Leysser Luggi
Luna-Victoria León, César Alfonso
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Matheus López, Carlos Alberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Godo, Juan Eulogio
Morales Hervías, Rómulo Martín
Oré Guardia, Arsenio
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Pinto Oliveros, Sheraldine
Revilla Vergara, Ana Teresa
Ruda Santolaria, Juan José
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Urteaga Crovetto, Patricia
Valega García, César Manuel
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Vinatea Recoba, Luis Manuel

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Apolín Meza, Dante Ludwing
Barboza Beraun, Eduardo
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Barletta Villarán, María Consuelo
Bermúdez Valdivia, Violeta
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth

Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Canessa Montejío, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Silva, Ángel Guillermo
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
Gamio Aita, Pedro Fernando
García Chávarri, Magno Abraham
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mejorada Chauca, Omar Martín
Montoya Stahl, Alfonso
Ochoa Cardich, César Augusto
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Ortiz Sánchez, John Iván

Patrón Salinas, Carlos Alberto
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Vela ochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villagra Cayamana, Renée Antonieta
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESÚMEN (*Abstract*): texto breve en el idioma del artículo e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre doscientas y cuatrocientas palabras).

- **CONTENIDO:** se consignará en el idioma del artículo e inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- **PALABRAS CLAVE (*key words*):** en el idioma del artículo e inglés (mínimo de 5, máximo 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, debe ser ello precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7 000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las citas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto, y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Citas Bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben ser actualizadas, relevantes, elaboradas con la información necesaria, sin omitir alguna referencia relevante para el estudio y cumpliendo escrupulosamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del Estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la sexta edición del Manual de Estilo APA.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada en el cuerpo del texto.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: www.pucp.edu.pe/EduKtv

INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR THE *DERECHO PUCP* JOURNAL

I. Objective and policy of *Derecho PUCP* journal

Derecho PUCP journal publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

III. Form and Preparation of the articles

III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* journal have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

III.3. Characteristics of the articles

III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE: in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- CONTENT: It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- KEY WORDS: in the original language of the article and in English (minimum 5, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes. Size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlative organized in order of appearance.

III.3.3. Bibliographic footnotes

The bibliographic footnotes have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 6th edition of the APA Publication Manual.

That's why the bibliographic footnotes have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page (es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted on the body text.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: www.pucp.edu.pe/EduKtv

78 | AUTORES

STEFANO LIVA

CAMILO ZUFELATO

CARLOS GLAVE

DOMINGO RIVAROLA

FABIO NÚÑEZ DEL PRADO

LUIS ALFARO

JOSÉ ARRIETA

CRISTINA BLANCO

CHIARA MARINELLI

ISAAC BASAURE

HANS-JÜRGEN BRANDT



9770251342006 78