

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2009

Hecho el Depósito Legal: 218-5035
ISSN 1810-9934
Lima, diciembre de 2009

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos.

PRESENTACIÓN

Por momentos pareciera que vivimos en una sociedad que está “desasociada” con su propia realidad; que conoce, o alega conocer, los problemas que la aquejan y no obstante hace poco o nada por solucionarlos y que, al final del día, pareciera olvidarse a sí misma para poder dormir mejor. ¿Pero, podemos realmente condenarla? Después de todo, “chocar” con nuestra “realidad” es muchas veces duro y, lo que es peor, nos obliga a tomar una inesperada serie de nuevos compromisos y responsabilidades para poder adaptarnos y buscar, o a veces tentar, una nueva estabilidad.

Sin embargo, ¿no es nuestra obligación, como miembros de esta sociedad, hacerlo por aquellos que no pueden? Desde nuestra esquina, ¿puede el Derecho como ciencia y como herramienta ser ajeno a las problemáticas sociales que vivimos? Consideramos que la respuesta es evidente y que, por el contrario, el Derecho debe plantear soluciones y tratar de conciliar a nuestra sociedad con su inseparable, si bien alejada, realidad.

Es en esta línea de pensamiento que surgió la idea de hacer un número algo alejado de nuestra usual línea doctrinaria, que, dentro de un enfoque más bien multidisciplinario, tocara temas prácticos que consideramos reflejan trascendentes problemas y controversias actuales, y ofreciera al mismo tiempo opiniones variadas sobre éstos y sobre las oportunidades que se nos presentan ante los mismos.

*En este sentido, hemos apostado por un número diferente e innovador, compuesto no sólo por nuestros tradicionales artículos sino también por diversas **posturas encontradas** sobre temas tan importantes para nuestra situación nacional como lo son la informalidad, los regímenes laborales, la educación legal y el acceso a la justicia, entre otros. A través de estos “debates”, que tienen tanto de académicos como de prácticos, buscamos ofrecerle al lector la oportunidad de decidir por sí mismo qué supuestos problemas son realmente soluciones sociales, qué se debe cambiar y qué debería ser tomado como ejemplo a seguir en nuestras acciones futuras.*

Así también, hemos tratado de mirar hacia fuera, ganando de la experiencia extranjera con interesantes artículos de autores como Andre Hoekema, a quien tuvimos el gusto de conocer personalmente y quien estuvo involucrado en la elaboración del presente número, y Denis Brion. Como se puede desprender de estos artículos, si bien los problemas varían de lugar en lugar, podemos aprender mucho del acercamiento de otros a los mismos.

Es importante señalar que, sin perjuicio de la excelente calidad de su contenido, este número no intenta ser un análisis profundo de los problemas del Perú ni, mucho menos, una “guía práctica” para sus soluciones. Sin embargo, considero que todos aquellos que hemos sido parte, directa o indirectamente del mismo, esperamos que los artículos que aquí les presentamos los lleven a la reflexión y sirvan como punto de partida para futuras investigaciones y proyectos sobre nuestra “realidad” y sus implicancias. Si esto se da, nuestro esfuerzo será bien recompensado.

Como tema final, no quisiera terminar esta presentación sin agradecer a todos aquellos que, con su apoyo, esfuerzo y extraordinaria paciencia, han formado parte integral del planeamiento, contenido y publicación de este número. Cuando uno “choca” con la ya muchas veces mencionada “realidad”, no existe mejor manera de enfrentarla que con el consejo de los que vinieron antes y el apoyo de los que apuestan por lo mismo. Por todo esto, a los autores, consejeros, ex miembros y Asambleas, muchas gracias.

*Sin mucho más que añadir, los invito a “explorar” esta nueva **THEMIS-Revista de Derecho**, a entenderla, disfrutarla, y a ir más allá y utilizarla como un punto de partida para probarnos a nosotros mismo que “sociedad” y “realidad” pueden, y deben, complementarse.*

Lima, diciembre de 2009

LA DIRECTORA

JORGE AVENDAÑO ♦ FORSYTH & ARBE

ABOGADOS

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2008-2

CONSEJO DIRECTIVO

Andrea Domínguez Noriega (Proyección Académica)
María José Higuera Chicot (Contenido)
Francisco José Miranda Aguilar (Financiamiento)
Mónica Núñez Salas (Marketing)
Álvaro Palao Correa (Actualidad Jurídica)
María Gracia Sáenz González (Gestión)
Sebastián Soltan Salazar (Desarrollo Social)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Patricio Ato del Avellanal Carrera
Xavier Palao Carrera
Manuel Fabricio Privat Colla
Carla Rizo-Patrón Labarthe
Estefanía Shulca Romero

Contenido

Carlos Eduardo Cotera Solano
José María de la Jara Plaza
Claudia Isabel Lazarte Abarca
Nicolás Vassallo Burneo

Desarrollo Social

Juan Luis Balarezo Revilla
Gabriela García Arcia
Francisco Lira Miró Quesada
Manuel Ernesto Núñez Farfán
Rocío Yépez Minaya

Financiamiento

María Lucía Bellido Bertie

Carolina Chipollini Román
María Teresa Marroquín Manrique
Pilar Oliva Rocca
Milan Pejnovic Delgado
José Agustín Valencia-Dongo Medina

Gestión

Sergio Emilio Arellano Gonzáles
Alessandra Espino Beltrán
Eduardo Loret de Mola Ugarte
Deborah Woll Castañeda

Marketing

Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr
María Cristina Alva Noriega

Proyección Académica

Alberto de Belaunde de Cárdenas
Jorge Antonio Calle Brush
Andrea Morelli Ferreyros
Mariano Peró Mayandía

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Javier de Belaunde López de Romaña
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Francisco Eguiguren Praeli
Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest
Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores
y entrevistados en la presente edición.

Asociación Civil **THEMIS**
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themisderecho.org
<http://www.themisderecho.org>

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2009-1

CONSEJO DIRECTIVO

Andrea Domínguez Noriega (Proyección Académica)

María José Higuera Chicot (Contenido)

Francisco José Miranda Aguilar (Financiamiento)

Andrea Morelli Ferreyros (Marketing)

Pilar Oliva Rocca (Gestión)

Álvaro Palao Carrera (Actualidad Jurídica)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Patricio Ato del Avellanal Carrera

Jorge Antonio Calle Brush

Diego Ocampo Acuña

Xavier Palao Carrera

Manuel Fabricio Privat Colla

Contenido

Andrea Cadenas Cachay

José María de la Jara Plaza

Claudia Isabel Lazarte Abarca

Mariano Perú Mayandía

Nicolás Vassallo Burneo

Desarrollo Social

Juan Luis Balarezo Revilla

María del Carmen Bedoya Valdez

Deborah Woll Castañeda

Rocío Yépez Minaya

Financiamiento

Alejandra Llosa Parró

Eduardo Loret de Mola Ugarte

María Lucía Bellido Bertie

Carolina Chipollini Román

Milan Pejnovic Delgado

José Agustín Valencia-Dongo Medina

Gestión

Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr

Manuel Ernesto Núñez Farfán

Luis Andrés Schrader Mindreau

Estefanía Shulca Romero

Marketing

María Cristina Alva Noriega

Alessandra Espino Beltrán

Gabriela García Arcia

Alexandra Lelouch Loeb

Proyección Académica

Alberto de Belaunde de Cárdenas

Francisco Lira Miró Quesada

María Teresa Marroquín Manrique

Carla Rizo-Patrón Labarthe

Gloria Zubizarreta Rondón

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez

Javier de Belaunde López de Romaña

Guido Calabresi

Carlos Cárdenas Quirós

Robert D. Cooter

Francisco Eguiguren Praeli

Carlos Fernández Sessarego

Baldo Kresalja Rosselló

Elvira Méndez Chang

Juan Monroy Gálvez

Javier Neves Mujica

Richard A. Posner

George L. Priest

Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores
y entrevistados en la presente edición.

Asociación Civil **THEMIS**

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391

Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themisderecho.org

<http://www.themisderecho.org>



DUANY & KRESALJA

ESTUDIO DE ABOGADOS

ENLAZAMOS ARGUMENTOS

DANDO
SOLUCIONES



LIMA - PERÚ
www.duakre.com.pe

Concurso dirigido a todos los estudiantes de Derecho del Perú

DESAFÍO PRO BONO 2010



trasciende. concursa.

www.desafioprobono.org.pe



 **Desafío Pro Bono**
Premio a las vocaciones para el bien común
MIRANDA & AMADO ABOGADOS

 **MIRANDA & AMADO**
ABOGADOS

Inglés Jurídico ILEC - 2010



El curso está estructurado en cuatro módulos bimestrales de treinta horas, cada uno de los cuales revisa las principales áreas del Derecho Anglosajón. El curso en su totalidad, prepara al alumno, para rendir el prestigioso y reconocido International Legal English Certificate (ILEC) de Cambridge ESOL, administrado en exclusiva por IDIOMAS CATÓLICA.

Los módulos* y fechas a dictarse en el 2010, son los siguientes:

Mod. I	Mod. II
"Company Law" Matrícula abierta: desde el 12 de marzo Inicio: 6 de abril	"Contracts" Matrícula abierta: desde el 14 de mayo Inicio: 3 de junio
Mod. III	Mod. IV
"Employment & Property Law" Matrícula abierta: desde el 13 de julio Inicio: 5 de agosto	"Transactions & Competition Law" Matrícula abierta: desde el 15 de setiembre Inicio: 5 de octubre

*Cada módulo es independiente, de modo que el participante puede seguir cualquiera de ellos; ninguno constituye pre-requisito del otro.
Para mayores detalles, lo invitamos a visitar nuestra página web www.idiomas.pucp.edu.pe

Central Telefónica: 626-6500

 **PUCP**

**IDIOMAS
CATÓLICA**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

TEMA CENTRAL: DERECHO & REALIDAD

TRES PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS JURÍDICO

<i>Denis J. Brion</i>	7
Normas y valores del Análisis Económico del Derecho	
<i>Andre J. Hoekema</i>	19
Conflictos multiculturales y jueces nacionales: Una visión general	
<i>Eduardo Hernando Nieto</i>	33
¿Cómo ver al Derecho aquí y ahora?	

ANALIZANDO LA REALIDAD PERUANA

<i>Luis Hernández Berenguel versus Eduardo Sotelo Castañeda</i>	45
Informalidad y tributación: ¿Cuáles son las implicancias?	
<i>Shoschana Zusman Tinman versus Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze</i>	69
¿Cómo se debe enfocar la educación legal?	
<i>Mario Pasco Cosmópolis versus Javier Neves Mujica</i>	91
Régimen laboral de las MYPES: ¿Acierto o falla?	
<i>Giovanni Priori Posada versus Eugenia Ariano Deho</i>	103
Rechazo “in limine” de la demanda: ¿Limitando derechos?	
<i>Carlos Rivera Paz</i>	125
La lucha contra la corrupción en el Perú	
<i>David Lovatón Palacios y Lilia Ramírez Valdivia</i>	133
A cinco años de la CERIAJUS: La reforma judicial esquivada	
<i>Cristina Blanco Vizarreta</i>	143
Grupos armados y derechos humanos. Algunos apuntes acerca de los avances hacia la ampliación de la perspectiva estatocéntrica del Derecho Internacional	

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES PARA EL FUTURO

<i>Antonio Peña Jampa</i>	165
La educación legal, la informalidad y la reforma del Poder Judicial desde la perspectiva de las comunidades andinas	
<i>Gonzalo Gamio Gehri</i>	173
Ética, ciudadanía y derechos humanos	

MISCELÁNEAS

<i>Lucian A. Bebchuk y Richard A. Posner</i>	177
Contratos desequilibrados en mercados de consumo competitivos	
<i>Gustavo Rodríguez García</i>	185
¿Alguien tiene que ceder?: La registrabilidad de los lemas comerciales y su necesaria flexibilización	
<i>Luis Fernando Castellanos Sánchez</i>	199
Las mil y una noches del Derecho Concursal. Unos objetivos y principios de cuento	
<i>Luis Miguel Velarde Saffer</i>	227
La mal llamada "representación orgánica"	

INTERDISCIPLINARIAS

<i>José Antonio González Salgado</i>	235
El lenguaje jurídico del siglo XXI	

ENTREVISTAS

<i>Lawrence Lokken</i>	247
Interpretando la tributación internacional: Una mirada desde la perspectiva de los Estados Unidos de América	
<i>Walter Albán Peralta</i>	255
A los 90 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú	
<i>William E. Kovacic</i>	261
"Las agencias de competencia deben actuar como defensoras del valor del proceso competitivo"	

SMARTBoard™

pizarra interactiva

Extraordinariamente simple



Herramientas que mejoran la productividad en su empresa; mantenga la información al alcance de todos con la pantalla interactiva **SMARTBoard**.

Representante exclusivo en el Perú

toptechnologies

Telef: 01. 628 6080

www.toptechnologies.com.pe

www.smartboard.com.pe



60 años

Cuando la experiencia es creativa

¿Por qué un Estudio de abogados debe ser experimentado y creativo a la vez?

Porque la creatividad mejora cuando la experiencia la alimenta. Como ocurre con los artistas, los mejores abogados son los que encuentran soluciones (para sus clientes) en aquello que todos ven de la misma forma. Por eso es bueno tener de su lado un Estudio creativo. Mejor dicho: un Estudio que tenga experiencia siendo creativo.

EEA Estudio Echecopar
Abogados

NORMAS Y VALORES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

Denis J. Brion**

El Análisis Económico del Derecho, como herramienta jurídica, utiliza diversos conceptos económicos para proyectar el efecto de las leyes y la máxima eficiencia en su aplicación, a fin de obtener el mayor beneficio posible. Sin embargo, existen diversas corrientes al interior de esta construcción teórica, cada una con valores subyacentes distintos, los cuales son algunas veces considerados como contrapuestos.

En el presente artículo, el autor expone y analiza claramente el contenido de los valores prescriptivo y descriptivo que subyacen el discurso del Análisis Económico del Derecho, proponiendo una posición intermedia como solución al aparente conflicto entre ambas.

* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "Norms and Values in Law and Economics" en la Enciclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest. 2000. La traducción estuvo a cargo de Carlos Cotera y Gloria Zubizarreta, miembros de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado. Profesor de Derecho en la Escuela de Leyes de la Universidad de Washington y Lee.

I. DEFINICIÓN

El discurso del Análisis Económico del Derecho, como empresa intelectual y como práctica que ocurre en los procesos de la ley, es rico en valores. Para explorar la sustancia y la naturaleza de estos valores, comencemos con una definición estándar de la economía:

La economía es el estudio de cómo la gente y la sociedad terminan eligiendo, con o sin el uso del dinero, el empleo de recursos escasos que podrían tener usos alternativos, a fin de producir varias materias primas y distribuirlas para su consumo, ahora o en el futuro, entre varias personas y grupos en la sociedad. Analiza los costos y beneficios de mejorar los patrones de asignación de recursos¹.

Esta definición procede de asumir que los recursos son escasos, establece el foco analítico como la asignación de recursos a las actividades productivas y la distribución de la riqueza entre los miembros de la sociedad, y adopta la eficiencia en la asignación de recursos como criterio fundamental de la evaluación.

El Derecho se puede definir, en un sentido material, como el complejo de provisiones constitucionales, cuerpos de promulgaciones legislativas, tales como códigos y estatutos, y, particularmente en los sistemas del common law estructurados con una judicatura independiente, con el continuo desarrollo de la doctrina judicial.

Funcionalmente, la ley define el alcance, los poderes y las limitaciones de tales elementos del gobierno como las instituciones obligatorias de agencias públicas y define el campo permitido de relaciones entre personas jurídicas y entre las personas jurídicas y las entidades del gobierno.

Partiendo de estas definiciones, el Análisis Económico del Derecho es el uso de las técnicas analíticas y de los valores del análisis económico para la explicación o para la prescripción. En el reino de la explicación, es la empresa de desarrollo de modelos que, en términos económicos, explica los fenómenos de la actividad humana - las decisiones y las acciones en curso de las instituciones legales tales como cuerpos legislativos y el proceso judicial; y las prácticas tales como las interacciones le-

galmente permitidas de individuos. En el reino de la prescripción, el discurso del Análisis Económico del Derecho aboga por la aplicación de principios económicos en la toma de decisión de instituciones legales, tanto sustancial como procesal, y el uso de principios económicos en la formación del alcance permitido de interacciones entre personas jurídicas.

La discusión a seguir primero describirá los valores que son la base del discurso explicativo del Análisis Económico del Derecho y luego se describirán los valores que subyacen el discurso prescriptivo. Esta discusión revelará que el discurso del Análisis Económico del Derecho es una empresa sustancialmente heterogénea. Y es heterogénea porque los valores que son la base de ella no se resuelven en una unificada, mutua y consistente totalidad².

II. DISCURSO EXPLICATIVO

El discurso explicativo busca desarrollar modelos que expliquen, en términos económicos, cómo los seres humanos interactúan tanto afuera como adentro de instituciones políticas y sociales. Este discurso ha prestado considerable atención a la interacción entre individuos, y a la acción dentro de las instituciones públicas tales como el sistema judicial, los cuerpos legislativos y las entidades administrativas. En general, el enfoque analítico de estos modelos define al agente básico de la acción económica en términos de comprensión de la naturaleza humana del homo economicus - que el individuo es agente interesado en sí mismo, competitivo por naturaleza, que pretende alcanzar la maximización racional de la utilidad personal³.

Las primeras obras sobre el Análisis Económico del Derecho procedieron de asunciones del homo economicus para tratar los aspectos económicos de la interacción individual. *The Tragedy of the Commons*⁴ explicó el curso de actividad recurso-destructivo cuando un número de individuos tenían acceso a un recurso en las circunstancias en las cuales los derechos sobre dicho recurso estuvieron mal definidos. El análisis en *The Problem of Social Cost*, que vino ser conocido como el teorema de Coase, sostiene que, en la ausencia de costos de transacción, la asignación original de

¹ SAMUELSON, Paul A. "Economics". New York: McGraw-Hill. 1976. p. 3.

² RAKOFF, Todd. "Too many Theories". En: Michigan Law Review. 1996. pp. 1799-1809.

TREBILCOCK, Michael J. "The Limits of Freedom of Contract". Cambridge: Cambridge University Press. 1993.

³ COOTER, Robert D. y Thomas S. ULEN. "Law and Economics". Segunda Edición. Reading: MA Addison - Wesley. 1997.

⁴ HARDIN, Garret. "The Tragedy of Commons". En: Science. 1968. pp. 1243-1248.

los derechos no afecta a la asignación de recursos a la producción en circunstancias del conflicto en el uso de recurso⁵. Además de las asunciones básicas sobre la naturaleza humana, ambos análisis postularon que el criterio supremo de la evaluación de la interacción humana es la eficiencia, definida implícitamente como la asignación de recursos al uso más valioso en la producción. Y ambos análisis postulan, implícita o expresamente, que la definición anterior de un patrón de los derechos individuales a los recursos hace posible la acción del mercado que dirige la asignación de estos recursos hacia la eficiencia.

Otras primeras obras describen el juicio de conflictos privados en un sistema de *common law* como un proceso eficiente. Esto ocurre porque las partes de un conflicto tienen un incentivo para litigar las reglas doctrinales anteriores que son ineficientes, que a su vez tienden a inducir en la judicatura la sustitución de estas reglas por reglas eficientes. El resultado es una tendencia para la doctrina judicial sustancial de evolucionar hacia un cuerpo de reglas eficientes⁶.

El análisis del *public choice* toma como enfoque el proceso político y los procesos de instituciones gubernamentales⁷, caracterizándose como una empresa descriptiva, en lugar de normativa⁸. El análisis de *public choice* aplica el análisis económico a la toma de decisiones políticas, incluyendo las teorías del estado, las reglas electorales y el comportamiento de votación, la apatía, la política de partidos, la reciprocidad entre los políticos, la opción burocrática, el análisis de política, y regulación⁹. Un temprano análisis del *public choice* describe el proceso legislativo como un mercado para la acción política, en el cual los individuos, sean constituyentes o lobbystas, expresan su demanda

en términos de interés propio, y los legisladores suministran la acción política sobre el mismo criterio¹⁰. Otros trabajos analizan otros elementos del proceso político de la misma manera, tales como el voto general¹¹, la acción burocrática específica¹², y los procesos públicos del gobierno en general¹³.

La corriente principal del discurso descriptivo procede entonces de una pequeña cantidad de principios particulares. La naturaleza humana se postula en términos de interés propio, de un *homo economicus* maximizador de utilidades. El mercado se postula como el paradigma de la interacción humana, aunque el tema del intercambio sea bienes y servicios o acción pública. El criterio para la evaluación de la interacción humana es la eficiencia en la asignación de recursos a la actividad productiva. Y el modo general de análisis adopta el estático, equilibrado modelo de la microeconomía neoclásica, con una presunción tácita de una dotación relativamente fija de los recursos que se asignarán, y de la participación de los individuos en actividades del mercado con programas relativamente fijos, racionalmente ordenados y utilitarios¹⁴.

El análisis institucional toma un enfoque alternativo a la derivación de modelos para explicar la interacción humana, mirando a las instituciones en lugar de mercados como el entorno de la actividad¹⁵. Las instituciones son definidas como hábitos extensamente seguidos del pensamiento y las prácticas, que prevalecen en cualquier periodo dado¹⁶. Esta aproximación postula que la acción humana es relacional e interdependiente, en contraste con el carácter atomista de la acción humana en el modelo neoclásico del mercado¹⁷. Hay una retroalimentación mutua entre la acción

⁵ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: Journal of Law and Economics. 1960. pp. 1-44.

⁶ GOODMAN, John C. "An Economic Theory of the Evolution of Common Law". En: Journal of Legal Studies. 1978. pp. 393-406.

LANDES, William y Richard POSNER. "The Economic Structure of Tort Law". Cambridge: MA, Harvard University Press. 1987.

PRIEST, George. "The Common Law Process and the Selection of Efficient Legal Rules". En: Journal of Legal Studies. 1977. pp. 65-82.

RUBIN, Paul. "Why is the Common Law Efficient?". En: Journal of Legal Studies. pp. 51-63.

⁷ FARBER, Daniel y Philip FRICKEY. "Law and Public Choice: A Critical Introduction". Chicago: University of Chicago Press. 1991.

⁸ BRENNAN, Geoffrey y James BUCHANAN. "Is Public Choice Immoral? The case for the Nobel Lie". En: Virginia Law Review. 1988. pp. 179-189.

⁹ MERCURO, Nicholas y Steven G. MEDEMA. "Economics and the Law: From Posner to Postmodernism". Princeton: Princeton University Press. 1997. pp. 84.

¹⁰ DOWNS, Anthony. "An Economic Theory of Democracy". New York: Harper and Row. 1957.

BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. "The calculus of consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy". Ann Arbor: University of Michigan Press. 1962.

¹¹ BLACK, Duncan. "The Theory of Committees and Elections". Cambridge: Cambridge University Press. 1958.

¹² NISKANEN, William. "Bureaucracy and Representative Government". Chicago: Atherton. 1971.

¹³ BARTLETT, Randall. "The Economic Foundations of Political Power". New York: NY, Free Press. 1973.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce. "Constitutional Politics Constitutional Law". En: Yale Law Journal. pp. 453-547.

¹⁵ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: Journal of Law and Economics. 1960. pp. 1-44.

¹⁶ VEBLEN, Thorstein. "The Theory of the Leisure Class". New York: Mac Millan. 1899.

¹⁷ SCHMID, Allan. "Law and Economics: An Institutional Perspective in Mercurio, Nicholas (ed.) Law and Economics". Boston: Kluwer Academic Publishers. pp. 57-85.

económica y las instituciones, con cada uno formando la naturaleza de la otra; así, en contraste con el modelo neoclásico que postula un proceso que se mueve hacia el equilibrio, el análisis institucional postula un proceso de evolución en curso¹⁸. Describe la acción económica en términos de conflicto en lugar de en términos de cooperación resultante, que es descrita como la consecuencia de la acción dentro de un modelo de mercado; y las instituciones son entendidas como los medios para controlar este conflicto inherente¹⁹. El criterio de la evaluación es la eficacia de instituciones en la minimización de costos de transacción inherentes en la acción económica, sirviendo de tal modo para maximizar la riqueza²⁰.

III. DISCURSO PRESCRIPTIVO

El contenido sustancial de los materiales de la ley - provisiones constitucionales, promulgaciones legislativas y doctrina judicial - es un foco principal del discurso prescriptivo del Análisis Económico del Derecho. Este aspecto del discurso intenta prescribir la base sustantiva para las decisiones realizadas en procesos legales, particularmente en el proceso judicial. Este discurso presenta diversos conjuntos de valores subyacentes. Tres de éstos se tienden en la corriente principal del discurso prescriptivo; otros proveen menores, aunque sustanciales, temas en el flujo de discurso.

En una comprensión general, el discurso del Análisis Económico del Derecho se identifica con lo que ha sido denominada la Escuela de Chicago²¹. El análisis de la escuela de Chicago no es, sin embargo, homogéneo, tanto en términos de prescripciones que ofrece o en términos de sus valores subyacentes. Un elemento importante de la Escuela de Chicago procede de un sistema particular de principios - la propiedad privada es un derecho que emerge espontáneamente de interacciones

entre individuos porque la cooperación tiende a incrementar el bienestar individual²². Así, la propiedad privada ocupa una posición suprema en el esquema de valores sociales; el método preferido para la asignación de recursos es el mercado libre de bienes y servicios; el rol del Estado es llevado al mínimo, principalmente, la protección de las derechos antecedentes; la distribución de la riqueza es determinada según cualidades individuales; y el criterio principal de evaluación es la eficiencia de Pareto²³.

De acuerdo a este enfoque, el derecho individual a la propiedad debe ser tener la máxima protección frente a la usurpación de otros individuos, y la acción gubernamental que erosiona su uso-valor puede ocurrir solamente con una compensación total²⁴. En la ley sobre responsabilidad civil, el elemento básico de la responsabilidad es la protección liberal basada en el derecho a la integridad corporal²⁵. En las leyes de los negocios, las leyes clásicas de contratos se aplican - la libertad amplia de enajenación, un estricto *enforcement* contra el incumplimiento del contrato, y mínima participación judicial en los términos sustanciales de contrato²⁶.

Los apoyos filosóficos de este enfoque son capturados por el concepto de Roberto Nozick del estado del *night watchman*²⁷. Este enfoque se basa en los valores del individualismo. La autonomía del individuo es el máximo valor político y social. Por naturaleza, los seres humanos buscan maximizar su bienestar individual y no pueden ser cambiados de una manera fundamental por la acción de instituciones coercitivas. Los recursos económicos son una fuente de riqueza de muchos, a ser desarrollados en el proceso de ensayo y del error de la acción individual. El acuerdo social óptimo establece la máxima libertad de la acción individual; y las instituciones públicas son correctamente confina-

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 107.

²⁰ COASE, Ronald. "The Firm, The Market and The Law". Chicago: University of Chicago Press. 1988.

²¹ MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 51-83.

²² BENSON, Bruce. "The Impetus for Recognizing Private Property and Adopting Ethical Behavior in a Market Economy: Natural Law, Government Law or Evolving Self-Interest". En: Review of Austrian Economics. 1993. pp. 43-80.

²³ MALLOY, Robin Paul. "Law and Economics: A comparative Approach to Theory and Practice". St. Paul: West Publishing Company. 1990. pp. 86-92.

²⁴ EPSTEIN, Richard. "Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain". Cambridge: MA, Harvard University Press. 1985.

²⁵ COOTER, Robert D. "Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An essay on Causation". Chicago: Kent Law Review. 1987. pp.522-551.

COOTER, Robert D. "Liberty, Efficiency and Law". En: Law and Contemporary Problems. 1987. pp. 141-163. COOTER, Robert D. "Justice at the Confluence of Law and Economics". En: Social Justice Research. 1987. pp. 67 y siguientes.

²⁶ CAMPBELL, David. "The Relational Constitution of the Discrete Contract. En: CAMPBELL, David y Peter VINCENT JONES. "Contract and Economic Organisation: Socio-legal Initiatives". Dartmouth: Aldershot. 1996. pp. 40-66.

GRAY, John. "Contractarian Method, Private Property and the Market Economy". En: CHAMPMAN, John y Roland PENNOCK J. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 13-58.

²⁷ NOZICK, Robert. "Anarchy, State and Utopia". New York: Basic Books. 1974.

EPSTEIN, Richard. "Simple Rules for a Complex World". Cambridge MA: Harvard University Press. 1995.

²⁸ THOMPSON, Michael et al. "Cultural Theory". Boulder: CO, Westview Press.1990.

das a la función de la protección de la autonomía individual²⁸.

Un diverso elemento del análisis de la Escuela de Chicago proviene de un diverso sistema de principios - postula la maximización social agregada de la riqueza como el bien más alto; rechaza el concepto de los derechos naturales o inherentes; aprueba la acción del mercado como valor de segundo orden que sirva a la meta fundamental de la maximización de la riqueza social agregada; y adopta el análisis de costes y beneficios como la técnica analítica básica²⁹. Este enfoque se identifica cercanamente con el trabajo de Richard Posner³⁰. Las instituciones colectivas, públicas (gubernamentales) y privadas (empresas capitalistas en gran escala) tienen un rol sustancial en el alcance de la maximización de la riqueza. Los derechos sobre los recursos son contingentes, en vez de un derecho protegido del titular individual; así, los recursos deben ser dirigidos, sea por la acción del mercado o por la acción sobreviniente de instituciones colectivas, al usuario más productivo³¹. La función del proceso judicial, bajo este enfoque, es imitar al mercado en la resolución de conflictos³². En consecuencia, el patrón de la distribución de la riqueza es analíticamente irrelevante.

Así, en la ley de responsabilidad civil, la base de la responsabilidad es la minimización de los costos asociados con los casos de daño³³. En la ley de los contratos, el incumplimiento eficiente, aunque desestablece la distribución del derecho efectuada por un contrato ejecutivo, es aprobado porque destina los recursos al usuario que los valora más³⁴. En la ley de propiedad, el análisis del *least*

cost avoider justifica los derechos del desplazamiento al usuario más productivo³⁵.

Este elemento del análisis de la Escuela de Chicago se basa en valores jerárquicos. El criterio supremo de la evaluación es la riqueza social agregada. Las instituciones colectivas, tanto privadas y públicas, tienen un rol fundamental en la dirección de los recursos hacia actividades generadoras de riqueza. Las titularidades no se protegen de la erosión ni se transfieren para cambiar de recursos a usuarios más productivos, subordinando de tal modo los derechos individuales al bienestar social. Una extensión sustancial en la distribución de poder y riqueza es aceptable para alcanzar la maximización de la riqueza agregada³⁶.

Un tercer enfoque de esta corriente, identificado por la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale, también rechaza el concepto de los derechos naturales o inherentes³⁷. Aunque este enfoque acuerde un rol sustancial para las instituciones colectivas públicas y privadas, las instituciones públicas tienen un papel supremo. Estas instituciones proporcionan un entorno del discurso por el cual los valores supremos de la sociedad son determinadas, y tienen un rol sustancial en dirigir arreglos económicos y sociales al ordenar para avanzar la realización de estos valores³⁸. Porque estos fines son colectivos en lugar de individualistas en naturaleza, luego este enfoque, como la segunda rama de análisis de la Escuela de Chicago, es sustancialmente jerárquico en carácter. Este enfoque, sin embargo, es no es semejante a la rama jerárquica del análisis de la Escuela de Chicago en dos aspectos. Tiende a preferir conceptos más

- ²⁹ MALLOY, Robin Paul. Op. Cit. 1990. pp. 60-68.
MEDEMA, Steven. "Is There Life Beyond Efficiency? Elements of a Social Law and Economics". En: Review of Social Economy. 1993. Pp. 138-153.
- ³⁰ POSNER, Richard. "The Economics of Justice". Cambridge MA: Harvard University Press. 1981. pp.415.
POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Quinta Edición. New York: Aspen Publishers, Inc. 1998.
- ³¹ KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Property Rules versus Liability Rules: An economic analysis". En: Harvard Law Review. 1996. pp. 713-790.
- ³² MEDEMA, Steven. Op. Cit.
CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral". En: Harvard Law Review. 1972. pp. 1089-1128.
- ³³ CALABRESI, Guido. "The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis". New Haven: CT, Yale University Press. 1970.
- ³⁴ GOETZ, Charles y Robert SCOTT. "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach". En: Columbia Law Review. 1977. pp. 554-594.
- ³⁵ POLINSKY, Mitchell. "An Introduction to Law and Economics". Boston: Little Brown. 1989.
POSNER, Richard. Op. Cit.1998.
- ³⁶ RILEY, Jonathan. "Justice under Capitalism". En: CHAPMAN, John y Roland PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 122-162.
THOMPSON, Michael et al. Op. Cit.
- ³⁷ MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 79-83.
MALLOY, Robin Paul. "Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice". Saint Paul: West Publishing Company. 1990. pp 69 - 75.
- ³⁸ ACKERMAN, Bruce. Op. Cit. 1980.
ACKERMAN, Bruce. "Reconstructing American Law". Cambridge: Harvard University Press. 1984.
ROSE-ACKERMAN Susan. "Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State". New York: NY Free Press. 1992.
- ³⁹ BROWNSWORD, Roger. "Contract Law, Co-operation and Good Faith: The Move to Static to Dynamic Market - Individualism". En: DEAKIN, Simon y Jonathan MICHIE. "Contracts, Co-operation and Competition: Studies in Economics, Management and Law". Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 255-284.

cualitativos y utilitarios de asistencia social sobre medidas más cuantitativas de riqueza agregada³⁹. Y trata el patrón de la distribución de la riqueza como una consideración altamente relevante en la determinación de bienestar social⁴⁰.

En resumen, el aspecto principal del discurso preceptivo del Análisis Económico del Derecho es dominado por enfoques que se basan en valores individualistas o en valores jerárquicos. Estos valores son, sin embargo, mutuamente inconsistentes. Así, el principal discurso es propiamente caracterizado más como un debate que como empresa colectiva que refina un modelo científico social unitario bajo la tutela de un sistema monolítico de valores.

Mientras este discurso ha madurado, otras voces, basadas en otros valores, se han incorporado al debate. Una alternativa prominente es el discurso de los Critical Legal Studies, que es considerablemente heterogéneo⁴¹. Más aún, ha tendido a ser reactiva por naturaleza, en el sentido que busca revelar, y criticar, la tendencia del discurso académico y la doctrina judicial a avanzar a valores jerárquicos detrás de una retórica de valores individuales. Así, ha existido una tendencia en una parte sustancial del discurso de Critical Legal Studies a no ofrecer una prescripción coherente para una conceptualización alternativa de la sustancia y los procesos de la ley.

No obstante esta tendencia, un enfoque con un carácter distintivo ha emergido⁴². Este enfoque postula que los valores están elegidos correctamente en un entorno social, y que el entorno apropiado para esta opción es la comunidad inmediata. La ley, según este enfoque, debe animar las tendencias altruistas y cooperativas de la naturaleza humana por sobre sus tendencias de interés propio y competitivas. Y la distribución de la riqueza debería tender hacia la igualdad, de este modo creando un orden social que sea relacional por naturaleza en lugar de ser jerárquica o transaccional.

Así, la determinación del uso apropiado de la propiedad no es el interés propio del detentador del título, sino por el contrario, son los valores emergentes de la comunidad en donde está situado. En la ley de daños, la responsabilidad se basa en un incumplimiento de un deber de cuidado hacia la integridad física y psíquica de otras personas, en lugar de una falla de ejercer racionalidad económica en la persecución de ganancia personal. Y el proceso de intercambio debe ser relacional - un proceso interactivo de búsqueda de beneficio mutuo y para la búsqueda de sinergia en la creación de bienestar común⁴³. Este enfoque se basa en los valores de la comunidad. Consistente con estos valores, el carácter de la interacción humana es relacional, en vez de jerárquico, transaccional, o competitivo. La riqueza se distribuye para tender hacia igualdad. Y el entorno relacional sirve como baluarte contra la explotación del individuo por otros que intentan realzar su interés propio o instituciones jerárquicas, que buscan amontonar y ejercitar poder. Un análisis económico de derecho social basado similarmen-te en valores comunitarios de carácter igualitario, acentúan la distribución equitativa de la riqueza, el aseguramiento amplio de la dignidad humana, y la solidaridad⁴⁴.

Hay, también, otro sistema distinto de valores que emerge del discurso del Análisis Económico del Derecho. Aunque gran parte del trabajo de Richard Posner se basa en valores jerárquicos, él también ha ofrecido una extensa recolección de acciones humanas basadas en su concepto de bioeconomía⁴⁵. Desde este punto de vista, la acción humana es determinada por la conducción de apetitos y cualidades naturales asentados en la naturaleza humana. La acción humana, desde esta perspectiva, es la consecuencia de la maximización racional para la satisfacción de sus impulsiones. Dada esta propuesta es que la acción humana es resuelta, este enfoque lleva una afinidad fuerte a la tradición del derecho natural.

⁴⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. "Inalienability and The theory of Property Rights". En: Columbia Law Review. 1985. pp. 931-969.

⁴¹ UNGER, Roberto Mangabeira. "The Critical Legal Studies Movement". Cambridge: MA Harvard University Press. 1986.

KELMAN, Mark. "A Guide to Critical Legal Studies". Cambridge: MA Harvard University Press. 1987.

⁴² UNGER, Roberto Mangabeira. "Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory". New York: NY Free Press. 1976.

UNGER, Roberto Mangabeira. "Passion: An Essay on Personality". New York: NY Free Press. 1984.

⁴³ MACNEIL, Ian. "The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations". New Haven: CT Yale University Press. 1980.

BROWNSWORD, Roger. Op. Cit.

CAMPBELL, David. Op. Cit. 1996. .

CAMPBELL, David. "The Relational Constitution of Contract and the Limits of Economics: Kenneth Arrow on the Social Background of Markets". En: DEAKIN, Simon y Jonathan MITCHIE. "Contracts, Co-operation and Competition: Studies in Economics, Management and Law". Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 529-596.

⁴⁴ MEDEMA, Steven. Op. Cit. 1993.

VELJANOVSKI, Cento. "Wealth Maximization, Law and Ethics- on the Limits of Economic Efficiency". En: International Review of Law and Economics. 1981. pp. 5-28.

⁴⁵ POSNER, Richard. "Sex and Reason". Cambridge: MA Harvard University Press. 1992.

Otras aproximaciones ofrecen una mezcla de valores. Un enfoque liberal clásico se basa en los dos valores supremos de la libertad individual y de la dignidad humana⁴⁶. Bajo esta aproximación, el mercado libre es una institución importante a través de la cual los individuos ejercen su derecho a la libertad. El Estado también juega un importante rol económico – protegiendo la dignidad humana mediante la protección de los derechos individuales de la erosión por la acción privada o por la acción de instituciones colectivas, y manteniendo a los individuos en la tenencia de un nivel mínimo de riqueza. De esa manera, combina los valores derivados tanto de individualidad y de jerarquía.

La teoría de la justicia de John Rawls presenta un ejemplo conocido de un enfoque mezclado⁴⁷. Su concepto de la prioridad de la libertad se basa en un fundamento individualista. La presunción a favor de una distribución equitativa de la riqueza y el papel sustancial del Estado en mantener un sistema de libertades y en intervenir en el patrón del resto de la distribución de la riqueza, que descansa en un fundamento de jerarquía.

Margarita Jane Radin ha desarrollado otro ejemplo de un enfoque mezclado por su concepto de *property for personhood*⁴⁸. Entonces, ciertas clases de propiedad, centrales a la definición del individuo, están protegidas contra alienaciones privadas o expropiaciones públicas descansan en valores individualistas. De ese modo, la definición del individuo, y por ende, la especificación de que propiedad en particular tiene el nexo requerido con *personhood*, tiene lugar en un proceso social

de valores comunitarios, al igual que el empuje igualitario del concepto que cierta propiedad proporciona una dotación individual presuntamente inalienable.

IV. CRÍTICA MUTUA

Dado que el discurso del Análisis Económico del Derecho está sustentado en una heterogeneidad de valores, este discurso adquiere el carácter de debate - el ofrecimiento de enfoques particulares para análisis y prescripción, y la crítica mutua de éstos.

A. Discurso explicativo

Una presunción fundamental del discurso explicativo es que el agente principal de la acción económica es *homo economicus* -egoísta, competitivo, racional, maximizador de utilidades. Este modelo cae en desafío por no poder explicar la capacidad de los individuos de exhibir altruismo igualitario, de buscar y de alcanzar solidaridad social, y de dar su lealtad a las organizaciones jerárquicas⁴⁹. Otra presunción básica postula que la acción individual en un mercado libre, con un coste administrativo mínimo, continuamente rotan los recursos al mayor valor que consideren los usuarios, de tal modo alcanzando una asignación de recursos eficiente para producción. Apelar a un criterio de eficiencia se encuentre bajo crítica en el supuesto que, incluso bajo el enfoque del análisis neoclásico, no hay un punto único de eficiencia; en su lugar, hay diversos puntos de eficiencia que corresponden a diversos patrones en la distribución de riqueza⁵⁰.

- ⁴⁶ MALLOY, Robin Paul. Op. Cit. 1990. pp. 93-101.
MALLOY, Robin Paul. "Is Law and Economics Moral? – Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner's Economic Analysis". En: Valparaiso University Law Review. 1990. pp. 147-161.
MALLOY, Robin Paul. "Market Philosophy in the Legal Tension Between Children's Autonomy and Parental Authority". En: Indiana Law Review. 1988. pp. 889-900.
MALLOY, Robin Paul. "The Merits of the Smithian Critique: A final Word on Smith and Posner". En: University of Kansas Law Review. 1988. pp. 266-274.
MALLOY, Robin Paul. "The Invisible Hand or the Sleight of Hand? Adam Smith, Richard Posner and the Philosophy of Law and Economics". En: University of Kansas Law Review. 1988. pp. 209 y siguientes.
- ⁴⁷ RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: MA Harvard University Press. 1971.
- ⁴⁸ RADIN, Margaret. "Property and Personhood". En: Stanford Law Review. 1982. pp. 927 y siguientes.
RADIN, Margaret. "Market – Inalienability". En: Harvard Law Review. 1987. pp. 1849-1937.
RADIN, Margaret. "Justice and the Market Domain". En: CHAPMAN, John y Roland PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 165-197.
- ⁴⁹ CAMPBELL, David. Op. Cit. 1997.
HUANG, Peter y Ho-Mou WU. "More Order without More Law: A theory of Social Norms and Organizational Cultures". En: Journal of Law, Economics and Organisation. 1994. pp. 390-406.
KELMAN, Mark. "Misunderstanding Social Life: A Critique of the Core Premises of Law and Economics". En: Journal of Legal Education. 1983. pp. 274-284.
LEFF, Arthur. "Economic Analysis of Law: Some realism about nominalism". En: Virginia Law Review. 1974. pp. 451-482.
MORSE, Jennifer. "Who is Rational Economic Man?". En: Social Philosophy and Policy. 1997. pp. 177-206.
SEN, Amartya. "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory". En: Philosophy and Public Affairs. 1977. pp. 317-344.
- ⁵⁰ DWORKIN, Ronald. "Is Wealth a Value?". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 191-226.
WHITE, James. "Economics and Law: Two Cultures in tension (alumni distinguished lecture in jurisprudence)". En: Tennessee Law Review. 1987. pp. 161-202.

La proposición de que la acción individual en el mercado libre tiende a la eficiencia se debe a las inevitables distorsiones, el mercado en lugar de otro rinde una corriente trayectoria-dependiente subóptimas de los bienes y servicios⁵¹.

El asunto que las reglas legales se deben elegir por su eficiencia viene bajo crítica considerando que las consecuencias de la eficiencia no pueden ser determinadas - si están analizados sobre una base parcial del equilibrio, pueden llevar a la ineficacia general; y el análisis general del equilibrio exige altos costos de información⁵². Una crítica similar se hace del uso de remedios judiciales de ofrecer incentivos para escoger la conducta eficiente que puede llevar a la distorsión si la distinción entre los precios y las sanciones no se considera⁵³. Y la cuenta del juicio en el *common law* como proceso que genere reglas eficientes viene bajo crítica sobre la base de parcialidad sistémica en la selección de conflictos que vengan antes que las cortes prevengan el desarrollo de las reglas eficientes para las varias clases de conflictos que puedan presentarse⁵⁴, y que la búsqueda del interés propio por los partidos del litigio crea una tendencia hacia el desarrollo de reglas ineficientes⁵⁵.

Otro aspecto del discurso explicativo es la tendencia a adoptar un enfoque numerativo para la empresa de evaluar y, para avanzar en el discurso del Análisis Económico del Derecho como una campaña científica⁵⁶. Aunque este enfoque sea bien fundado en el racionalismo ilustrativo⁵⁷, en el discurso del Análisis Económico del Derecho procede en parte del problema que las comparaciones interpersonales de utilidad no pueden ser hechas porque la utilidad en sí misma no puede ser medida por una escala transitiva de evaluación⁵⁸. Para evaluar el estado de bienestar social

en términos de riqueza, un factor que es susceptible de ser medido, sin embargo, es la adopción de un criterio del bienestar económico agregado que es considerablemente más estrecho que la utilidad⁵⁹. Más aún, un enfoque numerativo tiende a aceptar los resultados de medir esos factores que sean susceptibles de medida como el orden apropiado de las cosas⁶⁰, de tal modo, implícitamente participando en la falacia del deber-ser.

El uso del análisis de costo-beneficio como un medio para determinar el impacto de la riqueza de una medida legislativa o de una decisión judicial sigue los tests de Kaldor-Hicks derivados de los clásicos artículos publicados por Nicholas Kaldor y John R. Hicks⁶¹. Debido a que esta prueba no requiere compensación en las consecuencias de las decisiones que redistribuyen los derechos a los recursos, puede ser demostrado que, debido a los efectos de los cambios de posiciones y programas de utilidad en la ausencia de compensación, la prueba no determina exactamente si ha ocurrido una mejora del bienestar⁶². Además, la prueba en sí misma no captura con precisión las visiones expresadas por los profesores Kaldor y Hicks, quienes tomaron la postura que la distribución de la riqueza es una consideración relevante para la decisión política, y que, en la asunción de disminuir utilidad marginal en el consumo, el principio de maximización de utilidades exige una presunción de la igualdad relativa en la distribución de la riqueza, compensándose por un grado de desigualdad para proveer un incentivo a producir⁶³.

Una aproximación alternativa al dominante modelo neoclásico conceptualiza la acción económica en términos dinámicos, tendiendo hacia el desequilibrio como tecnología, las dotaciones de recursos y las percepciones del cambio de utilidad⁶⁴.

⁵¹ EASTMAN, Wayne. "How Cosean Bargaining Entails a Prisoners Dilemma". En: Notre Dame Law Review. 1996. pp. 89-101.

⁵² RIZZO, Mario. "The Mirage of Efficiency". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 641-658.

WHITE, James. Op. Cit. 1987.

⁵³ NANCE, Dale. "Guidance Rules and Enforcement Rules: A better view of the Cathedral". En: Virginia Law Review. 1997. pp. 837-937.

⁵⁴ HADFIELD, Gillian. "Bias in the Evolution of Legal Rules". En: Georgetown Law Journal. 1992. pp. 583-616.

⁵⁵ COOTER, Robert y Lewis KORNHAUSER. "Can litigation improve the Law without the help of judges?". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 139-163.

⁵⁶ HORWITZ, Morton. "Law and Economics: Science or Politics?". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 905-912.

⁵⁷ TOULMIN, Stephen. "Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity". Chicago: University of Chicago Press. 1990.

⁵⁸ KALDOR, Nicholas. "Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility". En: Economic Journal. 1939. pp. 549-552.

⁵⁹ WEINRIB, Ernest. "Utilitarianism, Economics and Legal Theory". En: University of Toronto Law Journal. 1980. pp. 307-332.

HICKS, John. "The Foundations of Welfare Economics". En: Economic Journal. 1939. pp. 696-712.

⁶⁰ MCCLOSKEY, Donald. "The Rhetoric of Law and Economics". En: Michigan Law Review. 1988. pp. 752-767.

⁶¹ KALDOR, Nicholas. Op Cit.

HICKS, John. Op. Cit.

⁶² SCITOVSKY, Tibor. "A Note on Welfare Propositions in Economics". En: Review of Economic Studies. 1941. pp. 77-88.

MISHAN, Ezra. "Welfare Economics: An Assessment". Amsterdam: North Holland. 1969.

⁶³ COLEMAN, Jules. "Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law". En: California Law Review. 1980. pp. 221-249.

⁶⁴ KALDOR, Nicholas. Op Cit.

KLEIN, Burton. "Dynamic Economics". Cambridge: MA Harvard University Press. 1977.

MALLOY, Robin Paul. "Adam Smith and the Modern Discourse of Law and Economics". En: MALLOY, Robin Paul y Jerry EVENSKY. "Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics". Boston: Kluwer Academic Publishers. 1994. pp. 113-150.

Los productores pueden ser vistos como poseedores del poder de crear y manipular la demanda, y de reaccionar no simplemente a la demanda⁶⁵, y el último recurso productivo es inteligencia e invención humana⁶⁶. Debido a que la capacidad humana es susceptible de mejorar por la inversión del mantenimiento y educación, entonces la maximización de la riqueza puede ser entendida más en términos de un proceso dinámico de la inversión en capital humano que en la asignación eficiente de recursos materiales.

B. Discurso prescriptivo

Los enfoques individualista y jerárquico han tendido a dominar el discurso prescriptivo. Así, el discurso del análisis crítico también ha tendido a dirigirse a los valores que subyacen a estos enfoques. Asimismo, el empuje de este análisis ha tendido a tomar una forma esperable - la crítica de las consecuencias de la realización de un enfoque particular desde el punto de vista de los valores de otro enfoque particular.

El valor individualista de la importancia suprema del egoísta, atomístico individuo, entra bajo crítica sobre la base que su implementación fallara en servir a los valores de la asignación de recursos y de la maximización de la riqueza.⁶⁷ Esta falla es especialmente aguda en la producción eficiente de bienes públicos⁶⁸. También es criticado porque evita otras acciones individuales orientadas a la exclusión tanto de la acción organizacional y del altruismo igualitario⁶⁹. Por otro lado, a su

vez prevendrá la formación de las organizaciones jerárquicamente dirigidas a necesariamente alcanzar la maximización agregada de la riqueza. También evitará la acción altruista necesaria para alcanzar una relativamente equitativa distribución de la riqueza requerida para la maximización de utilidades ampliamente observada y para participar en la acción económica que genera valores económicos particulares sobre una base suficientemente amplia⁷⁰. Y la naturaleza transaccional del enfoque individualista entra bajo crítica porque lleva a una conceptualmente irrestricta mercantilización, que a su vez lleva a la destrucción de la integridad de personas y de particulares clases de objetos⁷¹.

El principio jerárquico de maximización agregada de la riqueza entra en una crítica múltiple. Es criticada como incoherente en términos de la especificación de qué cuenta como riqueza⁷², que su maximización no corresponde necesariamente a una asignación eficiente de los recursos⁷³, y que proporciona un criterio de bienestar social que es sustancialmente inferior a la utilidad⁷⁴ o a los valores colectivos⁷⁵. También entra bajo crítica porque trata el patrón de la distribución de la riqueza como irrelevante⁷⁶. Dado que la distribución de la riqueza es irrelevante bajo el enfoque jerárquico, la búsqueda de la maximización de la riqueza puede generar una disparidad amplia en la distribución de la misma⁷⁷. Debido a que la carencia de la riqueza imposibilita a un individuo de expresar sus preferencias de utilidad en el mercado, una amplia disparidad en la distribución de la riqueza lleva a una distorsión en el punto

- ⁶⁵ BARTLETT, Randall. "The Economic Foundations of Political Power". New York: NY, Free Press. 1973.
- ⁶⁶ SCHULTZ, Theodore. "Investing in People: The Economic op Population Quality". Berkeley: University of California Press. 1981.
- REICH, Robert. "The Next American Frontier". New York: New York Time Books. 1983.
- REICH, Robert. "The Work of Nations: Preparing ourselves for 21st Century Capitalism". New York: Alfred A Knopf. 1991.
- ⁶⁷ CAMPBELL, David. Op Cit. 1996.
- ⁶⁸ WHITE, James. "Economics and Law: Two Cultures in Tension (alumni distinguished lecture in jurisprudence)". En: Tennessee Law Review. 1987. pp. 161-202.
- WHITE, Barbara. "Coase and the Courts: Economic for the Common Man". En: Iowa Law Review. 1987. pp. 577-635.
- OLSON, Mancur. "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". New York: Shocken Books. 1971.
- ⁶⁹ RADIN, Margaret. Op. Cit. 1989.
- SUNSTEIN, Cass. "Disrupting Voluntary Transactions". En: CHAPMAN, John W. y Roland J. PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 279-302.
- ⁷⁰ KELMAN, Mark. Op. Cit. 1983.
- ⁷¹ RADIN, Margaret. Op. Cit. 1989.
- SUNSTEIN, Cass. Op. Cit.
- ⁷² DWORKIN, Ronald. "Why Efficiency?". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 563-590.
- RIZZO, Mario. "The Mirage of Efficiency". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 641-658.
- ⁷³ WHITE, Barbara. Op. Cit.
- ⁷⁴ BAKER, Edwin. "Utility and Rights. Two Justifications for State Action Increasing Inequality". En: Yale Law Journal. 1975. pp. 39-59.
- BAKER, Edwin. "Starting Points in the Economic Analysis of Law". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 939-972.
- DWORKIN, Ronald. Op Cit. 1980.
- ⁷⁵ DRIESEN, David. "The Societal Cast of Environmental Regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis". En: Ecology Law Quarterly. 1997. pp. 545-617.
- ⁷⁶ SCHWARTZ, Gary. "Economics, Wealth Distribution and Justice". En: Wisconsin Law Review. 1979. pp. 799-813.
- ⁷⁷ BAKER, Edwin. Op Cit. 1975.
- KENNEDY, Duncan. "Cost-Benefit of Entitlement Problems: A Critique". En: Stanford Law Review. 1981. pp. 387-445.
- KRONMAN, Anthony. "Wealth Maximization as a Normative Principle". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 227-242.
- MACPHERSON, C.B. "The Rise and Fall of Economics Justice and Other Papers". Oxford: Oxford University Press. 1985.
- WEINRIB, Ernest. Op. Cit.

de la eficiencia que el mercado puede generar⁷⁸. Asimismo, la primacía del principio de maximización de la riqueza tiene el efecto de erosionar los derechos individuales sobre los recursos, interpretando estos títulos como contingentes en vez de conferidos⁷⁹. Uno de los proponentes principales de una minimización de costo y aproximación a la maximización de la riqueza a la ley de la responsabilidad civil, Guido Calabresi, ha sido cuidadoso al afirmar que el principio de maximización de la riqueza debería ser subordinado a otros principios, tales como maximización de la utilidad, equidad en la distribución de riqueza, y seguridad en la explotación de los derechos de los individuos sobre los recursos⁸⁰.

V. RESUMEN

En forma de resumen, un arsenal rico de valores que subyacen al discurso del análisis económico de derecho. Modelos descriptivos de acción económica y del funcionamiento de los procesos legales y políticos ofrecen una mezcla de enfoques a la explicación del fenómeno de la acción económica. El discurso dominante presenta modelos que son numerativos en carácter y que adoptan la aproximación del equilibrio de la microeconomía neoclásica. Un tema de menor importancia en este discurso presenta los modelos que son más cualitativos en carácter y que adoptan un enfoque dinámico alternativo.

El arsenal de valores que subyace al discurso prescriptivo es similarmente heterogéneo. El discurso dominante ofrece los enfoques basados en valores individuales y jerárquicos, competidores entre ellos. Temas de menor importancia en este discurso ofrecen enfoques basados en los valores de comunidad y naturalismo. Y el discurso de crítica procede como un debate implícito sobre estos sistemas de valores alternativos.

VI. TEORÍA

Relacionado a la sustancia de los valores que subyacen al discurso del Análisis Económico del Derecho y la heterogeneidad de estos valores es el asunto de la causa de esta heterogeneidad - la pregunta de si este conflicto puede ser una consecuencia de las naturalezas particulares de las categorías de economía y de derecho, o la naturaleza inevitable de un discurso que ocurre a través del límite entre las distintas áreas del esfuerzo intelectual o, quizás, la manera particular en la cual ha procedido este discurso.

Que esta heterogeneidad de valores cae en un patrón particular en el discurso del análisis económico de derecho, es replicado en otras áreas del discurso. Las teorías jurisprudenciales pueden ser entendidas como caídas dentro de un patrón de positivismo y formalismo jerárquico, ley clásica individualista, derecho natural, y la teoría marxista comunitaria⁸¹. En un nivel particular, la doctrina judicial en las cortes de Estados Unidos, en lugar de desarrollarse como una versión formalista puede predecir, hacia una más completa estructura de reglas y de principios, pudiendo ser trazados sobre este mismo patrón de valores subyacentes. Este patrón puede ser visto en una diferente conceptualización de propiedad de la tierra que determinan implícitamente los resultados de casos particulares - propiedad como dominio único y despótico⁸², un derecho concedido al individuo protegido contra la interferencia del Estado⁸³; propiedad como el nexo por el cual el individuo es puesto dentro de un orden jerárquico, en donde el Estado tiene el poder de imponer límites sustanciales al derecho de uso⁸⁴; propiedad como derecho subordinado a la red biótica natural que define el orden físico y biológico de la naturaleza ambiental⁸⁵ y propiedad como el nexo por el cual el individuo se encuadra en una comunidad local, en donde la siempre emergente matriz de valores

⁷⁸ LEFF, Arthur. Op. Cit. 1974.

⁷⁹ CHAPMAN, Bruce. "Individual Rights and Collective Rationality: Some Implications for Economic Analysis of Law". En: Hofstra Law Review. 1982. pp. 455-481.

KRONMAN, Anthony. Op cit. 1980.

REICH, Charles. "Property Law and the New Economic Order: A Betrayal of Middle Americans and the Poor". En: Kent Law Review. 1996. pp. 817-823.

WHITE, Barbara. Op. Cit.

WHITE, James. Op Cit.

⁸⁰ CALABRESI, Guido. "An Exchange about Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 553-562.

⁸¹ BARRY, Norman. "The Classical Theory of Law". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 283-291.

EPSTEIN Richard. "The Classical Legal Tradition". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 292-299.

PELLER, Gary. "The Classical Theory of Law". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 300-309.

⁸² BLACKSTONE, William. "Commentaries on The Law of England". Reimpresión. Buffalo: William S. Hein & Co. 1992.

⁸³ Pennsylvania Coal co. V. Mahon. 260 US 393 (1922).

⁸⁴ Penn Central Transp. Co. V. City of New York. 438 US 104 (1978).

⁸⁵ Just v. Marinette County. 201 N.W. 2d 761 Wis. (1972.)

comunales determina los límites en el uso individual⁸⁶. En el derecho penal también la doctrina puede ser categorizada en términos de conceptualización de la criminalidad - criminalidad subjetiva, consecuencias dañosas y criminalidad manifiesta⁸⁷, bajo la base respectivamente, de valores individualistas, jerárquicos, y comunitarios.

Las ideologías políticas manifestadas en las deliberaciones y las acciones de cuerpos legislativos y en discurso político público se pueden trazar sobre un patrón similar. La ideología liberal abraza los valores del individualismo. El moderado conservacionismo de la empresa de negocios y valores del bienestar social de la ideología de centro izquierda adoptan los valores de la jerarquía. El pluralismo del grupo de interés desarrolla los valores de comunidad. Y los *Green blocs* y los fundamentalistas religiosos se adhieren los valores del naturalismo.

Las ciencias sociales relacionadas a la antropología ofrecen una explicación a este fenómeno de heterogeneidad de valores y los patrones en los cuales los valores caen. En un discurso antropológico, una cosmología se define en los siguientes términos:

Cualquier cosa que se perciba debe pasar por controles perceptuales. En el proceso algo es admitido, algo es rechazado y algo es suplementado para hacer el acontecimiento cognoscible. El proceso es mayormente cultural. Un sesgo cultural pone los problemas morales bajo una luz particular. Una vez formadas, las opciones individuales se catalogan según la estructura de la conciencia, que está lejos de ser un asunto privado⁸⁸.

Un sesgo se basa necesariamente en valores. Los sistemas particulares de valores componen una cosmología. Y, no hay una cosmología principal; hay solamente alternativas que están disponibles para elección - cosmologías particulares basadas en los valores de la individualidad, jerarquía, comunidad y naturalismo⁸⁹. Concientemente, el mundo mental que distingue seres humanos del resto de organismos biológicos se debe organizar alrededor de un cierto sistema de valores profun-

dos. El individuo trata de adoptar una cosmología particular en el proceso en curso de la socialización que es el medio de la existencia humana. Y de esta cosmología, el individuo va alrededor de la función necesaria de construir un mundo mental.

Un crítico del pensamiento económico contemporáneo, comentando en lo que él ve como pobreza, ha afirmado:

El estudio de quién consigue qué y porqué, a diferencia del estudio de plantas o planetas, no puede dejar de ser una tarea ideológica cargada. A pesar de las técnicas laboriosas y la pretensión científica, la mayor parte de marcas de la economía son secretamente ideológicas. La economía marxiana, con su teoría del valor de trabajo, asume la inevitabilidad del conflicto de clase, y por lo tanto la necesidad de la lucha de clase; Keynesianismo, con su convicción que el capitalismo industrial es sistemáticamente inestable, ofrece una racionalidad equitativa científica para la intervención del gobierno. La economía neoclásica, con su dependencia en la eficiencia de mercados, es un ricamente bordado resumen para el liberalismo⁹⁰.

La economía, y la empresa académica del discurso del Análisis Económico del Derecho no se ven, sin embargo, empobrecidas por la heterogeneidad de sus valores subyacentes. En su lugar, esta heterogeneidad enriquece el discurso. La economía y el derecho son, fundamentalmente, empresas intelectuales que dirijan la profunda cuestión de cómo, y en qué valores, los seres humanos organizarán los mundos mentales que crean. El discurso del Análisis Económico del Derecho se vería empobrecido solamente si no pudiese reflejar la completa variedad de caminos basados en valores sobre las cuales los seres humanos crean sus mundos.

El discurso del Análisis Económico del Derecho no puede ser considerado precisamente como fallado porque no se ha desarrollado hacia valores-homogéneos. El Valor-heterogeneidad es una consecuencia de su naturaleza como empresa intelectual - abarca un discusión en curso sobre los conceptos esencialmente disputados⁹¹.

⁸⁶ Goldblatt v. Town of Hempstead. 369 US 590. (1962).

⁸⁷ FLETCHER, George. "Rethinking Criminal Law". Boston: Little Brown. 1978.

⁸⁸ DOUGLAS, Mary. "Introduction to Grid/Group Analysis". En: DOUGLAS, Mary. "Essays in the Sociology Perception". London: Routledge & Kegan Paul. 1982. pp. 1-8.

⁸⁹ DOUGLAS Mary. "Cultural bias. Occasional Paper N° 34". 1978.

DOUGLAS, Mary. Op. Cit. 1982.

THOMPSON et al. Op. Cit. 1990.

⁹⁰ KUTTNER, Robert. "The Poverty of Economics". En: Atlantic Monthly. 1985. pp. 74-84.

⁹¹ GALLIE, W.B. "Essentially Contested Concepts". En: Proceedings of the Aristotelian Society. 1956. pp. 167-198.

VII. DEBATE

Una cuestión final es la función de los valores en el discurso del Análisis Económico del Derecho. No sólo son estos valores heterogéneos en carácter pero también pueden ser avanzados para una heterogeneidad de propósitos. Los valores pueden servir como el foco de discusión teórica sobre si un sistema unificado de valores puede emerger dentro de una cultura particular. Tal debate se ajustaría a los métodos de filosofía sistemática y de su proyecto fundacionalista⁹². Alternativamente, los valores pueden proveer los medios para

refinar una conceptualización particular de la acción económica en procesos legales. Tal empresa se ajustaría a los métodos de ciencia normales⁹³. Adicionalmente, los valores proporcionan la base profunda para la promoción - la empresa de alcanzar consenso, sea en discurso académico, político o discurso en el proceso judicial. Finalmente, los valores son un ingrediente necesario a la cuasi-fundacionalista empresa del método pragmático, en el cual el discurso se dirige hacia el valor del efectivo de emplear uno u otro sistema de valores a fin de solucionar un problema particular en la arena de la acción humana⁹⁴.

⁹² RORTY, Richard. "Philosophy and the Mirror of Nature". Princeton: Princeton University Press. 1979.

⁹³ KUHN, Thomas. "The Structure of Scientific Revolutions". Chicago: University of Chicago Press. 1970.

⁹⁴ COOTER, Robert. "Punitive Damages". En: GRAY, Christopher B. "Philosophy of Law: An Encyclopedia". New York: Garland Inc. 1996.

JAMES, William. "Pragmatism". En: KUKLICK, Bruce. "William James: Writings 1902-1910". New York: Library of America. 1987. pp. 479-624.

CONFLICTOS MULTICULTURALES Y JUECES NACIONALES: UNA VISIÓN GENERAL*

Andre J. Hoekema** ***

El rol del juez es entendido, usualmente, como aquel del reconciliador de la justicia con los hechos, tomando a esta "justicia" como un concepto abstracto que la sociedad ha aceptado y concretizado en el ordenamiento jurídico nacional. Ahora, ¿qué ocurre cuando en una misma sociedad nos encontramos con diversas concepciones de "justicia"? ¿Hacen los jueces primar las normas oficialmente establecidas, menospreciando y discriminando, de esa manera, a culturas diferentes? ¿O, por el contrario, dejan de lado el ordenamiento aceptado por la mayoría, desautorizando, así, las leyes nacionales?

En el presente artículo, el autor nos presenta un esbozo de respuesta a estas difíciles preguntas, utilizando su propia experiencia de campo así como otros estudios realizados sobre el tema.

* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "Multicultural Conflicts and National Judges: A General Approach" en Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD). 2008 (2)-Legal Pluralism Issue. La traducción estuvo a cargo de Claudia Lázarte, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al autor por permitirnos la publicación del artículo y al doctor Antonio Peña Jumpa, abogado y Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, por su ayuda con la elaboración del presente artículo.

** Profesor del curso de Pluralismo Jurídico en la Universidad de Amsterdam.

*** El autor agradece a Fauzia Shariff por una espléndida ayuda con la edición. Se atreve a sugerir que el tema del presente artículo, aunque tratado principalmente teniendo en cuenta países europeos, se presta igualmente bien para el público de cualquier país multinacional o multicultural como son casi todos los países latinoamericanos, entre otros. Para cualquier consulta o comentario escribir al siguiente correo electrónico: a.j.hoekema@uva.nl.

I. INTRODUCCIÓN

¿De qué manera los actores sociales y legales negocian soluciones conciliadoras a preguntas legales con respecto a problemas familiares en situaciones relacionadas con inmigrantes y minorías étnicas en Europa y América del Norte¹? En la presente contribución, quisiera sugerir la utilidad del concepto de interlegalidad para estudiar los “encuentros” entre las sensibilidades legales de las minorías y las mayorías. En cierta forma, no trataré casos o ejemplos –aunque algunos de ellos serán usados a modo de ilustración–. En vez de ello desarrollaré una “meta”-pregunta sobre cuál es la mejor manera de estudiar este aspecto de la vida legal. Aunque me limito a temas familiares, me atrevo a decir que esta discusión sobre cómo estudiar dichos encuentros tiene una amplia relevancia entre los conceptos y sensibilidades legales de la mayoría y las minorías.

Preparando el terreno, veo necesario introducir algunas preguntas preliminares y tratar de resumir algunas partes de la presente discusión.

La pregunta principal es: ¿qué hacen, en general, en la práctica, los jueces y los actores legales cuando se encuentran frente a conflictos multiculturales? ¿Cuándo, en qué medida, y por qué toman las sensibilidades legales de las minorías en cuenta? Esta es una pregunta de “cómo se hace” la cual deber ser ampliamente distinguida de la siguiente pregunta normativa “cómo debería hacerse”: ¿qué deberían hacer los jueces y otros profesionales legales cuando se enfrentan a valores, normas y patrones de vida con los cuales no están familiarizados debido a que estos están relacionados a una cultura legal específica la cual pertenece a, lo que prefiero llamar, una comunidad distintiva? Esta pregunta de “cómo debería hacerse”

es un asunto legal-teórico y político-filosófico que debe ser estudiado por dichas disciplinas. Aunque en esta contribución no voy a tratar estos asuntos normativos, su importancia, así como el riesgo de confundir estas dos preguntas, me llevan a describir brevemente la naturaleza de la pregunta de “cómo debería hacerse”.

Muchos preocupados observadores de los actuales países occidentales y sus órdenes legales² se preguntan cómo construir una sociedad y sus correspondientes instituciones legales dejando espacio suficiente para una amplia variedad de identidades grupales y sus respectivas tradiciones legales y, al mismo tiempo, promover una suficiente lealtad hacia instituciones comunes y una especie de identidad nacional para preservar una sociedad justa y estable.

Algunos de estos observadores están mucho más comprometidos con criticar la renuencia de las autoridades oficiales a encontrar otras soluciones a problemas familiares, mientras que otros se inclinan más hacia enfatizar la necesidad de contener tal pluralidad legal en nombre de los principales valores de las sociedades inglesas, holandesas, francesas, etc. Sin embargo, para todos está suficientemente claro que no todos los distintos patrones de vida (familiar) pueden ser practicados sin restricción alguna. En otras palabras, se necesitan reglas de conflicto, reglas en las que se exprese hasta qué punto y bajo qué condiciones distintos patrones de vida y distintas sensibilidades jurídicas pueden ser aceptadas o incluso reconocidas en el derecho nacional. Estas reglas pueden ser llamadas reglas de conflicto domésticas³. Será mejor saber cruzar fronteras y desarrollar estas reglas conjuntamente con representantes de las minorías. Pero esto no sucede fácilmente. Hasta este momento dichas reglas suelen ser trazadas unila-

¹ Esta pregunta fue la pregunta principal en una reunión llevada a cabo en Bruselas en el 2008 por un grupo de europeos expertos en inmigración, diversidad cultural y práctica legal liderada por Ralph Grillo y patrocinada por IMISCOE (una Red de Excelencia, para la Migración Internacional, la Integración y Cohesión Social fundada por la Unión Europea). Este grupo se reunió por primera vez en Londres en el 2007. En mi artículo me referiré en algunas ocasiones a los documentos de la conferencia de Londres del 2007, que se publicará en: GRILLO, Ralph; BALLARD, Roger; FERRARI, Alessandro; HOEKEMA, André; MAUSSEN, Marcel y Prakash SHAW (eds). “Legal practice and cultural diversity”. Aldershot: Ashgate. 2009.

² Este concepto de orden legal es sumamente difícil y engañoso. Este será discutido en un párrafo separado más adelante. (3.1).

³ “Doméstico”, porque estos conflictos entre reglas legales y patrones de vida, reclamos y sensibilidades de minorías distintas no son los mismos del Derecho Privado Internacional, donde el término “reglas de conflicto” indica normas legales oficiales las cuales señalan a una corte que hacer cuando se encuentra con partes que tienen una nacionalidad extranjera y/o que viven en el extranjero. Dichas reglas también le indican a una corte cuando reconocer decisiones legales extranjeras. Tomemos el caso de un divorcio efectuado a través de la causa del repudio de una esposa holandesa por un hombre marroquí en Marruecos. ¿Será esta decisión extranjera reconocida como válida dentro del orden legal holandés? Las reglas de conflicto del Derecho Privado Internacional indican al juez que divorcios extranjeros deben ser reconocidos, y provee un régimen especial para la repudiación, el cual, hasta ahora, no es fácilmente reconocido en mi país pues supuestamente viola la igualdad entre esposo y esposa. Entre esta categoría de reglas de conflicto del Derecho Privado Internacional y mi concepto de conflicto de reglas dentro de mi dominio de estudio (la pregunta del “cómo lo hacen”) existe un punto en común. En ambos, el posible conflicto entre los distintos órdenes legales o normas se ve resuelto. En el caso del Derecho Privado Internacional hablamos del conflicto entre el Derecho nacional y el extranjero, respecto a mi estudio hablamos del conflicto entre las normas legales y sensibilidades de la mayoría y la minoría. Las primeras son un cuerpo estrictamente jurídico y normativo de reglas; las segundas, son un grupo de regularidades de facto y empíricas que han sido observadas en el comportamiento profesional.

teralmente por miembros de las élites (políticas, legales) dominantes. El tema de “cómo debería hacerse” se ha convertido recientemente en algo sumamente político. La exhortación a tomar otras culturas en serio y, al mismo tiempo, respetar las condiciones para una cohesión social nacional, fue expresada por el Arzobispo de Canterbury, en el Reino Unido, en un discurso a una audiencia de profesionales legales⁴. En este, él se declaró a favor de algunas medidas bastante tímidas de adaptación a las sensibilidades legales de las minorías⁵ pero inmediatamente fue atacado, desde todos los lados, por ello. Este evento nos advierte que nunca debemos olvidar el amplísimo contexto social y político cuando se estudia la manera en que los actores legales se adaptan a la diversidad cultural en cuanto a asuntos familiares se refiere.

Hasta aquí tratamos con la pregunta de “cómo debería hacerse”. Déjeme enfatizar una vez más la diferencia con mi propia pregunta, el “cómo se hace”: ¿Qué *hacen* realmente, en la práctica, los jueces y otros actores en casos multiculturales y, cómo podemos estudiar estos asuntos de la mejor manera?

II. OPCIONES LEGALES PARA LA ADAPTACIÓN

Dentro de la estructura del orden legal dominante, uno se encuentra con un número restringido de opciones para adecuar instituciones legales diferentes. Estas opciones limitan a los jueces precisamente porque ellos las definen de esa manera. Primero, tenemos al Derecho Privado Internacional. Este camino lleva a lo que se podría llamar un reconocimiento institucional, tal como sería el reconocimiento de un matrimonio consuetudinario realizado en el extranjero dentro de el Reino Unido⁶. En segundo lugar, tenemos al Derecho Doméstico el cual es percibido como

igual para todo ciudadano holandés, inglés, francés, etc. pero, deja espacios para diferentes prácticas y principios. Un ejemplo de dicho *reconocimiento normativo* es la adaptación de prácticas asociadas con el sistema de la *kafala* de cuidado de niños basado en relaciones familiares. Un juez encontró una manera, basada en el Islam norafricano, de transferir un niño a una familia en Holanda, que incluía a otros familiares aparte de los padres que lo criarán como si fuera suyo. Este sistema evitaba el proceso de adopción formal, el cual es considerado contradictorio a la ley musulmana, denominada también *shari'a*⁷. Eventualmente, el sistema de la *kafala* fue considerado similar al concepto de padres adoptivos y, consecuentemente, los nuevos padres pudieron acceder a ciertos beneficios por tener hijos⁸. La técnica legal usada aquí es la de hacer excepciones menores a la norma y/o interpretar la norma de manera diferente.

En tercer lugar, tenemos el amplio campo del Derecho Civil donde se encuentran varias instituciones que permiten a las partes regular libremente sus intereses como mejor lo deseen, por ejemplo, un contrato diseñado de tal manera que se evite pagar intereses. En cuarto lugar, muchas normas, en particular en asuntos familiares, son formuladas en términos de *conceptos abiertos*, como cuando la ley dice que la asignación de la custodia de los hijos después de un divorcio a uno o a ambos padres, tiene que ser determinada tomando en cuenta el interés superior del niño. Un intenso debate se está llevando a cabo, hoy en día, en Holanda, para determinar si esta noción de interés superior del niño implica práctica y legalmente –o al menos permite legalmente– tomar en cuenta los antecedentes culturales del niño, y/o los padres o alguno de ellos⁹. Políticamente, esta es un área sensible: los trabajadores sociales, las Juntas de Protección y Bienestar Infantil, incluso quizás

⁴ El mes de febrero del año 2008. Ver: www.archbishopofcanterbury.org/1575.

⁵ Él, prácticamente, sólo se refirió a la elaboración de consejos específicamente religiosos donde la gente podría llevar sus casos de forma voluntaria. Estos consejos ya existen en el Reino Unido para la comunidad Judía y son reconocidos legalmente. Sin embargo, los varios consejos *shari'a* del Reino Unido existen sin dicho reconocimiento. El Arzobispo probablemente tenía tal reconocimiento oficial en mente. En ese sentido, las decisiones de estos consejos tendrían validez legal oficial pero podrían ser revisados por un juez ordinario. Los recientes conflictos debido a uno de estos consejos en una provincia de Canadá demuestran que incluso este tipo de sugerencias tímidas ya no son más inocentes.

⁶ Tomé prestado este término y el siguiente del ensayo de Gordon R. Woodman para la conferencia de Londres del 2007 mencionada en el pie de página 1.

⁷ Leer el Islam, la ley musulmana, etcétera siempre “acorde a las interpretaciones específicas de una “escuela” musulmana particular y la elaboración de las mismas en un país específico”.

⁸ El hecho de que los jueces de la mayoría superen su usual renuencia a introducir normas e instituciones distintas y extrañas en caso que dichas instituciones se parezcan en gran medida a una local, ha sido señalado muchas veces por Prakash Shah en su ensayo para la conferencia de Londres del 2007.

⁹ Como en casos de otorgar permiso para circuncidar a un niño a la edad de 5 años cuando sus padres se han divorciado y uno de los ex cónyuges, posiblemente el que tiene la nacionalidad de un país en su mayoría musulmán, quiere esto y el otro se opone. Los jueces holandeses rechazan habitualmente dichas solicitudes pues piensan que tienen que evaluar dicha situación de acuerdo a “valores y normas holandesas”. Usualmente lo que se estima es el mejor interés para el niño es evaluado “únicamente de acuerdo a estándares holandeses”. Una mayor diferenciación cultural y/o religiosa de este amplio estándar es considerada inadecuada y se rechaza.

los jueces y, en ocasiones, los abogados temen ser acusados de privilegiar a las minorías y caer en el encanto del dicho de Sir Trevor Philips, un alto funcionario de justicia del Reino Unido: “sólo tenemos un único grupo de leyes y ese es el final de la historia (...) Si quieres que las leyes decidan de otra manera, tienes que vivir en alguna otra parte del mundo”¹⁰. Ellos ya pueden prever los titulares de la prensa amarilla sugiriendo que el *shari’a* está tomando Holanda¹¹.

Finalmente, debemos mencionar la concesión de *derechos de grupo* en, por ejemplo, asuntos personales, lo cual es una forma muy extendida y firme de pluralización legal del Derecho Doméstico. Esta manera de adaptar el pluralismo normalmente implica que las personas de una específica religión y/o etnia o cultura tienen que, obligatoriamente, llevar sus casos ante los tribunales o consejos específicos. No tienen otra alternativa. En este sentido, el sistema de derechos grupales es diferente a los consejos judíos e instituciones similares de resolución de conflictos que se basan formalmente en la participación voluntaria. Debido a este carácter obligatorio, los derechos grupales no son apreciados en Europa y no suelen ser exigidos por las minorías. Tal sistema haría imposible que los miembros de dichas minorías pudieran escoger llevar sus conflictos a un juez nacional ordinario.

III. INTERLEGALIDAD

¿A dónde lleva todo esto? A la interlegalidad. Tenemos que describir la manera actual y concreta en la que conviven distintas “comunidades” con diferentes visiones del mundo, estilos de vida y prácticas legales; y, en especial, los encuentros con individuos o “actores” que se ven forzados a admitir, o que quieren admitir, que hay otras maneras de hacer las cosas, diferentes a las de sus países de origen¹². Al hacer eso, evitamos la no-

ción de órdenes legales diferentes como elementos fijos e independientes y nos permite concentrarnos en la manera en que los individuos usan sus propias prácticas y las de otros. Tenemos que concentrarnos en un uso selectivo de “lo legal” por personas concretas como un recurso para promover sus intereses. Esto significa adoptar el, así llamado, acercamiento orientado en el actor y evitar cualquier noción de determinación estructural, pero, sin sugerir que la gente es siempre libre de hacer lo que desea¹³.

La relevancia del comportamiento de los actores individuales es tratada por Acton¹⁴. Las comunidades gitanas llamadas *Kalderesh* en los Estados Unidos cambiaron sus “leyes familiares” en dirección a la ley norteamericana dominante para prevenir que sus mujeres recurran a la ley estatal o a oficiales estatales legales ignorando sus propias autoridades tradicionales. Este patrón de buscar a aquellos cuerpos autorizantes encargados de la toma de decisiones que servirán mejor a los propios intereses –llamado *forum shopping*–, es un fenómeno muy común entre miembros de distintas comunidades. Los individuos no son prisioneros de su propia cultura, supuestamente integrada y homogénea, por el contrario, eligen entre órdenes legales, presionan a sus propios líderes y autoridades a tomar en consideración elementos legales nacionales o internacionales y, viceversa, desafían a las autoridades nacionales a tomar las sensibilidades legales locales en consideración. La manera en que los líderes gitanos reaccionaron a la nueva actitud de sus mujeres, la cual se vio reforzada por un feminismo globalizado, es una de las formas en las que, hoy en día, los líderes de comunidades locales tratan de apoyar y proteger su identidad colectiva tomando elementos de las tendencias globales que están presentes en las leyes mayoritarias y combinándolas con las propias, con la esperanza de mantenerse como una comunidad distintiva. Esto es usualmente llamado un proceso de re-

¹⁰ O, efectivamente, ellos podrían caer en las manos de Gordon Brown, de quien se sabe ha dicho, después de haber escuchado el discurso del Arzobispo de Canterbury mencionado más abajo: “La ley británica solo puede estar basada en valores británicos”.

¹¹ Hemos visto estos titulares recientemente en Alemania. Introduciendo un resumen sumamente heterogéneo de ciertos desarrollos multiculturales, afirmaciones y conflictos el periódico Alemán “Der Spiegel” publicó el titular “¿Ya tenemos *shari’a*?” (“Der Spiegel” 13/2007. 26 de marzo de 2007. Traducción mía). Como es usual, fue una declaración totalmente innecesaria, únicamente jugando con las emociones políticas motivadas por políticos irresponsables y también ciertos líderes minoritarios extremistas.

¹² NELKEN, David. “Towards a European sociology of law”. En: Socio-legal Newsletter of the Socio-legal Studies Association 47. 2005. p. 5.

¹³ Me agrada la manera en que Acton expresa el mismo punto en su artículo sobre el orden legal de los gitanos. El dice: “no olviden que no existen leyes ni regularidades sociales generales que determinen el comportamiento de las personas”. Usualmente, “un discurso no gitano presenta todo comportamiento gitano como cultural”, y “los gitanos, por el contrario, a menudo tratan a la opresión no gitana como si todo fuera el resultado de la naturaleza del actuar no gitano de acuerdo a leyes generales del comportamiento no gitano, en vez de ser el resultado de decisiones personales”. Acton desprecia dicho enfoque y tiene razón en hacerlo. Ver: ACTON, Thomas. “Conflict Resolution and Criminal Justice – Sorting out Trouble. Can Legislation resolve perennial conflicts between Roma/Gypsies/ Travellers and ‘national majorities’?”. En: The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 51. 2005. p. 35.

¹⁴ ACTON, Thomas. Op. cit. pp. 29-49.

organización étnica¹⁵. En este sentido, los musulmanes que viven en Francia, hoy en día, intentan encontrar nuevas maneras de realizar un matrimonio islámico, tratando de reorganizar la manera en la que su vida ha sido ordenada hasta ahora¹⁶, y lo hacen en respuesta a la presión o demandas impuestas por la cultura dominante. Ellos están tratando de mantenerse leales a sus principios y a los fundamentos normativos de su cultura, mientras, al mismo tiempo, tratan de tomar normas o decisiones inherentes a la práctica legal del Derecho estatal –tal vez no sólo voluntariamente.

Mi definición de interlegalidad debe ser entendida de la siguiente manera: un proceso de adopción de elementos de un orden legal dominante, tanto nacional como internacional, y de los marcos de significado que constituyen dichos órdenes a través de las prácticas de un orden legal local y/o viceversa. Enfatizo la naturaleza del *proceso*, pero el concepto también apunta a cierto *resultado*: la hibridación de todos los “órdenes legales” que conviven dentro de una sociedad o comunidad amplia. Admito que la definición en sí misma puede, también, ser entendida como una que señala hacia un enfoque “institucional” en el sentido transmitido por ciertas perspectivas del pluralismo legal y la interlegalidad, enfatizando cómo la ley estatal y la ley local se constituyen mutuamente, o constituyen fórmulas similares. En cambio, definiendo un acercamiento desde la vida diaria y cotidiana, hay que orientarse en el estudio de la sociedad, de lo que hacen, perciben, valoran y piensan las personas y los actores, como ya he dicho. Sin embargo, el hecho de que distintas prácticas y valores (familiares) sean institucionalizados en instituciones que forman la columna vertebral de específicas comunidades o la sociedad en general debe ser tomado como una advertencia. Estas instituciones tienen peso y limitan el rango de opciones libres del cual gozan los individuos. Desde la vida diaria, el peso de estas

instituciones en las percepciones y perspectivas de las personas es fácilmente subestimado. En vista del espíritu de esta definición, debo también discutir el significado de “orden legal”, pero primero quiero discutir un elemento central de la idea alrededor de la interlegalidad: el cruce de fronteras, que es la manera en que las personas conocen de “otras formas de hacer las cosas en lugar de por situaciones vividas “en casa” ”¹⁷.

El cruzar fronteras es una práctica común para muchas personas, incluso lo era ya en el pasado pero lo es mucho más en el presente. Hoy en día, las personas se mueven entre las prácticas legales de los estados europeos y sus países de origen. Pero, mientras lo hacen, mantienen contacto con sus comunidades en el extranjero (familias transnacionales y relaciones de cariño). Las fronteras son asimismo fluidas y permeables respecto al fenómeno social. “Comunidad”, “cultura” y “orden legal” son términos que se usan frecuentemente en los debates sobre sociedades plurales, cohesión social y Derecho; pero estos términos producen una falsa idea de coherencia y estabilidad respecto del fenómeno al que se refieren. Sugieren una idea errónea sobre la relación entre los individuos y la estructura social y como estos elementos, presumiblemente estables, son reproducidos. Permítanme aplicar esta idea al fenómeno que solemos llamar “orden legal” o, más ampliamente, orden normativo.

A. Orden Legal

El Derecho local surasiático, por ejemplo, parece ser una amalgama de una amplia variedad de repertorios legales *shari’a*, repertorios legales hindúes y otras costumbres locales, como también de fuentes seculares¹⁸. Tal “orden legal” debe ser percibido como un repertorio siempre cambiante y débilmente conectado de principios, conocimientos, normas, maneras de hacer las cosas y autoridades a veces contradictorias o paralelas. Más aun, la composición de dicho repertorio es

¹⁵ Nagel y Snipp nos dicen que “la reorganización étnica ocurre cuando una minoría étnica sufre una reorganización de su estructura social, una redefinición de los límites del grupo étnico u otro tipo de cambio como respuesta a presiones o demandas impuestas por la cultura dominante”. Ver: NAGEL, J. y C.M. SNIPP. “Ethnic reorganization: American Indian social, economic, political and cultural strategies for survival”. En: *Ethnic and Racial Studies* 16(2). 1993. p. 204. Muchos ejemplos se encuentran en un artículo de Collier. Ver: COLLIER, Jane F. “Mapping interlegality in Chiapas, Mexico”. En: *Political and Legal anthropology Review* 21(1). 1998. pp. 150-171. Yo mismo he tratado un interesante estudio de caso acerca de reconstrucción étnica, que se encuentra en un reciente estudio hecho por el experto boliviano René Orellana. Ver: HOEKEMA, André. “A new beginning of law among indigenous peoples”. En: FELDBRUGGE, Ferdinand (ed.) “The Law’s Beginning”. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publisher. 2003. pp. 181-220. También ver: ORELLANA, René. “Interlegalidad y Campos Jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia”. Cochabamba: Huella editores. 2004.

¹⁶ Esto fue presentado para Francia por John Bowen, en su contribución en la conferencia de Londres 2007.

¹⁷ NELKEN, David. Op. cit. Loc. cit.

¹⁸ Aprendí esto del ensayo de Prakash Shah’s para la conferencia del 2007 mencionada en la nota de pie de página 1. También ver: BALLARD, Roger. “Ethnic Diversity and the Delivery of Justice: the Challenge of Plurality”, En: SHAH, Prakash y Werner MENSKI (eds). “Migration, Diaspora and Legal Systems in Europe”. Londres y Nueva York: Routledge Cavendish. 2006. pp. 50 y 51.

definida y entendida de forma diferente por personas con intereses distintos, particularmente el interés en ganar o mantener el poder. Las personas usan elementos que ellos definen como su propio repertorio legal para ganar los corazones y la razón de algunas autoridades oficiales que son percibidas como las que están, efectivamente, a cargo de resolver conflictos. Los actores pueden adherirse sin ningún problema a repertorios inconsistentes y contradictorios. Las personas tienen experiencia en navegar a través de muchos distintos repertorios legales. Esta revoltosa imagen de “lo legal” es, hoy en día, la manera dominante de aproximarse a la “ley consuetudinaria” en estudios de antropología legal. Por ejemplo, en un muy reciente grupo de artículos sobre las relaciones de tenencia de la tierra en Ghana, la ley consuetudinaria relacionada a dicha tenencia de tierras es caracterizada, no como “fija y conservadora” sino, por el contrario, como “perpetuamente negociada por varios actores, quienes usan sus contactos sociales para redefinir y renegociar relaciones de costumbre”¹⁹. El caso de estudio ghanés descrito en este volumen confirma esta visión.

Esto, inmediatamente, lanza una pregunta fascinante que lancé y expuse en una conferencia inaugural en el 2004 para mi nueva cátedra de Pluralismo Legal en la facultad de Derecho de la *Universiteit van Amsterdam*, una pregunta que también captó la atención de William Twining²⁰: “si los órdenes normativos son permeables y fluidos, ¿cómo es posible hablar de relaciones entre ellos?”²¹. Ciertamente existen, y siempre han existido muchas más combinaciones entre dichos “órdenes” que las que han sido reconocidas hasta ahora. Muchos investigadores enfatizan el *forum shopping* de los actores, y también los cambios desde un estilo de hacer justicia y un repertorio normativo a otro y viceversa, el cual podría ser llamado *discourse shopping*²². Estos movimientos promueven una mixtura de normas, significados, valores y otros “elementos legales” en vez de mantenerlos separados y distintos.

Sin embargo, también tenemos que prestar atención a los intereses de los líderes y otros portavoces o representantes de los repertorios legales

de las mayorías y minorías, y, a sus valores fundamentales y significados culturales. Ellos tienen interés en trazar un límite de forma drástica. En ese sentido, procesos de reorganización étnica –o, para tal caso, procesos dentro de la sociedad dominante que enfatizan la “identidad holandesa”– sirven para remarcar el carácter distinto de esa comunidad o nación. Adicionalmente, debemos tener en cuenta al poder. La interconexión es aceptable pero, en algunas circunstancias, las personas se ven obligadas a aceptar un confinamiento en su propio hogar, el cual casi en su totalidad es despreciado por las autoridades oficiales de la mayoría y el público en general. No tengo mejor respuesta a mi propia pregunta y a la de Twining que el notar cómo en la vida diaria seguimos viendo diferencias entre repertorios normativos. Esto es parcialmente debido al peso muerto de instituciones y las así llamadas “diferencias estructurales en el poder”.

El carácter fluido y permeable de un orden legal es una característica del Derecho al estilo occidental como también lo es, y en un sorprendente alcance, no sólo del Derecho Angloamericano pero también del Derecho Continental Europeo. A pesar del impresionante trabajo hecho por generaciones de teóricos legales, quienes proclaman la centralización, unión y fijación del orden legal occidental –y, efectivamente, siguen llamándolo un orden–, ahora se admite ampliamente, no sólo por los antropólogos pero también por los teóricos legales importantes, que los jueces y administradores públicos tienen un alto nivel de discreción en la toma de decisiones. Muchos elementos de razonamiento, a veces de forma conflictiva, están disponibles como argumentos en un debate; lo “legal” no tiene límites claros, el razonamiento jurídico se entreteje constantemente con repertorios normativos de otras redes sociales y comunidades. Esta práctica se ve justificada y promovida por la amplia presencia en el orden legal oficial de conceptos jurídicos sumamente abiertos y flexibles como lo “razonable”. Hablar de una simple “aplicación de normas” sería una manera sumamente inadecuada de resumir empíricamente lo que los jueces están haciendo. Probablemente en su cultura legal profesional, las probabilidades están en contra de dicha discrecionalidad, pero un

¹⁹ UBINK, J.M. y Kojo AMANOR (eds). “Contesting Land and Custom in Ghana: State, Chief and the Citizen”. Amsterdam: Amsterdam University Press. A publicarse en el 2009.

²⁰ TWINING, William. “A Post-Westphalian Conception of Law (Review essay)”. En: *The Law and Society Review* 37 (1). 2003. p. 251.

²¹ Ibidem.

²² W. Menski y R. Ballard llegaron a conclusiones similares. Es incluso posible para cualquier persona interponer reclamos provenientes de distintos repertorios ante el mismo foro.

juez no es una simple víctima de su propia cultura legal. Él puede actuar diferente.

A menudo, las apariencias parecen contradecir esto, por ejemplo, cuando los jueces eligen definir determinada situación como una que encaja perfectamente dentro de cierto concepto legal, y definir a la norma como una conexión clara entre los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas. Sin embargo, esto es más una opción que una línea de comportamiento forzada. Por otro lado, *existe* un orden legal más típico en la práctica legal occidental que en otros regímenes consuetudinarios, esto se debe a que, en la práctica, los jueces apoyan las categorías de características específicas de pensamiento legal y de su rol como juez. Si ellos no lo hacen sus carreras están acabadas, el poder estatal los aplasta inmediatamente. De esta manera, el orden legal occidental presenta una estructura legal interna más específica²³ que es producida y reproducida por jueces que quieren ser vistos como profesionales tratando, en ese sentido, de renunciar a cualquier manera puramente personal y subjetiva de tomar decisiones.

B. Cultura

Comunidad y cultura deben ser, también, cuestionados como términos. Me restrinjo en este caso a la cultura. Una cultura consta de una gran variedad de principios internos cuestionados, formas de hacer las cosas, hábitos, sentimientos y comportamientos de identidad, tejidos y destejidos constantemente con diferentes resultados logrados por diferentes actores. Un líder indígena con gran certeza califica la cultura de su gente *—la forma en la que somos—* como una que ha estado presente desde tiempos inmemoriales y que con-

tiene la esencia de la armonía que su comunidad posee. El hecho de que en realidad crea en esto, o que esté sólo actuando como un hábil estrategia puede quedar abierto a debate. No necesariamente lo seguidores pensarán lo mismo. Hoy en día, frecuentes encuentros con otros mundos fuera de su propio territorio y cultura provocan una actitud crítica o, por lo menos, una actitud escéptica entre la gente ordinaria²⁴. Un pequeño propietario que está siendo engañado por un jefe o autoridad local quien le está quitando parte de su tierra en el nombre de la "tradicional" ley consuetudinaria para venderla a algún inversionista y quedarse luego con el dinero, no puede evitar ver su cultura bajo una nueva luz²⁵.

C. Volviendo al cruce de fronteras

Volvemos, nuevamente, al cruce de fronteras. La fluidez de la ley y la cultura se ve exacerbada por el cruce de verdaderas y reales fronteras. Desde hace muchos años²⁶, definitivamente en los últimos 25 años ya casi no existen grupos aislados de personas, ya no existen culturas u órdenes legales consuetudinarios aislados y encerrados en sí mismos. Cuando en la década de 1940 Max Gluckmann intentó contactarse con el sistema "puro" de los indígenas africanos usado para mantener el orden entre ellos (los Lozi), estaba, en realidad, cerrando los ojos a una larga historia de contacto y mutuo intercambio entre prácticas y principios Lozi, las prácticas y principios de otras tribus y, en particular, las de los colonizadores occidentales²⁷. No existen los órdenes originarios. Van de Sandt²⁸ muestra en su estudio sobre los Nasa o Paez en Colombia como desde la llegada de los españoles, muchos siglos atrás, los Nasa intercambiaron distintos elementos, asimilando ciertas formas

²³ Lo "específico" es aquí importante, significa un orden profesional típico el cual hace que el orden legal se mantenga ligeramente separado de toda otra forma de regular las relaciones dentro de una sociedad. No pienso que esté, aquí, cayendo presa del atrayente poder de los profesionales legales. Estoy cruzando las fronteras entre la profesión legal y mi propia visión antropológica al ser una persona familiarizada con ambas disciplinas.

²⁴ Este creciente escepticismo sobre la naturalidad de las prácticas comunitarias es tratado claramente por Fauzia Shariff. Ver: SHARIFF, Fauzia. "Power Relations and Legal Pluralism: An examination of 'strategies of struggles' amongst the Santal adivasi of India and Bangladesh". En: *Journal of Legal Pluralism* 58. 2008.

²⁵ Ver un reciente estudio sobre las autoridades consuetudinarias ghanesas ("jefes") hecho por Ubink. Ver: UBINK, Janine M. "In the Land of the Chiefs, Customary Law, Land Conflicts, and the Role of the State in Peri-Urban Ghana". Leiden: Leiden University Press. 2008. Por publicarse existe un volumen de estudios de casos en los que se analiza el funcionamiento de la posesión de tierra local comunal en varios países. Ghana es uno de esos países y el caso del pequeño propietario engañado y su jefe o autoridad local es documentado en ese capítulo.

²⁶ Encuentros entre repertorios legales sumamente diferentes han sucedido y siguen sucediendo todo el tiempo y no sólo hoy en día que nos encontramos en tiempos de una profunda pluralidad en las sociedades europeas y en otros continentes. El reto para las prácticas legales no occidentales ha estado presente todo el tiempo, fue sentido conmovedoramente en tiempos coloniales y quizás ahora regresa a casa en los países metropolitanos. De forma inversa, confrontaciones entre, por ejemplo, repertorios legales musulmanes o hindúes y entre ellos y los occidentales, son, también, una constante característica de la historia. Ver: GEERTZ, Clifford. "Local Knowledge. *Further Essays in Interpretive Anthropology*". New York: Basic Books. 1983.

²⁷ MOORE, S.F. "Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology". En: *Journal of the Royal Anthropological Institute* 7. 2001. pp. 95-116.

²⁸ Sandt, J.J. van de. "Detrás de la máscara del reconocimiento: defendiendo la autonomía y el manejo comunal de recursos en los resguardos indígenas, Colombia". Popayán: Editorial Universidad del Cauca. (a publicarse).

que fueron impuestas por los colonizadores apropiándose de ellas e insertándolas en su estructura social. Lo que han terminado llamando como "propio", por ejemplo, determinadas formas de gobierno, es en realidad una mezcla de lo inmemorablemente antiguo y lo que era nuevo en el siglo XVII. Así, debemos estar atentos a largas historias de contacto, de antagonismos y estereotipos negativos pero también de cierto intercambio mutuo. Svensson²⁹, por ejemplo, mostró como en Noruega ha habido y aún hay una constante interpretación entre la ley nacional noruega y las sensibilidades legales de los habitantes originarios nórdicos, los Sámi.

El reto que implica cruzar fronteras o ver las propias cruzadas por diferentes entornos y sociedades mayores dominantes acelera el proceso de renegociar las costumbres y forma de vida local lo que aumenta considerablemente la permeabilidad y fluidez de los órdenes legales. Estos encuentros estimulan la toma de conciencia sobre la existencia de otras formas de organización de la vida. Esto provoca una batalla de significados, peleas sobre qué implica lo consuetudinario y sobre cual es la esencia de la propia cultura. Muchas veces este proceso resulta no ser pacífico, pues, estos distintos mundos tratan arduamente de imponer a los otros su forma de ver al mundo, a la sociedad, al hombre, etcétera.

Pero, al final de cuentas, el cruzar fronteras, lo que es ahora un fenómeno casi universal, *genera que los distintos órdenes legales y culturas se vuelvan más fluidos que nunca*.

D. Lo legal

Anteriormente, me he referido a distintos elementos de la ley. Cuando se habla de interlegalidad, uno debe ser claro respecto a que se refiere con lo legal. ¿Qué tipo de "cosas" son las que se ven mezcladas o combinadas? Dicha mezcla es hecha por las personas que actúan como partes realizando un reclamo ante un juez de la mayoría, o por el propio juez respondiendo a dicho reto (reclamo). ¿Qué es lo que están mezclando y negociando entre ellos? Existen normas (o reglas normativas),

que son cuestionadas y renegociadas; existe cultura legal; existen nociones tomadas por sentadas por los jueces sobre como llevar a cabo su labor; existe poder, coerción y resistencia (*forum shopping*); existen valores y principios fundamentales.

Pero hay una dimensión de lo legal que, según mi punto de vista, es la que resalta: el nivel del *significado*, interpretaciones sobre el mundo, el hombre, la comunidad, en consecuencia, de formas de concebir la "real" naturaleza de las cosas. Mucho de lo que resulta interesante de los encuentros entre "órdenes legales" está situado en el nivel del significado. Sally Merry³⁰ escribió sobre la ley "no sólo como un conjunto de reglas que ejercitan poder coercitivo" sino también como "un sistema de pensamiento a través del cual ciertas formas de relación vienen a ser vistas como naturales (...), formas de pensamiento que son introducidas en instituciones que ejercen cierta coerción como una forma de respaldar sus categorías y teorías de explicación". Personalmente, me gustaría hablar sobre los marcos de significado (*frames of meanings*) institucionalizados en la práctica profesional legal, o en las prácticas legales locales³¹. Por ejemplo, mucha gente de cultura no occidental tiene una perspectiva específica de lo que implica ser un ser humano, la cual contrasta drásticamente con el individualismo occidental. Me encuentro constantemente con esta batalla de significados en mi propia investigación. Al estudiar las formas en que grupos indígenas resuelven el problema de mantener el orden y restaurar la armonía entre el hombre, la naturaleza y los espíritus, uno encuentra, por ejemplo, nociones de reciprocidad que definen la naturaleza del ser humano y de su relación con la naturaleza y los espíritus. Leyendo la hermosa descripción de Rupert Ross³² sobre el pensamiento aborigen en Canadá (en "Dancing with a ghost"), uno inmediatamente percibe la gran brecha entre el occidente y el mundo aborigen en torno al, usualmente implícito, sentimiento y conocimiento de lo que implica vivir decentemente en una comunidad y cómo relacionarse con los otros y la naturaleza. El énfasis que hacen los aborígenes en el cuidado de los otros y de la naturaleza no implica, sin embargo, que cualquier noción sobre lo personal así

²⁹ SVENSSON, Tom G. "Interlegality, a process for strengthening indigenous peoples' autonomy: the case of the Sámi in Norway". En: The Journal of Legal Pluralism and unofficial Law 51. 2005. pp. 51-77.

³⁰ MERRY, Sally Engle. "Legal Pluralism". En: Law and Society Review 22, 5. 1988. p. 889. También ver: MERRY, Sally Engle. "Getting Justice and Getting Even. Legal consciousness among working-class Americans". Chicago y Londres: The University of Chicago Press. 1990. pp. 8 y 9.

³¹ Uno no puede evitar pensar en el famoso dicho de Geertz el cual dice que la ley es una manera distintiva de imaginar lo real. Ver: GEERTZ, Clifford. Op. cit. pp. 173 y 184.

³² ROSS, Rupert. "Dancing with a ghost. Exploring aboriginal reality". Toronto: Penguin Canada. 2006.

como sobre los deseos, sentimientos y reconocimientos individuales sean rechazados. En realidad lo que existe es otra forma de percibir el correcto balance entre el interés individual y el colectivo en orden a lograr una vida social integrada y justa. Dichos marcos de significado (*frames of meaning*) incluyen nociones de los principios fundamentales del orden social y moral los cuales son cruciales para la armonía e integración de una sociedad o comunidad. Ellos proveen una visión *global* de la naturaleza de la sociedad, del hombre y de la naturaleza (una visión de mundo, una cosmovisión), sin embargo, partes de estos marcos de significado son más explícitas que otras. Algunas están directamente relacionadas con valores y principios, como el entendimiento de lo que implica el ser un ser humano, o el entendimiento de que Dios creó el mundo y es quien se mantiene a cargo. Otras partes definen lo que es natural, como el mundo está relacionado a ciertas creencias consuetudinarias como, por ejemplo, la creencia de que las enfermedades y la mala fortuna son producto de buenos y malos espíritus que, se considera, deben ser aplacados por el temor a que más desgracias ocurran. Esto no impide que la gente tome elementos de los marcos de significado dominantes o “blancos” y actúe acorde a ellos.

E. Interlegalidad y relaciones de exclusión

Para continuar con mi análisis acerca de lo que encierra la noción de interlegalidad manteniéndome leal al rol central que cumple el cruzar fronteras y el encuentro con otras costumbres o formas de vivir, quiero enfatizar que el encuentro con el otro tipo de ley muchas veces resulta ser un proceso que discurre a través de formas de exclusión en vez de inclusión y adaptación.

En varias ocasiones se ha demostrado de forma convincente que las sociedades occidentales o parte de ellas, como sus órdenes legales, y sus contrapartes no occidentales se han dado forma mutuamente y aún se siguen formando unas a otras definiendo “al otro” como *diferente* de uno

mismo. No sólo el occidente ha definido al otro como primitivo, indisciplinado, personas felices pero irresponsables, colectivistas y que tienden al sacrificio de la libertad personal por un incuestionable y fuerte concepto del bien común³³, pues los líderes indígenas, al igual que los líderes de las minorías, a su turno, también desarrollan visiones estereotipadas sobre los órdenes legales occidentales viéndolos como puramente antagónicos, formales y punitivos, que no tienden a la reconciliación entre las partes, menos aún, al restablecimiento de la armonía dentro de la sociedad. Esta actitud de resaltar los defectos del otro tiene efectos concretos en el sentido que aquél que toma dicha actitud, en mi ejemplo anterior un líder indígena, se siente reafirmado en su visión acerca de que es lo que hace a su propia comunidad excepcional. Dada esta seguridad, un líder la percibe de acuerdo a su interés de fortalecer dicha imagen y reorganizar su comunidad de acuerdo a ella. Está, pues, atrapado. Dicho líder ha afirmado que tal sistema tradicional “existe”; en ese sentido, debe ahora hacerlo realidad. Al menos, eso es lo que intentará hacer³⁴. Primero que nada, las diferencias son enfatizadas. Un líder indígena que acusa al occidente de propagar resentimiento a través de la forma en que administra justicia empieza a reinventar su propia tradición en términos de resaltar la forma comunitaria y pacífica de su propia administración de justicia³⁵. Sin embargo, otros miembros de la comunidad pueden querer resaltar su necesidad por un tratamiento menos patriarcal, por un tratamiento ligeramente más formal para evitar un desarrollo parcial de los hechos, o por un tratamiento hasta cierto punto más “especializado” –lo que De Sousa Santos³⁶ llamaría un estilo Homérico, típico para el occidente– con el fin de evitar la forma “holística” pero también frecuentemente opresiva en la que públicamente se examina toda la historia de vida de las partes antes de tomar una decisión.

En ese sentido, como en el ejemplo de los gitanos *kalderash*, los líderes muchas veces deben ceder

³³ Esta visión de las tendencias colectivistas de las comunidades indígenas todavía circula dentro de los miembros de las poderosas élites de los países europeos (y generalmente de primer mundo). En los círculos de desarrollo eso es a veces escuchado como una acusación en contra de los regímenes comunales de la posesión de la tierra, pues supuestamente bloquean cualquier comportamiento de dinámica económica individual y en ese sentido condenando a la gente una pobreza prolongada. La Corte Constitucional de Colombia, aunque muy progresista e iluminada, en ocasiones retrocede hacia tal visión estereotipada de los principios morales y sociales que orientan una comunidad indígena teniéndolos como supuestamente contradictorios a nociones individuales típicas, dejando, así, completamente de lado el verdadero lugar de las obligaciones individuales hacia el bien común. Uno puede pensar en el principio moral de la reciprocidad. Es sumamente difícil, sino imposible de explicar a una corte occidental los detalles de tal principio y como este impregna toda práctica diaria.

³⁴ COLLIER, Jane F. Op. cit. p. 153.

³⁵ “Pero incluso mientras los zinacantecos revisan sus procedimientos legales para que se parezcan a los nacionales, ellos están simultáneamente enfatizando diferencias entre la “costumbre” indígena y la “ley” nacional, elaborando una visión de la costumbre local como una que promueve la “reconciliación” en contraste a la ley mexicana “punitiva”. Ver: COLLIER, Jane F. Op. cit. Loc. cit.

³⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura. “Towards a new legal common sense. Law, globalization and emancipation”. Segunda edición. London/Edinburgh/Dublin: Butterworths. 2002.

ante las demandas y comportamientos de su gente. Esta reorganización étnica no es una especie de regreso a formas puramente originarias, sagradas ni a costumbres o formas de vivir inmutables. En el constante intercambio con el mundo exterior los líderes desean tener las dos cosas, en ese sentido, se ven obligados por el comportamiento de su pueblo a comprometerse en un proceso de interlegalidad. Este proceso de tomar del otro lado lo que sirve a la reorganización de su comunidad étnica o cultural mientras que, al mismo tiempo, se adapta lo nuevo a formas antiguas, fue reportado muchas veces en trabajos académicos provenientes de las conferencias de Londres 2007 y Bruselas 2008, en las que se trataba el tema de los musulmanes franceses y de las comunidades surasiáticas en el Reino Unido. Yo mismo he encontrado muchas veces este tipo de reorganización en la cual se mezcla lo "nuevo" con lo "antiguo", particularmente en el estudio de doctorado (PhD) del boliviano René Orellana³⁷.

El mensaje parece estar suficientemente claro: para estudiar la ley, las sociedades plurales, la superposición de identidades y la cohesión social en países europeos, se necesita, primero que nada, estudiar la forma en que se determinan las barreras y la forma como se establecen marcadas distinciones entre los órdenes legales nacionales y las prácticas legales locales traídas por los inmigrantes y las minorías³⁸. En segundo lugar, tenemos que transgredir este campo de ideologías y estar alertas a la permeabilidad de las barreras, particularmente en lo que respecta a la lucha interna y conflicto que genera el determinar dónde establecer un límite y por qué. En las afirmaciones ideológicas sobre las características del otro esta permeabilidad se ve suprimida; las autoridades manejan la situación y actúan como si representaran la "visión" de su nación, pueblo o grupo. Pero en el vivir diario, los individuos dentro de grupos minoritarios pueden llegar a cuestionar a sus propias autoridades, apartarse de ellas, recurrir a "el otro" y tomar toda oportunidad que se presente y prometa servir a sus propios intereses a través del uso del repertorio de argumentos del otro como, por ejemplo, las mujeres de Zinacatan (Chiapas, México) quienes están solicitando a las autoridades estatales el reforzamiento de la ley estatal en contra de los hombres que aban-

donan o maltratan a sus dependientes³⁹. Dentro de las comunidades la gente ordinaria muchas veces se opone a estas visiones oficiales. La oficialmente proclamada armonía dentro de los Dineh (Navajo) estadounidenses al momento de definir como debe ser un Dineh es, la mayoría de las veces, hoy en día, un mito. La celebración de la armonía al momento de resolver conflictos, puede bien ser parte de una estrategia política para evitar que las autoridades dominantes coloniales y postcoloniales intervengan en asuntos locales de la comunidad⁴⁰. Sin embargo, los seguidores pueden llegar a dudar de la bendición de su "cultura".

Esto, sin embargo, no implica que dichas comunidades, simplemente, estén desapareciendo. Es un importante e intrincado tema de estudio, el cómo los líderes y los seguidores se relacionan entre sí en un constante proceso de confirmar o cuestionar determinadas decisiones tomadas por sus compañeros dentro de la comunidad y/o sus líderes. ¿Cómo, en otras palabras, una especie de nueva constelación de esta determinada comunidad se ve construida sobre la base de todos estos encuentros, decisiones e instancias de interlegalidad? La misma pregunta puede hacerse para lo que puede llamarse la sociedad mayoritaria. A través de innumerables interacciones, las cuales envuelven a políticos, la prensa, reporteros, académicos y muchos otros, la sociedad está cambiando progresivamente hacia una más o menos pronunciada dirección monocultural o quizás multicultural.

F. Derechos humanos

Del ejemplo podemos concluir que los individuos dentro del pueblo indígena y, asimismo, dentro de las minorías en países europeos, no necesariamente ven las influencias occidentales, particularmente los preceptos y procedimientos legales, como totalmente perjudiciales para la forma en la que ellos organizan la vida y sus intereses. Aquí, una vez más, sería falso trazar una línea demasiado estricta entre las distintas comunidades y sociedades. Vívidas discusiones se están llevando a cabo acerca de las cualidades de los Derechos Humanos. Y en este tema nos encontramos, por cierto, con el Derecho Internacional,

³⁷ ORELLANA, René. Op. cit.

³⁸ Los Sámi en los países nórdicos y Rusia no pueden ser llamados inmigrantes. Ellos mismos rechazarían el término "minoría" y preferirían ser llamados primeras naciones.

³⁹ COLLIER, Jane F. Op. Cit. p. 154.

⁴⁰ COLLIER, Jane F. Op. Cit. p. 310. También ver: MOORE, S.F. Op. Cit. p. 104.

una dimensión que todavía no he tratado a detalle. Estos Derechos Humanos, si se tienen como universales, pueden ser acusados de implicar una provocación etnocentrista, de ser un último intento para deteriorar a las sociedades indígenas, de ser un medio para la “demonización de la cultura y la antropología al mismo tiempo”⁴¹, de ser un medio para, finalmente, llevar la modernidad a todos. Yo sí estoy de acuerdo con aquella visión que ve en el discurso sobre los Derechos Humanos, la mayoría de las veces, un obstáculo para la diversidad en vez de un apoyo para la misma. De otro lado, a muchas de las mujeres que pertenecen a pueblos originarios les gustaría salir de su sociedad y recurrir a la ley occidental para liberarse a sí mismas de los matrimonios arreglados en virtud de la dominación masculina o para poder conseguir la parte justa que les corresponde de la tierra de sus padres. Ni qué decir de aquellas personas acusadas de ser brujas y que corren el riesgo de sufrir la pena capital. En una sentencia escrita, las más altas autoridades de una nación indígena autónoma en Colombia (Jambaló) revocaron una decisión tomada en uno de los poblados bajo su autoridad, según la cual se castigaría a un poblador de modo demasiado ligero por haber matado a otro poblador de quien se sospechaba que practicaba la brujería. “Es inaceptable que en una comunidad se consienta el homicidio bajo el simple argumento de que la víctima practicaba brujería ya que esto implicaría una violación al derecho a la vida y a los derechos humanos”⁴². Los líderes indígenas están sumamente conscientes de la presión que existe dentro de su propia sociedad para incorporar y apropiarse de distintos elementos “extranjeros”. En ese sentido, como supuestos líderes sabios ellos asumen dicho liderazgo mezclando lo antiguo con lo nuevo, dando origen a un proceso de interlegalidad.

Como dije antes, estas interacciones dentro de la sociedad mayoritaria entre los líderes y las élites, por un lado, y los seguidores, por el otro, son relevantes para entender dónde y cómo la cultura y la ley occidental están cambiando debido al reto que implica la diversidad.

G. Poder e interlegalidad

La influencia que se ejerce mutuamente entre una práctica legal minoritaria y una dominante no es necesariamente balanceada. Aquí, nos encontramos con el poder, el cual ya ha sido señalado como un elemento importante de todo aquello que se le pueda llamar Derecho⁴³. Dentro de una comunidad, la lucha por el poder es lo que hace permeable la movilización del repertorio legal local. En las relaciones entre una comunidad minoritaria y el mundo mayoritario el poder define, en gran medida, los términos en los que las batallas por el reconocimiento son peleadas. Los miembros de las minorías suelen experimentar una imposición forzada de principios extranjeros como “la idea del matrimonio cristiano” a través del poder de prácticas legales oficiales que contienen dichos valores y refuerzos normativos. En los repertorios legales consuetudinarios, a pesar de lo que sugiere la palabra repertorio, no todo puede ser propuesto ni ser seriamente introducido en las llamadas “negociaciones”, debemos tener en cuenta que el poder está siempre presente. En los intercambios entre el orden legal local y el orden administrado por las élites nacionales (o internacionales) el poder, el poder estatal o el poder económico juegan un papel aún mayor. En distintos casos prácticos sobre las leyes del asilo, sobre la forma como las autoridades oficiales y/o los legisladores manejan la reunificación familiar, en casos sobre la forma en que la autoridad estatal oficial responde ante manifestaciones de la administración de justicia local indígena se manifiesta una fuerte condescendencia y también, ocasionalmente, un ejercicio brusco del poder. Todo esto sucede en el nombre de la ley o de los valores fundamentales que supuestamente sirven de base a dicha ley, en el nombre de la igualdad entre todos los ciudadanos y en el nombre de muchos otros honorables principios legales.

Pero las minorías no son simplemente víctimas indefensas. La resistencia se puede detectar en la forma en que el matrimonio poligámico es practicado ocasionalmente por surasiáticos en Gran Bretaña⁴⁴. Los miembros de las minorías también se apropian de conceptos mayoritarios

⁴¹ MERRY, Sally Engle. “Human Rights and the Demonization of Culture”. En: *Political and Legal Anthropology Review* 26, 1. 2003. pp. 55-77.

⁴² En 1999, ver los comentarios de Assies. Ver: ASSIES, Willem. “Indian justice in the Andes, re-rooting or re-routing”. En: SALMAN, Ton y Annelies ZOOMERS (eds.). “Imagining the Andes: shifting margins of a marginal world”. Amsterdam: Aksant Academic Publishers. 2003. pp. 167-186.

⁴³ Ver el elemento de la coerción mencionado en la tipificación del “derecho” de Merry.

⁴⁴ Ver el capítulo 5 del libro de Prakash Shah “Pluralismo legal en conflicto”. Ver: SHAH, Prakash. “Legal Pluralism in Conflict. Coping with cultural diversity in Law”. London: Glass House Press. 2005.

y los construyen activamente dentro de su visión legal. Pearl y Menski⁴⁵ nos dicen que “hoy en día en Gran Bretaña, encontramos una nueva forma de *shari’a*, ley inglesa musulmana o *angrezi shariat*, que no se encuentra oficialmente reconocida por el estado pero es en la actualidad, cada vez con mayor evidencia, una fuerza legal dominante dentro de las varias comunidades musulmanas en Gran Bretaña”. Los autores hablan del “desarrollo de un nuevo híbrido, leyes musulmanas no oficiales”. A veces se da dicha penetración pero en forma inversa cuando elementos de la ley minoritaria son aceptados dentro del orden legal dominante y pueden incluso llegar a dejar una marca en los conceptos, procedimientos y prácticas legales dominantes, posiblemente también se mezclen con los fundamentos normativos de la ley nacional. La mezcla de distintas visiones del mundo, principios, percepciones, definiciones y normas puede, en efecto, darse también de forma inversa, como por ejemplo, la práctica legal aborígen en Canadá “ha afectado a la filosofía y práctica de la justicia no aborígen”⁴⁶. A este último fenómeno lo llamo interlegalidad *en reversa*.

H. ¿Interlegalidad en la actual práctica legal mayoritaria?

En esta exposición, hasta el momento, no le he dado importancia a la forma en que los jueces, políticos, líderes y el público perteneciente a la mayoría navegan desde su propia cultura hacia el mundo de grupos con distinta identidad los cuales se encuentran dentro de su propia sociedad. Tal vez no lo hacen. Los reportes presentados en la conferencia de Londres del 2007 no son en general optimistas, incluso un participante que conocía del tema habló de “un constante espíritu de renuencia” que, por cierto, es una de las formas más diplomáticas de ponerlo. La barrera para el reconocimiento de otras sensibilidades legales no se levanta con facilidad. La ignorancia, la arrogancia en pretender “entender a la otra cultura”, la falta de tiempo para hacerle justicia a un contexto cultural, muchos problemas severos experimentados por peritos expertos que tratan de transmitir su mensaje⁴⁷, sin mencionar el problema de los expertos contradiciéndose unos a otros; estas son sólo algunas de las muchas circunstancias que tienden a mantener dicha barre-

ra firme y segura. Existen también “condiciones estructurales” como las que ya han sido mencionadas (una fuerte reserva por parte de los jueces para tomar el rol de legisladores). Esto genera límites reales y estrictos a cualquier navegación judicial en el otro dominio. No pensemos que el legislador está más abierto a mejorar las oportunidades legales en cuanto a la toma de decisiones para la adaptación; me atrevería a sugerir que es todo lo contrario. Fuera de la práctica legal el contexto sociopolítico actual tampoco resulta favorable. Sin embargo, también encontramos ejemplos de un encuentro de pensamientos, de serios intentos por entender otros patrones de relaciones familiares y aplicarlos, por ejemplo, en casos de dar niños en adopción o colocarlos bajo tutela.

A pesar de la condición estructural mencionada anteriormente, hemos observado a jueces, trabajadores sociales, abogados, administradores públicos y profesores de escuelas luchar muchas veces con los problemas para entender qué pasó y cómo, dónde y por qué se debe realizar una nueva interpretación de algún concepto legal o introducir una excepción a la regla para poder acomodar otras sensibilidades legales. Una visión menos rígida de la naturaleza del llamado repudio de un solo lado de la esposa por el esposo mientras esta figura es recientemente reformada por la nueva legislación familiar en Marruecos, el cambio de una manera formal a una manera más material (empírica) de acercarse al *kafala*, intentos para adaptar ciertas formas de “matrimonios religiosos”, etcétera son sólo algunos ejemplos y existen muchos más. Lo que es más importante aún es que los profesionales empiezan a pensar diferente. Aquí viene el punto en el que vengo insistiendo repetidamente. Incluso cuando el juez rechaza un pedido de la minoría, ha aprendido algo, quizás más de lo pensado. Su marco de pensamiento ha cambiado, posiblemente para mejor. Estos encuentros legales se llevan a cabo en el campo de batalla del significado, de las nociones de lo normal y de lo natural que son tomadas por sentadas. En ese sentido, en la práctica legal oficial nos encontramos con condiciones similares: aquí se dan debates y discusiones, las formas normales de definir determinada situación se ven puestas a prueba, existen cuestionamientos

⁴⁵ PEARL, D. y W. MENSKI. “Muslim Family Law”. Lahore: Brite Books. 1998. p. 58.

⁴⁶ PROULX, Craig. “Blending justice: Interlegality and the incorporation of aboriginal Justice into the formal Canadian Justice System”. En: The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 51. 2005. p. 80.

⁴⁷ BALLARD, Roger. Op. cit.

internos. Por ejemplo, la solemne reunión anual de la asociación general de profesionales legales holandeses así como de la rama de abogados constitucionales discutió el problema de la multiculturalidad y el Derecho en Holanda en el año 2008. Cursos de las Facultades de Derecho, cursos de actualización judicial, artículos en revistas tanto profesionales como más generales abundan con temas relevantes. Una extensiva investigación empírica acerca de, precisamente, el tema del presente artículo, es decir, la pregunta del “cómo lo hacen”, ha sido requerida por la agencia holandesa que supervisa y organiza el sistema judicial⁴⁸.

I. Interlegalidad en los casos de no reconocimiento.

Todo lo que ha sido dicho anteriormente resalta mi próximo punto. No debemos pensar en la interlegalidad como un fenómeno que se presenta sólo si en la ley oficial existe alguna forma de reconocimiento, como parte del Derecho Doméstico, concedido a distintas prácticas legales, ya sea un reconocimiento judicial o por parte del legislador. Incluso donde los jueces, los legisladores, los políticos así como el público en general rechazan firmemente casi todos aquellos elementos que perciben como parte del otro orden legal, inevitablemente, se darán encuentros entre ambos y cierto nivel de interpretación, es un hecho social.

J. Condiciones sociales

Déjenme, finalmente, señalar una de las muchas materias que aún faltan ser tomadas en cuenta en los estudios empíricos acerca del comportamiento profesional en casos multiculturales. Me refiero a la necesidad de cuidadosamente ensamblar el conocimiento acerca de *las condiciones sociales que los actores perciben como las que inhiben su elección de comportamiento*. Una de tales condiciones se puede presumir cuando uno observa a los jueces definiendo su rol de tal forma que se sienten inhibidos de hacer lo que, desde su perspectiva, el legislador debería hacer. Por esa razón se abstienen de reconocer un matrimonio gitano como válido bajo el Derecho de Familia.

Otro ejemplo de estas condiciones sociales es la extendida suposición entre los jueces que las autoridades oficiales de la Junta de Protección y Bienestar Infantil realizan un buen trabajo y se puede confiar en sus decisiones. Esta actitud es una de las circunstancias que arroja luz respecto a la resistencia de los jueces de Familia en conducir una evaluación independiente de las recomendaciones expuestas ante ellos y que son hechas por estas autoridades. Esto, en su momento, explica porqué en casos sobre conflictos multiculturales, *hablando empíricamente*, la decisión de si se toman o no en cuenta diferencias culturales, y cómo se toman, es realizada por la Junta y no por el juez. En ese sentido, debemos estudiar dichas Juntas en las cuales probablemente encontremos una retórica liberal pero una fuerte resistencia, en la práctica, a tomar diferencias étnicas y culturas en cuenta.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿HACIA DÓNDE NOS DIRIGIMOS AHORA?

Concluyendo mi análisis quiero referirme, brevemente, a cómo acercarse a la pregunta de hacia dónde se dirigen los repertorios legales occidentales. Uno se podría hacer la misma pregunta respecto de, digamos, las sensibilidades jurídicas de los inmigrantes surasiáticos del Reino Unido.

Incluso si admitimos por completo que no se llegará nunca a ningún resultado *final*, sino sólo a situaciones sumamente irregulares y temporales, vale la pena tratar de determinar, aproximadamente, hacia dónde se dirige el orden legal holandés y muchos otros órdenes legales occidentales: ¿están pasando de expresar “únicamente valores holandeses”, “únicamente valores británicos” a expresar también otros valores? ¿Están los órdenes legales occidentales convirtiéndose en una forma híbrida en la que existen diferentes grupos de principios que son pegados entre sí formando un fragmentado, desarticulado y siempre cambiante “todo”? Al hacer esta pregunta, no sólo estoy pensando en una desviación *incidental* de la interpretación normal de un principio o de la obvia redacción de una sentencia o precedente, incluso si esto ocurre de modo regular. Estoy pensando en un impacto *duradero* de distintos significados y principios de lo que implica una buena vida en la forma dominante de pensar y de definir las buenas relaciones; por

⁴⁸ ROSSUM, W. Van. “Gelet op de cultuur. Reflectie op de relevantie van culturele achtergronden van etnische minderheden in de Nederlandse rechtspraak”. Den Haag: Raad voor de Rechtspraak. 2007.

este sólo hecho la visión dominante perderá su carácter de ser depositaria exclusiva de la cultura mayoritaria⁴⁹.

Para sugerir aquí ciertas direcciones, regreso a la pregunta de cómo captar las estructuras cuando estas vienen y van. Nos provee una útil metáfora la canción de las ballenas hecha por Susan Silbey⁵⁰ precisamente para referirse a este problema. La estructura del Derecho –o cualquier otra institución social– existe, pero es “constituida a través de una práctica social activa”⁵¹. En ese sentido, existe un reconocimiento del rol de los distintos actores en la creación de las estructuras. La metáfora para explicar esto es la siguiente: una manada de ballenas produce un aire específico y lo siguen, pero ocasionalmente, alguna ballena puede modificar ligeramente dicho aire, y a veces tal modificación es adoptada por el grupo. Todas las ballenas tienen la habilidad y el estatus social para poder cambiar el aire de su grupo. Así, a través de cambios muy pequeños pero progresivos,

el aire de las ballenas puede cambiar en el tiempo y llegar a ser irreconocible respecto del aire original. La estructura es “efectuada y determinada a través de experiencias regulares, rutinarias y aparentemente sin incidentes”⁵².

En el mismo sentido metafórico, uno podría ver las decisiones judiciales como experiencias rutinarias y sin incidentes que traen una interpretación ligeramente distinta de, por ejemplo, lo que normalmente es visto como el interés superior del niño. Quizás sean otros principios fundamentales distintos a aquellos usualmente usados por la mayoría los que han sido tomados en cuenta para fundamentar dicha decisión. Marcos tácitos de significado se derrumban. De la suma de todos estos eventos, el “algo” que llamamos orden legal estatal, sus principales fundamentos normativos y su reserva de interpretaciones comunes, cambia lentamente.

⁴⁹ El espíritu de este acercamiento se ve debidamente capturado en un dicho de Craig Proulx: “En vez de simplemente discutir conflictos entre sensibilidades u órdenes judiciales/legales culturalmente diferentes, debemos también, observar cómo la justicia/ley es transmitida a, y apropiada por, otros y cómo estos recursos son utilizados en la producción cultural recíproca”. Ver: PROULX, Craig. Op. cit. p. 83.

⁵⁰ SILBEY, Susan S. “Making a place for cultural analyses of Law”. En: Law and Social Inquiry 17 (1). 1992. p. 44.

⁵¹ Ibid. p. 43.

⁵² Ibid. p. 44.

¿CÓMO VER AL DERECHO AQUÍ Y AHORA?

Eduardo Hernando Nieto*

Abordar la interminable discusión acerca de la definición de lo que es el Derecho es quizás una de las cuestiones más problemáticas y aun así más elementales para todo abogado. Encontrar el verdadero sentido del Derecho fue quizás el mayor móvil durante muchos años de iusnaturalistas y positivistas durante el siglo XIX y, posteriormente el propósito también de otras corrientes. Sin embargo, ¿qué tan consistente resulta, hoy en día, observar el Derecho como una abstracción teórica apartándonos de la realidad y de las relaciones entre sujetos?

El autor realiza en el siguiente artículo una revisión de los distintos conceptos de Derecho que han surgido en el mundo moderno, rescatando la importancia de ubicar a éste como una herramienta y un elemento en construcción que en base a la argumentación debe armonizar las relaciones del hombre en sociedad.

* Abogado. Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencia Política por la Universidad de East Anglia, Inglaterra. Magíster en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Basta solamente plantearse la posibilidad de escribir, por ejemplo, un artículo sobre pluralismo jurídico o sobre epistemología del Derecho para tomar nota de lo complejo que puede resultar el dar una definición sobre lo que es el Derecho; es decir, si nos olvidamos de nuestros amigos los positivistas –que, en todo caso, trataron en buena onda de darnos una definición aparentemente concreta de lo jurídico a partir de la identificación de una norma fundamental o una regla de reconocimiento– es más lo confuso que lo claro. Conceptos, por ejemplo, como el de “justicia viva” que acuñó el teórico austriaco y pionero de la sociología jurídica, Eugen Ehrlich, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, para definir el Derecho “verdadero” en contraposición con el llamado Derecho oficial¹ o la visión radical de los pluralistas que invocaban “otras” fuentes normativas como la costumbre, no nos sirven de mucho si se trata de definir con precisión nuestro objeto de estudio². Peor aun, si optamos por definir la realidad del Derecho a partir de las nuevas epistemologías como las del constructivismo, la teoría crítica o la autopoietica que nos llevan a tesis –algo extrañas para muchos me imagino– como que el Derecho se construye asimismo (autorreferente) y que inclusive produce a sus autores³.

Y claro, la pregunta por la identidad siempre –aunque muchos no lo crean– resulta esencial. A fin de cuentas, si no sabemos qué es el Derecho, cómo podemos saber qué significa o qué puede ofrecernos o, finalmente, para qué puede ser útil. Es por esto que puede resultar interesante plantear un ejercicio al respecto; es decir, ver qué es lo que nos ofrece la teoría, hoy por hoy, respecto al concepto y sentido del Derecho y cómo es que éste ha sido concebido o entendido en nuestro contexto, que de una u otra forma siempre ha estado vinculado con los centros de la elaboración teórica y ha ido recibiendo a lo largo de los años distintos enfoques o teorías jurídicas, siendo también en muchas ocasiones mal interpretado o distorsionado.

Asimismo, podría resultar original el preocuparnos por estos temas en un entorno que por, diversas razones, ha carecido de una tradición y de un espacio de discusión importante en el campo de la teoría legal, a diferencia de varios países vecinos que sí la han tenido. Sin embargo, mi interés al escribir este texto no solamente se encuentra en plantear las distintas maneras de como se ha ido entendiendo el Derecho sino sobre todo el poder inducir a aquellos que tengan cierta vocación por la teoría a fin de transmitirles todas las múltiples posibilidades del pensamiento jurídico, advirtiendo especialmente lo complejo de la tarea. Por otro lado, y creo que este es el sentido de los textos que animan esta publicación, se trataría de demostrar claramente las estrechas relaciones que existen entre la teoría y la práctica; es decir, que no se encuentran disociadas como lo habrían propuesto los enfoques científicos del derecho que, paradójicamente, decían que estaban lidiando con la realidad cuando en el fondo nos habían conducido a un universo extremadamente abstracto o exageradamente conceptual.

Así pues, lo que pretendo hacer aquí será en primer lugar una definición de las distintas epistemologías jurídicas que hemos encontrado en la modernidad y también una crítica de las mismas, para poder pasar luego a observar cómo han influenciado o cómo siguen haciéndolo en nuestro contexto siempre dentro de una mirada bastante crítica y polémica.

I. LAS EPISTEMOLOGÍAS JURÍDICAS DE LA MODERNIDAD: EL DERECHO COMO CIENCIA TEÓRICA

Se suele señalar que en la modernidad existen dos concepciones de Derecho como ciencia, que parten de supuestos epistemológicos diametralmente opuestos: las concepciones idealistas y las sociológicas del Derecho, o el Derecho como ciencia formal o como ciencia fáctica, según la terminología acuñada por el filósofo de la ciencia argentino Mario Bunge.

¹ EHRLICH, Eugen. “Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia”. Madrid: Marcial Pons. 2005. Lo que sostiene Ehrlich concretamente es que nosotros estábamos acostumbrados a ver al derecho como “normas de decisión” que resuelven determinados conflictos (el positivismo) sin embargo, más real y concreto que esto son las llamadas “normas sociales” que permiten la integración de los grupos humanos y que pueden ser constatadas de manera empírica, en este sentido, el llamado “derecho vivo” sería aquél que no responde a la producción estatal sino que se encuentra en la misma sociedad. Más adelante, veremos como éste es el punto de partida del llamado pluralismo jurídico.

² Al respecto se puede leer la crítica interesante que plantea Brian M. Tamanaha al pluralismo jurídico y la vaguedad de la propia definición de derecho popular o consuetudinario. Ver: GRIFITHS, John y Brian M. TAMANAHA. “La insensatez del concepto científico social del pluralismo jurídico”. En: ENGLE FERRY, Mary. “Pluralismo Jurídico”. Bogotá. Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes. 2007.

³ Para un desarrollo muy claro de estas nuevas corrientes epistemológicas del derecho se recomienda sobremanera el texto de Teubner. TEUBNER, Günther. “El derecho como sistema autopoietico”. En: “El Derecho como sistema Autopoietico de la Sociedad Global”. Lima: ARA Editores. 2005.

Así pues, se puede decir que en las concepciones idealistas las normas son postulados abstractos que se infieren de principios universales o eternos (Derecho Natural) o son la manifestación de la voluntad racional de quien los ha formulado (positivismo). En este sentido, su validez dependerá de la afinidad que tengan con los principios superiores y su contenido se definirá en función a su interpretación al interior del sistema jurídico.

Para precisar un poco mejor, respecto a la concepción idealista y desde el punto de vista material, se diría que en las concepciones idealistas las normas son postulados abstractos que se deducen de principios universales y eternos, o son expresión de la voluntad racional de quien las formula, dependiendo su validez de su congruencia lógica con los postulados de jerarquía superior, y su contenido se determinarían interpretándolas al interior del ordenamiento jurídico mismo.

Respecto a la llamada concepción sociológica, se puede considerar que el Derecho será básicamente una herramienta de la autoridad destinada a satisfacer sus fines políticos, sociales y económicos que responden también a una coyuntura histórica; en este sentido, su validez sustantiva se da a partir de la afinidad de sus fines con la realidad social, teniendo también muy en cuenta su eficacia, la que se manifiesta en la adecuación de sus medios al logro de estos fines.

En este sentido, hace algún tiempo, Manuel Atienza, –profesor de la Universidad de Alicante y uno de los difusores de la teoría de la argumentación jurídica– se refería a los enfoques científicos del Derecho como aquellos que definían concretamente al Derecho como estructura, sea el caso de una estructura formal (positivismo), ideal (iusnaturalismo) o, finalmente, como una estructura funcional (realismo)⁴; es decir, todos ellos tomaban al Derecho como un objeto para ser descrito al mismo tiempo que se le iban agregando algunas especificaciones, pero en general el enfoque epistemológico de la modernidad trató de modo explicativo al Derecho (más tarde se pasaría también al plano de la comprensión).

Sin embargo, lo que resulta hoy claro es que aparte de las propuestas citadas habrían todavía otras opciones de definición del Derecho. Empecemos entonces por ver qué es lo que ofreció la modernidad en el Derecho.

II. LA PRIMERA CONCEPCIÓN IDEALISTA: EL DERECHO NATURAL

Si bien es cierto que en una época como la actual, caracterizada por la secularización y por el individualismo, parece bastante difícil que se pueda expresar una adhesión a un conjunto de principios que se decían que emanaban de una revelación y que eran descubiertos por la razón humana; sin embargo, aun es posible encontrar diversos trabajos que han desarrollado y todavía proponen esta perspectiva del Derecho.

De esta manera, se empezaría a señalar que el Derecho en la visión iusnaturalista es el arte de lo justo, así:

“Lo que llamamos orden de justicia, exigencias o normas de justicia, no es otra cosa que el derecho natural. Y los llamados principios de justicia no son cosa distinta a los principios y preceptos propios de ese Derecho. Lo que preexiste al derecho positivo no es la justicia, sino el Derecho natural”⁵.

La perspectiva iusnaturalista se fue construyendo desde el pasado con los aportes de la filosofía aristotélica o la de Cicerón (esto, en el contexto de la filosofía antigua) y en el mundo de la teología, con los aportes de Santo Tomás de Aquino, fundamentalmente. Es decir, primero se definió a través del concepto de naturaleza justificada por la razón (filosofía) y luego esta naturaleza se justificó a través de una voluntad que sería la de Dios expresada a través de una revelación⁶.

En esta época contemporánea puede ser interesante, por ejemplo, revisar el trabajo del profesor australiano John Finnis⁷, quien sostiene que el

⁴ ATIENZA, Manuel. “Derecho y Argumentación”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

⁵ HERVADA, Javier. “Introducción crítica al Derecho Natural”. México: Editorial Minos. 1999. p. 27.

⁶ Justamente, esta segunda variante del iusnaturalismo (el voluntarista) sería el punto de partida ya en un mundo secularizado del positivismo puesto que bastará que la voluntad divina sea transformada en voluntad del legislador para que pueda convertirse en la tradición positivista. Esto explicaría entonces los lazos entre el iusnaturalismo moderno y el positivismo jurídico. Para un desarrollo de esto véase mi texto. HERNANDO NIETO, Eduardo. “Deconstruyendo la Legalidad, ensayos de teoría legal y teoría política”. Lima: PUCP. 2000. Capítulo 1.

⁷ FINNIS, John. “Natural Law and Natural Rights”. Oxford: Oxford University Press. 1980. Como dice Manuel Atienza, “La tarea central del iusnaturalismo consistiría en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de Derecho (el rule of law) y en mostrar de qué manera el Derecho válido (sound) se deriva de ciertos principios inmodificables.” ATIENZA, Manuel. “El Derecho como argumentación”. Barcelona: Ariel. 2006. p. 45.

objetivo de su enfoque iusnaturalista no es otro que el de identificar cuáles son los bienes que los hombres requieren y la manera como las instituciones jurídicas pueden protegerlos, bienes por ejemplo como el conocimiento y otros bienes importantes como la vida, el juego, la experiencia estética, la religión, etcétera. Así pues, como dice Carlos Santiago Nino:

“La concepción jusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente dos tesis: (i) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, (ii) una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de “jurídicas” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (aun cuando esto no sea posible) no será considerado iusnaturalista”⁸.

Por cierto, las críticas al iusnaturalismo no se harían esperar dentro de la modernidad comenzando por ejemplo por cuestionar el origen de los principios que ordenarían este discurso o también considerando la posibilidad de que exista también una multiplicidad de principios lo cual haría difícil su identificación en el fondo⁹.

Críticos como Kelsen, Bobbio o Ross (positivistas) destacaron algunos de estos aspectos además de resaltar que el iusnaturalismo no es propiamente un discurso de derecho sino de moral, también a menudo se señalaba la dificultad que tendría el iusnaturalismo para poder brindar un conocimiento empírico u objetivo de la realidad lo que haría de éste un discurso meramente especulativo.

Además, se podría considerar que no es del todo claro el aguardar del Derecho Natural fines tan propios al Derecho como el orden y la paz. Por último, el argumento más empleado por aquellos que se oponen al iusnaturalismo sería la dependencia de éste con respecto al concepto de naturaleza humana –que precisamente sería indispensable para evitar caer en el relativismo¹⁰– considerando entonces que no existe eso que se llama naturale-

za humana y que, por lo tanto, tampoco habrían fines que corresponden a esa naturaleza.

En conclusión, se considera que el iusnaturalismo no es compatible con el conocimiento científico (positivo) y que sus fundamentos son de muy difícil justificación (la naturaleza por ejemplo) por lo que no podría ser muy útil en el intento de definición del derecho. En todo caso, veremos luego que no es tan sencillo descartar de plano la presencia de principios o valores en la configuración del Derecho moderno, como se pretendía.

III. LA SEGUNDA CONCEPCIÓN IDEALISTA: EL POSITIVISMO JURÍDICO

De acuerdo a lo ya señalado, el positivismo jurídico representa otra manifestación del llamado idealismo jurídico en el sentido que se elabora a partir de la determinación de una estructura normativa denominada sistema jurídico, el mismo que aparece como algo objetivo y capaz de ser descrito; así, Kelsen señala que por positivismo jurídico “debe entenderse toda teoría del Derecho que concibe o acepta como su exclusivo objeto de estudio el derecho positivo y rechaza como derecho cualquier otro orden normativo, aunque se le designe con ese nombre, como es el caso del Derecho natural”¹¹.

De esta forma, la función de la ciencia jurídica no sería otra que la de describir las relaciones que se dan entre las normas positivas. Así, de acuerdo a lo señalado por Bobbio, existen tres formas de definir al positivismo, a saber, el positivismo como teoría, como ideología y como metodología¹². El primero se sustenta en la tesis de la voluntad del soberano y la obediencia a sus mandatos así como también la separación entre el Derecho y la moral. El segundo se trata básicamente de obedecer al Derecho positivo en tanto es un Derecho válido aun cuando contravenga principios o valores. Finalmente, en el tercero se considera que uno se puede identificar con el positivismo si considera que puede hacerse un estudio serio del derecho a partir del análisis de los conceptos jurídicos.

Es importante tener en cuenta que lo que caracteriza al Derecho positivo es que éste se crea y

⁸ NINO, Carlos Santiago. “Introducción al análisis del Derecho”. Buenos Aires: Astrea. 1980. pp. 27-28.

⁹ De hecho, se podría decir que los contenidos podrían ser muy variados y por ende dependientes de los cambios históricos.

¹⁰ Para una defensa del argumento de la naturaleza humana ver STRAUSS, Leo. “Natural Right and History”. Chicago: Chicago University Press. 1971.

¹¹ Citado por SCHMILL, Ulises. “El Positivismo jurídico”. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y J. Francisco LAPORTA (editores). “El derecho y la justicia”. Madrid: Trotta. 2000. p. 68.

¹² BOBBIO, Norberto. “El problema del positivismo jurídico”. Buenos Aires: Editorial Universitaria. 1965. pp. 39-40.

se aplica, deductivamente, a partir de los postulados generales que constituyen el contenido de un determinado orden jurídico. Igualmente, si una norma no coincide con el contenido material de dichos postulados, debe ser excluida del ordenamiento jurídico, por ser inválida.

Justamente, se va a señalar que lo que importa para el Derecho positivo es que se pueda identificar la norma de acuerdo a su pertenencia o no al sistema jurídico, es decir, se trata de pasar un test o examen de *pedigree* (origen) mientras que en el caso del Derecho Natural se decía que la validez de la norma dependía finalmente de la corrección o justicia de la misma¹³, es decir, que la norma se pueda adecuar al Derecho ideal que lo sostiene.

Ciertamente, una de las cosas que hemos visto ya en el positivismo del siglo XX ha sido el identificar al derecho con un sistema normativo¹⁴ (Kelsen) o con la unión de reglas primarias con secundarias¹⁵ (Hart), que se justifican en función a la existencia de un punto de origen que se llama "Norma Fundante" en el caso de Kelsen, o "Regla de Reconocimiento" si es que hablamos de Hart. La clave en esta perspectiva, como dijimos, es que gracias a estas Normas (Fundante o de Reconocimiento) es posible identificar las normas que pertenecen al sistema a partir justamente del llamado test de su origen o *pedigree* que se sustenta en los puntos de partida ya mencionados y a través de los cuales se va deduciendo su contenido. Por ejemplo, en el caso de Kelsen, sabemos que la "Norma Fundante" es un presupuesto necesario para que exista el sistema de reglas mientras que la característica de la "Regla de Reconocimiento" corresponde más bien a una práctica social que señala que las normas que puedan satisfacer determinadas condiciones pueden ser consideradas como válidas¹⁶.

Hart señalaba que, como consecuencia de la indeterminación o falta de certeza de las reglas primarias (aquellas que establecen obligaciones por ejemplo), la Regla de Reconocimiento podía acabar con esta situación de incertidumbre:

"Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce"¹⁷, tales reglas pueden ser en principio simples o complejas. Así la legislación, la constitución, las decisiones de los tribunales serían reglas de reconocimiento pues nosotros las obedecemos porque las reconocemos como reglas de derecho¹⁸.

El Derecho positivo surgió a partir de la distinción entre hechos y valores, o entre el plano del ser y el plano del deber ser durante los inicios de la modernidad. Esta distinción se hizo necesaria porque el proyecto de la ciencia moderna (empírica) se ajustaba a la descripción de hechos concretos mientras que, por ejemplo, el iusnaturalismo aparecía en todo caso como un discurso especulativo (desde la óptica positivista, dicho sea de paso).

Pero, no sólo se trataba de un proyecto que buscaba hacer "científico" al Derecho, sino que también se podía encontrar algunos aspectos que respondían a otro orden de cosas, en este caso al plano social y político. Así por ejemplo, en Inglaterra, el Derecho común (*common law*) y el Derecho Natural eran más bien percibidos como vinculados a los sectores más ricos de la sociedad. Precisamente, por su carácter tan "gaseoso" y tan poco claro podían ser utilizados de forma más bien discrecional por los jueces que pertenecían a los sectores con más poder en la sociedad, esto es, que amparados en la oscuridad y dispersión normativa en último término podían actuar como legisladores parcializados, legislando en su favor o de sus allegados al momento de resolver un caso.

Es ante esta situación que uno de los forjadores del positivismo jurídico en el mundo anglosajón, Jeremías Bentham (1748-1832)¹⁹, trató de acabar con esta situación al buscar un control judicial por medio de su sometimiento a la norma escrita, la misma que sería la expresión de la voluntad popular. Es decir, Bentham se adhiere a la tesis demo-

¹³ BOBBIO, Norberto. "El Positivismo Jurídico". Madrid: Debate. 1993. p. 146.

¹⁴ KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Buenos Aires: UBA. 1979. También ROSS, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia". Buenos Aires: EUDEBA. 2005.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. "El Concepto del Derecho". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2007.

¹⁶ Por cierto, es bastante conocida la crítica que efectuara el profesor Ronald Dworkin al considerar que los modelos positivistas solamente incluyen reglas pero no otro tipo de normas como los principios o las directrices y ciertamente esas normas no se identifican en función a un test de origen sino por su fuera argumentativa o su contenido. Cfr. Albert Calsamiglia. "Ensayo sobre Dworkin". En: DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel. 1999. p. 9.

¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. Op.cit. p. 117.

¹⁸ "Cuando la gente afirma que esto o lo otro es una ley "porque el Parlamento lo ha dicho así" demuestran que la aceptan como regla de reconocimiento". RIDDALL, J.G. "Teoría del Derecho". Barcelona: GEDISA. 1999. p. 69.

¹⁹ Ibid. pp. 105-129.

crática y antielitista –que se dice podía encontrarse en las concepciones del Derecho común y del iusnaturalismo– y buscaba así reducir al mínimo la discrecionalidad. Al mismo tiempo, la idea de ordenar, sistematizar y codificar las normas, además de presentarlas bajo un lenguaje muy sencillo y asequible a cualquiera, pretendía convertir al Derecho en una herramienta útil al servicio de lo que él pensaba que era el fin de los seres humanos, esto es, la maximización de la felicidad del mayor número de personas (utilitarismo). En este sentido, Bentham intentó una simplificación del Derecho a fin de que pueda ser aplicable sin mayores inconvenientes. Es de esta forma como se empieza a introducir esta vieja idea que muchos aún asocian con el positivismo: el sometimiento de la voluntad del juez a la voluntad popular expresa en la norma creada por el legislador. El juez, como diría Montesquieu, se convertía en la “boca que pronunciaba la palabra de la ley”²⁰, quitándole así a éstos cualquier manifestación de poder. Por cierto, tal visión decimonónica sería rápidamente dejada de lado por los exponentes del positivismo del siglo XX, aun cuando en muchas ocasiones todavía se seguirá pensando de acuerdo a este positivismo inicial (ideológico).

No obstante lo señalado por Bentham, ya en los mismos inicios del positivismo se había percibido la estrecha relación entre el Derecho y el lenguaje y, así como encontramos muchos problemas de carácter semántico y sintáctico²¹ en el lenguaje, estos mismos problemas podían hallarse en el derecho y nos podían conducir hasta los llamados problemas de interpretación y de relevancia²² que le devolverían necesariamente a los jueces la discrecionalidad que habían perdido dentro del modelo positivista decimonónico, esto es, el positivismo del siglo XX –a diferencia de lo que se planteó en los orígenes en todo caso– sí le devolvía a los jueces la capacidad creativa.

Finalmente, por más discrecionalidad o por más que la Regla de Reconocimiento sea más concreta que la Norma Fundante de Kelsen y que el mismo profesor Hart considerara su proyecto a caballo entre el formalismo kelseniano y realismo jurídico

–que veremos a continuación– el positivismo en general no se salvaba de ser considerado como un discurso idealista considerando que su contenido de alguna forma se sostenía en las conciencias individuales (al igual que lo ocurriría con el iusnaturalismo); es decir, en una creencia que además se había nutrido de la ideología liberal e ilustrada del siglo XVIII y del paradigma de la ciencia moderna.

IV. LAS CONCEPCIONES SOCIOLÓGICAS DEL DERECHO

Considerados como los enfoques críticos de las tradiciones idealistas del Derecho, aun cuando se trata de perspectivas que igualmente se identifican con la epistemología moderna y su proyecto de ciencia explicativa, las corrientes sociológicas tienen sin duda su antecedente más claro en el denominado realismo jurídico, especialmente en su vertiente norteamericana. Este realismo tiene por cierto una larga data en la cultura de Norteamérica donde se generó una suerte de revolución contra el formalismo y defensa del instrumentalismo desde fines del siglo XIX inclusive²³, incluyendo nombres como los de Roscoe Pound, Oliver W. Holmes, Frank. N. Llewellyn, Herman Oliphant o Jerome Frank.

Estos académicos consideraban, entre otras cosas, que el Derecho se caracterizaba fundamentalmente por su dinamismo, igualmente, se lo podía considerar como un instrumento o herramienta –carácter instrumental– orientada a satisfacer intereses sociales, económicos o políticos; por otro lado, también tenían una percepción móvil de la sociedad. Además, junto con estas características, también podían incluirse otras como la clara separación (por razones metodológicas) entre los planos del ser y el deber ser (concentrándose en el plano fáctico, evidentemente), escepticismo normativo e incluso fáctico, es decir, el foco de atención del Derecho se traslada de los textos a los contextos, en este caso los tribunales, con lo que el peso de los mismos resulta relativizado.

²⁰ MONTESQUIEU. “El Espíritu de las Leyes”. Madrid: Tecnos. 1980.

²¹ Uno de los primeros en advertir esta situación fue John Austin, más adelante H.L.A. Hart seguiría esta tesis al referirse a la vaguedad de muchos enunciados normativos y los problemas de penumbra que existirían. Cfr. BOBBIO, Norberto. Op.cit. HART, Herbert Lionel Adolphus. Op.cit.

²² GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. “La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales”. Lima: Palestra. pp. 169-170.

²³ “...del realismo y el naturalismo en la novela del pragmatismo en la filosofía, del sentido práctico en la ciencia de la oposición al escolasticismo en la jurisprudencia y en las ciencias sociales. La preocupación de la era por el logro práctico proporcionó un clima más hospitalario para el científico tecnólogo que para el científico teórico, en filosofía, animó a los pragmatistas a reflexionar más seriamente de lo que jamás lo habían hecho los filósofos occidentales acerca de las relaciones entre la teoría científica y la práctica experimental”. WHITE, Morton. “Prologue: coherent and Correspondence in American Thought”. Citado por PEREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “El Instrumentalismo jurídico en Estados Unidos”. Lima: Palestra. 2008.

Por cierto, la mayoría de los realistas eran, más bien, juristas y jueces antes que filósofos o académicos, por lo que sus afirmaciones buscaban una descripción de lo que ellos denominaban la realidad del Derecho antes que elaborar una propuesta racional sobre lo que debería ser el derecho. En este caso, se decía que el Derecho no era sino la predicción sobre la decisión del Tribunal (Holmes), que era efectivamente lo que el hombre común, que caía en las manos de la justicia, se interrogaría. Había que investigar entonces respecto a cual podría haber sido la trayectoria del Tribunal, estudiando sus decisiones previas en casos similares, entre otras cosas. Igualmente, podía ser útil indagar en torno a la biografía de los magistrados, ya que desde la óptica realista se consideraba que los prejuicios, corazonadas, estados de ánimo y convicciones morales o ideológicas podían jugar un rol muy importante en la decisión final.

Con el correr del tiempo y el avance de la modernidad el realismo norteamericano, entonces, empezaría a generar una serie de propuestas dentro del Derecho que comenzarían con las denominadas corrientes sociológicas y pragmáticas del Derecho, como el caso del llamado "Derecho y Sociedad", y continuaría con perspectivas como los "Estudios de Crítica Legal" (*Critical Legal Studies*) y el "Análisis Económico del Derecho" (*Law & Economics*)²⁴, que tienen en común el considerar al Derecho como instrumento al servicio de intereses políticos (sociedad igualitaria) en el caso de la "Crítica Legal" o económicas (sociedad eficiente) en el caso del Análisis Económico del Derecho.

El enfoque realista, entonces, va a poder incorporar actores nuevos en la dinámica jurídica como el poder, los intereses personales, la racionalidad instrumental etcétera, frente a lo que había sido el monopolio de la ley y del denominado monismo jurídico, que podríamos encontrar en las perspectivas iusnaturalistas y iuspositivistas, amén del carácter racional de la conducta humana que, si bien podía exhibir conductas egoístas, también podía actuar contemplando los intereses de los demás y no solamente el suyo (razonabilidad).

En este sentido, la perspectiva realista del Derecho no sólo servirá para ir perfilando las críticas a la

modernidad en el Derecho (especialmente a partir de los desarrollos de la crítica legal y la identificación del derecho con el poder por ejemplo), sino que también generará la corriente denominada sociología jurídica, que concluiría también con las críticas al monismo jurídico y la reivindicación de un derecho informal que se diferencia expresamente del derecho estatal.

Así, un autor contemporáneo de Kelsen como Eugen Ehrlich podría ser considerado como el padre de la sociología jurídica y del pluralismo jurídico al referirse en extenso a lo que vendría a ser el verdadero Derecho, esto es, el que se manifiesta a través de "normas de organización"²⁵ y que se distinguen de las "normas de decisión" que son las que aparecen cuando se trata de solucionar un conflicto pero que no pueden esconder la realidad de estas normas de organización que son las que identifican a una colectividad y permiten su existencia, ciertamente, estas normas no serían siempre percibidas o visibles porque nosotros tendemos a percibir al Derecho solamente en los casos de conflictos y no cuando no lo existen, de alguna manera, este "sería el derecho vivo" que también sería calificado como "derecho consuetudinario" o derecho informal.

Esta tesis de Ehrlich, sin duda, serviría para poder hablar luego del pluralismo jurídico en sus múltiples facetas; sin embargo, condenará cualquier forma de monismo jurídico (positivismo), así como también el etnocentrismo que exhibiría el Derecho positivo moderno, reivindicando más bien otras manifestaciones del Derecho que juegan al margen de lo positivo y que tienen que ver con las distintas normas –por ejemplo, derecho consuetudinario– que puedan existir incluso dentro de un mismo Estado, llegándose a afirmar entre otras cosas que, en la práctica, "el pluralismo jurídico es un hecho mientras que el monismo es un mito"²⁶ (es decir, reiterando el carácter idealista del Derecho).

Los enfoques sociológicos, realistas o pluralistas tendrán entonces impacto en el pensamiento jurídico de la modernidad aun cuando inserten ciertos elementos de irracionalidad e incertidumbre en el Derecho, que lo colocarían más bien cercano a las epistemologías de la postmodernidad. Ya volveremos sobre este punto al final del texto.

²⁴ Cfr. FRANK, Jerome. "Derecho e Incertidumbre". México: Fontamara. 1993; PEREZ LLEDO Juan. "El Movimiento de Critical Legal Studies". Madrid: Tecnos. 1996; KENNEDY, Duncan. "Libertad y restricción en la decisión judicial". Bogotá: Ediciones Uniandes. 2002; POSNER, Richard. "Análisis Económico del Derecho". México: FCE. 1998; CALSAMIGLIA, Albert. "Justicia, Eficiencia y Optimización de la Legislación". México: Fontamara. 1997, entre otros trabajos.

²⁵ EHRlich, Eugen. Op.cit.

²⁶ GRIFFITHS, John. Op.cit. p. 152.

V. LAS CORRIENTES POST POSITIVISTAS Y POST MODERNAS DEL DERECHO

Sin duda, el positivismo ha sido la gran corriente del pensamiento jurídico moderno, el mismo que definía al Derecho como un sistema de normas generales dirigidas a los funcionarios públicos y cuyo cumplimiento no sólo garantizaba la paz y el orden social sino que también afirmaba la defensa de los derechos fundamentales (Kelsen)²⁷.

Esta adhesión hacia los principios liberales (derechos individuales) ha sido, entonces, la nota característica de la modernidad jurídica a pesar de que el positivismo se había definido a partir de la tesis de la **separación entre hechos y valores** (cosa que lo diferenciaría del iusnaturalismo). Hoy, sin embargo, es común hablar de corrientes post positivistas del Derecho, entre las cuales podría pensarse en varias posibilidades distintas. Por un lado, aquellos enfoques que, identificándose con los principios de la modernidad, consideran que el Derecho moderno debería mostrar más claramente su compromiso con estos valores –los liberales obviamente– sugiriendo así una nueva tesis que sería la de la **vinculación entre el derecho y la moral**²⁸. Así pues, a través de la obra de autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy²⁹, se reconocería ahora la participación de los principios y las directrices junto con las reglas³⁰ en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, también por este término –post positivismo– podría referirse a las nuevas epistemologías que si cuestionan claramente las bases de la modernidad y proponen un discurso jurídico distanciado de conceptos como el de sujeto autónomo o realidad objetiva, por ejemplo, que han sido los fundamentos epistemológicos tanto de las corrientes idealistas como de las sociológicas. De hecho, estas corrientes encajarían dentro de la llamada filosofía postmoderna³¹. Finalmente, el post positivismo también podría hacer referencia a los enfoques de autores como Neil MacCormick y Ota Weinberger³² (Positivismo

jurídico institucional), Luigi Ferrajoli³³ (Positivismo crítico) entre otras corrientes contemporáneas del Derecho.

Evidentemente, todas estas propuestas tienen en común el cuestionar ácidamente el paradigma del Derecho formal y en algunos casos pueden mostrar cierta inclinación por las corrientes sociológicas aunque ahora expresadas de manera radical (post modernidad).

En realidad, para ponerlo claro yo diría que existen dos líneas claras; a saber, aquellas que se adhieren al proyecto de la modernidad y aquellas que lo rechazan. En el primer caso podría señalarse a la **Teoría de la Argumentación Jurídica** (TAJ) y el **Neoconstitucionalismo** y en el segundo por ejemplo a la **Autopoietica** (Luhmann, Teubner).

Veamos brevemente estas posturas para poder después trazar la línea que conectaría nuestra práctica jurídica con todos estos discursos.

En primer lugar, lo que caracteriza a la argumentación jurídica es la forma como percibe al Derecho. Así pues, ya no se trata de definirlo en términos de un objeto o estructura –como hacía, por ejemplo, el positivismo al referirse al derecho como una estructura normativa–, sino que ahora se identifica al derecho con una **actividad o práctica**³⁴, vale decir, que se ubica al Derecho dentro de las ciencias prácticas y por ende tiene sentido el considerarlo como una herramienta que se orienta a la solución de problemas prácticos.

Asimismo, se reconoce que el razonamiento lógico deductivo no es la única forma de razonamiento jurídico, pues en los casos difíciles (por ejemplo, cuando existen problemas de interpretación normativa o de prueba de hechos) se podría apelar a otras formas de razonamiento como, por ejemplo, el dialéctico o discursivo buscando la persuasión de un auditorium³⁵ o el procedimental, tratando

²⁷ Para una explicación de esta afirmación Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y Democracia". En: "Tolerancia, dignidad y democracia". Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega. 2006.

²⁸ Para un desarrollo en extenso de esta tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Principios y positivismo jurídico". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1998.

²⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel, 1989; ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: CEC. 1993. Respecto a las denominadas corrientes postpositivistas del derecho se puede revisar PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho". Lima: Palestra. 2005; también FARRALI, Carla. "La Filosofía del Derecho contemporáneo". Madrid: Universidad Complutense. 2007.

³⁰ Esta tesis es suscrita por las corrientes argumentativas del derecho y el neoconstitucionalismo. Cfr. HERNANDO NIETO, Eduardo. "Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?". En: Ius et Veritas - Revista de Derecho 36. 2008.

³¹ Que sería el pensamiento que a la larga niega la posibilidad de afirmar una verdad o un punto fijo por lo que a la larga descartaría la idea de ideología o gran relato y deslegitimaría también cualquier forma de jerarquía, es decir, relativiza el conocimiento.

³² MAC CORMICK, Neil y Ota WIENBERGER. "An Institutional Theory of Law". Dordrecht: Reidel. 1986.

³³ FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal". Madrid: Trotta. 1995.

³⁴ ATIENZA, Manuel. "El Derecho como argumentación". Capítulo 1.

³⁵ ATIENZA, Manuel. Op.cit. p. 48.

de seguir lo que señalan las reglas de la razón práctica³⁶.

La Teoría de la Argumentación irrumpe entonces como una propuesta que se centra en devolverle al Derecho su carácter activo partiendo de la identificación del problema y procurando su solución apelando a las reglas, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera, con el propósito de justificar la decisión adoptada, todo esto dentro de un espacio abierto lo cual también garantizaría contar con decisiones más aceptables y legítimas. Esta propuesta no se entendería si no fuese por el contexto favorable para su desarrollo que no solamente tiene que ver con la llamada crisis del positivismo o la influencia de la cultura jurídica anglosajona en Europa continental (*case studies*)³⁷, sino también con la dinámica constitucional contemporánea que a diferencia del “viejo” constitucionalismo no sólo aspira a organizar el Estado y el poder, sino que hoy la Constitución contiene un conjunto de derechos que regulan la producción, aplicación e interpretación del mismo Derecho, ejerciéndose entonces un control claro a los poderes estatales (control de constitucionalidad) y obligándolos a ellos a justificar sus decisiones, en otras palabras hay un sometimiento del poder al derecho³⁸.

Esta es por cierto una de las más importantes características que encontramos en el Estado Constitucional y ha dado lugar a que se hable ya de una nueva teoría constitucional, el “neoconstitucionalismo”³⁹ que como ya mencioné, ha contribuido de manera directa al desarrollo de la teoría argumentativa (y viceversa).

El neoconstitucionalismo es entonces la corriente legal contemporánea que junto con la teoría de la argumentación estarían ocupando el lugar que anteriormente tuvo el positivismo jurídico (a tenor de lo expuesto por Atienza, entre otros) y que se basa en la tesis de la vinculación entre el Derecho y la Moral. De esta manera, el orden jurídico aparece como un conjunto de valores, principios, directrices y reglas; es decir, normas que se muestran como mandatos definitivos (reglas), pero también normas que se presentan como mandatos de optimización (principios), siendo el caso que tanto

los principios como las directrices (que buscan la satisfacción de los intereses económicos o sociales) podrían entrar en el terreno de lo opinable o discutible (lo cual iría muy bien con el desarrollo de la teoría de la argumentación).

Igualmente, autores como Dworkin, Zagrebelsky, Alexy, Garzón Valdés, Prieto Sanchís, entre muchos otros se muestran muy afines a considerar que existe un espacio de derechos no negociables “coto vedado”⁴⁰ y que deben ser defendidos por los jueces frente a las presiones del poder. Igualmente, se evidencia una inclinación por aplicar formas de razonamiento particulares como la ponderación entre principios (cuando se produce una colisión entre ellos mismo) antes que la típica subsunción –que funciona con las reglas mas no con los principios–, esto como resultado de la visión pluralista (valorativa) que sostiene. Por último, el neoconstitucionalismo parece mostrar la firme adhesión de ideología liberal (de la cual es deudor finalmente) entre la gran mayoría de académicos del Derecho.

Al inicio de este texto mencioné lo difícil que puede ser hoy en día identificar al Derecho, lo cual resultaría indispensable si es que se quiere llegar a alguna parte. El Positivismo hizo un intento interesante en este sentido, pero las perspectivas idealistas sufrieron también los embates de todo tipo de críticas (sociológicas, argumentativas, pluralistas, principistas, etcétera,) por lo que la visión neoconstitucionalista y argumentativa parecen más adecuadas no sólo para los tiempos (democráticos y liberales) sino porque efectivamente parece ser más correcto definir al Derecho como una actividad antes que como una estructura (argumentación jurídica). Sin embargo, su clara asociación con el liberalismo lo puede hacer vulnerable frente a las críticas.

Por otro lado, si bien las propuestas argumentativas y neoconstitucionales están de moda y parecen brindarnos una identidad más real del Derecho (sin caer en el extremo sociológico), pueden ser también cuestionadas a partir de las nuevas epistemologías que se han originado con la crítica a la dualidad sujeto/objeto planteada por la metafísica

³⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

³⁷ En este sentido por ejemplo se aprecia siempre el interés permanente de los académicos norteamericanos por el tema del razonamiento jurídico. Cfr. POSNER, Richard A. “How judges think”. Cambridge: Mass. Harvard University Press. 2008; o ALEXANDER, Larry y Emily SHERWIN. “Demystifying Legal Reasoning”. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.

³⁸ ATIENZA, Manuel. Op cit. p.17.

³⁹ Cfr. CARBONELL, Miguel. “Teoría del Neoconstitucionalismo”. Madrid: Trotta. 2007; CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo(s)”. Madrid: Trotta. 2005; BERNAL PULIDO, Carlos. “El neoconstitucionalismo a debate”. Bogotá: “Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita”. 2006.

⁴⁰ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Tolerancia, dignidad y democracia”.

cartesiana, es decir, el binomio sujeto que conoce y la realidad que es conocida por éste. Este binomio se expresó en el idealismo jurídico a través de la relación “sujeto autónomo” y “estructura normativa” por ejemplo. Enfoques como el postestructuralismo de Foucault, la teoría crítica de Habermas o la autopoietica de Luhmann, podrían ser una muestra de esta nueva epistemología que deshace al sujeto en nuevas formas como el poder (postestructuralismo), la comunicación intersubjetiva (teoría crítica) o el sistema autorreferencial (autopoietica), desapareciendo también la idea de que existe fuera una estructura objetiva que puede ser materia de conocimiento. El Derecho, entonces, puede convertirse ahora en un sistema autorreferencial. Como señala Teubner:

“el Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: El Derecho no es un sistema de normas, tal y como lo pretenden las teorías analíticas - normativistas”⁴¹.

Así, el Derecho sería una red comunicativa que produce entonces comunicaciones jurídicas y en esta definición no tiene nada que ver el ser humano, ya que lo que existiría en todo caso sería un sistema psíquico, (lo más cercano a lo que en el modelo moderno sería el ser humano) así como existe el sistema jurídico, o el sistema científico, pudiendo haber ahora verdades psíquicas, jurídicas o científicas entre muchas otras.

La sola referencia a la existencia de tantos sistemas que coexisten en conjunto lleva a Teubner a considerar que es posible que exista un elevado nivel de tensión entre los diferentes sistemas, esto puede observarse a lo largo del tiempo a través de la relación del sistema jurídico con otros sistemas como el económico (Análisis Económico del Derecho, por ejemplo), el sociológico (jurisprudencia de intereses) etc., introduciendo en este caso la duda respecto a la identidad del Derecho. Por ejemplo, si dentro del neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación encontramos que se dan ciertas prácticas que pueden vincularse con la “sociología” como por ejemplo la ponderación

entre principios⁴², entonces podría ser discutible el poder determinar claramente si el neoconstitucionalismo es o no Derecho teniendo en cuenta que lo que hace la ponderación es “pesar” los intereses en pugna y optar por la solución “menos gravosa”.

Por otro lado, el análisis sistémico o funcionalista podría también destacar otro tipo de tensiones mucho más complicadas como el caso de la famosa “cosa juzgada” que es, finalmente, una verdad jurídica (responde a la autoridad del discurso jurídico), pero que podría perfectamente ser desafiada por otro forma de autoridad, como el caso de la “verdad científica”. Es cierto que aquí se preferirá la autoridad jurídica simplemente porque le damos más valor a la certidumbre jurídica, por ejemplo⁴³, aunque esto podría ser tildado de arbitrario y, dentro de lo que se suele estilar en el discurso postmoderno tal jerarquía podría ser “deconstruida”⁴⁴, dejándonos un sabor de incertidumbre bastante grande. Sin embargo, hay que reconocer que todo este discurso post moderno resulta siendo harto especulativo y poco práctico en muchos aspectos.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La idea de presentar los diferentes enfoques que se han empleado para definir al Derecho tenía un propósito concreto, a saber, el poder conocer como es que el Derecho podría relacionarse con aquello que denominamos “realidad”⁴⁵ y cuál podría ser entonces su uso en nuestro contexto. En este sentido, es posible señalar, en primer lugar, que en los últimos años se han dado varios giros o cambios en el paradigma del Derecho a partir de lo que a inicios de la modernidad se denominó el idealismo jurídico –que incluyeron tanto al positivismo como al iusnaturalismo– destacándose, como he mencionado, la presencia de las corrientes argumentativas y neoconstitucionales que muestran una relación más directa con el plano práctico y empírico que las propuestas idealistas. En medio de ambas encontramos las siempre atractivas y polémicas corrientes sociológicas del derecho que en sus versiones más radicales han promovido un Derecho instrumentalizado y al servicio de una multiplicidad de intereses llegando

⁴¹ TEUBNER, Günther. Op.cit. p. 42.

⁴² Ibid. p. 56.

⁴³ Ibid. p. 51.

⁴⁴ Deconstruir no es sino alterar el orden de las jerarquías, es decir, si se dice que la autoridad jurídica se impone a la autoridad científica porque no podría modificarse este orden y establecer que la autoridad jurídica este ahora subordinada a la autoridad científica. Esta es una de las ideas centrales de lo que se llama postmodernidad.

⁴⁵ Digo esto porque desde la teoría crítica, la autopoietica y el postestructuralismo el concepto de realidad sería muy diferente al que usualmente manejamos.

hasta posiciones radicales en donde el Derecho es más bien confuso e indescifrable y por lo tanto no se entiende su propósito.

Nosotros, en el Perú, hemos estado en contacto con las principales corrientes del Derecho moderno, empezando por las idealistas, en particular el iuspositivismo. Esta corriente se afirmó aquí más bien en su versión ideológica⁴⁶, cosa que en la práctica sirvió para desacreditar a la administración de justicia dentro de la sociedad a pesar de que en teoría el Positivismo supuestamente serviría para reafirmar la voluntad popular sobre los intereses de las élites⁴⁷.

Más adelante y gracias a la labor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú se empezó a avanzar en el terreno de las corrientes sociológicas, primero tomando al Derecho como un instrumento orientado al cambio social (teoría crítica y marxismo), luego considerando al Derecho como un medio al servicio de la eficiencia económica (el Análisis Económico del Derecho), y finalmente por el desarrollo de los enfoques pluralistas del Derecho, también muy vinculados a los planos ideológicos y sobre todo reivindicativos de las demandas de reconocimiento e inclusión de diversos grupos culturales⁴⁸.

También, hemos sido testigos de cómo en los últimos años vienen difundiéndose las corrientes neoconstitucionales y argumentativas⁴⁹ que de seguir la tendencia deberían llevarnos a un cambio de la cultura jurídica implicando modificaciones en la currícula de estudios y en la metodología de la enseñanza pues ahora se tendría que focalizar en la manera como se debería aprender a argumentar por ejemplo (retórica) al margen del estudio de las mismas normas.

Probablemente, sean las perspectivas sociológicas (sobre todo en su vertiente económica) y las argumentativas las más populares entre nuestros académicos más destacados, sin embargo, nuestra realidad es muy compleja y hay que reconocer

que innumerables facultades de Derecho en el país son ajenas a estas perspectivas (mucho menos a las postmodernas) por lo que se siguen manejando las tesis que corresponden al idealismo jurídico (principalmente el positivismo jurídico)⁵⁰ y esto da como resultado el que se sigan difundiendo concepciones que ya hace mucho fueron expuestas a un sin número de críticas no pudiendo mostrar una capacidad de respuesta ante éstas.

Ahora bien, tras esta sucinta descripción, es válida la pregunta sobre el sentido de toda esta presentación. Ciertamente, creo que a estas alturas ya podemos considerar que la vertiente argumentativa del Derecho basada en la vinculación entre el Derecho y la moral es la más coherente, persuasiva y por qué no decirlo atractiva de todos los enfoques vistos. Su fortaleza descansa en que el Derecho puede legitimarse más fácilmente dentro de la sociedad y además abandona la dimensión abstracta que ha sido propia de las vías idealistas. Igualmente, se reivindica la actividad jurisdiccional pues ahora es posible desarrollar la creatividad y la habilidad persuasiva lo cual permitirá –si es apropiadamente empleada esta técnica– la recuperación del prestigio de la judicatura. A su vez esa recuperación de prestigio contribuirá sin duda al fortalecimiento del Estado. No estoy tan seguro de la otra propuesta que suele ir de la mano de la argumentación jurídica, es decir, el neoconstitucionalismo que por su adhesión a una moral densa (la de los derechos humanos y el individualismo) podría pecar de idealista al fin y al cabo, observando entonces las mismas limitaciones advertidas en las fórmulas idealistas⁵¹.

En cuanto a las corrientes sociológicas si bien pueden ser atractivas para muchos en función al carácter instrumental que presenta el Derecho; sin embargo, lo veo demasiado comprometido a intereses que mejor pueden ser llamados económicos o políticos mas no jurídicos. En este caso sí suscribo plenamente la tesis del filósofo del Derecho francés Michel Villey, un defensor del Derecho clásico y que siempre consideró que en la

⁴⁶ "El Derecho es el Derecho y hay que cumplirlo". El Derecho debe ser obedecido. El derecho es razón suficiente para actuar con toda justificación moral. Cfr. BOBBIO, Norberto. "El Problema del Positivismo Jurídico". Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1965.

⁴⁷ Por lo menos así fue planteado por Bentham. Cfr. BOBBIO, Norberto. Op. cit.

⁴⁸ Aquí se podría identificar una serie de ONGs interesadas en la defensa del derecho no estatal que es usualmente asociado con las prácticas de las colectividades tradicionales y en nuestro caso con las comunidades campesinas, rondas, etcétera

⁴⁹ Esta tendencia neoconstitucional y argumentativa se aprecia en las sentencias del Tribunal Constitucional, por otro lado, la Academia de la Magistratura y diversos postgrados de derecho de universidades públicas y privadas vienen impartiendo cursos de razonamiento jurídico.

⁵⁰ Ver al respecto el interesante libro del profesor Gorki Gonzáles. GONZALES MANTILLA, Gorki. "La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades". Lima: PUCP-Palestra. 2008.

⁵¹ He discutido sobre esto en mi artículo ya citado: HERNANDO NIETO, Eduardo. Op cit.

modernidad había sobredimensionado las tareas o funciones del Derecho que ahora la exigían desde transformar la conciencia de los hombres, hasta mejorar la economía del país, cuando en realidad el Derecho siempre tuvo que ver en torno a las relaciones de los hombres con las cosas y su distribución⁵². En este sentido, las corrientes sociológi-

cas estarían más bien interesadas en transformar la realidad social de acuerdo al gusto del sujeto y esto creo que no es lo que deberíamos esperar del Derecho. En conclusión, la opción argumentativa debe ser la vía para la reconciliación entre el Derecho y la sociedad y para dotar a éste de una identidad clara y concisa.



San Antonio®
Caffè



Educar

Un compromiso con el desarrollo
de las personas



Nuestra estrategia de Desarrollo Sostenible incluye programas de inversión social corporativa, con especial énfasis en educación, generación de empleo, promoción de la cultura y conservación del medio ambiente.

“Escuela Virtual Bacus” es el programa educativo que a través de Internet produce, reúne y difunde recursos educativos digitales, noticias educativas e información sobre orientación profesional. Trabajamos con especial énfasis en la capacitación y actualización virtual gratuita para los maestros del país y en la creación de espacios de intercambio de experiencias y conocimientos.

Estamos convencidos de que el desarrollo de competencias y habilidades en los educadores es una herramienta básica para mejorar el nivel educativo en nuestro país.

Bacus

Promoviendo el Desarrollo Sostenible

LA INFORMALIDAD Y LA TRIBUTACIÓN: ¿PROBLEMA DEL ESTADO O DE LOS CONTRIBUYENTES?

Luis Hernández Berenguel^{*} versus

Eduardo Sotelo Castañeda^{**}

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

La informalidad tributaria es una situación generalizada en nuestro país, que implica no sólo la pérdida de recursos para la administración pública sino que atenta contra la finalidad redistributiva del Estado. Tradicionalmente, el análisis sobre la informalidad tributaria se ha centrado en las razones por las cuales los administrados evaden la normativa tributaria.

En el presente artículo, los autores indagan sobre las diversas causas por las cuales este fenómeno se encuentra ampliamente difundido en nuestro país, realizando un interesante estudio sobre la relación existente entre la actuación del Estado y la informalidad.

^{*} Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Hernández & Cía. Abogados.

^{**} Abogado. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Magister en Administración Pública y Políticas Públicas por The London School of Economics and Political Science. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**EXPOSICIÓN DE LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL:
LA “INFORMALIDAD” VIENE TAMBIÉN DEL ESTADO**

Cuando se habla de la “informalidad” en materia tributaria, generalmente ella se atribuye a las personas naturales, personas jurídicas y entidades obligadas al cumplimiento de las obligaciones tributarias sustanciales y formales.

En mi opinión, al tratar el tema de la “informalidad” se omite considerar que, en gran parte, ella es atribuible a quienes aprueban las normas legales de distinta jerarquía, a quienes están encargados de administrar los tributos y a los organismos encargados de resolver las controversias suscitadas entre los deudores y acreedores tributarios.

Por eso mismo estoy enfocando el tema de la “informalidad” en la tributación desde el lado generalmente no tratado. Es decir, por el papel que en este tema juegan las autoridades, las que a través de su actuación, o por omisión demuestran informalidad, provocando en gran medida la “informalidad” en la tributación e induciendo a los administrados a comportarse de manera “informal”.

El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia de la Lengua, define la “informalidad” como la “cualidad de informal” y también como “la acción o cosa censurable por informal”.

A su vez, define lo “informal” como lo “que no guarda las formas y reglas prevenidas” y además señala que la condición de “informal” “aplicase también a la persona que en su porte y conducta no observa la conveniente gravedad y puntualidad”.

Veamos pues diversas situaciones que claramente revelan el comportamiento informal de las autoridades que legislan en materia tributaria, administran tributos y resuelven controversias en materia tributaria. Comportamiento informal atribuible exclusivamente al Estado.

I. LEYES IMPORTANTES QUE ENTRAN EN VIGENCIA DE INMEDIATO

En materia tributaria es frecuente encontrarse con la publicación de leyes y otras normas de rango diferente –pero en especial aquéllas por las que se hace uso del poder impositivo a través de los instrumentos legales constitucionalmente

idóneos–, con abundante contenido, para entrar en vigencia desde el día siguiente a su publicación.

Las autoridades no pueden ignorar que el Perú tiene un extenso territorio y que una gran mayoría de los ciudadanos de éste no tiene acceso inmediato a las normas que se publican.

Cuando esas normas modifican la legislación que regula tributos, para entrar en vigencia al día siguiente a su publicación, las autoridades no toman en cuenta una cuestión elemental: la gran mayoría de ciudadanos seguirá desarrollando sus actividades normalmente sin sujetarse inmediatamente a modificaciones en la tributación que tardarán en conocer y comprender, y mucho más en lograr adecuarse a ellas, aplicándolas correctamente.

Como el país no puede paralizarse para reiniciar sus actividades una vez conocidas a cabalidad dichas normas modificatorias, se habrá empujado a esa gran mayoría a incumplir inconscientemente las nuevas normas.

No es que esa gran mayoría desee incumplir las nuevas normas. Es empujada a ello por autoridades informales.

Es un aforismo conocido en Derecho que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. ¿Pero ello alcanza a quien no estaba en condiciones de conocer de inmediato la nueva norma? ¿La ignorancia de la nueva norma, a la cual las autoridades lo han empujado, no es por ello excusable?

No es por eso para nada irracional proponer algo muy simple. Debería existir un período de “*vacatio legis*”, suficiente para que la totalidad de los administrados estén en condiciones de tomar conocimiento de las nuevas normas y queden en aptitud de aplicarlas correctamente en lo que les atañe una vez que entren en vigencia, es decir transcurrido dicho período de vacancia que consideramos, en atención a nuestra realidad, las autoridades debieron establecer por resultar imprescindible.

Inclusive, han ocurrido casos en los cuales la norma ya había entrado en vigencia antes de la distribución del diario oficial en que aparecía pu-

blicada. Ocurrió con extensas normas que entraron en vigencia el 1 de enero de 1994 –decretos legislativos que aprobaron, entre otras, la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley del Impuesto General a las Ventas y del Impuesto Selectivo al Consumo, la Ley de Tributación Municipal, con gran complejidad en su contenido-, siendo así que el diario oficial que las publicaba llevaba fecha 31 de diciembre de 1993 pero en Lima –la capital del país– sólo fue distribuido el 3 de enero de 1994. ¿Funciona aquí eso de que “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”, en especial por las operaciones, hechos y actos gravados que ocurrieron por ejemplo, en plena vigencia de los citados decretos legislativos, el 1 o el 2 de enero de 1994?

Aún en el caso que el diario oficial del 31 de diciembre de 1993 –fecha “oficial” de publicación de los citados decretos legislativos– hubiera podido adquirirse ese mismo día, ¿era posible exigir a los administrados, desde el 1 de enero de 1994 –fecha de entrada en vigencia de las nuevas normas–, un cumplimiento cabal de las disposiciones contenidas en ellos?

II. REGLAMENTOS TARDÍOS O QUE NUNCA SE APRUEBAN

También ocurre que importantes leyes que deben ser reglamentadas para un adecuado cumplimiento de sus disposiciones son reglamentadas tardíamente, mucho tiempo después de la entrada en vigencia de la ley que reglamentan, o nunca se reglamentan.

Ello ocasiona que en el período intermedio la actuación de los administrados podría no sujetarse a lo que el reglamento establecerá después, produciéndose incumplimientos no queridos por los administrados.

Basta un ejemplo al respecto. La Ley del Impuesto a la Renta aprobada por Decreto Legislativo 774 entró en vigencia el 1 de enero de 1994 y sólo se publicó el reglamento –reglamento absolutamente necesario–, aprobado por Decreto Supremo 122-94-EF, el 21 de setiembre de 1994.

Incumplimientos exclusivamente imputables a la demora de las autoridades en aprobar y publicar los reglamentos respectivos se evitarían si se adoptara como regla que la ley y el reglamento entren en vigencia en el mismo momento.

En todo caso, la reglamentación tardía o la que

nunca será aprobada, constituyen otra expresión de la informalidad de las autoridades respectivas.

III. NORMAS OSCURAS O CON VACÍOS

Es frecuente encontrar normas tributarias que han sido redactadas con absoluta falta de claridad, lo que induce a la imposibilidad de los administrados de actuar con certeza. En otros casos, revelan una precipitación en la redacción, que las hace confusas, que distorsiona la estructura de los tributos a que se refieren o que no concilia con otras normas del mismo texto legal.

Hay aquí, también, un comportamiento informal de las autoridades correspondientes.

Sin lugar a dudas, un gran número de controversias entre los administrados y los órganos administradores de tributos, proviene de la oscuridad de las normas y de su redacción precipitada. Esto significa afirmar que la existencia de dichas controversias, con los costos que ello significa para el Estado y para los administrados, se hubiera evitado de no haberse producido tal comportamiento informal.

IV. INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS PARA RESOLVER

El Código Tributario establece plazos perentorios para que las controversias entre administrados y órganos administradores de tributos deban ser resueltas. Ello obedece a la necesidad de que el patrimonio del supuesto deudor –o una parte importante de dicho patrimonio– no se vea perjudicado por el incremento de la deuda –por aplicación de intereses moratorios– en razón de la demora en resolver dichas controversias.

Lamentablemente, tales plazos no son observados por las autoridades encargadas de resolver. Generalmente, por la excesiva carga de expedientes en trámite y la infraestructura insuficiente para resolver –principalmente, número insuficiente de encargados de resolver–.

Abusivamente –salvo en el caso de controversias que se encuentran en primera instancia administrativa, en que transcurrido el plazo para resolver sin que ello hubiera ocurrido, se suspende el cómputo de intereses moratorios y en vez de ellos se aplica el Índice de Precios al Consumidor, que por ahora es mucho menor– los intereses moratorios siguen corriendo contra el adminis-

trado, de manera tal que si al final la controversia es resuelta en su contra, la deuda se ha incrementado de forma que en algunos casos puede resultar impagable.

El Estado no sólo actúa informalmente al no implementar las medidas que permitan resolver dentro de los plazos de ley, sino que, además, “penaliza” al administrado con el incremento de la deuda que finalmente le resulte imputable.

Los administrados se indignan ante esta actuación informal y se cuestionan que no sean medidos con la misma vara cuando por cualquier razón incurren en infracciones o en pago diminuto de tributos.

V. EXCESO DE OBLIGACIONES FORMALES

En los primeros años de la década del 90 se reordenó la legislación tributaria –lo que no significa ciertamente que se produjera una verdadera reforma–, fundamentalmente reduciendo la cantidad de tributos que estaban vigentes, en especial del tipo de los “impuestos”.

Sin embargo, mediante un nuevo Código Tributario, aprobado por Decreto Ley 25859, se sustituyó el que venía rigiendo desde el 17 de octubre de 1967 por otro que estuvo vigente durante trece meses, desde el 1 de diciembre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1993. Este nuevo Código –segundo en la historia de nuestro país– se caracterizó por un énfasis en las facultades de la Administración Tributaria y, en especial, de la SUNAT –lamentablemente en desmedro de los derechos de los administrados–, y por el establecimiento de sanciones absolutamente desproporcionadas y abusivas en relación con las infracciones cometidas. El tercer y el cuarto Código de nuestra historia –actualmente vigente– han persistido en ese enfoque, aunque con algunas concesiones en lo relativo a la disminución de ciertas sanciones y el reconocimiento de derechos de los administrados, pero al mismo tiempo ha establecido otras normas claramente objetables –como las relativas a la prescripción, por consignar un solo ejemplo–.

Peor aún, los últimos tres Códigos han otorgado una excesiva facultad normativa a la Administración Tributaria en general y a la SUNAT especialmente, facultad que se ha ido extendiendo a medida que cada nuevo Código ha sucedido al anterior, cuyo ejercicio ha complicado la legisla-

ción tributaria y ha dificultado su cumplimiento por parte de los administrados.

Esa facultad normativa ha sido *sobreutilizada* creando infinidad de obligaciones formales que para el común de los administrados es difícil conocer a plenitud, induciéndolos a la informalidad.

VI. CONDICIONAMIENTO DE DERECHOS SUBSTANCIALES AL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FORMALES

Asimismo, en contradicción con lo dispuesto en el segundo párrafo de la Norma VIII del Código Tributario, que privilegia el fondo o la sustancia sobre la forma, se rompe con la estructura de los principales impuestos y con el principio de capacidad contributiva desconociendo deducciones importantes, cuando conceptualmente se tiene el derecho a ellas, por cuestiones absolutamente formales.

Por consignar un solo ejemplo, podemos señalar el desconocimiento del crédito fiscal porque los comprobantes sustentatorios de una compra o adquisición que carecen de alguno de los muchos requisitos y características que la normatividad vigente exige que contengan.

Más todavía. Se restringen los medios de prueba de un derecho, como cuando se supedita la deducción de un gasto o de un costo a que exista el correspondiente comprobante de pago.

Todo ello por una razón de “comodidad” para el órgano administrador del tributo. Esa preferencia por la comodidad para fiscalizar determina que el órgano administrador del tributo persiga el otorgamiento de normas en el sentido antes expuesto, actuando las autoridades pertinentes de una manera censurable por informal. No se justifica condicionar derechos sustanciales a cuestiones puramente formales.

VII. INSISTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA A FISCALIZAR CONTRA LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL FISCAL Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Administración Tributaria contribuye a incrementar el número de expedientes que el Tribunal Fiscal debe resolver, formulando resoluciones de determinación y de multa sobre aspectos que claramente han sido resueltos por dicho Tribunal con anterioridad, y a veces en repetidas ocasio-

nes, a favor de los administrados, aprovechando que por esos asuntos no existe un precedente de observancia obligatoria.

Los administrados comprueban así que vuelven a estar sometidos respecto de nuevos períodos a la notificación de resoluciones de determinación y de multa –lo que también ocurre a otros administrados por los mismos períodos resueltos favorablemente a favor de aquéllos–. Interpuesta la correspondiente reclamación ésta es declarada infundada por la Administración Tributaria, lo que obliga a acudir ante el Tribunal Fiscal para obtener finalmente un fallo favorable, acorde con anteriores pronunciamientos.

Igual comportamiento se ha observado por parte de la Administración Tributaria pese a fallos repetidos del Tribunal Constitucional en acciones de amparo, como ha ocurrido con el Impuesto Mínimo a la Renta. En estos casos sólo ante el Tribunal Constitucional, luego de agotada la vía administrativa, se ha logrado obtener el fallo favorable. Esto explica las innumerables sentencias favorables del Tribunal Constitucional recaídas en acciones de amparo referidas al citado tributo.

Ello es claramente irregular y refleja un comportamiento informal de la Administración Tributaria que obliga a los administrados a incurrir en nuevos gastos de defensa y, además, genera mayores costos al Estado, todo ello innecesariamente.

VIII. INTERVENCIÓN DECISIVA Y EXCESIVA DE LA SUNAT EN MATERIA DE POLÍTICA FISCAL

La política fiscal está a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, desde los inicios de la década de los años 90 dicho Ministerio ha omitido de manera permanente cumplir con esa obligación, permitiendo que la SUNAT, no facultada legalmente para ello, diseñe la política fiscal del país.

Ha ocurrido entonces que prácticamente las normas más importantes en materia tributaria que se han venido aprobando en dicha década y hasta la actualidad, han sido concebidas y proyectadas por la SUNAT, quien inevitablemente tenía que impregnarlas de un sesgo claramente orientado a recaudar más, con prescindencia de los derechos de los administrados y de principios de capacidad contributiva, de equidad y de igualdad.

Ello es claramente irregular y muestra otro comportamiento informal en que incurre el Estado, al ignorar las normas que establecen quién debe diseñar la política fiscal del país.

IX. FALTA DE REGULACIÓN ADECUADA EN LA ETAPA DE FISCALIZACIÓN. EJEMPLO: ACCESO A DECLARACIONES DE TERCEROS OBLIGADOS A COMPARECER ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

En la etapa de fiscalización, que en sí constituye un procedimiento administrativo, no están cabalmente regulados los derechos de la persona o entidad sujeta a fiscalización. Ha habido ciertamente un avance al respecto con la aprobación del Decreto Supremo 085-2007-EF, que aprueba el Reglamento del Procedimiento de Fiscalización de la SUNAT, pero dicho reglamento aún resulta insuficiente.

Así, en vía de ejemplo, la SUNAT, así como cualquier otro órgano administrador de tributos, dispone de la facultad discrecional de solicitar la comparecencia de los deudores tributarios o de terceros para que proporcionen la información que se estime necesaria, conforme lo establece el numeral 4 del segundo párrafo del artículo 62 del Código Tributario. Sin embargo, la persona o entidad sujeta a fiscalización no puede estar presente en el momento en que se produce la comparecencia y el tercero proporcione la información solicitada, ni tampoco puede posteriormente tener acceso a tal información en tanto no haya concluido el procedimiento de fiscalización, con lo cual su derecho de defensa está claramente limitado.

Se prescinde, pues, de regular adecuadamente el derecho de defensa del administrado frente a imputaciones que pueda efectuarle el tercero que comparece ante la Administración Tributaria y, a su vez, priva a dicha Administración de conocer la posición del sujeto fiscalizado y, por lo tanto, de acceder a mayor información que le permita llegar a la verdad. No es ésta una manera de mostrar un comportamiento formal.

X. RETICENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA A PERMITIR EL ACCESO INMEDIATO A LOS EXPEDIENTES EN TRÁMITE

El artículo 131 del Código Tributario, bajo el título de “Publicidad de los expedientes”, establece en su primer párrafo que en los procedimientos contenciosos y no contenciosos “tendrán acceso a los expedientes en los que son parte, con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributa-

ria”, los deudores tributarios o sus representantes o apoderados.

Agrega el segundo párrafo de dicho artículo que en los procedimientos de verificación o fiscalización se accederá únicamente a los expedientes en los que son parte y se encuentran culminados, siempre con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributaria.

La Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley 27444– expresamente establece en el numeral 3 de su artículo 55 que es un derecho de los administrados: “Acceder, **en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna** a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley” (el resaltado es nuestro).

Mientras que el Tribunal Fiscal aplica con toda su amplitud lo dispuesto al respecto en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el Código Tributario, la Administración Tributaria –especialmente, la SUNAT– no acata dicha norma en sus verdaderos alcances. En efecto, no es posible ante la SUNAT acceder a los expedientes “en cualquier momento”, como lo establece el citado numeral 3 del artículo 55. La SUNAT exige que se solicite por escrito el acceso a los expedientes y su respuesta tampoco es inmediata, con lo que finalmente sólo se logra dicho acceso con dificultades y transcurrido un cierto período de tiempo.

La renuencia de la Administración Tributaria a cumplir exactamente con lo que establece la ley no representa un modo de actuar formal, acorde con una conducta de respeto irrestricto a la normatividad vigente, contrariamente a lo que sí se espera y se exige de los contribuyentes.

XI. NORMAS REGLAMENTARIAS QUE VIOLAN LA LEY O LEYES QUE VIOLAN LA CONSTITUCIÓN

No es infrecuente encontrar en materia tributaria normas reglamentarias que violan la ley, y en otros casos leyes violatorias de la Constitución.

Así, por ejemplo, la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo viola lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución al permitir que por decreto supremo se modifiquen los Apéndices III y IV de este último impuesto.

En los referidos apéndices existe una lista de bienes cuya venta a nivel de productor o importación están gravadas con el Impuesto Selectivo al Consumo. Al permitirse su modificación por decreto supremo, la utilización de este instrumento legal permite incluir en ellos bienes que antes no estaban gravados para que se les aplique el Impuesto Selectivo al Consumo o modificar las tasas de dicho tributo que inciden sobre los bienes contenidos en los apéndices.

Como quiera que según el artículo 74 de la Constitución un tributo como el Impuesto Selectivo al Consumo sólo puede ser creado, modificado o suprimido por ley o por decreto legislativo –en este último caso, previa ley autoritativa dada por el Congreso–, el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de modificar los Apéndices III y IV referidos, mediante un decreto supremo, constituye una delegación en blanco, sin límites ni parámetros, para la creación o modificación del impuesto citado –situación no permitida por la Constitución, como en repetidas oportunidades lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias–.

En consecuencia, claramente tal modificación de los citados apéndices, por la vía de un decreto supremo, contraría lo dispuesto en la Constitución. Pese a ello, estas modificaciones se vienen produciendo sistemáticamente desde hace muchos años sin reconocer su invalidez, lo que refleja, cuando menos, un comportamiento informal.

XII. LEYES QUE NO SE ADECUAN A LA REALIDAD O QUE PRETENDEN REFORMARLA

Otro de los problemas en materia tributaria consiste en dictar normas que regulan determinadas actividades o actos, desconociendo cómo es que en la realidad se opera a través de dichas actividades o actos.

En otras palabras, la norma pretende que se modifique la realidad para que ésta se ajuste a aquélla.

Muchas veces se desconocen las costumbres y usos internacionales de aplicación generalizada en operaciones internacionales, estableciendo normas que obligarían a desnaturalizar tales operaciones para que ellas no queden gravadas con tributos no pertinentes, debiendo éstos estar regulados de conformidad con tales costumbres y usos.

Éste es otro comportamiento informal en el que ciertamente incurre el Estado y no los administrados, afectando seriamente el desarrollo normal de las actividades económicas.

XIII. SANCIONES EXAGERADAS

Proliferan las sanciones claramente excesivas, no acordes con la infracción producida. Se prescinde en la norma sancionatoria del análisis relativo al verdadero perjuicio ocasionado al Fisco. En otras palabras, se sanciona sin tener en cuenta la gravedad de la infracción.

Así, en la aprobación de las normas sancionatorias el Estado está lejos de comportarse de manera correcta y formal.

EXPOSICIÓN DE EDUARDO SOTELO CASTAÑEDA: IDEAS EN TORNO A LA INFORMALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

No obstante haber sido objeto de innumerables estudios desde muchos campos del conocimiento, no existe una única definición común o compartida de lo que significa informalidad¹. Sus denominaciones, inclusive, varían entre “economía en la sombra”, “economía sumergida”, “economía informal”, “economía subterránea”, “extralegalidad” etcétera, cada una poseedora de sus propias y justificadas explicaciones, matices y connotaciones.

Es frecuente encontrar definida la informalidad como un conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen la actividad económica².

Hay sobre ella otras definiciones³ que ligan el concepto a aquella parte de la economía que no se encuentra registrada en la contabilidad nacional, y que puede ser el producto tanto de una actividad ilícita como de una actividad legal pero con un componente ilegal, como puede ser la

elusión tributaria. Otra parte de dicha actividad no registrada lo sería debido a que escapa a las regulaciones nacionales, tal y como sucede con las actividades domésticas.

Otros, inclusive, llegan a definirla en términos directamente tributarios: “Toda actividad económica que, en general, estaría sujeta a impuestos, si fuera declarada a las autoridades tributarias”⁴.

Esta visión de lo informal, como un sector marginado de cargas legales y obligaciones tributarias, se complementa con la muy difundida idea de encontrarse lo informal excluido de la protección y los servicios que el Estado ofrece⁵.

Las definiciones glosadas no dicen –y, creo, está bien– nada acerca del rol que cumple la voluntad del agente para situarse en el sector informal. Algunas actividades como el comercio al por menor pueden, por ejemplo, ser “más lucrativas” llevadas a cabo en la informalidad que en la formalidad y ser ello valuado al momento de “optar” por la informalidad; mientras que, sin embargo,

Luis Hernández Berenguel versus
Eduardo Sotelo Castañeda

¹ El Banco Mundial, por ejemplo, alude al problema de su definición, como uno del tipo “hombres ciegos analizando un elefante” en estos términos: “The term informality means different things to different people, but almost always bad things: unprotected workers, excessive regulation, low productivity, unfair competition, evasion of the rule of law, underpayment or nonpayment of taxes, and work “underground” or in the shadows. The multiplicity of adjectives from very distinct fields of study suggests that we may have a classic “blind men and the elephant problem” – everybody touches part of the animal, but understands only the part that they touch. More likely still, we are exploring several distinct phenomena as we attempt to describe one ungainly composite “informality.” PERRY y otros. “Informality. Exit and Exclusion”. World Bank. 2007. p. 21.

² LOAYZA, Norman. “Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú”. Estudios Económicos. BCRP. 2006. p. 44.

³ La Economía Informal: Algunas Precisiones. Instituto Peruano de Economía. Negocios Internacionales. En: <http://www.comexperu.org.pe/archivos%5Crevista%5Cfebrero04%5Canalisis.pdf>

⁴ SCHNEIDER, F. y D. ENSTE. “Ocultándose en las sombras, el crecimiento de la economía subterránea”. Temas en Economía. FMI. 2002.

⁵ DE SOTO, Hernando. “El Otro Sendero”. Lima: El Barranco. 1986.

otras actividades como la de los taxistas, fueron y seguirán siendo un refugio de un sector de población que preferiría –especulamos– actuar dentro del sector formal pero no encuentra cabida en él.

Como se ve, en lo que es pertinente a este trabajo, desde su concepción, es común la asociación que suele realizarse entre la tributación y la informalidad. A pesar de ello, no tenemos disponible una unívoca explicación, aplicable a todo caso, acerca del signo y la intensidad en el que tal asociación ocurre, sobre todo si se lee con prescindencia de la consideración y el análisis de un sinnúmero de otros factores adicionales, interdependientes e interrelacionados⁶, lectura que hoy felizmente resultaría inadmisibile y deplorable desde un punto de vista académico.

El derecho y la tributación tienen, sin duda, una participación importante en el problema, y en su solución. Desde la perspectiva de un abogado y tributarista, inacabados ambos, se corre el riesgo de ser poco neutral al resumir una opinión acerca de la relación entre tributación e informalidad. En buena hora, mucho de esta relación se encuentra ya pensada y escrita, así que el reto se puede asumir minimizando cualquier riesgo de parcialización. Al final, las líneas que siguen pueden ser vistas como un interesante ejercicio de sistematización de información preexistente o como un trabajo de autocrítica. Por obvias limitaciones, el tema central del trabajo se verá bastante concentrado –aunque no será exclusivo– alrededor de un aspecto primordial del derecho tributario sustantivo –alícuotas tributarias–.

Dentro de la profusa literatura hoy disponible acerca de la informalidad, algunas ideas pueden considerarse a esta altura meridianamente claras y mayoritariamente aceptadas, a ellas nos referiremos en los comentarios que siguen a continuación.

II. COOPERACIÓN Y SISTEMAS TRIBUTARIOS

A. Cooperación y Coerción

Creemos indispensable referirnos primero a algunos temas básicos que permitirán abordar el desarrollo siguiente de una manera mucho más natural. Algunas de estas ideas básicas se remontan al origen lógico de los sistemas legales y tributarios que requieren de la coerción como herramienta.

La ausencia de cooperación espontánea es una realidad –parcial– y, a la vez, una buena hipótesis de trabajo para el diseño de cualquier sistema legal y el tributario como subsistema dentro de este último.

Hace más de cuarenta años, Mancur Olson (1965)⁷ expresó la idea consistente en que la presencia de una comunidad de intereses u objetivos –compartidos por un grupo de individuos– no garantiza *per se* la acción, ni la cooperación conducente a llevar a cabo dichos intereses u objetivos, ni, por ende, a alcanzar los resultados sociales óptimos.

Así como las sociedades, corporaciones o firmas dentro de un mercado competitivo tienen el interés común en que sus productos se vendan al máximo precio posible, de igual modo, las mismas sociedades, corporaciones o firmas tienen el interés de vender lo máximo posible, pero sin tener que ser ellas (las sociedades “freeriders”), sino las demás sociedades, corporaciones o firmas (“las otras”), la que sacrifiquen el volumen de su producción, reduciéndolo, para lograr tales objetivos.

La conducta social no es, en esencia, distinta de lo descrito. Dentro de un Estado, el hecho de que una persona comparta el interés o el objetivo con otra u otras, no asegura la efectiva movilización de dichas personas hacia la obtención de tal finalidad –dicha finalidad podría, en última instancia,

⁶ Así, a pesar de que aisladamente considerado un estudio estadístico arrojó que “Using a smaller sample but new estimates of the size of the informal sector for 14 Latin American and Caribbean countries, Loayza (1996) shows that informality is positively associated with levels of taxation and labor market regulations, and negatively correlated to the strength and efficiency of government institutions.”, tal constatación, en la muestra de países utilizada en el estudio, no obsta para que el mismo reporte señale que “Despite convincing cross-country evidence confirming the relevance of several of the above-cited potential costs and benefits of informality, the data suggest that, to affect the size of the underground economy, policy makers may need to act on several fronts at the same time. The effects of regulations, for instance, appear to depend on the quality of governance. Moreover, as argued above, small changes in only some of the private costs or benefits of informality may not have a binding effect on firms’ decisions regarding regulatory compliance.” PERRY y otros. Ob cit. pp. 165 y 164, respectivamente.

⁷ “The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups”. En: Harvard Economic Studies.

tratarse del mismo hipotético “bien común”-. Conceptos tales como el patriotismo, el nacionalismo, o la comunidad cultural, si bien forman parte del entramado social y aseguran ciertos objetivos de paz y convivencia, no aseguran por sí mismos el financiamiento de los Estados y de las sociedades para satisfacer las identificadas y reconocidas necesidades públicas y alcanzar, de ese modo, el bienestar común o el de sus mayorías.

De allí que, desde siempre, se haya considerado que una herramienta eficaz para la obtención de tales finalidades grupales o colectivas sea la compulsión o la coacción, jurídicamente organizada, como la que el Estado ejerce cuando impone leyes y tributos: obligando a que los hombres-lobo-para-los-hombres contribuyan con el bien común y se eviten, así, los sub-óptimos sociales que pueden provocar las conductas no-cooperativas (de lo cual da cuenta, el famoso *dilema del prisionero*).

En sentido no contradictorio, sino complementario con la idea expresada anteriormente, se encuentran los resultados del experimento llevado a cabo por los profesores Fehr y Gächter en la Universidad de St. Gallen en Suiza. La Revista *The Economist* de marzo de 2002 da cuenta de este experimento. Varios estudiantes, formando grupos de a cuatro, recibieron \$20 cada uno, con la instrucción de apropiarse de cualquiera parte de la suma que no invirtiesen en un proyecto grupal, pero, si invertían, cada \$1 invertido se convertiría en \$1.6, los cuales serían totalmente distribuidos entre los cuatro integrantes del grupo –a razón, entonces, de 40 centavos cada uno–. Así, si los cuatro estudiantes de un grupo aportaban todo su caudal individual al proyecto, cada cual terminaría con \$32 –\$20 que se convierten en \$32 una vez invertidos, por cuatro participantes, entre cuatro participantes– y el máximo bien común se habría alcanzado. Sin embargo, si sólo un estudiante del grupo de cuatro aportaba, éste (el muy “tonto”) sólo se llevaría a casa \$8 –\$20 convertidos en \$32, por uno, el único aportante, entre cuatro–, mientras que los otros tres se llevarían \$28 cada uno –\$20 originalmente recibidos, no invertidos y conser-

vados, sin riesgo alguno, más \$8, provenientes de la división de \$32 entre cuatro del único estudiante que invirtió–.

En la primera versión del experimento de Fehr y Gächter se realizaron seis rondas en las que los participantes eran anónimos, las decisiones de inversión eran simultáneas y dos participantes podían interactuar entre sí por vez única. Al final de cada ronda cada participante era informado de cómo habían actuado los demás miembros del grupo y cuáles eran los rendimientos individuales. En esta versión del juego, conforme avanzaban las rondas, los jugadores fueron aprendiendo a no aportar o invertir. En la sexta ronda el aporte o la inversión realizada fue igual a cero.

En una segunda versión del experimento de los mismos Fehr y Gächter, se dio la oportunidad a los estudiantes de castigarse financieramente unos a otros al cabo de cada ronda. A un costo de \$1, un estudiante podía decidir imponer anónimamente una multa de \$3 a otro estudiante. Así, la mayoría de los castigos fueron impuestos por quienes eran “contribuyentes” sobre el promedio (considerados cooperadores) a los “contribuyentes” por debajo del promedio (*free-riders*: ¿evasores, elusores, informales, quizás?) y guardaban proporción directa con cuánto las contribuciones del *free-rider* se desviaban del promedio del grupo. El riesgo del castigo produjo, entonces, un incremento relevante del monto aportado al bien común⁸.

B. Desconexión del Estado y elemento social o psíquico

El experimento de los profesores Fehr y Gächter, además de reforzar la utilidad de la coerción como herramienta social, permite corroborar que los grupos en los que abundan los sujetos con tendencias a la reciprocidad fuerte (es decir, los denominados cooperadores) pueden estar mejor adaptados para sobrevivir, ya que sus conductas también “coaccionan” o compelen, en cierto sentido, a los demás –aun a los, por así denominarlos, egoístas– en favor del bien común⁹. Ya

⁸ En términos de Perry y otros. Ob. Cit. p. 226: “The taxpayer is an isolated expected utility maximizer who makes rational portfolio decisions under uncertainty, given an informational set. In this view, people pay taxes exclusively depending on their perception of being detected and sanctioned (Alm y otros. 1995; Cowell 1990).”

⁹ “An individual’s perception of the extent of evasion is a powerful predictor of compliance behavior: the higher an individual believes the rate of tax cheating will be, the more likely he or she is to cheat as well. Individuals prefer to contribute if they believe others are inclined to contribute, but free-ride if they believe that others will do so”. MCKERCHAR, Margaret. Understanding and predicting taxpayers’ behavioural responses to actions by tax administrations. OECD Papers. 2003. p. 45.

Vogel, en un trabajo datado en 1974¹⁰, había lanzado indirectamente similar idea en el sentido de que cuando los sujetos conocen a otros evasores de tributos, tendían a considerar una probabilidad mayor al promedio de evadir ellos mismos con éxito¹¹.

Fluye también del objetivo y los resultados del experimento reseñado una excelente caracterización de la conducta de los contribuyentes dentro un sistema tributario cualquiera. Si todos fuésemos contribuyentes anónimos, los tributos no fuesen recursos compulsivos u obligatorios y no existieran sanciones jurídicas –adicionales a las morales o las sociales– cabría preguntarse si algún proyecto social estaría asegurado o, peor, si sería realizable¹².

La idea sugerida por el experimento glosado se ha encontrado reforzada por otras experiencias y constataciones. Por ejemplo, evidencias estadísticas tales como la que recogió el reporte anual de *British Social Attitudes* acerca de una mayoritaria disposición de los británicos para avalar un aumento de tributos que solvente un mayor gasto social, disposición que, sin embargo, decaía sustancialmente cuando se precisaba a los encuestados que el aumento de tributos implicaría no sólo el aumento de la carga tributaria que pagan los otros sino, también, de la que pagaba cada uno de los encuestados (The Commission of Taxation and Citizenship, 2000, p. 36).

Sería, no obstante, sobresimplificado explicar la resistencia a pagar tributos como un mero producto de sentimientos antialtruistas.

La literatura que analiza la conducta cumplidora de los contribuyentes se ha complementado en los últimos años. En algún momento del pasado, la literatura consideraba el incumplimiento como unidimensional, esto es, asociado simple y llanamente a la evasión intencional o calculada de los

tributos. Sin embargo, el avance de los estudios conductuales ha hecho evolucionar tal idea, de forma tal que hoy se acepta que no todo incumplimiento es intencional¹³. Asimismo, la asunción del individuo como un sujeto maximizador nunca se ha considerado del todo ajustada a la realidad, pues deja de explicar una parte importante del cumplimiento voluntario de los tributos. Algunos autores han vinculado esto a la existencia de “costos psíquicos” asociados a la evasión de tributos. Spicer ha complementado así el modelo de evasión tributaria para hacerlo más realista, incorporando dichos costos: “Un contribuyente evade cuando las ganancias esperadas de pagar tributos, excede las pérdidas provenientes de las multas y los costos psíquicos asociados con la evasión.”

Las tasas de cumplimiento tributario espontáneo y sus altos estándares en ciertos Estados de Bienestar tampoco pueden quedar simplificados como ocasionados por el efecto disuasivo de ser detectado y sancionado, la menor conexión o mayor desconexión con el Estado –percepción del grado de eficacia, eficiencia, equidad y oportunidad con el que se prestan los servicios públicos– pone o resta soporte público a cualquier sistema tributario –y sistema legal, en general– y alimenta, de ser deficientes, la resistencia al pago de tributos (lo que se denomina en jerga técnica “*tax resistance*”) incrementando el riesgo de evasión y elusión: el individuo, en términos de la escuela del Leviatán, encuentra en la resistencia la oportunidad para oponerse a la autoridad monopólica del gobernante¹⁴.

La Comisión sobre Tributación y Ciudadanía establecida por *The Fabian Society* británica, por ejemplo, concluía, ya en su informe final entregado en el año 2000, que el sentimiento dominante en la percepción de los británicos respecto del sistema tributario y los servicios públicos y estatales era de “desconexión”¹⁵.

¹⁰ VOGEL, J. “Taxation and Public Opinion in Sweden: An Interpretation of Recent Survey Data. *National Tax Journal* 27. p. 499-513.

¹¹ Por su parte, SPICER y LUNDSTEDT (1976) dan evidencia econométrica de que el número de evasores que es conocido para un individuo hace más probable la evasión, y detectan, asimismo, que la sensación de incomodidad que causa a un evasor actuar contra sus creencias, puede estimular psicológicamente un cambio en las propias creencias originales.

¹² Un estudio realizado en Australia en 2002, apunta en esta misma línea: “*In respect of enforcement strategies, it was not apparent from this research that increasing audit rates or penalties would have a significant impact on compliance behaviour for personal taxpayers given their lack of awareness and conscious concern. However, given the frequently expressed comment in the survey that others did not pay their fair share of tax, it would appear that some level of enforcement is considered desirable by taxpayers and does have a positive impact on their perception of fairness and commitment to compliance*”.

¹³ MCKERCHAR, M. Ob. Cit. p. 2.

¹⁴ CULLIS, John y Philip JONES. *Public Finance and Public Choice*. Oxford. 1998. p. 208.

¹⁵ Debido al desconocimiento del sistema tributario, del nivel de tributos en términos comparativos internacionales y del destino y uso de los recursos, así como a la evidencia de despilfarro y baja calidad de los servicios públicos brindados.

En un anterior artículo¹⁶, planteábamos la común interrogante acerca de cuánto un Estado no conectado con su población, que mantenía o incrementaba las cargas fiscales, sin cuidar la calidad y cantidad de servicios públicos entregados, representaba un verdadero desafío al entendimiento del ser humano como un *homo economicus*, en el sentido de que al entregar tan poco el Estado a cambio de lo que exige por tributos parecía, no encontrar un buen asidero en términos del uso eficiente de recursos¹⁷. Este razonamiento es tributario de uno de los enfoques mundialmente más difundidos, comúnmente conocido como institucionalista –y bien representado por el Banco Mundial, entre otros–, que enfatiza los costos de transacción o de permanencia en el sector formal como elemento determinante de la elección de la legalidad o la permanencia al margen de ella¹⁸.

Además, en lo que respecta a la evasión y elusión tributarias que encontraremos asociadas a la informalidad, es indudable que los costos para combatirlas no pueden quedar soslayados y, en este sentido, la extensión hasta la cual la evasión y la elusión pueden tornarse en algún sentido “tolerables” –sin dejar de reprobarlas– depende, en alguna medida también, de la percepción que se posee respecto del Estado o el gobierno: pues, mientras mayores sean las fallas de gobierno asignando ineficientemente recursos públicos, menor será la pérdida asociada con la evasión¹⁹ y más cercanos estarán, entonces, los costos marginales de reducción de la evasión a los beneficios marginales, inclusive en términos sociales²⁰.

Los planteamientos glosados precedentemente tienen pertinencia y relación actual y cercana con la informalidad y el Perú. Cuanto más un sistema tributario se perciba “desconectado” y el Gobierno que representa al Estado no dé señales de capacidad ni de voluntad para cerrar tal brecha de desconexión, los sectores de la economía nacional pueden sentirse más propensos a mostrar su oposición y virtual resistencia al pago de tributos que sólo incrementan su carga fiscal a cambio de pobres, nulos, o inexistentes servicios públicos en retorno.

Todo lo dicho tiene relevancia teórica y práctica en materia de la relación entre tributación e informalidad.

Nos queda referir que hace algún tiempo, un trabajo de Loayza (1993) midió el sector informal en el Perú, señalando que las actividades de éste representaban el 60% del PBI, lo cual hacía que –si la economía total era igual a un PBI de 160%– el sector informal representara el 37.5% de la economía total²¹. Este resultado, admitiendo que en realidad parte de la economía informal se “filtra” en la contabilidad formal, puede ajustarse un poco. Si se tomase informalidad como no inscripción en la seguridad social, siguiendo la línea del Informe del Banco Mundial, al 2006 el Perú tenía más del 35% de informales independientes y más del 40% de informales asalariados. Desde la perspectiva del Instituto Libertad y Democracia, al 2006, el 44% de los predios urbanos (2.6 millones de predios), el 88% de la superficie rural (27.2 millones de has.) y el 97 % de las empresas en Perú (1.7 millones de empresas) serían “ex-

¹⁶ SOTELO, Eduardo. La Resistencia al Pago de Tributos: Venganza Contra el Leviatán. En Revista Enfoque Derecho. Themis. Lima. 2004.
¹⁷ La teoría económica clásica, considera que el ser humano toma decisiones racionales estimando y balanceando los beneficios y los costos de sus decisiones y acciones.
¹⁸ “El enfoque institucionalista ignora las restricciones que puedan provenir de la estructura económica y se concentra en las decisiones que a nivel individual se realizan con respecto a la decisión de participar en la actividad económica. Por ello plantean que los agentes toman sus decisiones con base en un análisis costo-beneficio cuyas opciones son pertenecer al sector formal o al informal. Si el beneficio neto de ser informal es mayor (menor), la gente optará por la informalidad (formalidad). Por tanto, a diferencia de los enfoques anteriores, este enfoque institucionalista considera la informalidad como resultado de una decisión voluntaria. Las actividades informales de carácter empresarial no son por tanto, desde la perspectiva institucionalista, un atributo de los pobres o los marginales. Pueden representar, por el contrario, una prueba de espíritu empresarial que podría asociarse a algunas características personales y sociales como una educación escolar intermedia o superior, un nivel relativamente alto de ingresos, cierta experiencia en el mercado laboral y una edad cercana al fin de la vida laboral activa.” URIBE, José y Humberto ORTIZ. En “Una propuesta de Conceptualización y Medición del Sector Informal”. Universidad del Valle, Departamento de Economía, Colombia. 2004. p. 15.
¹⁹ CULLIS, J. y P. JONES. Ob cit. p. 208.
²⁰ No es aislada esta posición, pues, aunque referida en la cita al caso de la fuerza laboral, el reporte del Banco Mundial, “Informalidad, Escape y Exclusión” confirma que: “Further, if, as is suggested throughout this report, some informality is due to the low valuation of government-provided services compared with their implicit or explicit costs to workers, then a choice to be unprotected may point to a dysfunctional and inefficient social protection system.” PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22. “Furthermore, a collective perception of ineffectiveness, unfairness, and illegitimacy of the state’s actions, in terms of who it represents and serves, can give rise to a social norm of noncompliance with taxes and regulations (a “culture of informality”), which further undermines the state’s capacity to enforce the law and to provide effective public services”. PERRY y otros. Ob cit. p. 215.
²¹ Norman Loayza (1997) construye un modelo que sigue la visión de Hernando De Soto (1987), según la cual el sector informal se define como el conjunto de unidades económicas que no pagan los impuestos del gobierno ni respetan las regulaciones institucionales. En esta visión, el sector informal aparece porque el gobierno exige demasiados impuestos e impone demasiadas regulaciones. Son estas características las que hacen al sector formal. URIBE, Jose y Humberto ORTIZ. Ob. Cit. p. 18.

tralegales” —con su connotación respectiva—. En términos de presión tributaria, siguiendo el razonamiento del IPE, si su porcentaje oficial alcanza 15% y la economía fuese, digamos, 160% del PBI oficial —como a 1993—, entonces, la presión tributaria sería del orden del 9.375%. Por ende, mediciones o aproximaciones acerca del mercado informal, las hay, desde varios criterios o puntos de vista. Cualquiera que fuese el aplicado, las noticias son malas y hacen del tema digno de repensarse, como a continuación se hace con apoyo de adicional literatura.

III. EFECTOS DE LA INFORMALIDAD

La relación entre tributación e informalidad va en doble sentido. Por ello se pueden encontrar bien círculos viciosos, como virtuosos, formados por la puesta en contacto de las dos. De un lado, la informalidad produce efectos o impactos sobre los sistemas tributarios y, de otro, la tributación aporta su cuota a la causa y a la solución del problema de la informalidad.

A continuación algunos de los efectos que trae consigo la informalidad en las áreas pertinentes a los alcances del presente trabajo.

A. En la productividad de la economía

Documentada evidencia empírica sugiere que el sector informal es menos productivo que el sector formal. Las empresas informales adolecerían de limitaciones organizativas que les impiden ganar en productividad (por ejemplo, cierre de acceso a créditos, o acceso a tasas mayores para compensar el riesgo, mayores costos para la ejecución de sus contratos, y menor acceso a tecnologías modernas). Este rasgo de la informalidad se disemina y contagia a toda la economía.

Esto último se explica, normalmente, en términos

de que el no sometimiento a regulación alguna y el no pago de tributos, otorga una ventaja comparativa al sector informal que le permite compensar su original baja productividad y escala, con lo cual puede aparecer compitiendo con la empresa formal, debido al “subsidio” implícito que obtiene de su actuación en la informalidad. De esa forma, la posición o espacio que ocupan los informales impide que otros formales ganen la porción de mercado que haría a toda la industria más productiva²².

Por otro lado, el defecto en productividad de la empresa informal genera menores excedentes económicos, no permite a los consumidores tener menores precios, a los trabajadores mayores salarios y a los propietarios mayores beneficios.

La economía informal afecta de este modo el crecimiento debido a que reduce la disponibilidad de algunos de los servicios públicos que el Estado provee para todos, ya que un mayor número de actividades utilizan de manera menos eficiente los mismos servicios existentes sin asumir, directamente y en proporción, los respectivos costos²³.

B. En los costos sociales

Otro de los aspectos que la informalidad afecta se refiere directamente a lo social y al sistema impositivo. Se trata de un círculo vicioso que produce la informalidad al reducir la base tributaria y provocar que el Estado tienda a aumentar sus tasas impositivas sobre los contribuyentes conocidos y registrados, incrementando con ello, a su vez, el incentivo a la evasión o elusión —en el sentido que será comentado líneas más adelante—.

Además, ante el ya aludido efecto circular de aumento de las tasas impositivas, la informalidad afecta la equidad y justicia, generando pérdidas de eficiencia crecientes²⁴.

²² AGUILERA, N. y C. VELAZQUEZ. Los efectos de la informalidad. En Revista de Seguridad Social. Conferencia Interamericana de Seguridad Social. En http://www.ciss.org.mx/pdf/editorial/254/254_01_es.pdf.

²³ “(...) informality itself has been postulated to have adverse impacts on productivity. As noted in *Poverty Reduction and Growth: Virtuous and Vicious Circles* (Perry y otros. 2006), workers uninsured against health, old age, and other risks may have lower productivity and fewer incentives to invest in human capital accumulation. Firms unable to access credit, larger sales/product markets, and sources of innovation, and those evading taxes may operate at a suboptimal scale. Competition with noncomplying firms leads to productivity losses at formal firms. At the aggregate level, a large concentration of workers in small firms rather than larger firms may lead to lower productivity growth”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22.

²⁴ Las pérdidas de eficiencia se generan debido a las actividades que se dejan de realizar o cuya intensidad se modifica como consecuencia del impuesto o la variación en su tasa. En el ejemplo de Aguilera, N. y Velazquez, C. (p. 4), un empleador está dispuesto a pagar hasta 12 para contratar un trabajador y éste dispuesto a trabajar, dado su costo de oportunidad, por no menos de 10. En ausencia de impuesto, tendríamos perfeccionado un contrato de trabajo. Con un impuesto de 3 de cargo del trabajador, éste dejaría de trabajar, pues, de los 12 máximos obtenibles por su trabajo, pagaría 3 y se quedaría con 9, menor a su costo de oportunidad. Si el impuesto fuese de cargo del empleador, éste no contrataría a persona alguna, pues, sobre los 10 que es lo mínimo que puede pagar, tendría que pagar 3 adicionales, lo que supera el máximo que está dispuesto a pagar.

INFORMALIDAD Y SUS MÚLTIPLES CAUSAS

Otro elemento del costo social, está en el desincentivo en la oferta de trabajo formal y en la mejora de condiciones en el sector formal –con seguridad social, respeto a y protección de la normativa laboral, pago de tributos que le corresponden²⁵–.

Otro impacto más, en el consumidor, está referido al desincentivo a la variedad y calidad de productos en el mercado: el consumidor, ante la incertidumbre sobre la calidad de los productos –que se originan con la presión de resarcirse de la baja productividad–, sólo está dispuesto a pagar un precio que refleje la calidad promedio o esperada, precio bajo si existen productos de mala calidad, dejando espacio para productores de costos bajos y calidad mala.

Otro efecto sobre lo social, la equidad y la eficiencia ya anotado en líneas precedentes se refiere a que el sector informal utiliza en cierto grado y provoca una probable congestión de la infraestructura pública sin contribuir con los ingresos tributarios necesarios para financiarla²⁶.

Finalmente, sin ánimo de ser exhaustivo en esta descripción, el “efecto réplica” puede generar otros costos sociales asociados a la informalidad, pues, tal y como se puede colegir de lo concluido por Fehr y Gächter²⁷ en los grupos en los que existe menor número de sujetos con tendencias a la reciprocidad o cooperadores, la coacción de los sistemas legales y compulsivos como lo es el sistema tributario, es menos eficaz como disuasivo para los demás²⁸. Una consecuencia ulterior derivada de lo dicho es la deslegitimación que produce el sector informal del sistema tributario burlado, y de la capacidad de gestión y coerción de las entidades públicas vinculadas con la administración y recaudación tributarias.

Y ahora, el sentido inverso de la relación dinámica entre tributación e informalidad: la intervención del sistema legal y administrativo tributario como aportante al origen o generación de informalidad. Según las pautas ya anticipadas al inicio del presente trabajo, no nos ocuparemos, por supuesto, por cuestión de tiempo y espacio, más que de los aspectos más relevantes de esta relación causal, apoyados siempre de los estudios y trabajos que nos preceden.

Mucho se ha teorizado acerca de las diferentes razones de la informalidad. No una sino muchas son las causas detectadas de este fenómeno. Cada vez más los académicos y estudiosos han tendido a adoptar un enfoque integral para entender la informalidad: por un lado, la insuficiencia o inadecuación de los sistemas legales y normativos, aunado a los defectos del Estado; las cargas tributarias; las características sociales y demográficas de un país, entre otras²⁹. Todas ellas tienen explicaciones lógicas y algún grado de demostración empírica o teórica. La literatura, desde entonces, se aboca a establecer cuáles de los factores concurrentes son las principales fuentes de informalidad en un determinado territorio y tiempo, o en qué intensidad son algunos factores determinantes de mayores costos de transacción y mayor informalidad.

La economía o el sector informal resulta de este modo explicado por una combinación de factores e incentivos que van desde la bondad del arreglo institucional, las altas tasas de tributos, la bondad y complejidad regulatoria, etcétera.

Uno de los enfoques más utilizados, en el país y fuera de él, para explicar el fenómeno de la informalidad es referirla genéricamente a los elevados costos de la formalidad, tanto para el ac-

Luis Hernández Berenguel versus
Eduardo Sotelo Castañeda

²⁵ AGUILERA, N. y VELAZQUEZ. Ob cit. p 5.

²⁶ LOAYZA, N. Ob.cit. p 46.

²⁷ Se puede analizar al potencial informal en términos análogos al de un potencial infractor que causa daño desde una perspectiva de la responsabilidad, la culpa y la inducción a adoptar comportamientos eficientes en cuanto a la precaución, según los planteamientos expresados en la fórmula económica desarrollada por el Juez Learned Hand -en el caso US vs. Carroll Towing Co.-: Existe culpa si el costo de la precaución omitida es menor que la probabilidad de que ocurra el daño multiplicado por la magnitud de dicho daño, en caso éste ocurriese. De otro modo, la acción o actividad del que ocasiona daño no reviste culpa. Estas ideas se resumen en la fórmula: $B < r \times L$. El comportamiento informal puede verse incentivado cuando el r –riesgo- es bajo, o cuando la L –pérdidas: sanciones, daños a terceros, etc.- es baja.

²⁸ “Noncompliance may become a social norm that increases the costs of enforcing the law, undermines the legitimacy of societal institutions, and creates horizontal and vertical inequities (with better-off insiders and worseoff outsiders). This said, compliance with legal norms may be endogenous to the perceptions of the current effectiveness of public institutions and, more profoundly, to the nature of the underlying “social contract.”” PERRY y otros. Ob. Cit. p. 22.

²⁹ LOAYZA, N. Ob. Cit. p. 51.

ceso como para la permanencia de los agentes en la economía formal³⁰. Dicho en otros términos, cuando los costos de acceso o permanencia en la formalidad superan ampliamente los costos (incluyendo los costos esperados) de permanecer en la informalidad, ésta encuentra razón de ser. Ello puede llegar, como parece suceder en la realidad, según el mismo IPE, a que incluso incorporando los costos esperados de permanencia en la informalidad (i.e. sanciones, multas, pérdidas de mercancías etc.) la decisión de pasar a la formalidad conlleve menores beneficios que continuar en la informalidad.

A menudo, los costos excesivos provenientes de leyes, políticas y procedimientos engorrosos, que se dilatan y sobreponen, están estrechamente unidos y afectan tanto el registro legal del negocio, como su posterior permanencia en la formalidad. Normalmente, clasificar tales costos dentro de una sola categoría puede resultar ya mismo difícil. Una de las muchas formas que deben existir para agrupar tales costos es la siguiente³¹:

- a) El costo nominal de cumplir con las leyes y reglamentos.
- b) El nivel de intensidad, complejidad y coherencia de las leyes y reglamentos³².
- c) El acceso a información relacionada con hacer negocios.
- d) La administración y exigibilidad de las leyes y reglamentos.
- e) La estabilidad y predictibilidad de leyes y reglamentos.
- f) La calidad de la infraestructura.
- g) La estructura del mercado laboral.
- h) El nivel de estabilidad macro-económica.
- i) El legado de la tradición y los factores culturales.

Similar planteamiento es el que ha sido utilizado

por el Banco Mundial, cuando su grupo de expertos señala que:

"(...) this report highlights a second lens through which to view informality that is more akin to Hirschman's (1970) "exit": many workers, firms, and families choose their optimal levels of engagement with the mandates and institutions of the state on the basis of their valuation of the net benefits associated with formality and the enforcement effort and capability of the state. That is, they make implicit cost-benefit analyses about whether to cross the relevant margin into formality and frequently decide against it. Under this view, high informality results from a massive opting out of formal institutions by firms and individuals, and offers an indictment of the state's regulations and services and of its enforcement capability"³³.

A fin de cuentas, es en análogos términos de costos como el propio Estado analiza y decide sobre el tamaño de los contribuyentes o las empresas que vale la pena supervisar y gravar con tributos para financiar sus funciones, y aquel grupo al que esto deja de ser justificado³⁴.

Pasamos a considerar el factor tributario considerando lo mencionado y rescatado en los acápites precedentes de este trabajo.

A. Las cargas impuestas por los sistemas tributarios

Evalutando la evidencia de trabajos y años de estudios previos, John Cullis y Philip Jones³⁵ señalan que es imposible descartar el resultado intuitivo de que altas tasas o alícuotas de los tributos causan mayor evasión y, por tanto, informalidad. Entre las ventajas disponibles para las empresas de optar por la informalidad está la posibilidad de reducir o eliminar los pagos de tributos y aportes a la seguridad social, tal como se trata de eliminar los pagos de una costosa y pesada regulación gubernamental, por lo que uno de los beneficios de la informalidad está indudablemente asociado

³⁰ Instituto Peruano de Economía (IPE). Ob cit.

³¹ KUCHTA-HELBLING, Catherine. Barreras a la Participación: El Sector Informal en las Democracias Emergentes. Background Paper. Center for International Private Enterprise. Nov 13, 2000. Sao Paulo. p 16.

³² En resumen, leyes y regulaciones excesivas, conflictivas y complicadas incrementan los costos de hacer negocios, provocando informalidad e invitando a la corrupción.

³³ PERRY y otros. Ob. Cit. p. 23.

³⁴ PERRY y otros. Ob. Cit. p. 25.

³⁵ CULLIS, J. y JONE. Ob. Cit. p. 199.

al valor de los tributos y los aportes a la seguridad social³⁶.

Muchos académicos dan cuenta del sustento teórico y empírico de esta hipótesis consistente en que altas alícuotas tributarias pueden inducir a evasión y a informalidad³⁷. Las altas tasas tributarias tienen como efecto una reducción del margen de ganancia en los negocios y, por ende, una reducción del incentivo para hacer empresa dentro de la formalidad. Una carga impositiva grande, mayor normativa estatal, con regulaciones débiles y de aplicación arbitraria o irracional, y excesivos aportes a la seguridad social, son señalados asimismo por el IPE, dentro de los principales factores que alimentan la economía informal³⁸.

No se puede soslayar, asimismo, según lo anotado en párrafos precedentes, que, asociado al grado de conexión de la sociedad con su Estado o gobierno, similares tasas impositivas aplicadas en dos jurisdicciones distintas, pueden terminar siendo “percibidas” de un modo o intensidad distintas. Investigaciones sobre informalidad en países de la ex órbita soviética³⁹ han mostrado que, mientras las tasas impositivas en dichos países (Rusia y Ucrania) no eran más altas que las de muchos otros países de Europa Central o del Este, la percepción de los empresarios sobre el nivel de la carga tributaria era hasta dos veces mayor que en estos otros países.

De otra parte, la otra cara de este argumento, es que en países en donde existen bajas tasas impositivas, con menor cantidad de leyes y normas (respetadas) y menores niveles de corrupción, éstos parecen estar en mejor capacidad de alentar el cumplimiento de los contribuyentes y restar así incentivos a la informalidad.

Son muy referidos en la literatura sobre informalidad y tributación, por ejemplo, los trabajos de Schneider⁴⁰, quien sustenta y demuestra la rela-

ción positiva que comentamos entre la medida de la carga tributaria y el tamaño de la economía subterránea en dieciséis países del ámbito de la OCDE, dicho para el año 1996. Estas medidas están asociadas, en dicho estudio, a la recaudación del Impuesto al ingreso, más las contribuciones a la seguridad social, así como a la proporción de los costos brutos laborales y el impuesto al valor agregado, entre otros. Es oportuno, sin embargo, reconocer que una variable complementaria al costo directo que representa la carga expresada en las tasas o alícuotas tributarias se encuentra en los procedimientos y deberes administrativos o adjetivos que el propio contribuyente debe ejecutar o soportar para dar cabal cumplimiento de las propias obligaciones tributarias –esto se comenta en líneas siguientes–.

No obstante lo señalado, sería incorrecto y simplificado, extender la idea precedente hasta el punto de afirmar que altas tasas tributarias frenan de modo automático los negocios o los negocios en la formalidad. Las altas tasas o alícuotas de tributos no deberían ser automáticamente consideradas como perniciosas. Se filtra, pues, en este punto, nuestra advertencia inicial acerca de que no existe disponible una sola y unívoca demostración acerca del signo y la intensidad en el que ocurre la relación dinámica entre tributación e informalidad. La relación entre tasas impositivas y el tamaño del sector informal es más compleja.

Johnson y otros.(1999)⁴¹, por ejemplo, encontraron que a pesar de que en los Estados Unidos las tasas de los impuestos eran relativamente altas, tenía un reducido sector de economía informal. La explicación para este estudio, parecía radicar en que los altos impuestos producían suficiente recaudación para el Estado que podía ser utilizada para la provisión de servicios de calidad buena u óptima, incentivando con ello la formalidad. El argumento de la “conexión” (*The Fabian Society*) a la que se aludía en el acápite II. del presente trabajo, obliga a colocar en la balanza

³⁶ PERRY y otros. Ob. Cit. p. 161.

³⁷ Thomas (1992); Schneider (1994, 1997); Kaufmann and Kaliberda (1996); Johnson, Kaufmann and Zoido-Lobaton (1999); Tanzi (1999), Gwartney and Lawson (1996), entre otros. Citados por KUCHTA-HELBLING, Catherine. Ob. Cit. p 17.

³⁸ Instituto Peruano de Economía. Ob. Cit.

³⁹ Johnson y Kauffman (2001) citados en SMALLBONE, David y Friederike WELTER. “Institutional Development and Entrepreneurship in Transition Economies”. Londres: Centre for Enterprise and Economic Development Research. Middlesex University Business School. 2003. p.7.

⁴⁰ SCHNEIDER, F. Size and Measurement of the Informal Economy in 110 Countries around the World. Paper presented at workshop of Atralian National Tax Center. 2002. Ver también, SCHNEIDER, F. The Size and Development of Shadow Economies of 22 Transition and 21 OECD Countries. Discussion Paper Series, IZA DP No. 514. 2002. SCHNEIDER, F. y C. BAJADA. The Size and Development of Shadow Economies in the Asia Pacific. Johannes Kepler University Linz. Working Paper No. 0301, 2003.

⁴¹ Citados por KUCHTA-HELBLING, Catherine. Ob. Cit. p 17.

la mejor disposición y tolerancia, o sea la menor *tax resistance* de los contribuyentes cuando se encuentra una jurisdicción con variables institucionales sólidas, a pesar de sus altas alícuotas tributarias. El mismo estudio planteaba, entonces, la idea de que la hipótesis contraria, consistente en bajas tasas o alícuotas tributarias y mayor informalidad, también era sustentable y posible, y asimismo sugería el análisis consistente en que diferentes tipos de tributo y diferentes tasas de éstos tienen diferente impacto en la carga tributaria generada en las empresas y, también, en el tamaño del sector informal.

Por último, el mismo trabajo aludido de Johnson y otros., dejaba sugerido que aspectos institucionales del tipo, estructura, organización y gestión de la administración tributaria, podrían tener un efecto sobre el tamaño de la informalidad, por lo menos tan grande como el que produce la dimensión de las alícuotas tributarias.

Por su parte, Friedman y otros. (2000)⁴² llegaron a establecer que en una muestra de 69 países, las altas tasas de los tributos no llegaban a demostrar una correlación con una economía informal más grande y podían, más bien, hasta estar vinculadas a un sector informal más pequeño. Los autores interpretaban este resultado, para los países de su muestra, como dando cuenta del hecho que, a veces, el incentivo a evadir tributos es superado por los beneficios de la formalidad en países en donde se encuentran altos ingresos tributarios que son aplicados a financiar bienes públicos que promueven la productividad y un entorno legal fuerte y con amplia aceptación.

En adición a lo dicho, en los trabajos de Maurizio Bovi⁴³ se hallan aportes de evidencia empírica en la línea de que países con mayor recaudación tributaria podrían contar con tamaños pequeños de economía informal y que la relación entre economía informal y otras variables distintas de aquellas “tributario sustantivas” –i.e. alícuotas o tasas efectivas de los tributos– pueden ser más complejas de lo que comúnmente se pensaba.

Siguiendo, luego, a Bovi⁴⁴, en los 90s, la relación entre la economía informal en países de la OECD con los factores determinantes por él propuestos resultaba de signo variable. Si un país es relativamente corrupto, su economía escondida podría ser grande aun cuando sus tributos y cargas regulatorias no fuesen particularmente pesadas. Por el contrario, si las instituciones son eficientes y no corrompidas, altas tasas tributarias y regulaciones onerosas no estarán correlacionadas necesariamente con la economía informal –es decir, con mayor informalidad–, ello porque los agentes perderían los beneficios provenientes de un Estado más eficiente y también porque en tales Estados con burocracias eficientes –la hipótesis de conexión y de compulsión enunciadas en el acápite II., interactuando dinámicamente– la probabilidad de detección se aproxima a uno (1). De allí, la conclusión de Bovi señalando que los países con las más grandes economías no oficiales no son necesariamente los países con las tasas tributarias más altas y los países con las más altas tasas impositivas no son necesariamente aquéllos con la más grande economía informal.

En similar postura, Perry y otros⁴⁵ afirman que cuando las regulaciones tributarias y su exigibilidad son consideradas justas –incrementando la “ética tributaria”– se pueden alcanzar niveles bajos de evasión tributaria e informalidad, sin tener que reducir necesariamente las cargas tributarias, permitiendo, así, la provisión de bienes públicos que maximicen la productividad.

La ya de por sí compleja relación de la que hablamos, podría todavía matizarse un tanto más, pues, en el caso de los tributos de la especie contribución, tales como las contribuciones a la seguridad social, el análisis puede tomar un signo diverso. En efecto, desde el punto de vista del trabajador, si las contribuciones obligatorias a estos fondos son actuariales y medidas con justicia, puede existir un verdadero incentivo a pagarlas; mientras que, desde el punto de vista del empleador, su pago también puede encontrarse justificado en costo beneficio al generar un efecto directo e inmediato en la productividad del trabajador y, por tanto, de la propia empresa⁴⁶. Análogo razonamiento puede ejer-

⁴² Citado por PERRY y otros. Ob. Cit. p. 159.

⁴³ BOVI, Maurizio. The Nature of the Underground Economy. Some Evidence from OECD Countries. ISAE Istituto di Studi e Analisi Economica. Roma. 2002.

⁴⁴ BOVI, M. Ob. Cit. pp. 17-18.

⁴⁵ PERRY y otros. Ob. Cit. p. 165.

⁴⁶ BOVI, M. Ob cit. p.17.

citarse respecto de la otra especie de tributos vinculados, es decir, los tributos de la especie Tasa, en cuya concepción y lógica se encuentra enraizado el elemento del beneficio (*benefit principle*), que al requerir de unidades de uso o consumo individualizables, por los cuales los ciudadanos retribuyen o pagan, y más mientras más consumen o usan, se minimizan las dispersiones del argumento que comentamos cuando referido a los impuestos.

Entonces, altas tasas tributarias, analizadas como una variable aislada, no son determinantes que permitan *per se* o automáticamente predicar un grado o nivel de informalidad, pues, ellas, si los demás arreglos institucionales son adecuados, justos y eficaces, pueden determinar burocracias eficientes, y un incremento de los costos de elegir y permanecer en la informalidad, al aumentar los premios o beneficios de elegir entrar y permanecer en la formalidad (países como Noruega, Suecia, Finlandia, o Dinamarca, son a este respecto nuestros mejores ejemplos).

Lo dicho no obsta para que –en ponderación, es cierto, de adicionales intereses y objetivos de política tributaria y económica– una de las estrategias en la mayoría de los países de Latinoamérica y el mundo haya estado orientada a la instrumentación de regímenes especiales de tributación para los pequeños contribuyentes, desprovistos de tener como objeto primordial la recaudación tributaria, sino resolver una problemática de administración tributaria con la finalidad de incorporar a la formalidad a un amplio

sector de contribuyentes de escasa significación económica⁴⁷, así como también poder controlar eficientemente a un sector más amplio de contribuyentes⁴⁸. No obstante ello, es dable destacar los escasos niveles de recaudación que tales regímenes suelen representar para el Estado, llegando en algunas situaciones a tener ingresos menores que los costos que su administración demanda. Se puede señalar que el promedio de recaudación de estos regímenes en los países latinoamericanos es cercano al 1% de los ingresos totales⁴⁹.

La combinación de variables que venimos barajando, pueden así conducir a dos tipos de escenarios de equilibrio, simplifícadamente enunciados: uno, en el cual se tengan buenas instituciones, una regulación razonable, una amplia base tributaria y una considerable recaudación tributaria, y en donde el Estado funciona y cumple con retornar bienes y servicios por los impuestos de sus contribuyentes, y la probabilidad de ser detectado en omisión tributaria sea alta; el otro escenario, caracterizado por malas instituciones, regulación de mala calidad e intrusiva, un sector informal amplio y reducidos ingresos tributarios producto de una, a su vez, reducida base tributaria⁵⁰.

Un tema no extraño al que abordamos en esta parte es la vinculación frecuente que se hace de informalidad y empresas de pequeña envergadura, que no cuentan con registros oficiales. Empero, los estudios del Banco Mundial a que hemos hecho tantas veces referencia en este trabajo⁵¹ dejan entrever una evasión tributaria

⁴⁷ GONZALEZ, Darío. Regímenes Especiales de Tributación para Pequeños Contribuyentes en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. 2006. p. 53.

⁴⁸ “Las políticas orientadas hacia el colectivo de las pequeñas y medianas empresas (PYME) se ha desarrollado de manera sustancial en las últimas dos décadas, siendo actualmente una de las políticas más importantes en los países desarrollados. Bien es cierto que la propia composición del tejido industrial español, conformado en más de un 99%, por empresas de reducida dimensión –hasta 250 trabajadores–, del europeo con más de un 98% e incluso del estadounidense con más de un 95%, implica que casi cualquier política destinada a mejorar las condiciones en las que se desenvuelven las empresas afecte a las PYME. Fonfría Mesa, Antonio. Instrumentos y Objetivos de las Políticas de Apoyo a las PYME en España. Instituto de Estudios Fiscales. 2001. p. 7.

⁴⁹ La literatura también da calificaciones acerca de la sobredimensionada bondad de ciertos tipos de regímenes especiales que hoy se encuentran, mayoritariamente, vigentes en un sinnúmero de países en favor de las pequeñas y microempresas. En resumidas palabras, hoy se admite mejor y con sentido crítico que no son necesariamente buenos los regímenes que establecen alícuotas diferenciales, regímenes especiales o exenciones que puedan provocar un incentivo al “enanismo” fiscal. Shome, por ejemplo, señala que: “The idea of a single tax is a poor one since it tends to increase inequity and encourage the unwillingness of small taxpayers to graduate from the single tax. A single tax does not reduce evasion except by definition since, by design, it requires small taxpayers to pay less tax than their theoretical tax potential. In combination with the existence of a threshold, it also encourages the formation and functioning of a secondary market for VAT invoices and, thus, is known to have exacerbated tax evasion. In a like manner, a single tax also leads to inefficiency by encouraging resource allocation towards the lower-taxed sector. It is no surprise that tax policy experts, as indicated above, in general prefer tax simplification rather than separation between large, medium and small taxpayers. Thus there must be a clearly defined strategy to phase out a single tax if it is already in place. (SHOME, Parthasarathi. Tax Administration and the Small Taxpayer. IMF Policy Discussion Paper. 2004. p. 28). Ver también: SOTELO, Eduardo. Determinación Objetiva de la Base Imponible en el Impuesto a la Renta Aplicable a las Pequeñas y Medianas Empresas. Ponencia Nacional. XXIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Rosario, Argentina. 2006.

⁵⁰ BOVI, M. Ob. Cit. p.17.

⁵¹ “Thus, medium-size and large firms can be considered informal even if they are appropriately registered, provided that, for instance, they underreport their sales for tax purposes; do not register all their workers with the social security administration; or do not comply with some government regulations regarding mandatory operating licenses or permits, as well as product quality and safety regulations. (...) that sales and employment underreporting (for tax purposes) is commonplace among registered medium-size and large firms in selected Latin American and Caribbean countries of different sizes and levels of income”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 158.

y de aportes a la seguridad social también generalizadas en Latinoamérica, pero en firmas de tamaño mediano y grande. Si bien, en efecto, la información recogida en este reporte de 2007⁵² arroja que la evasión tributaria y a aportes de la seguridad social es prevaleciente en empresas de tamaño pequeño en la mayor parte de los países estudiados, en Perú y el Uruguay la información no llega a mostrar un patrón claro que ligue la proporción de sub declaración de bases o tributos con un criterio de “tamaño de la empresa” —es decir, no se encuentra que la empresa chica subdeclare o evada en proporción mayor que la empresa mediana o grande—. De este modo, empresas medianas y grandes, aparecen evadiendo tributos y aportes a la seguridad social en proporciones comparables a las de aquellas empresas de pequeña envergadura —entre 10 y 15 por ciento en Perú y Uruguay, y encima de 30 por ciento en Panamá—. Los datos son importantes, pues, redirigen la atención hacia algunos elementos institucionales distintos de las propias alícuotas efectivas de tributos vigentes en un sistema, a veces soslayados, tales como el mayor y mejor acceso a fuentes de asesoría especializada, la ausencia de una efectiva responsabilidad ejecutable judicial o administrativamente contra el fraude tributario —a veces disfrazado de “planeamiento tributario” —, la mejor aptitud para calcular y minimizar el riesgo de la detección y similares, que podrían ayudar a explicar y entender la lógica de la “dimensión extralegal” presente dentro del sector “formal” de la economía.

Finalmente, en materia del cumplimiento de las obligaciones tributarias también quisiéramos referirnos sucintamente a la medición del aumento indirecto de la carga impositiva y, por lo tanto, de la carga tributaria como costo de tran-

sacción, por efecto de los esfuerzos adjetivos o procedimentales que la regulación hace recaer sobre los hombros de los contribuyentes⁵³. Nos referimos al cumplimiento de deberes administrativos —o de derecho tributario adjetivo o formal—, tales como el registro, la declaración, los procesales, los contables, como la teneduría de libros, el almacenamiento y el procesamiento de información, y todo aquello que sin estar directamente representado en la alícuota de los tributos se convierte en carga onerosa que representa cumplir con las leyes tributarias⁵⁴. Quizás estos costos se encuentran inmersos en alguno de los grupos de la categorización que referimos al inicio del presente acápite IV y, en la fase de su tratamiento y solución quizás están abordados desde la perspectiva de la “simplificación”. Estos costos, son relevantes y considerables, y no pueden ser soslayados a la hora de analizar las relaciones causales entre tributación, evasión e informalidad.

El informe del Banco Mundial⁵⁵, por ejemplo, manifiesta que las iniciativas tendientes a simplificar el sistema tributario y el registro de micro empresas ha producido incrementos significativos en el número de nuevas empresas registradas, aunque califica lo dicho refiriendo que se requiere de nuevos estudios para determinar si este efecto es temporal o permanente. Adicionalmente, algunos estimados sugerirían que esta estrategia de simplificación ha servido para que trabajadores con altas capacidades abran negocios formales, pero que ha tenido poco o nulo impacto en la formalización de empresas no registradas.

En materia de registros, el Instituto Libertad y Democracia reporta genéricamente para el Perú que los registros administrativos de carácter general

⁵² PERRY y otros. Ob. Cit. p. 159.

⁵³ “The cross-country literature also supports the view that the higher the tax burden, the larger the informality. They also show that what matters to explain informality are the administration and operation of the tax system rather than the established rates as a key correlate”. PERRY y otros. Ob. Cit. p. 226.

⁵⁴ Es ilustrativo consultar el cálculo alzado que Gary Becker realiza del costo de cumplimiento del U.S. Federal Tax Code. En el 2005, estima que usó 25 horas en preparar y rastrear sus ingresos del año 2005, los gastos deducibles y otra data relevante para efectos fiscales. El contador usaría unas 6 horas adicionales, así que el total de horas destinadas a llenar su declaración podría ser de 30 horas. Si en el 2004 el IRS procesó alrededor de 130 millones de declaraciones tributarias y el promedio de declarante con ayuda profesional incluida podría encontrarse alrededor de 20 horas para cumplir con esta obligación adjetiva, entonces 2.6 billones de horas se habrían gastado para cumplir con la ley tributaria norteamericana (dato conservador a los 6 billones que The Tax Foundation estima fueron gastados para la misma obligación). Los 2.6 billones, multiplicados por un promedio de costo horario de \$40, arroja más de \$100 billones, o sea, casi el 10 por ciento de los aproximadamente \$1.2 trillones pagados por el impuesto a la renta federal en 2005 (corto aún respecto del cálculo de The Tax Foundation, para quien el costo de cumplimiento asociado a esta misma obligación fue de \$265 billones, o sea, encima del 20 por ciento de los recaudos del impuesto a la renta federal para dicho año). Ver: <http://www.taxfoundation.org/blog/show/1442.html>.

⁵⁵ PERRY y otros. Ob. Cit. p. 157.

son de trámite sencillo, no son muy onerosos o no tienen costo como sucede en el caso del Registro Único de Contribuyentes que administra la SUNAT⁵⁶.

Con sus limitaciones metodológicas, la fuente Doing Business - Measuring Business Regulations, puede dar una visión más amplia de los costos comparados a que nos referimos en esta última parte y que tienen como efecto encarecer el cumplimiento de las regulaciones que la formalidad impone, así como ayudar a estimar el verdadero costo de transacción asociado al factor tributario.

V. COMENTARIOS FINALES

Reconocido que la cooperación para la consecución de metas y objetivos sociales no es un producto meramente espontáneo, la coerción de los sistemas legales y tributarios se hace indispensable, pero ello conlleva riesgos acerca del nivel razonable y ponderado del uso de este poder, para imponer cargas tributarias a los agentes en la economía.

Para encontrar la relación entre tributación e informalidad en la economía se deben recorrer, analizar y comprender una serie de variables adicionales a las meramente tributarias, considerar el entorno institucional y regulatorio en donde se desarrollan las actividades económicas y cuán amigable u hostil puede éste resultar⁵⁷.

Debe afrontarse el problema de la informalidad desde perspectivas integradoras, lo cual pasa, entonces, no sólo por evitar que la carga impositiva no resulte prohibitiva para las empresas –de todo tamaño–, sino también por idear alternativas para que los requisitos administrativos o formales no se sumen gravosamente a esas pesadas cargas de modo que agobien a las empresas y contribuyentes⁵⁸.

Altas tasas tributarias, analizadas como variables aisladas dentro de determinadas jurisdicciones, no tienen por sí mismas, suficiente fuerza explicativa del fenómeno de la informalidad o del grado o nivel de informalidad.

Los estudios glosados aquí y otras experiencias no analizadas precisamente en este trabajo, recomiendan que los sistemas tributarios deberían tender a reformarse reduciendo las tasas promedio de las empresas y los individuos. No obstante lo dicho, escenarios con tasas reducidas, pero con Administraciones públicas que han aprendido a ser eficaces y costo eficientes, serían menos propicios para el florecimiento de la informalidad.

Los Códigos Tributarios y otras normas tributarias deberían ser revisadas y ajustadas eliminando los procedimientos complejos y con demasiados pasos, destinados a hacer cumplir declaraciones y pago de tributos a los contribuyentes.

Se debería poder incrementar la capacidad de las administraciones tributarias para orientar, educar, fiscalizar y sancionar, acotando sus poderes discrecionales para no exponer al administrado a riesgos de abuso de poder.

La informalidad, en una de sus múltiples acepciones, no parece privativa de las pequeñas empresas o contribuyentes. Otros factores y elementos deben quizás ser involucrados en el análisis de este fenómeno multidimensional que alcanza, asimismo, una parte de la actividad de la mediana y grande empresa registrada o formalizada.

Un paquete integrador de combate contra la informalidad, en un espacio y tiempo dado, comprendería pero no estaría principal, ni menos exclusivamente, conformado por variables de cuño tributario.

Luis Hernández Berenguel versus
Eduardo Sotelo Castañeda

⁵⁶ Instituto Libertad y Democracia. Evaluación Preliminar de la Extralegalidad en Perú. 2006. Resumen Ejecutivo. p. 16.

⁵⁷ Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Escuela de Economía. Serie Informes. En <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-feconomicas/esp/docs-d-economia/investigacion/empleo/boletin-empleo-8-0707.pdf>.

⁵⁸ "Frequent changes in the tax system, combined with a prohibitive tax level, an unpredictable behaviour of state officials in applying tax regulations, and inadequate access to external capital encourage entrepreneurs to use evasion strategies in order to reduce profits and tax payments with the underlying objective to preserve the capital base of their enterprises." SMALLBONE, David y Friederike WELTER. Ob. Cit. p. 6.

Previamente a los comentarios que me suscita la lectura del trabajo de Eduardo Sotelo sobre "Informalidad y Tributación", debo incidir en el hecho que el artículo que sobre el mismo tema he escrito para "Themis" ha pretendido, en concreto, describir algunos comportamientos informales en que incurre únicamente el Estado peruano en materia tributaria, por ser éste un tema poco tratado y usualmente no reconocido por las autoridades. He obviado, ex profeso, tratar la informalidad en materia tributaria en que incurren muchos contribuyentes, a la que las autoridades aluden de manera permanente como si sólo existiera a cargo de ellos.

Hecha esta advertencia, procedo a continuación, dentro del breve espacio concedido, a formular los comentarios solicitados, incidiendo en lo que considero son algunas de las principales ideas que surgen del trabajo de Sotelo, que no solamente apuntan a describir las causas del incumplimiento imputables al Estado sino también las que deben atribuirse a los contribuyentes.

Una primera idea a destacar consiste en reconocer que la factibilidad de concretar los proyectos sociales a que debe estar abocado el Estado está necesariamente ligada a un adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias, pues ello proporcionará los recursos necesarios que para tal efecto se requieren. Pero, al mismo tiempo, como señala Sotelo, el cumplimiento de las obligaciones tributarias se vería entorpecido si los contribuyentes fuesen anónimos y los tributos no fuesen recursos compulsivos y obligatorios y, además, no existieran sanciones jurídicas en caso de incumplimiento.

Una segunda idea tiene que ver con el nivel de cumplimiento por parte del Estado de los objetivos que debe lograr a través de la aplicación de los recursos públicos que obtenga. Si este nivel es óptimo se produce un alto nivel de conexión entre los contribuyentes y el Estado, que se traduce en un mayor cumplimiento de las obligaciones tributarias. El nivel de incumplimiento de dichas obligaciones será mayor en la medida en que exista una desconexión, por el hecho de tratarse de un Estado ineficiente, o de un Estado que tiene un sistema tributario que no es equitativo, o de un Estado que no presta servicios públicos adecuados.

En tal sentido resulta interesante destacar el enfoque institucionalista al que hace referencia Sotelo, según el cual los contribuyentes toman sus decisiones con base a un análisis de costo-beneficio. Si el beneficio neto de ser informal es mayor, optarán por la informalidad, pero si dicho beneficio es menor decidirán por la formalidad. Empero, este enfoque institucionalista ciertamente no explica todos los casos de informalidad de los contribuyentes en materia tributaria y resulta difícil determinar, inclusive, si explica la mayoría de dichos casos.

Pero también es cierto, como señala Sotelo, que un grupo de contribuyentes que optan por la informalidad en materia tributaria basándose en que ello les genera un beneficio neto mayor que el que les produciría ser formales, está conformado por empresas con un nivel aceptable de ingresos y rentabilidad. En otras palabras, la informalidad en materia tributaria no puede atribuirse exclusivamente a contribuyentes de escasos recursos, siendo evidente que la excesiva onerosidad de un sistema tributario y la proliferación de obligaciones formales y trámites administrativos desalienta optar por la formalidad en materia tributaria.

Coincido plenamente con una tercera idea expuesta por Sotelo cuando afirma que la informalidad produce efectos o impactos sobre los sistemas tributarios y que, de otro lado, la tributación aporta su cuota a la causa y a la solución de la informalidad.

Sin duda, la informalidad erosiona el sistema tributario pues conducirá inexorablemente a su deformación e inequidad, pues el Estado tratará de recuperar los ingresos que los informales no cumplen con proporcionarle, recurriendo entonces al aumento de la carga tributaria que sólo incidirá finalmente en los contribuyentes formales, creándose un círculo vicioso. Además, porque el Estado tendrá que incrementar su infraestructura para detectar a los informales, con el consiguiente aumento de los costos que ello le demandará y que, necesariamente, impactarán en el sistema tributario por la vía de nuevos tributos o de aumento de los existentes para lograr esos mayores recursos que requiere debido a la informalidad.

A su vez, causa informalidad un sistema tributario inequitativo o que obliga al cumplimiento de

obligaciones formales, trámites y procedimientos excesivos, y que al mismo tiempo lleva a límites exagerados el deber de colaboración que todo contribuyente tiene para con el Estado. De otro lado, un sistema tributario equitativo, con una Administración fuerte y un Estado eficiente, satisface mejor a los contribuyentes y tiende a disminuir la informalidad en materia tributaria.

En este orden de ideas, un sistema tributario basado en alcúotas elevadas y en bases impositivas que no respetan deducciones adecuadas, genera informalidad en materia tributaria. Por otra parte, una legislación que hace tributar de manera desproporcionada al trabajador y obliga al empleador a asumir altos costos de contribuciones sociales y otros tributos, impide remunerar adecuadamente a los trabajadores y desincentiva su contratación o promueve la contratación informal de trabajadores.

La informalidad provoca un círculo vicioso al reducir la base tributaria y obligar al Estado a aumentar las tasas impositivas sobre los contribuyentes conocidos y registrados, incrementando con ello, a su vez, el incentivo para incumplir el pago de los tributos, aumentando así el número de informales.

Una cuarta idea expresada por Sotelo está relacionada con el argumento de que los países en donde existen bajas tasas impositivas, con menor cantidad de leyes y normas y menores niveles de corrupción, parecen estar en mejor capacidad de alentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes y restar así incentivos a la informalidad. A esta idea le agrega que también influye en dicha argumentación la existencia en tales países de un nivel aceptable de procedimientos y deberes administrativos o adjetivos que los contribuyentes deben ejecutar o soportar.

Sin embargo, coincido también con Sotelo en una quinta idea que expresa, según la cual no necesariamente es pernicioso ni promueve la informalidad el hecho que determinados países tengan sistemas tributarios con altas tasas impositivas. Si en estos casos el Estado es eficiente y proporciona de manera oportuna y adecuada los servicios públicos que los contribuyentes esperan recibir a cambio del cumplimiento cabal y también oportuno de sus obligaciones tributarias, tales siste-

mas tributarios no contribuirán a la informalidad en materia tributaria.

Una sexta idea expresada por Sotelo, con la cual uno tiene que estar necesariamente de acuerdo, es la que describe “dos tipos de escenarios de equilibrio, simplificadaamente enunciados”. Un buen escenario que refleja “buenas instituciones, una regulación razonable, una amplia base tributaria y una considerable recaudación tributaria, y en donde el Estado funciona y cumple con retornar bienes y servicios por los impuestos de sus contribuyentes, y la probabilidad de ser detectado en omisión tributaria sea alta”. Y un mal escenario, “caracterizado por malas instituciones, regulación de mala calidad e intrusiva, un sector informal amplio y reducidos ingresos tributarios producto de una, a su vez, reducida base tributaria”.

En síntesis, Sotelo refleja en su trabajo una búsqueda de la diversidad de factores que pueden explicar la informalidad en materia tributaria. Algunos atribuibles a los contribuyentes y otros al Estado. Pero al mismo tiempo destaca el efecto de “círculo vicioso” que la informalidad engendra, pues la informalidad impacta al Estado y erosiona para mal los sistemas tributarios, haciéndolos inequitativos o convirtiéndolos en más inequitativos, aumentando por ello la informalidad que se pretende solucionar.

Pero una buena conclusión parece estar reflejada en lo que hemos llamado, en esta pequeña reseña, la sexta idea expresada por Sotelo, en cuanto a lo que he denominado “un buen escenario”, como una posible solución al problema de la informalidad tributaria o, cuando menos, como una manera para lograr una reducción sustancial de tal informalidad.

No está demás señalar, sin embargo, que en países como el nuestro, en que es muy grande la desconexión entre el Estado y los administrados, en mi opinión la informalidad en materia tributaria tiene como gran responsable al propio Estado. Éste tiene mucho por hacer para conectarse con los administrados, más allá de todo lo anteriormente expuesto, y de esa manera reducir sustancialmente la informalidad de los contribuyentes.

Luis Hernández Berenguel versus
Eduardo Sotelo Castañeda

Se me solicita realizar comentarios al artículo presentado por mi estimado profesor Luis Hernández. Dentro de los límites otorgados cumplo con el encargo.

La informalidad tiene una serie de aspectos o facetas que deben ser convocados en conjunto al momento de abordar su problemática. Entre las teorías desarrolladas para estudiarlo, las tesis institucionalistas colocan énfasis importante en el peso relativo de los costos que el propio Estado puede imponer o representar en la decisión de los sujetos para evaluar su ingreso a o salida de la formalidad.

De una apreciación inicial, muchas de las conductas mencionadas por el profesor Hernández podrían tener algún impacto en los costos trasladados por el Estado a sus ciudadanos. En este sentido general, el trabajo comentado es complementario al presentado por el suscrito. A continuación, realizaré algunos comentarios que resaltan esta complementariedad, así como algunos otros que enfatizan nuestras diferencias o divergencias que, más que cualitativas, diría, se tratan de diferencias de grado, intensidad o, a lo sumo, perspectiva.

Si guiados por una corriente institucionalista, quizás un explícito balance de costo y beneficio resulta un test que explicaría mejor el planteamiento que trae consigo el artículo que comento, antes que en un pretendido “efecto réplica” –que, tácitamente, pareciera declarar el trabajo en sus líneas iniciales-: cuando las autoridades con su actuación u omisión informal “provocan” o “inducen” a los administrados a comportarse “también” de manera informal.

Un uso extendido en el ejercicio profesional de los abogados es presentar temas iniciando con definiciones tomadas de diccionarios lexicográficos. Sin embargo, a veces, la función que intentan cumplir estas fuentes dentro del idioma hace que los términos en él definidos o las acepciones tomadas, no resulten las más pertinentes, idóneas u operativas a los efectos de llevar a cabo una investigación o trabajo académico. Considero que sucede algo de esto con el uso de la fuente tomada para definir “informalidad”, en la parte inicial del artículo comentado, cuando de lo que se trata es de abordar técnicamente la informalidad y la tributación. Muchas definiciones

existen disponibles en la literatura que investiga precedentemente, de modo técnico y científico, la relación entre estos dos temas, por su generalidad y uso corriente consideramos que poco aporta la definición lexicográfica del término presentada.

En lo que se refiere a los comentarios del autor dentro del acápite referido a la prepublicación de normas, sin dejar de coincidir con la idea de aquél sobre la necesidad de un cierto grado de apertura y discusión democrática de las propuestas normativas, considero que ello debería hacerse de modo selectivo pues, por un lado, no es posible ni eficiente abrir un proceso deliberatorio por cada norma tributaria que tendrá impacto sobre los ciudadanos y porque, en un cierto tipo limitado de casos, un anuncio muy anticipado puede atentar contra la eficacia de las medidas tributarias –cosa que no es la regla general, de las que trata el trabajo bajo comentario en su acápite IV. El grado de afectación sobre la formalidad que este tema evoca, se refiere –sin que ello sea expresado en el artículo- al nivel de mayor o menor “conexión” o “desconexión” que puede ocasionar para los ciudadanos saber que se trata de normas en cuyo proceso de gestación han colaborado. En otros términos, la buena idea es que mientras más suya sientan sus destinatarios la normativa tributaria, más se facilita su cumplimiento espontáneo y más se reduce el incentivo a defraudarla. Con esto no se puede estar en desacuerdo.

De otro lado, convengo con la idea implícita del autor de que la sumatoria de reglamentaciones tardías, los vacíos y la obscuridad de las normas tributarias atentan contra la certeza y seguridad y, ligando esta afirmación con el tema que nos convoca, que ello es un factor que pone en riesgo el cumplimiento voluntario de las normas y promueve el aumento de litigio, todo lo cual puede incrementar la informalidad o crear un ambiente propicio para ella. La mayor capacitación de los funcionarios públicos y la convocatoria a centros o instituciones de probada capacidad académica para formarlos resulta imperiosa, así como la mayor apertura del Estado para recibir los aportes de institutos de investigación que distingan la opinión técnica y académica, de los intereses gremiales, cuando son convocados a contribuir en la mejora de la normativa y la administración tributarias, son todos mecanismos que pueden

ayudar a afrontar los problemas anotados. Quizás se requiera seguir llamando la atención sobre esto, debido a la probada relación de este tema con la propensión a cumplir la normativa tributaria y la rebaja en los costos de actuar en la formalidad.

De entre los muchos problemas que menciona el trabajo, quizás uno de los más comúnmente abordados por la literatura sobre informalidad es el relacionado con los costos de obligaciones formales asociadas al pago de tributos, lamentablemente, el artículo no tiene el objetivo de detenerse a desarrollarlos y ello nos priva de leer la opinión de este respetadísimo autor sobre la materia. Sí se hace, sin embargo, una mención sobre la prescripción que, a nuestro juicio, se encuentra asistemáticamente colocada bajo el título relacionado con las obligaciones formales.

Algunos puntos del interesante trabajo presentado se encuentran –por atendibles razones que también ha experimentado el suscrito– muy escuetamente abordados, y no permiten desarrollar la línea de razonamiento que conduce a explicar o entender cómo los problemas aludidos pueden producir o inducir a informalidad.

Considerando lo dicho, conceptualmente hablando, y desde nuestro modesto punto de vista, nos resulta dudoso, puede que por su generalidad, que se coloque en este recuento el tema del condicionamiento de derechos sustanciales tributarios al cumplimiento de requisitos formales.

Primero, porque nos parece precipitado atribuir ello a una mera “comodidad” para el órgano administrador, cuando la razón teórica proviene de decisiones que combinan y tratan de balancear, elementos de administración, control, costos públicos y costos privados, quién es el sujeto en mejor aptitud para asumir los costos, restricciones presupuestales del lado público y, por supuesto, los derechos –de propiedad, libre empresa, etcétera– de todos los involucrados, entre otros. Quizás lo que intenta poner en el tapete el autor es, en los hechos, cuán exitoso ha sido el Estado en realizar tal balance y eso, por supuesto, resulta plausible de debatirse caso por caso. A priori, qué duda cabe, el fracaso en lograr tal balance –su desequilibrio en perjuicio del ciudadano– puede conllevar a un aumento de la carga fiscal y

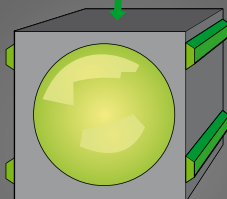
ello presionar fuertemente hacia la informalidad.

Segundo, leída como viene, la presentación del caso sugerido en el artículo comentado suena descontextuada. Los sistemas legales, no sólo los tributarios, están plagados de situaciones en que el ejercicio o reconocimiento de derechos sustanciales se encuentra supeditado al cumplimiento de formas –los tickets de acceso a espectáculos, los documentos de identidad (DNI, pasaporte), los diplomas y certificados, son algunos ejemplos–; pues, la forma equivale al mecanismo que mejor logra el ahorro de costos de transacción, cuando de probar y demostrar un derecho se trata, y permite dar fluidez al tráfico. Si esa pérdida de eficacia del derecho, por la oportunidad en que tendría que haber operado, por el altísimo costo que representa el análisis y evaluación públicas en cada caso concreto, puede terminar siendo equiparable, en práctica, a una pérdida del derecho en sí mismo, es algo que ocurre en una serie de campos legales y cotidianos –no acceso al espectáculo, al medio de transporte, no reconocimiento de calidades personales o profesionales, etcétera–. Mientras el costo de cumplir con la forma se mantenga bajo en manos privadas, en términos absolutos y también relativos en comparación con el derecho que se intenta probar o ejercer, y haya la posibilidad excepcional de recuperar el derecho sustantivo –por ejemplo, en una instancia, corte o tribunal–, el concepto –derechos sustantivos supeditados al cumplimiento de requisitos formales– no es errado, sin con ello convalidar que pueden existir casos de abuso o balance indebido o incorrecto. En todo caso, el supuesto que presenta el artículo a modo de ejemplo para probar la informalidad de parte del Estado, resulta harto cuestionable, y no es analizado de manera contextualizada. Para no perder la perspectiva, sin embargo, para nosotros, finalmente, lo importante sería teorizar y probar el grado de impacto que esta actitud habría tenido en la formalización de los administrados.

En suma, encontramos que el trabajo que se nos pide comentar aporta a enriquecer las perspectivas de las posibles causas de informalidad en el campo tributario. Nos encantará en un futuro encontrar desarrolladas, en mayor espacio y con mayor tiempo, cada una de estas tentadoras ideas con las que nos suele provocar reflexión mi brillante profesor Luis Hernández.

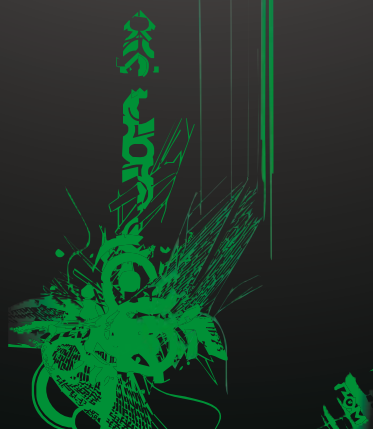
Luis Hernández Berenguel versus
Eduardo Sotelo Castañeda

3M



LUZ VERDE PUBLICIDAD

www.luzverdepublicidad.com



¿CÓMO SE DEBE ENFOCAR LA EDUCACION LEGAL?

**Shoschana Zusman Tinman^{*} versus
Mario Castillo Freyre^{**} y Ricardo Vásquez Kunze^{***}**

En el presente artículo el lector se verá sumergido en un interesante debate acerca de los distintos métodos de educación legal utilizados en nuestro país. Por un lado, tenemos la postura de la Dra. Zusman quien en su ensayo nos señala la necesidad de que los estudiantes de Derecho, más que acumular conocimientos, deben “aprender a aprender”, habilidad que no se logra en clases magistrales sino en talleres donde se desarrollan el razonamiento y la investigación.

Por otro lado, el Dr. Castillo Freyre y el Dr. Vásquez Kunze hacen una crítica frontal de dicha metodología de enseñanza “aprender a aprender” pues consideran que dicha propuesta metodológica comete el error de dar por sentada la hipótesis de que el sistema de enseñanza que impera en la actualidad es el escolástico, es decir, aquella metodología tradicional fundada en el magister dixit y apuntalada por argumentos de tipo ad verecundiam. Asimismo, plantean que este método de “aprender a aprender” es, en realidad, aplicable sólo para la enseñanza de la tradición jurídica del Common Law.

^{*} Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Estudio de Abogados Shoschana Zusman.

^{**} Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y de la Universidad de Lima.

^{***} Abogado.

“...que el pensar debe ser aprendido, como una especie de baile...”

Friedrich Nietzsche, Crepúsculo de los ídolos

Los miembros de THEMIS, legítimamente preocupados por la calidad de la enseñanza del Derecho en el país, me han pedido unas líneas que sustenten lo que vengo proponiendo hace algunos años: que nuestras Facultades de Derecho asuman la formación vocacional de sus estudiantes a través de talleres para el desarrollo de habilidades profesionales e implanten, tanto para la enseñanza de esas habilidades, como para la de materias “clásicas” (Contratos, Derecho Procesal), métodos de enseñanza con base empírica (métodos activos), cuya ventaja es, como intentaré demostrar, notoria sobre los demás métodos de enseñanza.

Para ello, me preguntaré, en primer lugar, qué debe enseñarse en nuestras Facultades de Derecho, cosa que pasa por definir cuál es la misión de una Facultad de Derecho; qué abogados requiere el país; qué abogados reclama el mercado; qué es lo que, concretamente, debe enseñarse y a quién corresponde impartir dicha formación, es decir, si a los centros de práctica pre-profesional o a las universidades. Luego haré un diagnóstico de alumnos y profesores de cara a lo que debe enseñarse; y, finalmente, abordaré el “cómo” debe enseñarse y me referiré a la metodología empírica o activa de enseñanza del Derecho (con énfasis en el holismo) y a su enorme valor para un verdadero aprendizaje, tanto para los talleres de habilidades (que son parte de la propuesta) como para los cursos teóricos “clásicos”.

I. ¿QUÉ DEBE ENSEÑARSE EN UNA FACULTAD DE DERECHO?

A. Misión de una Facultad de Derecho

Una Facultad de Derecho forma abogados. Así es en todas partes del mundo y así debe ser en el Perú. La gran mayoría de los actuales y futuros estudiantes de Derecho pretende, sencillamente, ser abogado y no pensador, teórico o investigador puro. Quiere, pues, ejercer la profesión. Y hacerlo supone, no especular, sino resolver problemas reales relacionados con la convivencia humana (incumplimiento de un contrato, comisión de un delito, etcétera). Viendo las cosas desde esa perspectiva, el Derecho tiene más que ver con la Ingeniería y con la Medicina –que apuntan a resolver

problemas concretos de, por ejemplo, vivienda o vacunación– que con la Historia o la Filosofía, disciplinas básicamente especulativas que aspiran, fundamentalmente, a entender el mundo.

Eso no significa, ciertamente, que quienes aspiran a dedicarse a la investigación pura no puedan hacerlo. Por el contrario, se trata, no sólo de una elección legítima, sino de una actividad necesaria para la comprensión del Derecho y para su desarrollo conceptual. Pero –reitero– el grueso de estudiantes quiere ejercer la abogacía, que es algo muy distinto a la investigación pura.

La pregunta es, entonces, ¿qué debemos enseñar a quienes quieren ser abogados?

B. Lo que deben aprender los futuros abogados

Al igual que en la Ingeniería y la Medicina, el ejercicio del Derecho requiere, no sólo conocer la teoría (¿qué es un contrato? ¿cuáles son sus elementos? ¿qué es un delito?) sino también poder desempeñarse en la práctica, lo cual implica resolver problemas que tienen que ver con la vida real, que generalmente son interdisciplinarios y que nunca son iguales. Normalmente esos problemas no se encuentran en los libros, porque son muchos y muy variados y en ocasiones exigen “pensar en un pie”, es decir, encontrar una respuesta inmediata, sensata y coherente, sin necesidad de mucho esfuerzo de reflexión.

Eso significa que los abogados deben saber, en abstracto, que la propiedad inmueble se transfiere con el consentimiento y que el Registro es el elemento que otorga seguridad jurídica, pero requieren también saber cómo se hace para que el cliente quede protegido de la mejor manera, lo cual implica estudiar títulos, redactar un buen contrato, conocer cómo funciona el Registro, tener claro cuál será el costo para el cliente (incluyendo honorarios), asegurarse que no se cometan vicios en el proceso, estar atento a las contingencias, trabajar rápido, entablar una relación cordial con el cliente, actuar éticamente, etcétera. Es decir, dar servicio profesional.

El servicio profesional, entonces, va mucho más allá que la especulación pura, porque supone saber “hacer” ciertas cosas que no son necesarias en el escenario de la especulación y para poder ejercer la profesión de abogado, los estudiantes,

además de adquirir conocimientos, deben desarrollar una serie de habilidades intelectuales, propias del ejercicio de la abogacía, como son la capacidad de analizar un problema y de hacerlo en todas sus dimensiones (jurídica y extra jurídica); la habilidad en el manejo y aplicación de los métodos de interpretación; el razonamiento jurídico (lógico e imaginativo); el correcto manejo de los hechos; la construcción de buenos argumentos; la correcta expresión verbal y escrita, la capacidad de entrevistar, persuadir, investigar, negociar, etcétera. El abogado debe también desarrollar habilidades interpersonales, como son la capacidad de trabajo en equipo, las buenas relaciones con las personas del entorno y el buen trato al cliente. Debe, asimismo, conocer sus propias fortalezas y debilidades y actuar conforme a ellas (i.e poder rechazar un caso si se sabe que no se tiene la experiencia o si se requiere tener los “nervios templados” que momentáneamente no se tienen) y debe, finalmente, ser capaz de incorporar la dimensión ética en el análisis del caso.

Y todo ello, es decir, el conocimiento del Derecho y las habilidades prácticas, interpersonales e intrapersonales requeridas para el ejercicio profesional, debe ser enseñado porque, como comentaré más adelante, los alumnos no llegan a la Facultad con el mismo grado de desarrollo. Algunos no saben plantear un problema ni, por cierto, resolverlo. Otros no se expresan bien oralmente y por escrito. Otros carecen de capacidad de trabajar en equipo o son descorteses, temperamentales, impacientes, etc. Y así es posible enumerar una serie de carencias que, lamentablemente, afectan a muchos alumnos de las Facultades de Derecho, en un sentido o en otro. Pero, a diferencia de como antes se entendían las cosas –donde se consideraba que “lo que Natura no da, Salamanca no presta”, hoy se considera que se trata de habilidades que pueden –y deben– ser aprendidas y desarrolladas y que, por tanto, “Salamanca puede y debe prestar”.

C. Los abogados que necesita el país

Esta es otra cuestión relevante, sobre todo para Universidades que, como la Católica, no tienen finalidad de lucro. Asumiendo que se necesiten más abogados, creo que lo que requiere un país que pretende alcanzar un mayor nivel de desarrollo es formar profesionales eficientes, es decir, capaces de resolver problemas reales con solvencia; y éticos, es decir, capaces de auto-sujetarse a pautas éticas, sobre todo en lo referido a la corrupción, que aqueja al país desde siempre y donde los abogados han tenido (y tienen) mucho que ver. Y para lograr ambas metas, es necesario

formar abogados, no sólo en el conocimiento del Derecho sino en habilidades y en valores.

No tengo duda, por ejemplo, que la administración de justicia mejoraría notablemente si nuestros jueces (me refiero al promedio, por cierto) supieran analizar un problema jurídico de cualquier rama del Derecho, interpretar correctamente la norma, utilizar principios, comprender la dinámica de los principios y su relación con el mundo real; apreciar las consecuencias de sus sentencias y resolver conforme a dicha apreciación; valorar los hechos; cultivar el “sentido de justicia”; redactar sentencias lógicas, ordenadas y legibles y, finalmente, comprometerse con la administración de justicia, lo cual involucra rapidez, ética, sentido de responsabilidad y corrección frente a las partes. Ese “nuevo perfil de juez” evitaría la proliferación de nulidades, de impugnaciones y de artificios procesales dilatorios, con lo cual la carga procesal disminuiría y podría resolverse más rápido y mejor.

Si el asunto se mira de cara al abogado en ejercicio, se llega a la misma conclusión. Si el abogado promedio tuviera la habilidad de redactar a partir de una estructura lógica, con claridad, sencillez y concreción y sin valerse de jerga jurídica y de latinazgos, contribuirá a la eficiencia de la administración de justicia, porque sus operadores entenderán lo que se les pide y, con ello, resolverán más rápido y mejor. El tema de redacción legal es, dicho sea de paso, de enorme importancia para el desarrollo del país, sencillamente porque permite a las personas entenderse mejor, evitando así los conflictos judiciales. Tal es la importancia que se concede a la redacción en el mundo desarrollado, que, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido existen movimientos en pro de la claridad del lenguaje legal, que han contribuido mucho a simplificar y modernizar la jerga legal, con enormes beneficios para, entre otros, la administración de justicia. Algo de eso ha comenzado a hacerse en el Perú, con la publicación de un manual de redacción para jueces, recientemente producido por la Academia de la Magistratura.

Puedo seguir enumerando el valor que, para la sociedad, tiene la enseñanza de habilidades. No es, sin embargo, necesario hacerlo. El lector puede sacar ya sus propias conclusiones.

D. Las exigencias del mercado laboral

El ejercicio profesional ha cambiado mucho a partir de la década de los 90. El gran cambio ha sido, en mi opinión, la especialización. Hoy existen nuevas áreas del Derecho (i.e Regulación, Competen-

cia, Medioambiente); nuevas modalidades de contratación (i.e. reporte, factoraje, *project finance*); nuevos instrumentos financieros (i.e. derivados); nuevos y complejos instrumentos regulatorios (i.e. fijación de tarifas máximas) y, ciertamente, nuevos y sofisticados delitos. Hoy también, el Derecho Administrativo ha tomado un gran impulso y ha desplazado en importancia al Derecho Civil debido a nuevas modalidades de intervención del Estado en la economía y a la expedición de abundante y muy compleja normativa administrativa que exige, mucho más que en décadas pasadas, asesoría legal especializada. Las cosas, pues, han cambiado y, ciertamente, seguirán cambiando con el transcurso del tiempo, seguramente de manera exponencialmente más rápida, gracias a la tecnología. Y es, precisamente, por la (hoy indispensable) especialización, que ningún alumno aspira en estos tiempos ser abogado “de cabecera”, sino tributarista, administrativista, laboralista, procesalista o especialista en mercado de valores.

Por otro lado, la rapidez de los cambios y la juventud de sus impulsores (piénsese nada más en los creadores de *Google*), hace que hoy, los abogados jóvenes deban asumir tareas que antes eran asumidas por abogados experimentados. Por eso, el profesional no requiere tener conocimiento exhaustivo de todas las materias legales –puesto que eso es imposible– sino capacidad de análisis desde diversas perspectivas; saber aprender de la experiencia y poder asimilar gran cantidad de información; capacidad de aprender a lo largo de la vida (“aprender a aprender”); habilidad comunicativa (presentaciones orales, reportes escritos, entrevistas, un idioma extranjero) y cualidades personales (“*drive*”, auto-administración, manejo del tiempo, habilidad para trabajar sin necesidad de supervisión, iniciativa, trabajo en equipo, solución de problemas, análisis de riesgo/costo/beneficio, entre otras).

Asimismo, en diversas conversaciones con abogados en ejercicio sobre los problemas y limitaciones de los abogados principiantes, se suele señalar, entre otros aspectos, que son “teóricos” y no “prácticos”; que no están preparados para enfrentar “el mundo real”; que no tienen noción del significado de “empresa”; que redactan mal; que su vocabulario es limitado; que carecen de independencia y prefieren que “el jefe lo haga todo”;

que evaden la asunción de responsabilidades; que son superficiales y que no revisan documentos con suficiente atención. Se señala, además, que los jóvenes abogados son demasiado dubitativos y tímidos, aunque se señala también que, en el otro extremo, actúan con audacia e, incluso, con temeridad y que muchos de ellos son soberbios por tener una maestría o por provenir de tal o cual universidad.

Puede verse, pues, que el mercado reclama, no sólo conocimientos, sino otro tipo de habilidades que ni se llegan a adquirir en (todos) los centros de práctica pre-profesional ni están incluidas en la currícula de nuestras Facultades.

Parece existir, entonces, una “tierra de nadie” –la de los abogados principiantes– cuya formación, a falta de una mejor solución, debe ser cubierta por los centros de trabajo. Eso los obliga a dedicar tiempo y esfuerzo (que se traduce en dinero) en capacitar a sus abogados, cuando –en su opinión– éstos deberían ya saber algunas cosas elementales, como las que reclaman en las conversaciones sostenidas. Ciertamente, todo puede adquirirse con la experiencia, pero para eso se necesitan, por lo menos, cinco años (según Jorge Avendaño, diez) que hoy resulta ser un período demasiado largo y costoso.

La pregunta es, entonces, a quién corresponde impartir la formación vocacional, ¿a las Facultades de Derecho, como ocurre hoy, especialmente en Estados Unidos y el Reino Unido? ¿o a los centros de trabajo, como (todavía) ocurre en el Perú?

E. ¿A quién corresponde impartir la formación vocacional?

En mi opinión, esa tarea corresponde a las Facultades de Derecho, no sólo porque eso es lo que reclama el mercado laboral, sino por otras razones de fondo, que paso a exponer.

- a) Hoy, las Facultades de Derecho se han masificado. Existen 54 Facultades de Derecho en el país y más de 200 filiales y, de los 600,000 estudiantes universitarios en total, 59,400 estudian Derecho¹. Y, como, en general, los centros de trabajo no han crecido a ese impresionante ritmo, cada vez menos

¹ Datos tomados de UGARTE VEGA CENTENO, Máximo. “Facultades de Derecho: Precisiones para una debida acreditación universitaria”. En: http://www.elregionalpiura.com.pe/archivonoticias_2008/junio_2008/junio_11/opinion_vegas_centeno11062008.htm. y de Dirección de Estadística de la Asamblea Nacional de Rectores, página web (www.anr.edu.pe) (información hasta el año 2006).

alumnos pueden acceder a buenos centros de práctica pre-profesional, con lo cual no llegan a capacitarse en ciertas habilidades consideradas indispensables para su desempeño profesional.

Es interesante mencionar que en el Reino Unido, hace unos 50 o 60 años, se comenzó a observar que las Facultades de Derecho se estaban masificando y que las buenas oficinas de *solicitors* o de *barristers* en las cuales los estudiantes realizaban sus prácticas pre profesionales comenzaban a resultar insuficientes para absorber esa cantidad de alumnos. Eso creaba una brecha entre lo que aprendían unos y otros, lo cual iba en detrimento de la calidad de la profesión. Fue así como decidieron “traer” a las Facultades de Derecho la enseñanza de la dimensión práctica de la profesión, que antes había estado reservada a los centros de práctica pre-profesional y comenzaron a diseñar talleres para la formación vocacional en razonamiento, interpretación, redacción, exposición oral, investigación, argumentación, entrevistas, negociación, ética, habilidades interpersonales, etcétera.

- b) Como señala Sherr en su excelente libro *Client Care form lawyers*,² el aprendizaje de boca en boca y de generación en generación no es la mejor manera de aprender Derecho. Eso porque –continúa Sherr– los mensajes transmitidos son siempre difusos, individuales, intensos (no siempre serenos), personales y variables. Puede decirse, entonces, que el mecanismo de transmisión oral y generacional de habilidades profesionales está colapsando, si no es que ha colapsado ya. Eso, sobre todo, porque hoy el estudio de habilidades se ha estandarizado (hay muchísimo escrito sobre el tema) y se han diseñado ciertos pasos lógicos para hacer las cosas, que pretenden ser una buena base de trabajo y que están más allá de credos y culturas. Es lógico, entonces, que, tratándose de temas ya organizados y sistematizados, que cuentan, además, con métodos de enseñanza probados en otros países, se impartan en la carrera misma y no en los centros de práctica pre-profesional, que ni cuentan con el *expertise* ni tienen tiempo para hacerlo.
- c) La complejidad de la práctica profesional de hoy en día exige abogados que, más que te-

ner muchos conocimientos acumulados, sepan “aprender a aprender”. Y esa habilidad no se logra en clases magistrales de cursos meramente teóricos, sino en talleres, donde se trabaja en el desarrollo de, entre otros, razonamiento e investigación, que son habilidades básicas para que los estudiantes estén preparados para entender cualquier problema en cualquier área del Derecho.

- d) Los centros de práctica pre-profesional, entendiéndose por tales, los estudios de abogados, las oficinas legales, tanto públicas como privadas (incluyendo las ONG) y el Poder Judicial, ofrecen una capacitación dispar. Algunos –los menos– se preocupan por formar integralmente a los practicantes. Otros, en cambio, se valen de éstos para tareas menores y generalmente rutinarias y mecánicas, como sacar fotocopias y llevar papeles de una oficina a otra. Todo queda, entonces, librado a la buena o mala suerte del alumno, de acceder a un buen centro de práctica pre-profesional. Y –no hay necesidad de decirlo– lo normal es que los alumnos con mejor preparación escolar, acceden a los mejores centros de práctica, perpetuando la estratificación y retardando, con ello, el desarrollo.
- e) El entrenamiento en habilidades permite “adelantar la experiencia”. De esta manera, si las Facultades de Derecho abordaran esa tarea, dicho entrenamiento formaría parte del currículum y tomaría, únicamente 3 o 4 semestres, dado que existe una metodología que ha sistematizado los pasos lógicos para resolver problemas, así como los *tips*, consejos y ejercicios requeridos para el desarrollo de las mismas. Esa es, finalmente, su gran virtud: la sistematización del sentido común y de la experiencia. Es, entonces, mucho más lógico diseñar cursos de formación en habilidades que se dicten en las Facultades, con programas y técnicas ya comprobadas exitosamente en otros países, que esperar que la “experiencia” lo enseñe todo; y
- f) Los propios estudiantes de Derecho atribuyen enorme importancia a la formación práctica. Eso y también las exigencias laborales de los centros de trabajo, hace que los alumnos privilegien sus prácticas profesionales sobre la formación académica y dejen de asistir a clase. Ello es, sin embargo, inconve-

² SHERR, Avrom. “Legal care for lawyers; Sweet & Maxwell”l. 1999. Prefacio.

niente a largo plazo y va en detrimento de la profesión, porque, si bien los practicantes pueden llegar a aprender ciertas cosas, aunque desordenada y asistemáticamente, dejan de aprender otras (por ejemplo, conocer doctrina), que son importantísimas para su formación profesional. Es por eso recomendable, que, antes que prohibir las prácticas pre-profesionales –lo que sería imposible fáctica y jurídicamente– las Facultades de Derecho “compitan” con los centros laborales y ofrezcan talleres, donde los alumnos tengan oportunidad de ejercitarse en las habilidades que necesitarán en el futuro: analizar normas y contratos, redactar, sustentar oralmente, argumentar, debatir, negociar, entrevistar y, en general, aprender a conducirse con profesionalismo³.

Pero, ¿está demostrado que nuestros alumnos requieren ser formados en habilidades? La respuesta es, definitivamente, afirmativa porque, como veremos seguidamente, el diagnóstico (si cabe el término) no es demasiado alentador.

II. DIAGNÓSTICO

A. Los alumnos

Me referiré, en primer lugar, a los estudiantes de Derecho. Mi base fáctica es incompleta estadísticamente hablando, pues proviene únicamente de mi experiencia en la enseñanza, primero en el curso de Acto Jurídico que dicté por 15 años (o más) y luego en el curso de Destreza Legal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, que llevo dictando unos 5 años. Lo que puedo, sin embargo señalar “en mi defensa” es que, por reducida que sea la muestra, es un diagnóstico que comparto con mis colegas del curso –Huáscar Ezcurra y Roberto Angeles⁴– con quienes, en simpáticos almuerzos, suelo intercambiar ideas sobre el desarrollo del curso; la *performance* de los alumnos; cómo mejorar las técnicas de enseñanza (especialmente Redacción, que es “endemoniada”), como captar la atención, cómo generar entusiasmo, qué ejercicios plantear, cómo incentivar a los alumnos a asistir, cómo evaluarlos, etc. Pierina Polarollo es otra persona valiosísima que ha enseñado algunos semestres y que comparte nuestro diagnóstico. Con ella he estructu-

rado la enseñanza de Redacción, que, siendo uno de los aspectos más importantes en la formación legal es, paradójicamente el gran “olvidado” por nuestras Facultades. Y, lo más grave es que es un área donde la *performance* es muy débil, debido, principalmente, a la insuficiente atención que las escuelas prestan al tema. Igualmente valioso es Domingo Rivarola, quien comparte nuestro entusiasmo (y preocupación) por el desarrollo de habilidades y suele apoyarnos en el curso, no sólo dictando, sino evaluando ejercicios en las presentaciones orales de fin de curso. Para no mencionar a muchos otros profesores y autoridades universitarias (Baldo Kresalja, Jorge Avendaño, Juan Luis Avendaño, Felipe Osterling, Alfredo Bullard, Elvira Méndez, José Antonio Payet, Antonio Egüez, Verónica Ferrero y otros colegas más) quienes ven el proyecto con simpatía y nos han concedido parte de su valioso tiempo, asistiendo a las presentaciones orales finales y participando en las simulaciones, a manera de verdaderos “tribunos”.

Pues bien; entrando al tema y previa advertencia que hemos tenido (y seguimos teniendo) un puñado de magníficos alumnos, el grueso de ellos exhibe un nivel bastante pobre en lo que a habilidades se refiere. Un alumno promedio, por ejemplo, no sabe cómo plantear un problema, es decir, qué preguntas hacerse, qué investigar, cómo discriminar entre lo principal y lo accesorio, cómo llegar a la “yugular” del caso, cómo desentrañar un problema descomponiéndolo y luego reuniéndolo, cómo desarrollar un razonamiento coherente, cómo entender las normas, cómo aplicar principios para resolver problemas, etcétera. Tampoco puede diseñar y concatenar argumentos sólidos, por simple que sea el caso. No redacta bien (en términos de estructura, coherencia, claridad y precisión) y tiene mala ortografía (a pesar de la ayuda de la computadora). Es, asimismo, un mal orador, su discurso oral, igual que el escrito, carece de estructura, coherencia e hilo conductor. No es tampoco capaz de conectar lo aprendido en la Facultad con lo que ocurre en el mundo real y se pierde en discusiones que carecen de significación o importancia desde el punto de vista práctico. En lo personal, denota poca paciencia y escaso interés; trata de resolver los problemas de manera superficial o comenzando por el final (i.e en las simulaciones, los alumnos suelen “recomendar” el arbitraje antes de saber cuál es el problema); se

³ Este es un tema delicado, pero creo que los centros laborales deben también asumir una parte de la responsabilidad social de formar buenos abogados, enseñando a sus practicantes (y no utilizándolos como fuerza laboral barata); absteniéndose a interferir en sus horarios de clase y estimulándolos a aprender aquello que las Facultades ofrecen.

⁴ Roberto Ángeles es director teatral y comparte con nosotros la enseñanza de comunicación oral.

preocupa excesivamente por la nota; es muy dependiente de lo que “quiere” el profesor, no sabe trabajar en equipo (generalmente unos trabajan y otros no) e, incluso, no practica las reglas más elementales de cortesía como, por ejemplo, saludar a sus profesores cuando ingresa al aula.

Pero, no es que nuestros alumnos carezcan de talento o de capacidad ni, mucho menos, que sean unos “irreformables” porque, cuando comenzamos a trabajar en aspectos tan sencillos como la vinculación entre el orden y el buen razonamiento, la necesidad de estar concentrado cuando se trabaja, o la conveniencia de leer todo el texto de la ley (y no sólo la norma concreta), comienzan a plantear correctamente los problemas y a encontrar soluciones. A tal punto, que no una, sino muchas veces, me han sorprendido con argumentos y elaboraciones jurídicas que no se me habían ocurrido, pese a que normalmente trabajo con casos prácticos que conozco bien.

Eso significa, entonces, que si los alumnos no saben plantear un problema, es porque nadie se lo ha enseñado ya que -la experiencia lo demuestra- apenas reciben las pautas de cómo hacerlo, lo hacen y, generalmente, muy bien. Eso se pone de manifiesto, particularmente en Comunicación Oral, donde el cambio se percibe de manera casi inmediata, ya que luego de una deficiente primera *performance* en un ejercicio de 4 minutos de duración (que casi nunca completan), los alumnos absorben rápidamente los comentarios y *tips* que reciben de sus profesores y compañeros (i.e. mejora de pronunciación, claridad, postura, tono, volumen, capacidad de persuasión) y, para nuestra satisfacción, los ponen en práctica en el segundo ejercicio de 8 minutos, con notable mejoría.

Creo, por lo demás, que poco a poco, los estudiantes de Derecho han ido tomando conciencia de la importancia de la formación vocacional como parte esencial de la carrera de abogado. Tanto así, que THEMIS ha abierto una sección dedicada a la reflexión sobre la capacitación en habilidades, en la que he tenido el gusto de contribuir con el artículo “El arte de entrevistar y aconsejar” y espero seguir haciéndolo.

B. Los profesores

En un video que preparé hace un par de años con Eduardo Bryce sobre la Facultad de Derecho y sus profesores, se hizo a los alumnos entrevistados dos preguntas concretas: ¿qué es lo que más ha contribuido a tu formación? y ¿qué es lo que más ha mermado tu formación? Dicha encuesta fue la réplica de una que se realizó en Estados Unidos,

liderada, si no me equivoco, por el profesor Gerardo Hess.

Si bien los alumnos entrevistados no se ciñeron a las preguntas formuladas (cosa que me llevó a constatar que no habían leído correctamente las preguntas y que, nuevamente, eso se debía a que no han aprendido a leer con atención), hicieron comentarios interesantes. Dijeron, por ejemplo, que los mejores profesores son aquellos que, además de tener conocimientos académicos o experiencia profesional, tienen cualidades personales. Cuestionaron la poca motivación a hacer análisis y crítica y escasa disposición a acercar el conocimiento a la experiencia práctica. Señalaron que los mejores profesores son los “modelos a seguir”, dando a entender, con ello, la importancia que conceden a la figura del profesor y no únicamente a lo que éste transmite. Mencionaron que algunos profesores (felizmente, unos pocos) no son respetuosos con los alumnos y que hacen comentarios burlones o sarcásticos, que revelan intolerancia y discriminación. Aludieron, entre los supuestos de discriminación, a la pertenencia a una cierta clase social o a un cierto nivel económico, a la condición de provincianos y ¡cómo no! al género (i.e. oye “mamita”). Cuestionaron la actitud de los profesores de enfocarse en un grupo minoritario, olvidándose del resto de la clase. Algunos profesores fueron calificados como despectivos con otras universidades o con abogados de un perfil distinto al de abogado de estudio. Cuestionaron también la “dictadura intelectual” en el aula, donde los profesores sienten que no tienen nada que aprender de los alumnos y excluyen toda posibilidad de crítica, considerando que sus conocimientos son verdades incuestionables. Pero también cuestionaron el otro extremo consistente en dejar hablar a todos y no poder llegar a una conclusión. Finalmente objetaron, entre otros, la impuntualidad, la no preparación de clases, el uso incorrecto del *power point* (que se limitan a leer) y la inclusión de lecturas que no tiene relación con el tema de la clase.

No pretendo con eso cuestionar a los profesores de Derecho, pues, además de yo también serlo, se trata de personas que entregan generosa y afectuosamente su tiempo a la Facultad. Sólo pretendo dar una muestra -el video-, cuyo valor estadístico es, si no nulo, casi nulo, pero que ayuda a entender que, así como los alumnos no han “aprendido a aprender”, a los profesores no se les ha “enseñado a enseñar”. Y ese no es un pecado mortal, porque somos abogados y no pedagogos y, entonces “tocamos de oído” (o simplemente no tocamos) -como muestra el video- conceptos pedagógicos que son elementales para un buen

aprendizaje. Por eso cometemos los errores que los alumnos sienten y denuncian con razón y que, como veremos a continuación, pueden ser remediados de manera sencilla, aunque con cierto esfuerzo.

III. ¿CÓMO SE DEBE ENSEÑAR DERECHO?

Una vez visto qué es lo que falta enseñar –habilidades– me referiré a cómo se debe enseñar y lo haré, tanto en relación a la enseñanza de habilidades como a la de conocimientos, dado que los dos ámbitos pueden compartir los mismos métodos. Para ello, en este acápite abordaré tres temas interrelacionados: (i) cómo aprenden los adultos; (ii) cómo alcanzar la excelencia de la enseñanza; y (iii) qué métodos existen (y son los adecuados) para la enseñanza del Derecho.

A. ¿Cómo aprenden los adultos⁵?

Dado que no es el aspecto central de este artículo, me limitaré a señalar que la psicología cognitiva explica cómo aprende un adulto, en lo referido (i) al procesamiento de la información (i.e. retienen lo más significativo; retienen mejor el comienzo y el final del discurso); (ii) a la estructuración del conocimiento (i.e. los adultos aprenden en fases); (iii) a la capacidad de identificar cuál es su propia manera de aprender (i.e. los adultos suelen hacer introspección); y (iv) a las ventajas de compartir el conocimiento (i.e. el aprendizaje en grupo es muy beneficioso).

Se han construido también modelos de aprendizaje, uno de los cuales –el modelo *Perry*– diseñado a partir de entrevistas a estudiantes de Harvard en el año 1960– determinó que los estudiantes transitan del dualismo “blanco-negro” rígido y extremista a la multiplicidad “blanco-gris negro”– al relativismo contextual “gris”, para terminar en el relativismo “puro”, donde llegan a comprender que tienen muchas opciones entre las cuales elegir o, dicho de otra manera, que las verdades absolutas no existen en el mundo jurídico. Este modelo es considerado óptimo para la enseñanza del Derecho, ya que fortalece el desarrollo de habilidades analíticas, fomenta el pensamiento crítico y asegura la independencia en el aprendizaje.

Se han elaborado, asimismo, modelos de aprendizaje contruidos a partir de tipos de personalidades, uno de los cuales –el *Myers Briggs Type Indicator* o MBTI– clasifica a los individuos en parejas opuestas: extrovertido-introvertido; sensorial-intuitivo; pensante-sentimental; y juzgador-perceptivo e identifica los métodos de enseñanza que se adecúan a cada uno de los tipos (i.e. para el extrovertido se recomienda grupos de análisis y para los introvertidos, ejercicios escritos; para los sensoriales se recomienda experiencias concretas y para los intuitivos, discusiones grupales).

B. ¿Cómo alcanzar la excelencia educativa?

Ya he mencionado que uno de los problemas de la enseñanza del Derecho es que a los profesores nadie les ha enseñado a enseñar.

Como se trata de un mal universal, puesto que los maestros universitarios no son, por lo general, pedagogos, se han diseñado diversos modelos para mejorar la enseñanza del Derecho y se han creado programas dentro de las escuelas de Derecho (sobre todo norteamericanas e inglesas) destinados a mejorar la enseñanza utilizando métodos y criterios de excelencia. Hess y Friedland⁶ mencionan tres modelos de excelencia:

- a) “Componentes de la Educación Efectiva”, que viene desarrollándose desde 1930 y que ha derribado el mito que “nadie sabe, en realidad, qué hace del aprendiz un aprendiz efectivo”.

Maryellen Weimer, por ejemplo, detecta 5 componentes básicos de la educación efectiva: (i) entusiasmo genuino (sincero) del profesor de enseñar ese curso, de hacerlo en esa Facultad y con esos alumnos; (ii) preparación, que implica identificar los objetivos del curso y transmitirlos a los alumnos; elegir los mejores materiales (textos, discusiones, conferencias, etc.); establecer explícitamente la “política” del curso (horario, puntualidad, celulares apagados, etcétera) y utilizar buenos métodos de evaluación; (iii) estimulación del pensamiento y el interés, que se considera el mecanismo por excelencia para involucrar al alumno en su propio aprendizaje y se logra mediante discusiones, proyectos en grupos pequeños,

⁵ Todas las referencias al aprendizaje adulto han sido tomadas de: HESS, Gerald y FRIEDLAND Stephen. “Techniques for teaching law”. Carolina Academia Press. 1999. pp.3-19.

⁶ Ibid. pp.12 -18.

tutorías, etcétera; (iv) claridad en la exposición; que exige aclarar las cosas ante la confusión de los alumnos e impone al profesor estar atento a las expresiones no verbales de confusión (murmullo, etcétera.), poner buenos ejemplos y pedir a los alumnos que lo hagan; y (v) conocimiento y afecto por el curso, que supone transmitir a los alumnos que el profesor conoce el curso que dicta y que le gusta hacerlo.

- b) Los siete principios de buena práctica en educación superior fueron elaborados en el año 1986, como consecuencia de un movimiento para la mejora de la educación superior en Estados Unidos. La elaboración de estos principios comenzó por identificar los aspectos educativos clave utilizados por las universidades exitosas, para luego, vía un proceso de abstracción, identificar los principios de la buena enseñanza. Así surgieron, pues, los Siete Principios, que aparecieron con enorme éxito en el año 1987 en el *American Association for Higher Education Bulletin* y que hoy en día, mantienen su condición de pauta esencial en la enseñanza universitaria.

Resumidamente, los Principios son los siguientes: (i) La buena práctica de la enseñanza promueve el contacto entre estudiantes y profesores, dentro y fuera del aula; (ii) la buena práctica de la enseñanza promueve la colaboración entre los estudiantes; (iii) la buena práctica promueve la enseñanza activa, es decir, la enseñanza con participación de los alumnos; (iv) la buena práctica promueve la retroalimentación inmediata del profesor; (v) la buena práctica pone énfasis en la dedicación de tiempo al trabajo; (vi) la buena práctica de la enseñanza comunica expectativas altas por parte de los profesores; y (vii) la buena práctica de la enseñanza reconoce la diversidad de talentos y las diferentes maneras de aprender.

Estos principios fueron presentados y comentados brevemente por Jorge Avendaño y por mí en el año 2005, en un folleto que titulamos "Calidad total en la enseñanza del Derecho" y que fue distribuido entre los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. El trabajo fue recibido sin mayor entusiasmo y fue incluso calificado de obvio, superficial y *light*. Curiosa reacción, cuando son muy pocos los profesores que tienen en cuenta (algunos de) los Siete Principios –obvios, superficiales y *light*– lo que queda evidenciado con las entrevistas a alumnos de nuestra Facultad,

que reclaman, precisamente, lo que algunos de los principios proponen. Curiosa reacción también cuando, en Estados Unidos (donde están las Facultades de Derecho más prestigiosas del mundo) los Siete Principios tuvieron, desde el comienzo, una gran acogida y –hasta lo que yo sé– nadie los cuestionó por obvios, por superficiales o por *light*. Parece ser, entonces, que, en nuestra mentalidad, si las cosas no son difíciles o enrevesadas, es decir, si no son "intelectuales", son *light* o poco trascendentes. Y eso sí que es un error.

- c) Las dimensiones de la enseñanza ejemplar, modelo diseñado por *Joseph Lowman*, que, llegó a parecidas conclusiones a partir de la realización de una amplísima investigación que contemplaba (i) las encuestas de los alumnos sobre sus profesores (1974-1993); (ii) la observación de las clases de 25 profesores considerados ejemplares (1980); y (iii) entrevistas a 500 estudiantes y profesores nominados para premios de excelencia (1989, 1990 y 1991).

El modelo Lowman es bidimensional, es decir, identifica no sólo aspectos intelectuales, sino también personales de los profesores que contribuyen a la excelencia, por ser, definitivamente, los que más motivan a los estudiantes a aprender. Dicho modelo clasifica a los profesores en tres rangos: alto, mediano y bajo, según ciertos indicadores de excelencia, entre los que pueden mencionarse (i) en la dimensión intelectual, entusiasmo; conocimiento del tema; estímulo; humor; clases interesantes; claridad y organización; y (ii) en la dimensión interpersonal, preocupación; cuidado; aliento; reto permanente a los alumnos; disponibilidad, justicia y corrección.

C. Los métodos de enseñanza del Derecho

Como he adelantado, la discusión sobre los métodos de enseñanza concierne, tanto a los talleres de habilidades, donde se ponen en práctica varios de ellos, como a los cursos teóricos tradicionales, como Derecho Societario, Derecho Penal y otros semejantes. Por eso, en lo que sigue, me referiré a la metodología de enseñanza del Derecho, tanto en relación al aprendizaje teórico, como al práctico.

1. El método magistral

El método de enseñanza que ha predominado en las Facultades de Derecho peruanas es la enseñanza magistral, que estuvo en boga en todo el

mundo hasta mediados del siglo pasado. Aquí, el alumno es un receptor de información, pues de lo que se trata es de la transmisión de conocimientos del profesor al alumno, basada en la idea de que "si ingresa algo bueno, el resultado tiene que ser bueno". La preocupación del método magistral es, pues, la enseñanza y no el aprendizaje.

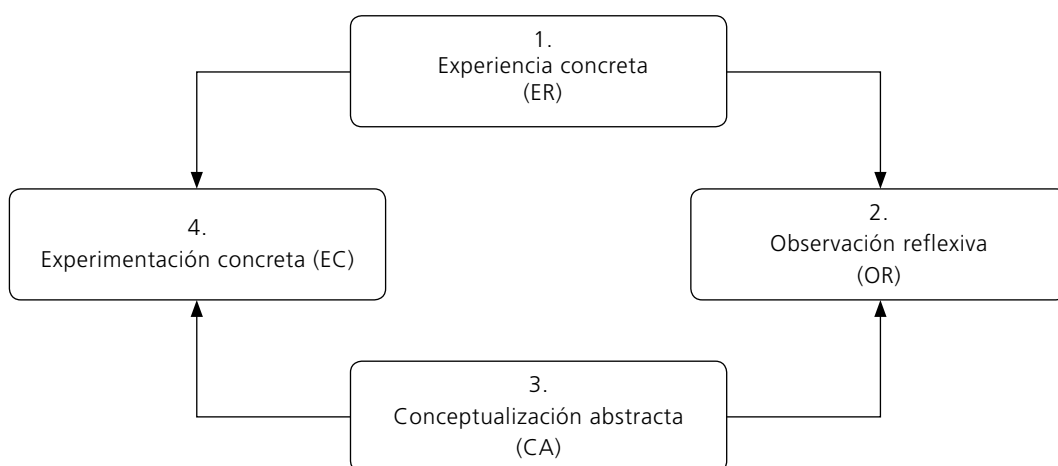
Pese a la aparente lógica de su planteamiento, este método ha sido (y sigue siendo) muy criticado, fundamentalmente porque prioriza la retención de la información a expensas del conocimiento y de los afectos (aspecto esencial para el ejercicio profesional, aunque poco reconocido) y porque es vertical o "dictatorial" (como señalaba uno de los alumnos entrevistados), pues crea una dinámica profesor-superior vs. alumno-inferior. El método magistral es criticado también porque se centra en el profesor y no en el alumno; estimula el aprendizaje superficial (dado que la profundidad se adquiere pensando y discutiendo); privilegia la competencia sobre la colaboración entre los estudiantes; separa artificialmente lo académico de lo profesional; se desconecta de los aspectos prácticos del Derecho; es impermeable a la interdisciplina; crea dependencia de los alumnos frente a lo que dicen sus profesores, lo que va en perjuicio de la creatividad; desconoce que los alumnos tienen distintas maneras de aprender; no se preocupa por el ambiente de estudio; y lo que es peor, deja en los profesores la sensación que los alumnos son perezosos o poco inteligentes. En conclusión, pues, es un aprendizaje pasivo y, además, con resultados bastante pobres.

Es interesante mencionar que en un experimento realizado en el año 1955⁷, se pidió a un grupo de alumnos que escucharan la información que se les proporcionaba y que la reprodujeran con una frecuencia semanal. La información les era repetida con una frecuencia también semanal. El resultado fue que, contra todo pronóstico, las respuestas mejoraron ínfimamente luego de cada repetición. Lo cual permitió concluir que lo que el alumno recuerda es aquello en lo que se ha involucrado activamente y no lo que se le ha transmitido, aún si le fue repetido incesantemente. Por otro lado, diversos estudios han demostrado que cuando el alumno recibe la respuesta correcta del profesor (lo que ocurre en clases magistrales), esta respuesta es difícil de ser entendida, retenida y recordada más adelante, a punto tal, que se ha llegado a decir que "cuando la única voz escuchada es la del conferencista, es una pérdida de tiempo y energía"⁸.

2. El método empírico

Como alternativa al método magistral, se ha propuesto el método empírico (*experiential learning*), que incluye una diversidad de técnicas que promueven el aprendizaje activo o *learning by doing* (aprendizaje a través de problemas, clínica, métodos de descubrimiento, holismo, etc.).

Uno de los principales modelos teóricos en los que se basa el método empírico es el modelo Kolb (1984), que resalta la "experiencia" como elemento central del proceso de aprendizaje, estableciendo un ciclo de 4 etapas:



⁷ TRIBE, Diane. How Students learn. En: Teaching Lawyer Skills. Editado por Julian Webb y Caroline Maughan. Butterworths. 1996. p.14.

⁸ Ibid. p.15

En el modelo *Kolb*, el aprendizaje se inicia con la experiencia concreta (la controversia), se sigue con la reflexión, que supone analizar la experiencia desde diversas perspectivas (¿cuál es el problema? ¿qué chances hay de ganar?); luego viene la creación de conceptos, que integran las observaciones en una teoría lógica (debo demandar por incumplimiento contractual), para, finalmente, utilizar esas teorías y ponerlas en práctica (demandar). Y el ciclo se repite cuantas veces sea necesario, con la finalidad de afinar las conclusiones anteriores y así, hasta tener una idea concreta de lo que se debe hacer. El aprendizaje, pues, parte de la experiencia, que se analiza desde diversas perspectivas, luego se conceptualiza y, finalmente, se aplica.

Entre las diversas expresiones del método empírico, destaca el holismo, corriente que apunta "...a la conciencia de la gran cantidad de habilidades existentes y la integración de las mismas para su aplicación en la práctica (i.e ¿qué habilidades necesitaré en el futuro y por qué?); al cambio afectivo y sensorial del alumno (i.e ¿por qué los alumnos deben ser "aprendices independientes"?); al estado de alerta para adoptar hábitos de análisis y reflexión de la propia "performance" (¿soy un estudiante independiente y qué debo hacer para lograrlo?); a la comprensión de aspectos relacionados con el aprendizaje y el desarrollo, en tanto afectan al alumno (¿dónde estoy en mi desarrollo?); a la comprensión de aspectos relacionados con el contexto que son relevantes para el desarrollo profesional (¿debo tomarme en serio el aprendizaje de habilidades?)"⁹. El holismo, pues, no se centra en habilidades en concreto -las *DRAIN*¹⁰- sino en el desarrollo integral de la persona del estudiante, apuntando a incrementar su confianza e independencia y a que "aprenda a aprender".

Lo que caracteriza, pues, al método empírico y, en particular, al holismo es el desplazamiento del foco de atención del profesor al alumno, por lo que, para comenzar, el aprendizaje no es uno dirigido por el profesor, sino por el propio alumno, correspondiendo a aquél el rol de dar soporte, confianza y retroalimentación, pero no el de transmitir conocimientos. El énfasis es puesto, pues, no en la enseñanza, sino en el aprendizaje. El método empírico integra la teoría y la práctica e implica la participación activa de los alumnos en

su aprendizaje, a través de preguntas, discusiones, trabajos en equipo, utilización de materiales de enseñanza, ejercicios, simulaciones, clínica, etcétera. Dicho método, asimismo, promueve el uso del intelecto y permite a los estudiantes, no sólo saber sino, fundamentalmente, entender. El alumno aprende a escuchar, se involucra en discusiones de manera clara y concisa; aprende a resumir o sumarizar, así como a escribir con claridad y precisión; a investigar y a trabajar en equipo; a integrar el conocimiento de uno mismo como parte de la reflexión; a analizar los problemas "interdisciplinariamente"; a "pensar en un pie", es decir, a resolver problemas en situaciones reales y dinámicas y, finalmente, a convertirse en un aprendiz independiente, es decir, en un alumno capaz de aprender a lo largo de toda su vida profesional.

Los métodos de enseñanza que derivan del empirismo son muchos y muy diversos entre sí y pueden utilizarse solos o combinados con otros métodos empíricos e incluso, con el método magistral (que, bien dosificado, puede ser útil en ciertas circunstancias).

Entre dichos métodos se encuentran los siguientes:

- a) Clínica: este método se utiliza en los últimos años de la carrera, porque supone la realización de trabajo profesional en consultorios jurídicos (generalmente gratuitos), donde los alumnos manejan casos bajo la supervisión de un profesor. La clínica no se opone a la discusión porque, por lo general, los casos se discuten en grupo, lo cual estimula la colaboración, que es fundamental para el aprendizaje del Derecho.
- b) Prácticas pre-profesionales: son programas especialmente concebidos por las Facultades, para colocar a los estudiantes en prácticas pre-profesionales en oficinas legales, cortes, ONG, etc. Estos programas generalmente se complementan con discusiones en clase sobre las experiencias adquiridas y, a diferencia de las prácticas pre-profesionales tradicionales, cuentan con la intervención directa de la Facultad de Derecho en el diseño y seguimiento del entrenamiento.
- c) Trabajos de campo: que suponen visitas a las cortes o a tribunales administrativos para presenciar el desarrollo de procesos.

⁹ BOON, Andy. "Skills at the initial stage of legal education: theory and practice for transformation". En: Ibid. p.111.

¹⁰ Significa, por sus siglas en inglés, redacción, investigación, defensa, entrevistas y negociación.

- d) Utilización de casos reales: este método consiste en traer a clase documentos legales para analizarlos y discutir casos reales.
- e) Simulaciones y role playing: que incluyen la redacción de documentos; la simulación de entrevistas a clientes o discusiones e intercambio de argumentos. Esta técnica promueve el interés y la motivación de los estudiantes e incrementa la retención; involucra activamente a los estudiantes; obliga a utilizar el material didáctico y no sólo a memorizar y proporciona retroalimentación inmediata por los comentarios que los alumnos reciben de sus profesores y compañeros. Las simulaciones ayudan a enfrentar la ansiedad y a manejarla y constituyen un mecanismo idóneo para que los estudiantes lleguen a conocer sus fortalezas y debilidades.
- f) Ejercicios escritos: Existe en Estados Unidos un movimiento llamado Escribiendo a lo largo del currículum, que estimula a los profesores a incorporar ejercicios escritos a

lo largo de toda la carrera. El entrenamiento en redacción ayuda a pensar y a ordenar las ideas porque para escribir con claridad, es necesario pensar con claridad. Los ejercicios escritos permiten también a los alumnos involucrarse y comprometerse con sus cursos, explorar, investigar y tratar de entender. Finalmente, los ejercicios escritos son una "ventana" para los profesores, pues a través de ellos pueden apreciar si los alumnos están aprendiendo y cómo lo están haciendo.

IV. PARA TERMINAR...

Dejo así planteada mi posición sobre por qué y cómo cambiar la enseñanza del Derecho en el Perú, si bien hay mucho más que decir. Y así como comencé citando a *Nietzsche*, termino con él: "se ha de aprender a ver, se ha de aprender a pensar, se ha de aprender a hablar y escribir, la meta de estas tres cosas es una cultura aristocrática"¹¹. Así de sencillo.

EXPOSICIÓN DE MARIO CASTILLO FREYRE Y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE: EL "DISCURSO DEL MÉTODO" EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA¹²

En abril de 1999 fue publicado, en la revista Derecho PUCP, un importante trabajo escrito por Marcial Rubio Correa, en el que daba cuenta a la comunidad universitaria del Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho¹³. El objeto de este trabajo no era otro que el de fundamentar la reforma curricular de la Facultad y que sirviera, además, de guía para futuras reformas.

En ese sentido, el hilo conductor de ese proyecto de reforma curricular era: indagar sobre qué entendemos por Derecho en la así llamada época de la posmodernidad y cómo llegamos a ese entendimiento a través de la enseñanza jurídica. Si bien es cierto que son estos dos los ejes sobre los que se fundamenta la propuesta del doctor Rubio, no menos cierto es que sobre el metodológico recae casi todo el peso del proyecto para un nuevo sis-

tema de enseñanza legal. Esto se sigue del énfasis del ponente, en más de dos tercios de su trabajo, sobre los últimos avances de la didáctica en su afán por elaborar una teoría del aprendizaje que puesta en práctica permita aprehender el conocimiento de la mejor forma posible.

El común denominador de la propuesta metodológica para una nueva enseñanza del Derecho, dejando sentado lo injusta a veces que son las síntesis, es la tesis de *aprender a aprender* como la fórmula pedagógica más adecuada para asir y desarrollar los conocimientos jurídicos y aquellos que le son afines.

Incluso se ha dedicado a esta metodología de aprendizaje un ilustrativo ensayo de Shoshana Zushman. En efecto, en "Aprendiendo a aprender"¹⁴,

¹¹ NIETZSCHE, Friedrich. "Crepúsculo de los ídolos". Madrid: Alianza Editorial. 1982. (Traducido por Andrés Sánchez Pascual), p.83. Nota: por cierto Nietzsche tenía una idea de "aristocracia" no vinculada a clases sociales.

¹² Este artículo es una síntesis muy apretada de una parte del libro: "La reforma de la enseñanza jurídica en debate: métodos y contenidos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú". CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. Lima: Foro Académico. Asociación Civil. 2005.

¹³ RUBIO CORREA, Marcial. "Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú". En Revista Derecho 52. Diciembre 1998-Abril 1999. pp. 957-1010.

¹⁴ ZUSMAN TINMAN, Shoshana. "Aprendiendo a aprender" en "Homenaje a Jorge Avendaño". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. pp. 231-252.

la autora sostiene que “La idea es enseñar cómo y no enseñar qué; así, el cometido de los profesores consistirá en apoyar a los alumnos en sus respectivos procesos de aprendizaje a manera de tutores o *coaches*”¹⁵.

De este modo, con la nueva metodología de enseñanza de *aprender a aprender* a través de la clase activa y cursos *ad hoc*, el alumno adquirirá aquel “arte de ser abogado”¹⁶ que requerirá necesariamente en toda su vida de profesional de calidad. En esta hipótesis, gracias pues a *aprender a aprender*, un egresado de Derecho bajo este método afrontaría la realidad que le impone su profesión con destrezas y habilidades como lo son un “*pensamiento crítico* (es decir, la habilidad de interpretar y evaluar –informadamente– hechos, leyes y argumentos), una *capacidad analítica* (es decir, la habilidad de descomponer los conceptos en sus elementos, explicando la interrelación entre los mismos y discriminando entre el material relevante y el que no lo es), una *capacidad de síntesis* (es decir, la habilidad de unir los conceptos hasta lograr una estructura) y una *capacidad de evaluación* (es decir, la habilidad de usar un abanico de criterios para llegar a un resultado razonable y creativo)”¹⁷.

El problema con esta propuesta metodológica es que da por sentada la hipótesis de que el sistema de enseñanza que impera en nuestra Facultad es el escolástico, es decir, el que corresponde a aquella metodología tradicional fundada en el *magister dixit* y apuntalada por los argumentos *ad verecundiam* (apelación a la autoridad). En otras palabras, el sistema que imperaba en 1964 y que ya fue reformado innumerables veces en los planes de estudio de Derecho. Como se ve, esto es una contradicción en los hechos.

En los años sesenta se pensaba que no podía haber posibilidad alguna de desarrollo si las élites padecían de un subdesarrollo mental como consecuencia de una educación universitaria cuasi medieval. De ahí que para que cualquier cambio social fuera posible, se hacía necesario destruir un modelo de enseñanza que conspiraba contra la

formación de intelectuales y profesionales comprometidos con los postulados y objetivos de la reforma de la sociedad. Esa fue la causa de la reforma metodológica del Derecho a través del llamado “Método socrático”.

El “Método socrático” apareció como una tabla de salvación para lograr la transmisión de habilidades profesionales. Esto se debía a que el alumno debía enfrentarse directamente con las herramientas de trabajo del Derecho, leerlas y analizarlas en clase bajo la fina supervisión del profesor. Así, se decía, después de cuatro años de hacer esto, en más de sesenta cursos, si se había trabajado bien y con seriedad, se obtendría, sin lugar a dudas, lo que se llama la “mente del abogado”¹⁸. De este modo, el “Método socrático” bien implementado en todos los cursos, hacía pues innecesarios todos los medios que se habían diseñado a lo largo de los años para que los alumnos obtuvieran, como un agregado al corpus de conocimientos que transmitía la Universidad, un cierto margen de habilidades profesionales: prácticas en los cursos, prácticas en los estudios de abogados, prácticas supervisadas por la Corte Superior, prácticas ofrecidas por el Colegio de Abogados¹⁹.

Creemos que a nadie escapa aquí las similitudes extraordinarias que el “Método socrático” de ese entonces tiene con la metodología de *aprender a aprender*, lanzada 40 años después para conjurar un sistema de enseñanza jurídica obsoleta y tradicional, que por lo menos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, paradójicamente, se parece mucho al “Método socrático”. Es decir, el método de hace 40 años pretende ser reformado por el mismo método; nombres más, nombres menos.

En nuestra opinión, queda claro que en esta cuestión del método existe un error de juicio que consiste en creer que existe un método universal para la enseñanza del Derecho. Esto es, que existe asimismo un abogado universal y, por ende, una tradición jurídica también universal. Así pues, según este error de juicio, el así llamado método activo, socrático o método de *aprender a aprender* no

¹⁵ Ídem. p. 242.

¹⁶ “Como se ha señalado, el curso apunta al aprendizaje del ‘arte de ser abogado’, lo que implica un proceso de reflexión o análisis de lo que se está haciendo, y de aprehensión o creación de una teoría de conducta”. Zusman Tinman, Shoschana. Op. cit., p. 243.

¹⁷ AVENDAÑO Jorge y Shoschana ZUSMAN. “Calidad total en la enseñanza del Derecho”. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 13.

¹⁸ Sobre la mente del abogado, interpretamos que Marcial Rubio la llama en su proyecto de un nuevo sistema de enseñanza legal “saber Derecho”. RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit., pp. 958-959. Mientras que la Doctora Shoschana Zusman, identifica esta mente abogadil como “el arte de ser abogado”.

¹⁹ ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta”. En: “Homenaje a Jorge Avendaño”. pp. 190-191.

es un método más, sino que es El Método. Pero en realidad, para quienes nuevamente desean reformar la enseñanza del Derecho (como hace 40 años), "El Método" no es más que el método de enseñanza de la tradición jurídica del *common law* o sistema de Derecho anglosajón.

Uno de los íconos de los partidarios peruanos de la reforma de la enseñanza jurídica de ayer y de hoy, el profesor estadounidense John Henry Merryman, en un destacable –aunque prejuicioso– artículo sobre la currícula y métodos de enseñanza comparados de los sistemas de Derecho anglosajón y romano canónico²⁰, como él le llama a nuestra tradición jurídica, pone las cosas en su sitio. Dice John Merryman que los objetivos del sistema del *common law* demandan respuestas relacionadas casi exclusivamente con el método, en donde éste es el eje de la educación legal norteamericana. "En los Estados Unidos, por supuesto que estamos interesados en lo que enseñamos; pero nuestro énfasis es menor en el **qué** se enseña y mayor en el **cómo** se enseña. Estamos interesados en desarrollar determinadas capacidades en nuestros alumnos: destreza para el análisis legal, habilidad para distinguir lo relevante de lo irrelevante, habilidad para trabajar con un gran número de hechos de una manera específica, habilidad para construir argumentos cuidadosos y persuasivos en cualquier lado de la cuestión bajo análisis, habilidad para pensar de manera útil y constructiva acerca de los problemas sociales y su solución"²¹.

De suyo va que esto se refleja en la currícula de enseñanza del sistema jurídico anglosajón. En efecto. Como en los Estados Unidos el **qué** se

enseña está eclipsado por el **cómo** se enseña, su plan de estudios, a diferencia de la tradición jurídica romano germánica, reduce al mínimo la cantidad de cursos obligatorios y exalta al máximo la cantidad de cursos electivos²². Y es que si el contenido de las instituciones no es importante, si no interesa más que lo estrictamente necesario el **qué** se enseña, si la información y su transmisión no ocupan un lugar de privilegio, entonces, como dice el profesor Merryman, "[e]n cierto sentido, este movimiento refleja una pérdida de claridad entre los educadores legales norteamericanos acerca de lo que constituye la esencia de una educación legal adecuada. No nos resulta claro que todos los alumnos deban cursar materias referentes a fideicomisos o derecho laboral o transacciones comerciales internacionales. A medida que el área de duda se incrementa, el área de certeza –representada por la parte obligatoria del currículum – se reduce"²³.

Ahora bien, ¿por qué el sistema del *common law* está interesado en que sus abogados posean determinadas capacidades y habilidades nacidas del método de su enseñanza jurídica? La respuesta es que en los Estados Unidos el ejercicio de la profesión de abogado se realiza en un sistema enraizado en la cultura del *show business* donde el abogado tiene que convencer a un jurado de gente común y corriente²⁴, que es su público espectador, y no a un juez guardián de la sabiduría; y es que, para convencer a un juez se necesitan conocimientos (al menos así debería ser). En cambio, para convencer a la opinión pública, no. De ahí que lo que es común a todos los abogados del mundo, a saber, pensamiento crítico, capacidad analítica, capacidad de síntesis, capacidad de

²⁰ Si bien el artículo del profesor Merryman es notable, pues transmite una información valiosa acerca del sistema jurídico del *common law* y de la enseñanza legal en los Estados Unidos, a la par que derriba algunos prejuicios sobre la visión que de éstos generalmente tienen quienes somos ajenos a su tradición, peca muchas veces del mismo prejuicio cuando se trata de describir la tradición jurídica romano germánica y la enseñanza que le es afín. El solo hecho de que Merryman denomine a nuestra tradición jurídica "romano-canónica" o "romano-canónica" parece transportarnos en el tiempo a esa guerra religiosa entre papistas y reformados, entre Roma y su Derecho Canónico –sin duda de ahí el nombre adoptado por Merryman– de características casi divinas, infalibles e inmutables –de acuerdo a la caricatura anglosajona–, en contraposición con Londres y su libre examen extendido también al Derecho y su enseñanza. Es nuestra opinión que Merryman traslada este prejuicio histórico-religioso a un postulado más digerible para nuestra época cuando reemplaza, inconscientemente, la religión por la ciencia. En efecto, haciendo una comparación entre su sistema de enseñanza y el nuestro dice que: "Hay todavía otra diferencia, acaso más importante. Es la creencia, todavía extensamente arraigada en el mundo del derecho romano-canónico, que el derecho es una ciencia. De esto se sigue que el propósito de la educación legal es instruir a los estudiantes en los elementos de esta ciencia. Esta concepción suele ser dogmática. La verdad es conocida por el profesor y es comunicada a los estudiantes [...]. Oleado y sacramentado por esta creencia, el derecho civil siente menos necesidad para la innovación y experimentación". El prejuicio es claro: a diferencia de la enseñanza legal anglosajona libre, experimental y cambiante, la nuestra es –ya sea como heredera de la religión católica romana, ya de la ciencia– dogmática, autoritaria e inmutable. Ver Merryman, John Henry. "Currículos y métodos de enseñanza". En *Derecho y Sociedad*. n.º 10, s/a, p. 146.

²¹ Ídem, p. 147.

²² "En las tres últimas décadas, las Escuelas de Derecho norteamericanas han reducido drásticamente la proporción de cursos obligatorios de su currículum de tres años y han dado al alumno la oportunidad (y obligación) creciente de decidir por sí mismo, qué cursos elegir entre la larga lista de cursos electivos que se ofrecen durante los dos últimos años de la escuela". MERRYMAN, John Henry. Op. cit., p. 147.

²³ Ídem, p. 147.

²⁴ En materia civil, dado que el *common law* se basa fundamentalmente en el sistema de precedentes jurisprudenciales y no en desarrollos legales exegéticos o doctrinarios, salta a la vista la importancia de la forma sobre el fondo a la hora de llevar adelante un proceso judicial.

evaluación, habilidad argumentativa, capacidad comunicativa, etc., sea para el abogado del *common law* una cuestión de vida o muerte. Y es que él tiene que habérselas con una tradición jurídica operística y oral donde esas capacidades jurídicas, puestas a prueba no mediante escritos que dan tiempo a la perfección argumental como en el sistema romano germánico, sino bajo la presión inmediata de un público, tienen que estar aguzadas al máximo para convencer en un tiempo mínimo al pueblo que representa, literalmente, el jurado. El conocimiento aquí pasa a un segundo plano. Esto explica el porqué en las escuelas de Derecho norteamericanas, el método de enseñanza que imprime estas capacidades de forma superlativa es la estrella de la educación jurídica, mientras que el contenido de las instituciones ocupa un lugar secundario.

Con esto, lo que queremos dejar establecido es que cada tradición jurídica tiene su forma de concebir la enseñanza del Derecho y que ésta obedece a la lógica de aquélla. Cuando esta verdad elemental se desconoce y se pretende hacer de la enseñanza legal una actividad autónoma sacándola del contexto de la tradición jurídica, sin duda que no vamos a llegar a buen puerto. Mejor dicho, ni siquiera vamos a llegar a puerto alguno.

Nos guste o no, nuestra tradición jurídica es la romano-germánica y a ésta corresponde una educación legal que privilegia la información como el conocimiento relevante sobre la metodología de enseñanza y las habilidades que ésta fomenta. Lo contrario, teniendo en cuenta que no se pretende ni se ha pretendido jamás cambiar nuestra tradición jurídica por la anglosajona, sería –y ha sido, aunque hasta ahora en menor medida– el error de las reformas de la enseñanza del Derecho que se esgrimen recurrentemente en nuestra Facultad de tiempo en tiempo.

Ahora bien, el así llamado método activo, socrático o de *aprender a aprender* que, como hemos visto, no es más que el método de enseñanza legal del mundo de la tradición del *common law*, ancló “curricularmente” en lo que muchos de nosotros que ya tenemos más de cuarenta años, conocimos como las “comisiones de prácticas”.

En las prácticas –que nada tienen que ver con las prácticas pre profesionales– se estudiaban, a semejanza de las Facultades de Derecho norteamericanas, los casos. A través de éstos se buscaba un contacto real del alumno con el Derecho, esto es, con la administración de justicia a la que el futuro abogado tendría que enfrentar poniendo a prueba sus conocimientos en el quehacer pro-

fesional. Así pues las prácticas o método de casos exigían del alumno un soporte de lecturas previas relacionadas con los temas a tratar, la información transmitida en clase por el maestro y muchas ganas de participar debatiendo las sentencias y su pertinencia en relación con la teoría institucional y el cumplimiento de la ley. De este modo se llegaba a una solución satisfactoria entre la clase magistral propia de la necesidad que impone el sistema romano-germánico y el análisis y la discusión de la doctrina plasmada en casos. Cada enfoque en su justo lugar, principal el de la clase magistral y auxiliar el de la discusión de casos, sin robarse tiempo ninguno de los dos.

El sistema de prácticas se hizo obligatorio –aunque no universal– en el primer quinquenio de 1980 para consolidar el aprendizaje de determinados cursos que la experiencia académica y profesional consideraba indispensable para el perfil de un abogado de la Universidad Católica. Sin embargo, el impulso reformador mató las prácticas. Y es que siguiendo una fatal lógica de integración igualitaria, se consideró que ya que no se debía discriminar, y tampoco seguir con las consecuencias de las prácticas universales (es decir, que todos los cursos tuvieran prácticas), “lo mejor” y “más justo” era desaparecerlas a todas por igual. Y así fue que en el año 1992 desaparecieron las prácticas. Por supuesto que ése no era el camino.

La muerte de las prácticas comprometió varias cosas. Primero, el crisol de donde se suponía que saldrían las nuevas generaciones de profesores de nuestra Facultad. Segundo, desarmó una interesante experiencia académica donde el método activo tenía el lugar que le correspondía en los cursos de bandera de la Facultad, esto es, donde era más útil a la enseñanza jurídica como una metodología auxiliar y paralela al tipo de cátedra correspondiente a nuestra tradición jurídica. Tercero, comprometió la excelencia académica, pues como a continuación veremos, las prácticas y su enfoque han sido llevados –o por lo menos eso es lo que se ha pretendido– a las clases ordinarias de la mano con el Plan de Estudios vigente, con resultados poco auspiciosos.

Por otra parte, la desaparición de las prácticas tuvo como consecuencia formal que su metodología intentara trasladarse a la clase donde el profesor ejercía su magisterio.

Así, siguiendo el modelo norteamericano que asume que el alumno ha leído todo el material pertinente al tema que se tocará en la clase para poder discutirlo a ciencia cierta con el profesor, lectura previa que sin embargo en los Estados Unidos no

es coercitiva, aquí, el plan de estudios vigente implantó una política de lecturas hechas obligatorias a través de un control, política cuya diferencia con otras de la misma índole en décadas pasadas es su profusión. En efecto, a esta profusión se le bautizó con el nombre de “evaluación permanente”.

Empero, esto es en cualquier parte del mundo una enseñanza antipedagógica. Primero, porque no incentiva la lectura, sino que la desalienta. Leer cientos de páginas de una clase para otra para rendir un control de lectura obligatorio tiene por lógica consecuencia detestar la lectura. Esto implica a su vez que el alumno leerá sólo para pasar la mayoría de los ocho o diez controles obligatorios por curso y cincuenta o sesenta por ciclo, y que para obtener en todos los cursos una calificación promedio aceptable en los controles, tendrá que evacuar de su cerebro, y con la velocidad del rayo, la mayor cantidad de información posible una vez rendido el control. Así pues, en vez del Sócrates que el método activo buscaba construir en las aulas, tenemos, por el contrario, la exaltación de la paporreta.

Si a esto agregamos que los controles de lectura son la columna vertebral del sistema de notas (60%), en la medida de que ha sido suprimido el examen parcial y el final tiene un peso modesto (40%), lo que significa que el curso gira en torno a las lecturas²⁵, para qué debería el alumno perder su tiempo en prestar atención a lo que dice el profesor en clase y discutir, cuando toda su energía, concentración y tiempo estarán dedicados a probar su memoria en los controles de lectura, cuya calificación es esencial para aprobar el curso. En este panorama poco es lo que queda de la posibilidad de una clase activa. Una incongruencia, sin duda, la de un experimento que pretendía exorcizar la enseñanza memorística y que termina haciendo de ella una institución.

A diferencia de la paporreta de los controles de lectura obligatorios que tienen por destino el olvido, la experiencia docente y la lógica del sentido común nos dicen que un alumno formado con controles de aprendizaje jamás olvidará lo aprendido. A fin de cuentas, de eso es de lo que se trata, ¿o no?

Tocando otro tema que también merece especial atención, cuando el sistema de “comisiones de prácticas” pasó a mejor vida a principios de la década de 1990 y se produjo un vacío en torno al método de casos que las prácticas encarnaban fuera de los horarios de clase, se crearon los Seminarios de Integración Jurídica, cuya dinámica y estructura se asemejaban mucho al de las difuntas prácticas. Pero sólo en la epidermis, como veremos.

En estos seminarios, “mesa redonda” de por medio, un puñado de veinte alumnos como máximo, dirigidos por un profesor o auxiliar de cátedra, tenían por objeto discutir, opinar y plantear soluciones a diversos casos propuestos durante las aproximadamente 16 semanas que duraba el seminario. Las lecturas previas, como en las prácticas eliminadas, eran también un requisito. Hasta aquí las semejanzas con el sistema de prácticas.

Las diferencias no se dejaron de hacer notar. La primera es la oportunidad. Mientras que las prácticas se llevaban en paralelo con el curso al que apoyaban, los seminarios son el colofón del Plan de Estudios, es decir, al final de la carrera, para ser exactos a partir del sexto ciclo, y una vez llevados hace mucho los cursos cuyos temas, se supone, serán los objetos de práctica de los seminarios. Una segunda diferencia es la modestia de éstas con la pretensión de aquéllos. Y es que mientras las prácticas lo eran de un curso, los seminarios integran –de ahí su nombre– varios cursos, o mejor dicho, varias áreas del Derecho que tienen alguna relación entre sí. Pero el problema también puede verse desde el lado opuesto, lo que nos dice mucho de lo controvertido del sistema de seminarios. Porque, mientras que el supuesto de la práctica era que el alumno llevara el curso que le daba origen; en los seminarios, no necesariamente el alumno ha tenido que llevar uno o varios de los tantos cursos integrados por aquél. Así, por ejemplo, si un alumno elige llevar un seminario de integración de Derecho Civil en el que se tocan casos de Contratos Típicos II, y el alumno no lo ha llevado porque no era curso obligatorio, entonces qué conocimiento va a afianzar si carece, precisamente, de ese conocimiento.

²⁵ Los controles de lectura implican de por sí una sangría en el tiempo en que la clase de un curso se desarrolla. Si tenemos en consideración los diez minutos de tolerancia que por lo general transcurren para la instalación de una clase, la media hora que en promedio ocupa el control y, finalmente, el hecho psicológico que significa que el alumno, una vez empezada la clase propiamente dicha, esté más interesado y preocupado en saber cómo respondió el control, cotejando su material de lectura y consultando con sus vecinos, poco o nada queda para el tiempo de la clase. Sin temor a equivocarnos, dos tercios de una clase se pierden con los controles de lectura. Y esto durante ocho o diez clases. El punto es que, en general, los días en que se toman los controles la clase pasa a un segundo término y los controles de lectura ocupan el podio de la enseñanza.

En este sentido, los seminarios no convencen. Porque, a decir verdad, ni siquiera la Facultad está muy convencida de ellos. No por algo va menguando su número a medida que avanza el tiempo²⁶.

Hemos llegado pues al final de este brevísimos artículo sobre la enseñanza jurídica. Sin duda, ha sido éste un enfoque muy distinto al que nos han tenido acostumbrados quienes se han sentido identificados con las reformas. Faltaba, para hacer honor a ese disenso que es hijo de la libertad, aquella visión y palabra rebelde contra el *statu quo*.

Así pues, si necesario es preguntarse después de leer este ensayo a dónde va nuestra querida

Facultad, más lo es a dónde vamos o a dónde hemos ido nosotros, los hijos egresados de sus filas, quienes de alguna forma, abandonando el tedioso esfuerzo que implica luchar por los ideales que uno cree correctos y el peligroso camino de la polémica cuando no queda otro remedio, hemos dejado hacer y dejado pasar cuatro décadas de experimentos. Recalcamos, pues, que no sólo existe una forma de enseñar el Derecho, sino más bien varias, dependiendo del contexto de la tradición jurídica de que se trate. Lo único que queremos dejar en claro con todo esto es que, al fin y al cabo, debe respetarse la libertad de cátedra, pues ésta no debe comprometerse con el afán de lograr una unidad que muchas veces desmejora la enseñanza del Derecho en nuestro país.

RÉPLICA DE SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN:

He leído la interesante posición de los profesores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, donde comentan algunos aspectos referidos a la reforma de la enseñanza del Derecho y su implementación en nuestra Facultad. Dada la restricción de espacio que nos impone THEMIS (del cual, dicho sea de paso, he abusado al exponer mi punto de vista), me dedicaré a comentar dos de sus ideas principales: (i) que el cambio de la enseñanza del Derecho propone la adopción del método socrático; y (ii) que las ideas sobre la reforma de la enseñanza del Derecho son fundamentalmente anglosajonas y, por lo tanto, no aplicables a la tradición jurídica romano-germánica, cuya educación legal privilegia la información.

No comentaré su opinión sobre la eliminación de las prácticas y la imposición de controles de lecturas, porque se trata de temas puntuales que, además, no conozco bien, dado que no intervienen en la implantación de la última reforma de la enseñanza del Derecho.

I. EL MÉTODO SOCRÁTICO NO ES SINÓNIMO DE METODOLOGÍA ACTIVA

Señalan los doctores Castillo y Vásquez que el método socrático *"apareció como una tabla de salvación para la transmisión de habilidades"*. Creo que ahí hay una confusión, porque el método socrático o la técnica de preguntas y discusión

no apunta al aprendizaje de todas las habilidades, como sostienen los profesores Castillo y Vásquez, sino, tan sólo, al desarrollo de la capacidad analítica y crítica de los estudiantes. Otras habilidades como son redacción, investigación, entrevistas, negociación o comunicación oral, no se trabajan a través del método socrático, sino de otros métodos más apropiados para dicho fin, como son los ejercicios escritos y las simulaciones. La enseñanza activa no es, entonces, sinónimo de método socrático, puesto que abarca muchas otras técnicas de enseñanza.

En rigor, la enseñanza activa del Derecho implica algo mucho más amplio que la utilización de un método en particular. Se trata de una propuesta pedagógica que apuesta por el aprendizaje del alumno, antes que por la mera transmisión y propone la búsqueda y utilización de las mejores estrategias pedagógicas para dicho fin. Y eso impone hurgar entre las muchas y muy diversas técnicas de enseñanza que se centran en el receptor —el alumno— y que implican, entre otros muchos aspectos, diseñar estrategias de motivación; estar atento a las necesidades de los alumnos y a su ritmo de aprendizaje; dar retroalimentación; ayudar a los alumnos a aprender *"haciendo"* (*learning by doing*) y emplear la metodología adecuada para cada tema en particular. Estamos, pues, hablando de cosas distintas, porque la metodología activa es una propuesta pedagógica integral.

²⁶ A diferencia del Plan de Estudios de 1993 que estatúa cuatro seminarios obligatorios, el Plan del 2001 vigente sólo exige tres.

Señalan, asimismo, los profesores Castillo y Vásquez que el método socrático es el que se implantó hace 40 años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y que ahora se pretende reformar el sistema mediante –nuevamente– el método socrático. Creo que ahí hay también una confusión. Si bien es cierto que la primera reforma de la enseñanza del Derecho propuso una metodología basada en lecturas previas y discusiones en clase (es decir, en el método socrático) ésta fue adoptada por unos pocos profesores, que fueron básicamente los que asistieron a la Universidad de Wisconsin a preparar materiales de enseñanza y a aprender a enseñar Derecho. La mayor parte de nuestros profesores continuó durante ese largo período utilizando el método escolástico o de transmisión pura de conocimientos, cuyos inconvenientes ya he expuesto al plantear mi posición sobre el tema. Hay, pues, que distinguir entre el fracaso del método y el fracaso de su implementación (que dicho sea de paso tampoco fue un fracaso).

Ciertamente, el método socrático es muy difícil de manejar y eso explicaría, en gran medida, su rechazo por la mayor parte de los profesores. Y es difícil, porque el profesor puede toparse con diversos problemas, como son la indebida concentración de la discusión en temas marginales; la actitud negativa de los alumnos (aburrimiento, silencio, desinterés, frustración o sentimiento de que “no aprenden”) y la pérdida de control del profesor sobre la clase (los alumnos pueden llevar la discusión a otro terreno y eso consume mucho tiempo, poniendo en riesgo la compleción del *syllabus*). Pero, para evitar esos inconvenientes, se han desarrollado técnicas precisas que ayudan al profesor a manejar correctamente la discusión, que recomiendan, por ejemplo, preparar adecuadamente el ambiente físico y social del aula, fijar de manera anticipada las reglas de la discusión; preparar cuidadosamente las preguntas para iniciar el diálogo y poder llegar a conclusiones y cerrar la discusión con conclusiones. Y eso toma mucho tiempo y demanda mucho esfuerzo, lo que explica su rechazo, sobre todo por parte de profesores a tiempo parcial. En consecuencia, debe distinguirse entre las dificultades que genera la utilización del método socrático y el fracaso del método mismo.

Sin negar que el método socrático plantea una serie de riesgos, éste tiene muchas ventajas sobre los demás. Ayuda a retener la información (el alumno no olvida el tema en cuya discusión estuvo involucrado); ayuda a aprender a resolver problemas y desarrollar el pensamiento crítico; ayuda a modificar actitudes (en la discusión con-

tinua, los alumnos van aprendiendo a discutir, a controlar emociones, a tratar a sus compañeros y futuros colegas) y motiva a estudiar y a investigar. En otras palabras, este método es muy útil, tanto para aspectos cognitivos (argumentar, aplicar reglas a diversas situaciones, sintetizar ideas, evaluar, etcétera), como para aspectos afectivos (exponerse a diversos puntos de vista, tomar interés en las discusiones, autoanalizarse). Finalmente, el método socrático retroalimenta al profesor y le permite apreciar en qué etapa de desarrollo se encuentran los alumnos y ajustar adecuadamente su metodología.

II. LA METODOLOGÍA ACTIVA NO SÓLO ES PERTINENTE EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA

Este es el otro eje de la posición de los profesores Castillo y Vásquez. Para ellos, el interés del sistema del *common law* de que sus abogados posean determinadas capacidades y habilidades radica en que *“en los Estados Unidos el ejercicio de la profesión de abogado se realiza en un sistema enraizado en la cultura del show business donde el abogado tiene que convencer a un jurado de gente común y corriente...”* Señalan los profesores Castillo y Vásquez que a ese sistema corresponde una metodología específica –el método socrático– concluyendo en que *“nos guste o no nos guste, nuestra tradición jurídica es la romano-germánica y a ésta corresponde una educación legal que privilegia la información...”* (sub.ag.)

Al respecto, me permito hacer unos breves comentarios:

- a) La enseñanza de habilidades es un requerimiento para cualquier profesional en cualquier parte del mundo, independientemente de la tradición jurídica a la que pertenezca. No se circunscribe, pues, a los requerimientos de la práctica anglosajona. Nadie duda –creo yo– que saber redactar; saber exponer; saber investigar o saber entrevistar, son cualidades que no dependen, ni mucho menos, de una determinada tradición jurídica. Así como los médicos, los ingenieros o los arquitectos requieren una formación en habilidades, independientemente del lugar en el que ejercerán su profesión, los abogados requieren idéntica formación para poder desempeñarse en la práctica profesional. Si los países de tradición romano-germánica no consideraron la enseñanza de habilidades como parte de la currícula de sus universidades, no es porque dicho aprendizaje no es compatible con el

sistema, sino, simplemente, porque, en un momento determinado, no vieron el problema. Hoy, sí lo ven.

- b) Tampoco se trata de que el sistema anglosajón sea “*un sistema enraizado en el show business*”....ni que el abogado norteamericano tenga que verse con una “*tradición jurídica operística y oral*”, que según los profesores Castillo y Vásquez, no aplica a los abogados formados en la tradición romano-germánica. Esa es una mirada caricaturesca del abogado anglosajón, no sólo porque, unos pocos juicios se desarrollan con el sistema de jurado, sino porque la abogacía es bastante más amplia y compleja que el simple aprendizaje de reglas de comunicación para un público iletrado. Piénsese, nada más, en otras áreas de la profesión, que nada tienen que ver con el litigio, como son Propiedad, Contratación, Derecho Tributario o Derecho Administrativo, que exigen ciertas habilidades, que no se centran en la comunicación oral.
- c) Los profesores Castillo y Vásquez no demuestran cómo así a cada tradición jurídica corresponde una determinada metodología de enseñanza; ni dan razones por las cuales la tradición romano-germánica privilegia la información sobre la formación en habilidades. Y, en mi opinión, no hay nada en la tradición romano-germánica que imponga el método magistral ni, mucho menos, que privilegie la transmisión de información sobre el aprendizaje. La metodología de la enseñanza depende, más bien y, en primerísimo lugar, del avance de la pedagogía, que propone nuevas maneras de enseñar (Schön; Barnett; Piaget; Kolb); de una determinada visión del Derecho y de una idea clara por parte de las autoridades universitarias del tipo de abogado que quieren formar. Es cierto que el Realismo Norteamericano impulsó fuertemente la orientación de la enseñanza del Derecho al análisis de problemas reales, pero eso no quiere decir que eso no pueda ser replicado en el sistema romano-germánico que, finalmente, comparte raíces con la tradición jurídica anglosajona.
- d) Por lo demás, hoy se viene produciendo un acercamiento entre los sistemas jurídicos anglosajón y romano-germánico, muestra de lo cual es, por ejemplo, el abandono del

razonamiento silogístico, a punto que se dice que “*hoy ningún abogado en Francia mantiene seriamente el punto de vista según el cual las decisiones judiciales se determinan por la operación formal, para no llamarla mecánica, del silogismo, sin tomar en cuenta las consecuencias de una determinada situación fáctica*”²⁷, que es lo que caracteriza a la administración de justicia anglosajona.

- e) Hoy en día, el sistema anglosajón ya no se circunscribe al *common law*. Tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, se ha expedido (y se sigue expidiendo) abundante legislación en todos los campos, incluyendo códigos, leyes generales y reglamentos. Y, en eso, no se distingue en nada del Derecho continental, para lo cual basta con revisar un texto de *statutory interpretation*, para apreciar que los anglosajones aplican exactamente los mismos métodos de interpretación que los que se utilizan en la tradición romano-germánica. Y, aún en esta nueva circunstancia de desplazamiento hacia la legislación, los anglosajones siguen impulsando el aprendizaje de habilidades y la utilización de la metodología activa de enseñanza, sin haber nunca planteado, hasta lo que yo sé, que la adopción del sistema legislativo impone el retorno al método magistral o un sistema que privilegie la información.
- f) Finalmente, vivimos en un mundo globalizado donde, nos guste o no nos guste, la cultura anglosajona se ha impuesto. El inglés es hoy, el idioma universal; Estados Unidos es el centro científico del mundo, donde la investigación ha tenido y sigue teniendo resultados impresionantes; las universidades norteamericanas son siempre las mejor *rankeadas*; su tecnología es la más avanzada; abundan los premios Nobel en todas las áreas científicas y artísticas; se practica la mejor medicina, la mejor ingeniería y la mejor economía del mundo y, finalmente, su cultura se exporta, con lo bueno y lo malo que eso tiene (las “*mac-burgers*”; Hollywood; el jazz y su extraordinaria literatura). En el ámbito jurídico, las cosas no son muy distintas: la contratación ha cambiado en todas partes del mundo, gracias a nuevas figuras provenientes del mundo anglosajón (i.e fideicomisos, *project*

²⁷ Ibidem; p.134.

finance); dicha tradición ha influido también en el cambio del concepto de propiedad (*time sharing*), que estoy segura, pronto adoptaremos; su razonamiento judicial (primero la conclusión y luego la premisa) ha sido adoptado sin dificultad por abogados de tradición romano-germánica, que han abandonado (conciente o inconcientemente) el silogismo, como esquema esencial de pensamiento. Incluso, se viene adoptando un nuevo estilo judicial que aspira, al mejor estilo anglosajón, a la simplificación del lenguaje judicial²⁸. Decir, entonces, que el

sistema anglosajón nos es ajeno, es, por lo menos, exagerado. Posiblemente esa preponderancia no persista por mucho tiempo más y que, de acá a 100 años resulten más interesantes el sistema musulmán o el chino. Pero hoy no cabe duda de que el mundo anglosajón lleva la delantera, aún con la crisis que él mismo ha creado.

Dejo, pues, planteada mi posición, esperando haber contribuido a la reflexión sobre la necesidad de la reforma de la enseñanza en el Perú.

DÚPLICA DE MARIO CASTILLO FREYRE Y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE:

Los editores de la THEMIS-Revista de Derecho, con relación al debate que promueven sobre la calidad de la enseñanza jurídica en nuestro medio, nos han solicitado un breve comentario sobre el artículo de la doctora Shoschana Zusman. Entendemos que también a ella le ha sido solicitado lo mismo sobre nuestro artículo, que no es más que una apretada síntesis de nuestro libro "La Reforma de la Enseñanza Jurídica en Debate. Métodos y contenidos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú".

Siendo este el tema, el primer comentario que nos suscita el artículo de la doctora Zusman es que éste parece ser, a su vez, un comentario al libro ya citado. Por nuestra parte, nosotros creemos haber dicho todo lo que teníamos que decir en el libro y, por lo tanto, las dos posiciones sobre la enseñanza jurídica están perfectamente claras: la doctora Zusman privilegia la técnica sobre el conocimiento, esto es, los trucos, las mañas (en el mejor de los sentidos), los *tips*, en una palabra, las habilidades o destrezas que un abogado debe tener para resolver problemas concretos; nosotros, por el contrario, ponemos la prioridad en el conocimiento que, seguimos creyendo, es la columna vertebral de la profesión de abogado y sin el cual no puede haber un abogado verdaderamente exitoso, como lo demuestra la experiencia en nuestro medio.

Dicho esto, creemos que es importante resaltar cuál es la filosofía que, a nuestro juicio, está tras el planteamiento de la doctora Zusman. Por qué pues, para ella, las habilidades tienen prioridad

sobre el conocimiento en la profesión de abogado. Porque, según su pensamiento, las habilidades sirven para "resolver problemas reales" que es el objeto del ejercicio de la profesión. En este sentido emparenta el Derecho a la Ingeniería o a la Medicina, mientras que lo aleja de la Filosofía o la Historia que, por ser disciplinas básicamente especulativas, aspiran fundamentalmente a entender el mundo. En otras palabras, la doctora Zusman sostiene que ejercer la profesión supone no especular, sino resolver problemas concretos.

Y no le falta razón, si no fuera por el pequeño detalle de que para resolver un problema real, hay que entender la realidad del mundo (jurídico) que es donde se suscitan esos problemas. Porque, si no se entiende el mundo, si no se especula ni se piensa, ¿cómo se van a resolver sus problemas?

En este sentido, nosotros diríamos que el Derecho, antes que relacionado con la Medicina o la Ingeniería, está primero relacionado con la Historia y la Filosofía.

En Derecho, privilegiar la técnica sobre el conocimiento es la partida de nacimiento del tinterillo. Porque el tinterillo es eso, un técnico del Derecho: mínimo conocimiento con máximo de habilidades.

Y esto tiene implicancias serias para la profesión de abogado. Nos referimos a las consecuencias éticas. Porque, después de todo, ¿cuál es la calidad moral de un profesional del Derecho cuya

concepción de abogado es simplemente ser ducho en habilidades jurídicas?

Porque, de las habilidades jurídicas a la triquiñuela no hay más que un paso cuando, vacío el Derecho de contenido, de Historia, de Filosofía, de dogmática que den un sentido trascendente a las habilidades jurídicas, no hay límite cultural alguno para caer en el abismo de la leguleyada. Ese es el peligro de que el principal objeto de la enseñanza jurídica sea proveer al estudiante de habilidades jurídicas.

Y esto, por supuesto, degrada la administración de justicia de la cual el abogado es un actor fundamental. De más está decir que si a eso se suma la ignorancia del abogado, pues no vamos a tener más que un proceso kafkiano.

Lo dicho no quiere decir que las habilidades jurídicas no sean importantes para el ejercicio de la profesión de abogado: ¡claro que lo son! Y claro también que deben propiciarse en el estudio de la carrera de abogado a través del análisis y discusión de casos prácticos, como antiguamente se hacía con las fenecidas comisiones de prácticas, en los cursos que la Facultad consideraba claves para la formación del abogado.

Pero nosotros creemos que la mejor práctica es la experiencia. Es la experiencia la que hace al maes-

tro. Y no lo olvidemos; un alumno de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene dos años de Estudios Generales Letras. Dos años de redactar exámenes y monografías. Dos años para aprender a plantear y analizar problemas, a exponer, a debatir, a argumentar, a pensar. El que no ha aprendido con esa experiencia, pues que no se meta a estudiar Derecho. No es en la Facultad de Derecho donde debe “aprender a aprender” sino en Estudios Generales Letras. Ése es el sentido vocacional de esa Unidad Académica.

Y, por otro lado, las habilidades y destrezas jurídicas tampoco se aprenden en la Facultad. Un torero no se hace torero dándole capotes a un toro de madera, sino en el ruedo, con un toro de verdad. Que no todos puedan acceder al ruedo es otro problema. Es un problema de selección natural que no se va a solucionar con una simulación de la realidad. Se aprende de la experiencia. No se aprende la experiencia.

Por último, tal como lo hemos señalado en nuestro artículo, estamos firmemente convencidos de que, pese a todos los problemas que pudiera haber, la enseñanza jurídica en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú es la mejor enseñanza del país, precisamente, porque nuestra Universidad y nuestra Facultad no se han convertido –todavía– en un instituto superior tecnológico o algo por el estilo.

Shoschana Zusman Tinman versus
Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze

RODRIGO,
ELIAS
& MEDRANO
ABOGADOS

Av. San Felipe 758. Lima 11. Perú. Tel: [511] 619-1900 Fax [511] 619-1919
www.estudiorodrigo.com

RÉGIMEN LEGAL DE LAS MYPES: ¿ACIERTO O FALLA?

Mario Pasco Cosmópolis* versus

Javier Neves Mujica**
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

El Decreto Legislativo 1086, emitido a mediados del año pasado, crea un régimen laboral especial para las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES). Este régimen ha sido acogido por un sector de los críticos como deficiente, pues se asegura que entorpece más de lo que ayuda el desarrollo de este tipo de empresas.

En el presente artículo, uno de los artífices de esta norma, el ex-Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Dr. Mario Pasco Cosmópolis, nos explica a qué realidad y motivos responden las disposiciones creadas, mientras que el también ex-Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Dr. Javier Neves Mujica, le da un vistazo crítico a las mismas.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

** Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP.

POLÍTICAS DE FOMENTO A LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

Decir que las micro y pequeñas empresas (en adelante, las "MYPE") constituyen la absoluta e inmensa mayoría de empresas en el país es un lugar común. También lo es el que en esa mayoría absoluta esté concentrado casi todo el empleo. Y finalmente, el mayor de los lugares comunes es que, en especial en la micro empresa, el empleo es informal, porque las propias empresas lo son.

Todos estos son simples datos nada novedosos. Pero allí están, así son. Esa es la realidad de nuestro país. Allí radica el mayor de los retos para una política social que parta de reconocer que el único programa efectivo de lucha contra la pobreza es aquel que tiene como eje la creación de empleo. Pero empleo de calidad, empleo decente, en los términos acuñados por la Organización Internacional del Trabajo.

La única manera de lograrlo es a través de la paulatina incorporación a la formalidad de ese vasto universo productivo y laboral.

Sólo dentro de la formalidad puede aspirar un trabajador a conseguir un trabajo permanente, adecuadamente retribuido, con protección social suficiente y con acceso a las prestaciones básicas.

I. LAS MYPE: SU CARACTERIZACIÓN Y SU ROL SOCIAL

Es verdad incontestable, en efecto, que las empresas más pequeñas procrean, en relación con los medios invertidos en su puesta en marcha, más puestos de trabajo que la gran empresa, tanto en términos absolutos como relativos. Por eso, toda política de desarrollo debe prestar atención a este fenómeno, ya que, como expresa Verdadera¹:

- "Generan empleo directo de manera más rápida que la gran o media empresa en razón al menor monto de inversión por empleo creado y el menor período de maduración de la inversión;
- Tienen la mayor integración nacional en la adquisición de insumos –consumo intermedio– con mayor impacto indirecto sobre el empleo y los ingresos y el menor consumo de divisas;

- Satisfacen las necesidades básicas de los más pobres pues producen bienes a bajos precios;
- Utilizan los recursos nacionales, regionales y locales existentes, fomentando el desarrollo regional y local;
- Tienen un alto efecto demostración. Al notar el avance de las primeras pequeñas y medianas empresas (en adelante, "PYMES") en un sector, otros trabajadores se instalan como PYMES, dada la facilidad de entrada.

Pero, de otra parte, las PYMES también muestran muchas debilidades que derivan de:

- Falta de preparación de los microempresarios en gestión empresarial y en comercialización;
- La necesidad de mejorar la calidad de los productos, los acabados y la presentación. Se compete con bajos precios y no en calidad, la que más bien se sacrifica. Falta capacitación en desarrollo de productos industriales.
- Falta de capacitación técnico-productiva;
- Muchas se sostienen por subvenciones, mediante programas de crédito;
- Existe dispersión de las PYMES, lo que dificulta su organización;
- Existe dispersión gremial en varias instituciones (APEMIP, FENAPI, APIC, Comité de Pequeña Industria de la SIN), las mismas que actúan con altibajos."

Por cierto, una cuestión previa es la caracterización de la micro, pequeña y mediana empresa, para lo cual pueden utilizarse criterios cuantitativos o conceptuales. Son más socorridos los primeros.

Así, se suelen utilizar con frecuencia tres criterios, sea en forma aislada, sea concurrente: el número de trabajadores dependientes, el volumen de la facturación y la cuantía de los activos. Otros criterios, aunque menos aplicados, son las capacidades tecnológicas, el volumen de producción, el tipo de actividad económica². La norma peruana utiliza los dos primeros³.

¹ VERDERA V., Francisco. "Programas de empleo e ingresos en Perú". En: MARTÍNEZ, Daniel y Gustavo MÁRQUEZ (Coord.) AA.VV. Programas de empleo e ingresos en América Latina y el Caribe. BID/OIT.1998, p. 332.

² Por cierto, las pautas de medición de las empresas según su envergadura varían en los países desarrollados y subdesarrollados. En aquellos, empresas que según sus parámetros internos califican como pequeñas serían colocadas uno o dos escalones más arriba en los países pobres, en los que empresas con cien trabajadores son colocadas en el rubro de "mediana o gran empresa".

³ Para la microempresa, un máximo de 10 trabajadores y un tope de ventas de 150 UIT; para la pequeña, un máximo de 100 trabajadores y ventas hasta por 1700 UIT.

Como una suerte de aproximación a una definición conceptual, es común identificar a la micro empresa con la empresa unipersonal o familiar, lo que no excluye, sin embargo, los emprendimientos mínimos en los que hay trabajo subordinado y remunerado, todo lo cual hace que sean numéricamente las más abundantes en prácticamente todo país.

En la pequeña empresa –el escalón siguiente– se constata por lo general la “existencia de dos niveles jerárquicos; predominio de comunicación verbal; decisiones centralizadas y superposición de funciones en la figura del empresario/dueño. Se trata mayoritariamente de empresas familiares, con bajos niveles de inversión, orientadas casi exclusivamente al mercado interno”⁴.

II. UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LAS MYPE

Según las estadísticas hay más de 3’200,000 micro y pequeñas empresas. Son estas pequeñas unidades productivas las que generan la inmensa mayoría de los empleos a nivel nacional; empleo, sin embargo, de baja calidad, sin protección real, y sin derechos.

Para afrontar tan enorme problema se requiere de una política integral que parta de una realidad que el Presidente Alan García definió muy ciertamente en su momento: el microempresario es, él mismo, un trabajador, es un trabajador que da empleo a otros trabajadores. El microempresario, en efecto, no es un inversionista que coloca su capital para que otros se lo administren, y vivir de sus utilidades, sino que es, él mismo, un trabajador. Un trabajador, huelga decirlo, también marginal y desprotegido.

Eso debe llevar a verlo, asumirlo y tratarlo, no como un evasor o trasgresor de la legalidad que

debe ser perseguido y acosado, sino como una persona a la que el Estado debe proteger, porque al hacerlo esa protección se extenderá a esos otros trabajadores que laboran para él.

Por eso es necesaria toda una política de estado. No una simple ley, sino una decisión y un conjunto de acciones que comprometan, transversalmente, a todas las instituciones y entidades del estado: gobierno central, gobiernos regionales y locales, empresas, entidades públicas; pero también a organizaciones sindicales y empresariales, cámaras de comercio, ONG, todos los integrantes de la sociedad oficial y civil alineados con las grandes estrategias para lograr una inserción o incorporación progresiva a las ventajas de la modernidad.

Eso lleva a un necesario deslinde en las estrategias encaminadas a la pequeña y a la microempresa, como especies diferenciadas. Si la pequeña empresa requiere políticas que le permitan articularse, crecer, desarrollarse, la microempresa requiere políticas que le permitan sobrevivir.

Sino, miremos las estadísticas: ochenta por ciento de las microempresas en el Perú no llegan a vivir dos años. La tasa de mortalidad infantil de la microempresa es altísima.

A nuestro criterio, la acción del Estado debe encaminarse a lograr, para el microempresario y sus trabajadores, un mínimo indispensable de seguridad social, acompañado de una sola exigencia: el respeto de los derechos laborales fundamentales, como enfáticamente proclama el Decreto Legislativo 1086⁵, tanto en forma genérica, cuanto con referencia específica a cada uno de tales derechos fundamentales.⁶

Lo demás vendrá después, casi por añadidura.

⁴ Cit, por LANARI, María Estela, et al. “Informe por Argentina al XV Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha/Turín –CLMT”. Arequipa. 2006. p.3. Adolfo Vispo acota que en la empresa mediana existen “dos o más niveles jerárquicos; formas de delegación de autoridad; presencia de niveles de información inconexos y procesos decisorios centralizados con coexistencia de componente racionales e intuitivos”.

⁵ El Decreto Legislativo 1086 publicado el 28 de junio de 2008 tiene como antecedente inmediato la Ley 28015.

⁶ “Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1086

Derechos laborales fundamentales En toda empresa, cualquiera sea su dimensión, ubicación geográfica o actividad, se deben respetar los derechos laborales fundamentales. Por tanto, deben cumplir lo siguiente:

1. No utilizar, ni apoyar el uso de trabajo infantil, entendido como aquel trabajo brindado por personas cuya edad es inferior a las mínimas autorizadas por el Código de los Niños y Adolescentes.
2. Garantizar que los salarios y beneficios percibidos por los trabajadores cumplan, como mínimo, con la normatividad legal.
3. No utilizar ni auspiciar el uso de trabajo forzado, ni apoyar o encubrir el uso de castigos corporales.
4. Garantizar que los trabajadores no podrán ser discriminados en base a raza, credo, género, origen y, en general, en base a cualquier otra característica personal, creencia o afiliación. Igualmente, no podrá efectuar o auspiciar ningún tipo de discriminación al remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar a su personal.
5. Respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir, o no elegir, y a afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas.
6. Proporcionar un ambiente seguro y saludable de trabajo”.

Ahora bien, por su importantísimo rol en la generación de empleo, además, obviamente, de su propia inserción dentro del entramado social y económico de los países, en especial los de menor desarrollo, esa política debe traducirse en un conjunto sistemático de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo; dotación de infraestructura de servicios; mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda, y orientándola hacia lo microeconómico, simplificación de los trámites administrativos y apoyo en la constitución societaria; líneas especiales de financiamiento; información sobre mercados; capacitación gerencial; asistencia técnica; asesoría y consultoría orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad; acceso al crédito, capacitación y tecnología.

A todo ello apunta el Decreto Legislativo 1086, puesto en vigor en el segundo semestre del año 2008, que busca superar las dificultades que restaron eficacia a la Ley 28015, que se proponía lo mismo aunque con menor amplitud de miras.

III. RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL PARA LAS MYPE

Ahora bien, dentro de esas medidas se presenta una cuestión asaz polémica: el establecimiento de un régimen laboral especial o privativo con menos beneficios y un previsible menor costo laboral que el régimen común.

La posibilidad de segmentar la legislación en atención a la dimensión de la empresa es una medida de política que suele enfrentar a académicos y pragmáticos, a gobiernos y a gremios sindicales y empresariales: ¿es socialmente válido establecer regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para las MYPE; o la legislación laboral debe ser única y general? Las municiones teóricas que entrecruzan los partidarios de una y otra posición son de grueso calibre.

Quienes propugnan un régimen especial de menores beneficios y bajos costos arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas con la mira puesta en las empresas más visibles, que tienen los sindicatos más poderosos y que terminan siendo constrictoras de las empresas de menor dimensión, que son así empujadas a la informalidad, espacio en el que los trabajadores carecen de toda protección y de todo derecho. La informalidad es la simple consecuencia del ya mencionado alto costo de la

legalidad, según desarrolla Hernando de Soto en "El otro sendero". Si los costos legales disminuyeran –incluidos, natural y preponderantemente, los laborales, como también los tributarios y administrativos–, la informalidad cedería paso a la formalidad, que es el estado deseable.

En la acera del frente se argumenta que la ley no puede crear trabajadores de primera y segunda categoría, tratamiento dispar que es atentatorio contra los principios de igualdad y no discriminación. Por otra parte –alegan–, crear un régimen de inferior nivel empujaría a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas de menores costos del nivel inferior: las empresas grandes vendrían en medianas, y éstas en pequeñas, con el resultado final de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores.

El tema es agudo y merece un análisis atento y cuidadoso. Algunas líneas de coincidencia pueden existir entre posiciones tan encontradas. Veamos:

- Las políticas de empleo no pueden dejar de lado la promoción de las MYPE, sino que deben focalizarse en ellas, ya que allí radica el gran dinamismo de generación de puestos de trabajo.
- La legislación laboral debe actuar, en su generalidad y universalidad, como el piso mínimo del andamiaje de derechos y beneficios. Ese piso debe corresponder de manera racional a las posibilidades reales de la economía y de todas las empresas. Por ende, es válido y lícito eliminar beneficios exagerados, antitécnicos y antieconómicos, como en su momento proclamaron las reformas de los noventa.
- No contradice el principio de igualdad el que existan salarios diferenciados –en especial, los salarios mínimos, que son fijados por vía oficial y con carácter imperativo–, en atención al volumen de las empresas, como también a otros factores como la actividad productiva, la ubicación geográfica, el costo de vida relativo, etcétera. Como el salario suele ser la medida de los demás derechos, que por lo general se basan en él y lo usan como patrón de referencia, en materia de costos un salario menor produce en cadena beneficios de costo también menor.
- La manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posi-

bilidades reales de las empresas para atenderlas. No por la imposición ciega de un legislador distante, sino por la persuasión y el mutuo convencimiento.

Es importante advertir que, aunque son pocos los países en donde se ha creado un régimen laboral especial para las empresas de reducido tamaño, en gran número de ellos hay sin embargo normas diferenciadas sobre tópicos específicos.

Así, por ejemplo, es común que las diversas legislaciones reserven la participación en las utilidades sólo para las empresas de mediana y gran envergadura, como también que exoneren a las de menor dimensión de contar con un reglamento interno, o sala-cuna o lactario. De similar manera, en algunos países las normas sobre despido son menos rigurosas, no conllevan el derecho a reposición del trabajador que puede ser dispuesta en el caso de empresas grandes, y no se exigen a aquellos determinados servicios que sí son mandatorios en éstas, como *verbigracia* el comedor.

En materia colectiva, es usual que se exija un número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato de empresa (20 ó 25), lo que en la práctica impide la existencia de organizaciones sindicales de esa índole en la pequeña y micro-empresa.

Quiere esto decir que la segmentación por tamaño es más regla que excepción: prácticamente todos los países admiten diferencias en su legislación, aunque con carácter puntual o específico. Además, todas estas medidas se han aplicado desde siempre y de modo pacífico en el Perú, donde la participación en las utilidades sólo rige en las empresas con más de veinte trabajadores, lo que no es garantía de que se trate de una empresa pequeña únicas además donde es factible constituir un sindicato de empresa; el reglamento interno y la obligación de contar con un servicio de "relaciones industriales" y de asistencia social aplica en las empresas con cien o más trabajadores. Estas son normas de índole general, que se adicionan implícitamente al régimen especial de la microem- presa que veremos más adelante.

El Decreto Legislativo 1086, con el propósito explícito de promover su formalización y desarrollo, reconoce el derecho a descanso vacacional de quince días por año e indemnización por despido injustificado de diez remuneraciones diarias por cada año completo, con un máximo de 90 remuneraciones. No contempla, en cambio, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios,

asignación familiar, seguro de vida ni participación en las utilidades.

La afiliación al Sistema Integral en Salud –SIS– es obligatoria, dentro de un régimen "subsidiado" en el cual el empleador y el Estado aportan mensualmente por partes iguales; en cambio, la afiliación en materia de pensiones es potestativa del trabajador, habiéndose creado al efecto un Sistema de Pensiones Sociales al que el Estado aporta, igualmente, un subsidio equivalente al 50% de la contribución.

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA

La primera cuestión que debe quedar claramente sentada es que la problemática laboral, siendo importantísima, no es la única que afecta a las empresas de menor tamaño. Tanto o más pesantes resultan los aspectos administrativos, en orden a la constitución y registro; los tributarios, por su complejidad y alto costo; los financieros, por las enormes dificultades de acceso al crédito y las elevadas tasas de interés, que las afectan en mayor medida que a la mediana y gran empresa; como también las deficiencias en capacitación, el difícil acceso a los mercados, y un larguísimo etcétera.

El capítulo laboral es sólo uno de ellos. Sin embargo, despierta mayor polémica por una elemental razón: la existencia indispensable de un tercero en discordia, el trabajador. Mientras las otras medidas, todas ellas, tienen que ver con una relación bilateral del empresario de la micro o pequeña empresa con el Estado, con otros empresarios o con el consumidor, en el tema laboral hay otra parte comprometida. Y no es una parte cualquiera, sino la más importante, se la mire desde donde se la mire.

Es aquí donde retornamos a la idea central: el empresario de la micro empresa es, él mismo, un trabajador que da trabajo a otros trabajadores.

Sólo al tomarse conciencia de ello, al internalizarse su contenido, recién se puede comprender que el tema MYPE no es exclusivamente económico; no es, siquiera, prevalentemente económico. Es ante todo, y por sobre todo, un tema social.

En efecto, desde la perspectiva laboral, empleadores y trabajadores conforman estamentos distintos, separados, contradictorios, hasta hostiles entre sí. El derecho del trabajo tiene una entraña conflictiva, pues está encaminado a proteger al trabajador frente a los poderes enormes de que está dotado el empleador, y que si fueran ejercidos sin control devendrían en situaciones abierta-

mente antisociales, como sucedía sin más en las épocas aurales del maquinismo y la industrialización.

Esa óptica, que nos lleva a verlos como sectores antagónicos y enfrentados, conduce a que la legislación los trate de manera necesariamente diferente, acumulando o acreciendo derechos para los trabajadores al tiempo de restringir las atribuciones patronales.

Nada de lo que se legisla en pro del trabajador es trasplantable o aplicable al empleador; se trata de dos mundos diferentes, regidos por pautas distintas y encaminados a diversos resultados.

Por eso, en los países cuya seguridad social es de tipo contributivo, que son la inmensa mayoría a nivel mundial, dicho sistema está constreñido a los trabajadores, es un mecanismo para los trabajadores; el empleador es apenas un aportante pasivo, un sujeto tributario cuya participación se traduce en el pago de la contribución y cuya acción se concentra en los aspectos de la administración tripartita de los entes gestores, sin que el empleador sea, en ninguno de tales sistemas, un derecho-habiente de la seguridad social. Lo son sólo los trabajadores y sus familiares.

Pues bien, la nueva Ley MYPE trae un giro radical en esta conceptualización: el empresario es asumido y tratado como un trabajador, ya que normalmente lo es. Pasa a ser, por ello, derecho-habiente de la seguridad social, tanto en materia de salud como de pensiones.

Aquí está el *quid* de la cuestión: el empresario como trabajador.

Prima hoy un criterio economicista: la visión –por cierto atendible y plausible– de que lo que la microempresa requiere es capacidad para crecer. Sin duda que eso es importante; y debe ser tomado en consideración para sentar estrategias que permitan la incorporación plena de la microempresa en la economía formal.

Pero antes de que ello suceda, lo primero que debemos garantizar es que la microempresa pueda sobrevivir. Como se ha señalado, más de ochenta por ciento de microempresas desaparece antes de cumplir dos años de existencia. La microempresa adolece de alta mortalidad infantil. Parte de la explicación para este fenómeno implacable es la falta de inclusión y protección social.

El empresario dedica demasiado tiempo y esfuerzo a la tarea infecunda de constituir y registrar

su empresa, y a realizar trámite tras trámite ante innumerables ventanillas burocráticas, en vez de dedicarlos a aquello a lo que están destinados: producir. Mientras se hace cola en una oficina no se puede producir, como tampoco llenando formularios ni haciendo pagos.

Naturalmente, el reconocimiento del empresario como trabajador y la posibilidad consiguiente de acceder a niveles básicos de inserción y promoción social no es suficiente para incentivarlo a acogerse a la formalidad. Era necesaria una visión más amplia y comprensiva, que acumulara suficientes ventajas, que es lo que creemos ha conseguido y consagrado la Ley MYPE: la constitución y registro de la empresa en apenas 72 horas, el acceso a mecanismos de financiamiento, el monitoreo de la información sobre mercados, el estímulo a la creación de conglomerados y *clusters*, las incubadoras de proyectos y empresas, y otras muchas medidas, concretan lo que en realidad la norma representa: una política de estado.

V. RESTAN DOS CUESTIONES POLÉMICAS

A estas alturas, salvo doctrinarios recalcitrantes, son pocos los que objetan la necesidad de un régimen laboral especial para la microempresa. Se ha introducido ya en la conciencia social, política y jurídica de nuestro país que la idea voluntarista de extender a la microempresa el régimen general es impracticable y, peor aún, negativa, porque al empujar al empresario a la informalidad, condena al trabajador a una condición mísera y desprotegida.

Un régimen *ad hoc* resulta, pues, opinable desde una perspectiva teórica, pero incuestionable desde una óptica realista, ya que es mejor el cincuenta por ciento de algo que el ciento por ciento de nada.

Restan sin embargo, dos cuestiones que son pasto para análisis.

La primera: admitiendo la necesidad de tal régimen en la microempresa, ¿por qué extenderlo a la pequeña empresa, que constituye una realidad diferente?

La segunda: tal régimen especial, ¿debe ser temporal o puede ser permanente?

En cuanto a lo primero, prima también una consideración práctica: si entre el régimen común y el especial no se interpusiera un escalón, que permita un tránsito razonable, ningún empresario de microempresa se animaría a crecer, o lo haría

utilizando subterfugios que ocultaran su envergadura. Se hace indispensable, para constituir un verdadero estímulo a su desarrollo, que el tránsito sea progresivo, paulatino, ya que de lo contrario se constituiría en una barrera infranqueable.

No se trata en este caso de promover formalidad, porque ella en gran medida ya existe, sino en no empujar a la informalidad, ni mucho menos al fraude.

Por cierto, el régimen especial sólo se aplica a los trabajadores que ingresen con posterioridad a la

vigencia de la ley, sin que puedan ser afectados los derechos dentro del régimen común de quienes venían laborando con anterioridad.

En cuanto al plazo, fijarlo como hacía la Ley 29015 abre también otra perspectiva amenazante⁷. El empresario acogido al régimen especial se habrá de preguntar, sin duda, ¿qué sucederá cuando el plazo expire? Y si la respuesta es que, a partir de ese momento, deberá asumir todas las cargas del régimen común, lo más probable es que prefiera permanecer en la informalidad, y mantener a sus trabajadores dentro de la misma.

EXPOSICIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA:

EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL PARA LAS MYPE

En julio del 2003 se creó un régimen laboral especial para las microempresas que duraría cinco años. Se hizo mediante la Ley 28015. Finalmente, se le introdujeron sustanciales modificaciones por el Decreto Legislativo 1086 –el Texto Único Ordenado se aprobó por Decreto Supremo 007-2008-TR– y se le reglamentó por Decreto Supremo 008-2008-TR. Los cambios principales han consistido en convertir en permanente el régimen especial y ampliarlo a las pequeñas empresas, categoría que a su vez se ha extendido.

En las líneas que siguen voy a plantear las mayores objeciones que me provoca esta nueva regulación. Primero un cuestionamiento de forma y luego varios de fondo.

I. ¿UN NUEVO RÉGIMEN APROBADO SIN DIÁLOGO SOCIAL?

El anteproyecto de Ley General del Trabajo ha venido discutiéndose alrededor de seis años en tres instancias plurales, en búsqueda de consenso: técnico, en la llamada Comisión de Expertos compuesta por cinco profesores de Derecho del Trabajo de nuestra Facultad, de orientaciones ideológicas diversas: social, en el Consejo Nacional del Trabajo integrado por el Estado, los gremios empresariales y las centrales sindicales; y político, en la Comisión de Trabajo del Congreso. Se había alcanzado un importante acuerdo sobre la gran mayoría de su contenido,

exceptuando –como era previsible– los asuntos más controvertidos, no obstante lo cual ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo han tenido verdadero interés en aprobarlo. Contrariamente, el gobierno sí ha priorizado la regulación laboral en las micro y pequeñas empresa (en adelante, MYPES). *Régimen general no, pero regímenes especiales sí*, parece ser la agenda normativa oficial para la actividad privada. Lo mismo ha sucedido en el sector público: se paralizó el debate sobre la Ley General del Empleo Público mientras se regulaba el nuevo contrato administrativo de servicios.

Lo más grave es que mientras el régimen general fue sometido a un prolongado diálogo social, el régimen especial se modificó mediante facultades legislativas delegadas, sin participación de las organizaciones de trabajadores. Podría decirse que en el Consejo Nacional del Trabajo no están suficientemente representados los microempresarios, pero entonces hubiera sido cuestión de incorporarlos.

El daño producido al principal mecanismo democrático de producción de normas, que es el diálogo social, ha sido enorme: si el Poder Ejecutivo no quiere que se apruebe una norma, entonces la falta de acuerdo total es una buena excusa para paralizarla; pero si quiere, no resulta necesario acuerdo alguno.

Mario Pasco Cosmópolis versus
Javier Neves Mujica

⁷ La Ley 28015 establecía una temporalidad inicial de cinco años, ampliada posteriormente por cinco años más según la Ley 28851. Algunas analistas le atribuyen a esta característica la poca eficacia de la norma.

II. ¿SE JUSTIFICAN LOS RÉGIMENES ESPECIALES POR TAMAÑO DE LA EMPRESA?

Hay regímenes especiales que atienden a distintos factores. La naturaleza de la actividad parece el criterio más razonable para fijarlos. Así un régimen especial, al menos en ciertos aspectos, para los trabajadores de construcción civil, los pescadores, los estibadores o los mineros, resulta comprensible. ¿La dimensión de la empresa es un criterio apropiado? A mi juicio el asunto es harto discutible. Entre los mayores motivos de preocupación que me suscita está el de cuál es la valla y quién la determina. El gran riesgo es que tienda a ampliarse desmedidamente, desnaturalizando el propio régimen especial. Lo ocurrido con la ley modificatoria ha ido en esta equivocada dirección.

En el supuesto de que se justificaran, serían, como dicen los abogados, condición necesaria pero no suficiente: sería indispensable acompañar las medidas laborales con otras en los planos tributario, administrativo, crediticio, financiero, etc. La simple degradación de derechos no promueve ni la formalidad ni el empleo, de lo que dejó evidencia empírica –como dicen los economistas– la experiencia de la llamada Ley de Fomento del Empleo de 1991. Lamentablemente, siempre es el campo laboral en el que se producen las mayores flexibilidades.

III. ¿SE JUSTIFICAN LOS RÉGIMENES ESPECIALES PERMANENTES?

Un régimen laboral especial por tamaño de la empresa debería ser promocional: compensar temporalmente la desventaja en productividad mediante una disminución integral –y no solo o fundamentalmente laboral– de trabas, para conseguir al cabo de unos años una igualación efectiva. Si se vuelve permanente, configura un trato desigual injustificado y genera estímulos negativos al crecimiento. En un estudio sobre este sector, Juan Chacaltana sostiene que el salto de productividad de las microempresas se produce hacia el sexto año de funcionamiento, por lo que plantea que el régimen laboral especial fuera gradual y durara diez años. Lamentablemente, no fue el camino seguido por nuestra norma.

Si el Tribunal Constitucional mantiene –como es de esperar por seguridad jurídica– el criterio sentado en la sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen Especial Agrario, al menos este aspecto del régimen MYPES será declarado inconstitucional.

IV. ¿SE JUSTIFICA LA ELEVACIÓN DE LA VALLA?

Para determinar la pertenencia a la categoría de micro o pequeña empresa se emplean dos criterios conjuntos: número de trabajadores y volumen de ventas anuales. En el caso de la microempresa ninguno de ellos se ha modificado: de uno a diez trabajadores y 150 unidades impositivas tributarias de ventas anuales. Pero en el de la pequeña empresa se han duplicado: antes eran de uno a cincuenta trabajadores y ahora de uno a cien y, en cuanto a las ventas, antes eran de 151 hasta 750 y ahora hasta 1500 unidades impositivas tributarias. ¿Cuál es el sustento técnico de dicho cambio?

Peor aun, el régimen laboral especial antes abarcaba sólo a las microempresas y ahora comprende también a estas crecidas pequeñas empresas, que –según el estudio de Juan Chacaltana– tienen un nivel de producto por trabajador tres veces mayor que el de las microempresas. Y resulta que, mientras la relación formalidad/informalidad en las primeras es de 4/96, en las segundas es muy pareja: 47/53. Las cifras son proporcionadas por el Ministerio de Trabajo. ¿Se justifica que para estimular que ese 53% que incumple la legislación se formalice se someta al 100% a un régimen especial? Es cierto que ese 47% no podrá acogerse al régimen especial, pero queda una muy mala señal: los empresarios infractores son premiados con una oportunidad de sujetarse a un régimen con menores derechos para sus trabajadores y encima con amnistías respecto del Estado, y los cumplidores son castigados con permanecer en el régimen general.

V. ¿LA LEY EXCLUYE REALMENTE LA RECONTRATACIÓN?

La ley modificatoria pretende evitar que las empresas formales cesen por diversas vías a sus trabajadores actuales y los recontracten sujetos al nuevo régimen especial. Para ello, exige que entre el cese y la recontractación medie por lo menos un año. ¿Es esta una garantía adecuada? Me parece que no. Primero, porque tratándose de mano de obra poco calificada, el empresario puede cesar al trabajador formal y sustituirlo por otro en el régimen especial. Segundo, porque efectivamente puede esperarse un año y recontractar al mismo. En estricto debió prohibirse que un empresario que cese personal sujeto al régimen general pueda contratar en el régimen especial.

VI. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Los derechos individuales de los trabajadores están severamente circunscritos en las microempresas: la remuneración mínima puede rebajarse, las vacaciones son de quince días, no hay gratificaciones, compensación por tiempo de servicios ni participación en las utilidades, la indemnización por despido injustificado es de diez días por año con tope de noventa días y el seguro social esta muy recortado. En las pequeñas empresas las vacaciones, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios son equivalentes a la mitad de las del régimen general y la indemnización por despido injustificado es incluso menor.

En derechos colectivos, implícitamente en el caso de las microempresas y explícitamente en el de las pequeñas empresas, la ley modificatoria las somete al régimen general. ¿Pero pueden ejercerse los derechos colectivos en este régimen? Para constituir un sindicato se requiere veinte trabajadores conformes. Es una cifra imposible para una microempresa que apenas llega a diez en total y muy difícil de alcanzar en una pequeña empresa. Se podría argumentar que cabría constituir sindicatos de rama y sería cierto. Pero, ¿para qué se forma un sindicato? ¿No es fundamentalmente para negociar colectivamente? ¿Y para

hacerlo en nivel supraempresarial, no se requiere el acuerdo de los empleadores? ¿Qué hacemos con un sindicato de rama que no puede negociar en ese ámbito porque los empresarios no están conformes? Debieron dictarse reglas especiales sobre mínimo de trabajadores para formar un sindicato y decisión unilateral de los trabajadores respecto del nivel negocial, para compensar en lo colectivo siquiera en algo la desventaja en lo individual.

Régimen especial en materia individual, en que se rebaja o suprime derechos, y general en materia colectiva en que no pueden ejercerse, parece una fórmula siniestra.

VII. TRASLADO DE COMPETENCIA

Para rematar la situación, tras la modificación del régimen laboral especial se dispuso la transferencia de la competencia sobre las MYPES del sector Trabajo al de Producción. En todo el proceso de debate interno al gobierno sobre la regulación de las MYPES, Producción sostuvo las tesis más absurdas, que extendían hasta el infinito los confines de estas categorías. ¿Qué puede ocurrir en el futuro, en que dicho sector podrá formular nuevas propuestas normativas? ¿La Telefónica, Yanancocha y el Banco de Crédito serán MYPES?

RÉPLICA DE MARIO PASCO COSMÓPOLIS:

Con arreglo a la mecánica que nos explicaron los editores de Themis, el Dr. Javier Neves Mujica y el suscrito fuimos invitados a exponer nuestros puntos de vista sobre el tema propuesto: el régimen legal de las MYPE, luego de lo cual intercambiaríamos nuestros respectivos textos para hacer recíprocos comentarios.

Corresponde, pues, que haga los comentarios pertinentes al artículo de Javier.

Comienzo por expresar mi respeto y aprecio por sus opiniones, siempre versadas, claras y lúcidas.

Ello no me lleva a compartirlas necesaria y absolutamente, aunque de la comparación de nuestros artículos se advertirán no pocas coincidencias.

Por razones meramente didácticas, trataré referirme uno por uno a los siete temas que él desarrolla.

I. DIÁLOGO SOCIAL

La objeción consiste en que el Decreto Legislativo 1086 –Ley MYPE– no fue consultado con el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo –CNTPE.

Claro, no era ése el ámbito adecuado, sino el del *Consejo Nacional para el Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa* –CODEMYPE.

En el CNTPE están las grandes empresas, emblemáticamente representadas por CONFIEP, la SNI, ADEX, etcétera, y las centrales sindicales –CGTP, CTP, CNT, CUT– que afilian a los trabajadores sindicalizados, que son precisamente los de las grandes empresas.

En cambio, en CODEMYPE están los empresarios de la micro y pequeña empresa, y sus trabajadores. Y a ellos sí se les consultó. No sólo respecto

del que a la postre sería el Decreto Legislativo 1086, sino de los proyectos que lo antecedieron, elaborados durante la gestión de la ministra Susana Pinilla, y se recibieron del Consejo y sus integrantes múltiples aportes para su perfeccionamiento.

De modo, pues, que hubo diálogo social. Pero donde debía: no ante el CNTPE, sino ante CODEMYPE

II. ¿SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE RÉGIMENES ESPECIALES SEGÚN EL TAMAÑO DE LA EMPRESA?

Por cierto que se justifica, más que en ningún otro caso, un trato especial para las empresas más pequeñas.

¿Tiene lógica que una microempresa esté sujeta a las mismas obligaciones que el Banco de Crédito, que Southern Perú Copper Corporation, Wong, Ripley o Yanacocha? ¿Es razonable una sola legislación universal para la empresa transnacional, la gran empresa, la mediana, la pequeña y, sobre todo, la microempresa?

La respuesta óptima sería que sí, *siempre y cuando fuera una legislación de mínimos*, no de máximos como es nuestra legislación laboral común. ¿En cuántos países del mundo es obligatorio otorgar dos gratificaciones de un sueldo cada una al año, o dar 30 días de vacaciones desde el primer año de servicios, o pagar un sueldo y medio de indemnización por cada año trabajado, o depositar un sueldo por año como compensación por tiempo de servicios?

La legislación laboral común fue elaborada pensando en las grandes empresas, no en las microempresas.

Esa legislación excesiva ha traído aparejado un efecto no querido y hasta cierto punto perverso: el empobrecimiento de la negociación colectiva. En efecto, ¿qué más se puede pedir u obtener en materia de vacaciones, de gratificaciones, de indemnizaciones? Por eso la negociación en el Perú discurre sobre tópicos intrascendentes, no sobre materias esenciales. ¡Cuán distinto hubiera sido el sindicalismo peruano si hubiera tenido los es-

pacios negociales que la legislación le ha arrebatado!

Pero ante una legislación desbocada, omnicompreensiva, pensada en máximos y no en mínimos, es indispensable un régimen especial que le permita a la microempresa lo esencial, que es sobrevivir y formalizarse. Lo demás es voluntarismo, no realismo.

III. RÉGIMEN PERMANENTE

La Ley 28015 fracasó, entre otras razones, porque introdujo un régimen temporal, transitorio. El empresario de la microempresa tenía que preguntarse, ante la disyuntiva de formalizarse o permanecer en la informalidad, qué iría a suceder después. Si la respuesta era –como fue– que al cabo de unos años pasaría obligatoria y forzosamente al régimen común, la reacción obvia tenía que ser la que se dio en la práctica: nadie se formalizó. Mayores eran las ventajas (perversas) de la informalidad que los beneficios (temporales) de la formalidad.

Legislar es un acto difícil y delicado. Exige un prudente equilibrio entre lo deseable y lo posible, entre la teoría y la práctica, entre lo que dicta la doctrina y lo que exige la realidad. Si la Ley 28015 fracasó por ponerle un plazo al régimen especial, repetir el error sería contumacia.

IV. LA VALLA DE LA PEQUEÑA EMPRESA.

En la Ley 28015, la definición de pequeña empresa remitía a un máximo de 50 trabajadores y una facturación anual de 850 UIT⁸. El Decreto Legislativo 1086 duplica exactamente ambas cifras⁹.

Todo límite, todo plazo, es siempre arbitrario: ¿por qué 850 UIT y no 500, 1000, o 1500 ó 2000? ¿Por qué 50 trabajadores y no 20, 30, 70 ó 100? Lo importante, entonces, no es la cifra, sino el por qué de la cifra, a partir de la premisa de que, cualquiera ella sea, será siempre arbitraria.

Pues bien, la implantación de un régimen especial para la pequeña empresa no apunta únicamente a su formalización. Muchas de ellas, acaso la mayoría, ya son formales.

⁸ Dicho al paso, las cifras son 850 y 1700 UIT, y no 750 y 1500, como inadvertidamente indica JNM.

⁹ Un dato curioso, anecdótico, es que la matemática duplicación no fue deliberada, sino casual: se manejaron cifras, se concordaron dentro un mínimo y un máximo, y se fijaron en las acordadas, sin que nadie se percatara, sino tiempo después, que correspondían exactamente a un ciento por ciento de crecimiento.

A lo que apunta es a introducir un escalón entre la microempresa y el régimen común. Ninguna microempresa crece abruptamente de mediana o grande, en una especie de proceso de sublimación (pasar de sólido a gaseoso sin pasar por el estado líquido), sino que la evolución natural es que la microempresa evolucione a pequeña, ésta a mediana y la mediana, finalmente, a grande.

El futuro del Perú está en la pequeña empresa, no en la micro ni en la grande. La microempresa tiene todos los atributos para generar empleo, pagar remuneraciones razonables, reconocer los derechos, negociar con los sindicatos, y, en fin, constituir el escalón de acceso a ese *desideratum* que es el trabajo decente. Hay que procurarle en consecuencia un régimen que no la asfixie ni la aniquile, sino que le permita crecer y desarrollarse. Para eso está precisamente la negociación colectiva, que a partir de una base o piso razonable permite avanzar hacia mayores y mejores derechos para los trabajadores, pero dentro de las posibilidades reales de cada empresa para asumir su costo, sin la generalidad ciega de la ley, sino con la visión objetiva de la realidad. Ésa es la explicación.

V. LA RECONTRATACIÓN

La ley tiene un candado para evitar que las empresas despidan fraudulentamente a un trabajador del régimen común para luego recontratarlo bajo condiciones diferentes. ¿Será eficaz la ley para impedirlo? ¿Esa acaso eficaz la ley laboral común para el ciento por ciento de los trabajadores que están en teoría bajo su imperio? No es posible una respuesta afirmativa categórica, porque ¿cuán eficaces son las leyes en el Perú? No se le puede, entonces, atribuir a esta ley una impotencia que no le es privativa, sino que es universal.

La vigilancia, el contralor, corresponden al Poder Ejecutivo, al Ministerio de Trabajo concretamente. En lugar de culpar a la ley por su presunta (y quizás real) imposibilidad de garantizar que se cumpla, habrá que volver los ojos hacia quien tiene la responsabilidad de hacerla cumplir, que es el Poder Ejecutivo.

VI. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

La imposibilidad de constituir un sindicato de empresa en aquella que tiene menos de 20 trabaja-

dores no proviene del Decreto Legislativo 1086; ni siquiera de la antigua Ley 28015. Tal regla está contenida en una ley anterior: la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que a su vez sólo recogió lo que ya era norma en el Perú desde tiempos inmemoriales. ¿Por qué, entonces, imputarle a la nueva norma lo que proviene de una normativa anterior que nadie había objetado?

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha considerado siempre, y lo ha reiterado numerosas veces, que exigir un mínimo de 20 trabajadores para constituir un sindicato de empresa es razonable, no atenta contra la libertad sindical. Tiene razón. Si ya es exiguo un sindicato de 20 afiliados, ¿qué sería un "sindicato" de 9 miembros, todos ellos dirigentes? Un ejército con más generales que soldados.

La solución es otra, y Javier la insinúa: la forma natural de sindicación para los trabajadores de las empresas de menor dimensión no es el sindicato de empresa, sino el de gremio y, sobre todo, el de rama de actividad.

Para eso no se necesita ningún cambio normativo. Entre otras cosas, porque la legislación bajo comentario no acarreo ninguno.

Lo que se necesita es otro sindicalismo. Y que los trabajadores adviertan que la solución está en sus propias manos.

¡Claro!, muchos dirigentes tendrían que renunciar a algunos de sus privilegios. Porque no hay en el mundo sindicatos que tengan tantos dirigentes como los peruanos. Son miles. Y disfrutan de fuero, de licencias, de permisos, de estatus, que ahora quieren extender a la micro empresa.

VII. TRASLADO DE COMPETENCIAS

Aquí existe coincidencia absoluta con Javier: las MYPE debieran haber seguido a cargo del Ministerio de Trabajo, que no sólo tenía la experiencia, sino la experticia para ello.

Desafortunadamente, por razones que no alcanzo a comprender, se decidió políticamente que esas competencias fueran trasladadas al Ministerio de la Producción. Por esa, y no por ninguna otra razón, renuncié a la cartera.

Mario Pasco Cosmópolis versus
Javier Neves Mujica

El gobierno, seguido casi unánimemente por la prensa, planteó el debate en los siguientes términos: los trabajadores de las MYPES tienen en el papel todos los derechos que reconoce la legislación laboral general, sin embargo, en los hechos no disfrutan de ninguno, porque aquella valla es muy alta y los empresarios no pueden cumplirla; por tanto, hay que bajar la valla, para que al menos tengan efectivamente ciertos derechos. Es mejor –se dijo– pocos derechos en la realidad que muchos en la teoría.

Detengámonos primero en la coherencia interna de esa concepción. Podría ser válida para la microempresa, donde impera casi absolutamente la informalidad, pero ¿por qué se comprende entonces en el régimen laboral especial a la pequeña empresa, que es casi mitad y mitad formal e informal? ¿Los pequeños empresarios todavía informales que se acojan al nuevo régimen no van a competir ahora oficialmente con ventaja indebida sobre los ya formales, fundada en la minusprotección laboral? Van a poder contratar con el Estado y con los particulares ofreciendo menores costos sobre la base del pago inferior de beneficios económicos a sus trabajadores. Dos situaciones fáciles iguales: ambos son pequeños empresarios, con tratamiento legal diverso: uno en el régimen laboral general y el otro en el especial, ¿con mo-

tivo justificado? ¿cuál? Si se extiende al pequeño empresario informal la razonable ventaja que tenía el formal de acceder al sistema, ¿se alienta la formalidad?

En el caso de los microempresarios, la norma alentará la formalidad solo de aquellos interesados en acceder al sistema, que no lo habían hecho por los supuestos altos costos laborales y no por otros motivos. ¿Cuántos son? A los demás, les seguirá conviniendo permanecer en la informalidad, que siempre será más barata: no otorgar ningún derecho será menos caro que otorgar los pocos que reconoce la norma.

Finalmente, la degradación de derechos para una enorme masa de trabajadores, aunque muchos de ellos no rigieran efectivamente, debe ser siempre el último recurso al que acuda el Estado constitucional de derecho, conforme al test de razonabilidad que aplica nuestro Tribunal Constitucional. ¿Este es el caso? ¿Se ha demostrado? ¿Cómo? Si ni siquiera ha habido un debate público y plural sobre esta trascendental reforma. Siempre que haya protección, habrá evasión. ¿Para evitar esta debemos rebajar o desaparecer a aquella? ¿El Estado nos disminuye los impuestos a la renta del trabajo a los que cumplimos para que los que incumplen paguen?

PRESENTAMOS:

*Una edición especial del terruño
de Viña Tacama*



WWW.TACAMA.COM

NOTARIA



Vela Velásquez

Av. Javier Prado Este 2837 1er. Piso – San Borja • Central en Hunting: 346-2704
rvela@terra.com • legal1@notariavela.com • legal2@notariavela.com • legal3@notariavela.com



Sus socios para el éxito

Panez, Chacaliaza & Asoc. es firma miembro de RSM International, la séptima red más grande de firmas independientes de contabilidad y consultoría a nivel mundial. Las firmas miembro de RSM están unidas por el deseo común de ofrecer servicios de la más alta calidad a sus clientes y lograr una diferencia positiva en su futuro.

Panez, Chacaliaza & Asoc.S.C.R.Ltda.
Av. De la Floresta 497 - Lima 41, Perú
Telf: (511) 372 6262 Fax: (511) 372 7004

RSM International
global excellence in audit, tax & consulting

Panez, Chacaliaza & Asoc.S.C.R.Ltda. es firma miembro de RSM International, una asociación de firmas independientes de contabilidad y consultoría.

GARCIASAYAN abogados

www.garciasayan.com.pe

Av. Reducto 1310, Miraflores / Lima 18 - Perú / T: (511) 615-0202

¿RECHAZANDO LA JUSTICIA? EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA

Giovanni Priori Posada* *versus* Eugenia Ariano Deho**

Si para algo debería servir el proceso es para la defensa de los derechos, y si de algo debería ocuparse el Derecho Procesal es de encontrar la estrategia argumentativa válida, dentro del conjunto de reglas impuestas por el ordenamiento, para hacer valer ese derecho. Ningún derecho es absoluto, y oscilamos entre confiar demasiado o muy poco en los involucrados. Los garantistas confían mucho en las intenciones particulares, a veces sin tomar en cuenta sus consecuencias. Los efficientistas confían mucho en el Juez y sus históricamente cuestionadas “habilidades” ponderativas. Los primeros apelan a supra-conceptos iusnaturalistas; los segundos requieren de una positivización taxativa de supuestos de improcedencia. En este contexto, por qué permitirle al Juez rechazar una demanda a su propio juicio, sin siquiera notificar al demandado, genera necesariamente discrepancias doctrinarias entre los procesalistas.

El presente artículo nos sumerge en esta dicotomía del pensar procesalista, donde entran en juego valores, opiniones personales y casos concretos expuestos, de un lado, de la mano del Dr. Giovanni Priori y su afán por la ductibilidad de las instituciones; y del otro, de la mordaz pluma de la Dra. Eugenia Ariano, en una postura encontrada que será punto de partida de muchas reflexiones fundamentales para el perfeccionamiento del proceso.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Priori, Carrillo & Cáceres Abogados.

** Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

I. MARCO GENERAL DE ANÁLISIS

Nuestra Constitución sanciona como un principio y derecho de la potestad jurisdiccional, la tutela jurisdiccional efectiva¹. Por su lado, establece que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado², disponiendo, además, que es deber fundamental del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos³. Ello determina que tanto las normas del ordenamiento jurídico⁴, como el actuar de los jueces⁵ deben indiscutiblemente respetar ante todo y sobre todo, la Constitución.

El mandato constitucional es suficientemente claro como para no dejar pasar desapercibida cualquier imputación de inconstitucionalidad a una norma o a un acto jurisdiccional. En un Estado constitucional, la inconstitucionalidad es la más grave calificación que se le puede dar a cualquier acto de poder (sea en ejercicio de la potestad legislativa, jurisdiccional o administrativa), pues destruye la base misma de la organización política y los fundamentos del propio Estado constitucional, sometiendo a los ciudadanos a un destino incierto, de grave afectación de sus derechos. La propia Constitución se erigió, precisamente, para garantizarlos, y un acto de autoridad estaría quebrando el propio orden fundamental.

Un sector de nuestra doctrina procesal ha puesto en duda la constitucionalidad del rechazo liminar de la demanda⁶. Las voces que lo han hecho son tan autorizadas, que es necesario detenerse a analizar ese cuestionamiento.

II. ¿QUÉ ES EL RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA?

Es la atribución que le confiere el ordenamiento jurídico al Juez para evaluar si la demanda cumple con determinados requisitos, antes que sea puesta en conocimiento del demandado; de modo que si no los cumple, el Juez dispone el inmediato rechazo de la demanda.

Esta es una atribución judicial característica del sistema jurídico latinoamericano, que emana del *despacho saneador*. Esa atribución supone que "el juez, de oficio y antes de admitir la demanda, debe examinar la presencia y satisfacción"⁷ de los presupuestos procesales. "Si ellos no se cumplen debe abstenerse de iniciar proceso porque el que admitiere con tal defecto sería un proceso inválida, un proceso ineficaz, que no puede conducir a un pronunciamiento en el fondo sobre el éxito o fracaso de la pretensión"⁸.

Ahora bien, el *despacho saneador* es, en estricto, una potestad atribuida a los órganos jurisdiccionales que consiste en poner en evidencia, de oficio, la ausencia de un presupuesto procesal, evitando así la continuación de un proceso. Ello supone que el Juez no debe esperar que el demandado denuncie la invalidez de la relación procesal, pues puede hacerlo, incluso, cuando el demandado ya apersonado no haya cuestionado la validez de la relación procesal. Se trata, por ello, de *someter al proceso a un juicio*; es decir, se "hace un proceso sobre el proceso"⁹.

¹ "Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)"

² "Artículo 1 de la Constitución Política del Perú.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

³ "Artículo 44 de la Constitución Política del Perú.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)"

⁴ "Artículo 51 de la Constitución.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

⁵ "Artículo 138 de la Constitución.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

⁶ ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el poder del Juez de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso". En: "Problemas del proceso civil". Lima: Jurista. 2003. p. 69.

⁷ QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO. "Teoría General del Proceso". Bogotá: Temis. 2000. p. 322.

⁸ Ibidem.

⁹ VESCOVI, Enrique. "Teoría General del Proceso". Bogotá: Temis. 1999. p. 81.

El rechazo liminar de la demanda es una consecuencia del *despacho saneador*, pues se manifiesta como una atribución que se le confiere al juzgador *ab initio*, sin siquiera esperar el emplazamiento del demandado. Como expresión del sistema procesal latinoamericano, él se encuentra recogido en el artículo 112 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹⁰. Como fundamento de esta facultad se ha señalado que: "Los tiempos que corren no admiten que los jueces deban permanecer impasibles ante la proposición de demandas cuya sustanciación sólo se traduciría en un inútil dispendio de actividad jurisdiccional"¹¹.

Sin embargo, en nuestra opinión, el *despacho saneador* (y, en consecuencia, el rechazo liminar de la demanda) encuentra su fundamento constitucional en el propio derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el respeto por la dignidad de la persona humana. En efecto, una simple aproximación a este instituto lleva siempre a ligarlo al derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, cumple también un rol fundamental respecto a la efectividad de la tutela jurisdiccional, pues es tan importante acceder al proceso como obtener al término de él una decisión definitiva que se pronuncie sobre el conflicto de intereses planteado, brindando una oportuna y adecuada protección a la situación jurídico-material. El penoso tránsito por el proceso debe llevarnos a la plena satisfacción en el derecho material. Supone una grave afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el tener que transitar por todo el proceso y, recién al término de él, encontrar una resolución que advierta la

ausencia de un presupuesto procesal que pudo ser advertida desde su inicio por el Juzgador. "Cuanto más tarde se descubre la falencia (...) tanto más desagradables son las consecuencias"¹². Es claro que ese rechazo no puede suponer una lesión desproporcionada o injustificada al derecho al acceso a la justicia ni, claro está, al propio derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, como lo señalaremos en este trabajo.

III. EL RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PERUANA

El artículo 427 del Código Procesal Civil¹³ establece que el juez en un proceso civil puede declarar la improcedencia de la demanda cuando advierta que el demandante carezca de legitimidad o de interés para obrar, o cuando carezca de competencia, o advierta la caducidad del derecho, o cuando el petitorio sea física o jurídicamente imposible, exista una indebida acumulación de pretensiones o no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Esa norma fue tomada como punto de referencia para otras normas procesales dictadas posteriormente, como el caso de la Ley Procesal del Trabajo, la que, de manera general, se remite en esta parte a lo señalado en el Código Procesal Civil¹⁴.

En el caso de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, se establecen causales específicas por las cuales la demanda puede ser *ab initio* declarada improcedente, además de prever

¹⁰ "Artículo 112 (Contralor sobre la demanda).

112.1 Presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a los artículos precedentes o a las disposiciones generales que establecen las formalidades para la comparecencia en proceso, el Tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.

112.2 Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión.

Si se interponen recursos contra el auto interlocutorio que rechaza la demanda por improponible, el Tribunal dará conocimiento de la misma y otorgará traslado de los recursos al demandado.

La resolución final que recaiga en este último caso, tendrá eficacia para ambas partes".

¹¹ PEYRANO, Jorge. "Derecho Procesal Civil". Lima: Ediciones Jurídicas. 1995. p. 233.

¹² LEIBLE, Stefan. "Proceso civil alemán". Medellín: Diké. 1999. p. 163.

¹³ "Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes".

¹⁴ "Artículo 18.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declara la improcedencia de la demanda mediante resolución especialmente fundamentada, cuando no reúna los requisitos de procedibilidad señalados en esta Ley y en el Código Procesal Civil".

como una causal más lo dispuesto en el artículo 427 del Código Procesal Civil¹⁵.

Finalmente, el Código Procesal Constitucional en su artículo 5¹⁶ recoge una serie de causales por las cuales el Juez puede declarar la improcedencia liminar de una demanda en un proceso constitucional.

De este modo, resulta claro que el Código Procesal Civil recogió el modelo del sistema jurídico latinoamericano, que luego fue seguido por las demás legislaciones procesales peruanas en el sentido de otorgarle al Juez la potestad de rechazar liminarmente una demanda ante supuestos especialmente previstos en la ley, antes que incluso el demandado haya sido notificado con la demanda, poniendo, de esta manera, fin al proceso apenas iniciado.

IV. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

A. El paradigma del Estado constitucional y el método que él impone

El estado actual de los estudios jurídicos y, específicamente, los procesales, nos lleva necesariamente a descartar una visión absolutamente

hermética¹⁷ de los institutos jurídicos procesales. El Derecho actual y el influjo que la Constitución tiene en él nos exigen una metodología absolutamente diferente a la que normalmente hemos venido utilizando, que rechaza tanto la mera exégesis que se agota en el análisis de la norma, como el cerrado dogmatismo que trata de adecuar la realidad y la justicia a conceptos abstractos o a un sistema ideado por la academia, sin considerar ni otorgar importancia a la incidencia que ellos tienen en la sociedad o en la justicia por la que el proceso debe preocuparse.

En esa nueva perspectiva, el proceso se convierte en un "instrumento ético de democratización de las decisiones del Estado, asumiendo a su vez, la posición de ser un vehículo de realización de los valores básicos consagrados en el sistema constitucional (...)"¹⁸. De este modo, a través del proceso no solo se resuelven las controversias entre privados, sino que se realizan los valores que inspiran al Estado constitucional, siendo esa la razón por la que la Constitución ha consagrado como uno de los principios y derechos fundamentales, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En cada proceso, entonces, está en juego día a día la vigencia del propio Estado constitucional, el que a través del proceso se le

¹⁵ "Artículo 21.- Improcedencia de la demanda.- La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

1. Cuando sea interpuesta contra una actuación no contemplada en el Artículo 4 de la presente Ley.
2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente Ley. El vencimiento del plazo para plantear la pretensión por parte del administrado, impide el inicio de cualquier otro proceso judicial con respecto a la misma actuación impugnada.
3. Cuando el administrado no haya cumplido con agotar la vía administrativa, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley.
4. Cuando exista otro proceso judicial o arbitral idéntico, conforme a los supuestos establecidos en el Artículo 452 del Código Procesal Civil.
5. Cuando no se haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.
6. Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.
7. En los supuestos previstos en el Artículo 427 del Código Procesal Civil".

¹⁶ "Artículo 5.- Causales de improcedencia.- No proceden los procesos constitucionales cuando:

- 1.- Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
- 2.- Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
- 3.- El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
- 4.- No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
- 5.- A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
- 6.- Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
- 7.- Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;
- 8.- Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva. (*)
- 9.- Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;
- 10.- Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus".

¹⁷ DE MEDEIROS MELO, Gustavo. "O acesso adequado a justice na perspectiva do justo processo": En: FUX, Luiz y otros. "Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor Jose Carlos Barbosa Moreira". Revista dos Tribunais. 2006. pp. 684.

¹⁸ Ibidem.

presenta al ciudadano como una frustrada utopía o una viva realidad.

El proceso en su integridad debe ser expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En cada etapa de él se puede reconocer cada uno de los derechos que integran ese derecho y principio fundamental. Por ello, al estudiar los institutos procesales es necesario apreciar de qué manera ellos permiten la realización de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Por ello, el que una norma confiera una determinada facultad al juzgador no la hace por sí sola posible en la tramitación concreta de un proceso, en la medida que se puede estar afectando un derecho fundamental. Por otro lado, el hecho que un importante jurista o grupo de juristas apoyen una determinada posición, no la hace constitucionalmente válida en nuestro sistema. El que el Derecho procesal haya cambiado significa también que la manera de afrontar sus problemas y de fundamentar las posiciones en torno a ellos haya también cambiado.

Vivir bajo un Estado constitucional significa un auténtico cambio de paradigma. Ello supone una *revolución* en los términos de Thomas Kuhn¹⁹ y, por ende, una fricción o constante relación de tensión entre el paradigma anterior y el nuevo paradigma: el paradigma que se resiste y el que quiere imponerse. Hoy estamos frente a una auténtica *revolución científica* que, por supuesto ya no es aquella que opone la exégesis frente a la dogmática, revolución propia de fines del siglo XIX. Aunque en el Perú podemos seguir observando las tensiones entre jueces formalistas y exégetas, resistiéndose a abogados dogmáticos; o, jueces dogmáticos, batallando frente a abogados exégetas²⁰; el estado de los estudios procesales ya trascendió ese debate. Hoy el debate enfrenta a la propia dogmática y, ni qué decir, a la misma exégesis ante los valores constitucionales, y, por ende, las razones son presentadas bajo los cánones de la teoría de la argumentación jurídica, como posiciones que deben estar razonablemente sustentadas en los principios y valores constitucionales.

Lo expuesto no se presenta como tarea sencilla. En efecto, la constitucionalización del derecho

procesal o la consideración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como su principio rector, no supone ubicar una norma, confrontarla a un derecho fundamental y, si advertimos que lo limita, concluyamos entonces, que es inconstitucional. En un Estado constitucional la apreciación de las infracciones constitucionales se presenta de manera mucho más compleja que la descrita. La Constitución expresa un conjunto de valores. Todos esos valores son la expresión de una sociedad que se identifica en ellos, al punto que expresan “un estadio de desarrollo cultural”²¹ de la propia sociedad. Eso quiere decir que el contenido de la Constitución no expresa un mandato concreto hacia sus destinatarios cuya interpretación pueda hacerse a partir de un sentido unívoco, sino que, por el contrario, al expresar una serie de valores y principios estos deben ser interpretados en conjunto, a fin de que el sentido de la Constitución represente en su aplicación concreta el conjunto de valores que inspiran al Estado constitucional, impidiendo que alguno de ellos se vacíe de contenido en su aplicación²².

En ese sentido, “Si cada principio y valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema de conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción –válido para la *scientia iuris*– no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. ‘Positivamente’: no, por tanto, mediante la simple imputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto”²³. A esa compatibilidad en-

Giovanni Priori Posada versus
Eugenia Ariano Deho

¹⁹ KUHN, Thomas. “La estructura de las revoluciones científicas”. pp. 36 y ss.

²⁰ No sería del todo extraño encontrar también discusión entre jueces formalistas y abogados formalistas, convirtiendo al proceso en un escenario patético de una sorda discusión.

²¹ HABERLE, Peter. “El estado constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 5.

²² Para un mayor detalle sobre ello, puede verse mi trabajo anterior: PRIORI POSADA, Giovanni. “*Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo*”. En: Themis – Revista de Derecho 55. 2008.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid: Trotta. 1995. p. 16.

tre todos los principios y valores constitucionales es precisamente a lo que Zabrebelsky denomina *ductibilidad*, como característica propia del Estado constitucional²⁴.

Con base a lo expuesto, intentaremos hacer el análisis de constitucionalidad de la atribución del rechazo liminar de la demanda.

B. El rechazo *in limine* de la demanda y el derecho de acceso a la justicia

El rechazo *in limine* de la demanda nos lleva necesariamente a preguntarnos si la facultad que tiene el Juez de rechazar *ab initio* la demanda sin siquiera emplazar con ella al demandado, lesiona o no el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; en concreto, el derecho de acceso a la justicia²⁵.

Cappelletti y Garth²⁶ consideran al derecho al acceso efectivo a la justicia como un derecho básico. Dicho derecho se expresa en el libre e igualitario acceso a los órganos jurisdiccionales, convirtiéndose de esta manera en la verdadera garantía de acceso al proceso que, con carácter de fundamental, corresponde a todo ciudadano. Ello lleva a que los citados autores hayan llegado a sostener que: “El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico –el “derecho humano” más fundamental– en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos”²⁷.

La razón de ello es que el acceso a la jurisdicción es el “primer eslabón de la cadena”²⁸ que supone

el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin él, no hay posibilidad de obtener ni gozar de ninguno de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo por ello el presupuesto necesario para garantizar el respeto de todas los demás derechos constitucionales relativos al proceso.

Este derecho supone que toda persona tiene derecho a exigir la protección jurisdiccional ante cualquier lesión o amenaza de lesión de cualquier derecho o interés legítimo²⁹. Basta la sola alegación de que ellas se producen para poder acudir al órgano jurisdiccional³⁰. De este modo, el legislador no puede prohibir el acceso a los tribunales para la protección de un derecho o interés legítimo específico, pues ello claramente afectaría el derecho de acceso a la justicia, dejando en el más grave desamparo a las personas que vean afectadas esa situación jurídica. “Dicho de otra forma, en principio no puede existir un derecho o interés legítimo cuyo cuestionamiento no pueda tener acceso a la jurisdicción”³¹. Por su parte, no puede el Juzgador, previamente, sin haber dado el correspondiente trámite al proceso, rechazar una demanda alegando que no hay razones que justifiquen la protección del derecho. En esos términos el derecho de acceso a la justicia se presenta como un auténtico derecho al proceso y a su tramitación.

Sin embargo, el derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho de configuración legal, ello quiere decir que, si bien es un derecho fundamental que, como tal, forma parte de los principios y valores básicos del Estado Constitucional, el legislador puede establecer ciertos requisitos para

²⁴ Esta expresión es propia de Gustavo Zagrebelsky y es precisamente la que da lugar al título de una de las obras más importantes en materia de teoría general del derecho y derecho constitucional escritas a fines del siglo XX. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 14.

²⁵ “El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso” (STC 010-2001-AI).

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH. “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”. México: Fondo de Cultura Económica. 1996. pp. 14 y ss.

²⁷ Ibid.

²⁸ CHAMORRO BERNAL, Francisco. “El artículo 24 de la Constitución. El derecho al libre acceso a los Tribunales”. Barcelona: Lura editorial. 2005. p. 33.

²⁹ Sobre el contenido del derecho de acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación “de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, como lo señala el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos” (STC 010-2001-AI). En ese mismo sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional: “Que el artículo 139 de la Constitución reconoce a toda persona el derecho a obtener la tutela jurisdiccional en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, una de cuyas garantías es el acceso a la justicia, que se concreta en el derecho de promover la actividad jurisdiccional del Estado que culmine en una decisión judicial sobre las pretensiones planteadas, en el entendido de que esa decisión no tiene por qué ser favorable al demandante, y aunque normalmente recaiga sobre el fondo puede ocurrir que no entre en él por diversas razones contempladas en la ley, como son las causales de inadmisibilidad e improcedencia” (STC 0265-2000-AA).

³⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. cit. p. 32.

³¹ Ibid.

su ejercicio. Pero dicha facultad del legislador no es absoluta, es decir, el Congreso de la República no está habilitado para imponer cualquier tipo de requisito, sino que es necesario que, al hacerlo, respete los criterios que se exigen para la limitación de cualquier otro derecho fundamental, fuera de los cuales, la restricción se convierte en un acto inconstitucional y, en consecuencia, en una inaceptable barrera al acceso a la justicia.

En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al señalar que: “Como sucede con todos los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial. La exigencia del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales no se deriva de la existencia de una cláusula que, *ex profeso*, lo señale así, sino, básicamente, del diverso nivel en el que opera el Poder Constituyente (que los reconoce en normas constitucionales) y los poderes constituidos (que sólo pueden limitarlos en virtud de leyes cuya validez depende de su conformidad con la Norma Suprema del Estado)”³².

La admisión de los límites a los derechos fundamentales y, dentro de ellos, el derecho de acceso a la jurisdicción, no es sino la consecuencia de admitir que –como hemos mencionado– en el Estado constitucional coexisten una serie de valores y principios constitucionales, todos los cuales buscan obtener en conjunto su máxima optimización, y ello no se logra, en ese sentido de *ductibilidad* al que nos hemos referido anteriormente, postulando derechos absolutos, pues ello supondría necesariamente la colisión de unos con otros, sino más bien armonizándolos. Es por ello que los límites al derecho al acceso a la justicia, solo son admisibles en la medida que se justifiquen en la protección de otro valor o principio fundamental.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Los requisitos procesales o las condiciones legales que se puedan establecer a fin de ejercerse el derecho de acción, constituyen, *prima facie*, límites al derecho de acceso a la justicia. Para que éstos sean válidos, como se ha adelantado, es preciso que respeten su contenido esencial.

Evidentemente, no están comprendidos en los límites justificados por el ordenamiento, aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonable y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial”³³.

De este modo, coincidimos con quienes alertan en que la facultad de rechazar liminarmente la demanda supone una restricción al derecho al acceso a la justicia, pero el solo hecho de ser una restricción no la convierte en inconstitucional. Del mismo modo, el hecho que sea el legislador el que haya establecido un requisito para la admisión de la demanda, no lo convierte en constitucional; así el Tribunal Constitucional ha señalado que: “no todos los requisitos procesales que la ley prevea, por el solo hecho de estar previstos en la ley o en una norma con rango de ley, son de suyo restricciones *ab initio* plenamente justificadas”³⁴.

Precisamente para evaluar en qué casos el establecimiento de condiciones o requisitos pueden llegar a afectar el libre e igualitario acceso a la justicia, es necesario hacer el *test de proporcionalidad*, que nos permite establecer cuándo la restricción puede llegar a convertirse en inconstitucional. El test de proporcionalidad³⁵ aplicado al acceso a la justicia, supone lo siguiente:

- a) La limitación del derecho de acceso a la justicia debe tener una finalidad constitucionalmente legítima.
- b) La limitación del acceso a la justicia debe ser adecuada e idónea para la consecución de aquella finalidad que le sirve de sustento.
- c) La limitación al acceso a la justicia debe presentarse como necesaria, es decir, es la consecuencia de no existir un mecanismo menos gravoso.
- d) La limitación del derecho fundamental debe resultar de un juicio de ponderación entre los daños que ella origina y los beneficios que con ella se desean obtener.

Solo en la medida que se apruebe el test de proporcionalidad, podríamos decir que la facultad del Juez de rechazar liminarmente la demanda es constitucional.

³² STC 010-2001-AI.

³³ STC 010-2001-AI.

³⁴ STC 010-2001-AI.

³⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales”. En: Pensamiento Constitucional. Revista de la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú 5. Año VIII. p. 78.

Ahora bien, el hecho que la facultad de rechazar *ab initio* una demanda sea una restricción al derecho al acceso a la justicia, exige que el Juzgador encienda lo que podríamos denominar **su sistema de alerta constitucional**, y ello supone la necesidad de evaluar con sumo cuidado la constitucionalidad de la restricción, no aplicando la norma ciegamente, sino estableciendo si ella es inconstitucional o no³⁶, con base al test de proporcionalidad antes señalado. Si es inconstitucional no debe aplicarla, justificando debidamente por qué no lo hace. Si es constitucional, debe evitar que la aplicación que él haga de la norma en el caso concreto se convierta en inconstitucional, y ello sucede cuando en su aplicación excede los parámetros constitucionalmente admitidos para la restricción, o vuelve irrazonable su aplicación, o la hace excesiva o innecesariamente gravosa. **Por ello, en tanto que está evaluando los límites dentro de los cuales se ejerce un derecho fundamental, el Juzgador tiene claros mandatos al momento de evaluar si admite o no una demanda:**

- a) Debe interpretar los requisitos establecidos por el legislador, siempre en el sentido más favorable a la protección del derecho al acceso a la justicia.
- b) Debe dar siempre el trámite de subsanación del defecto, aún en el caso en el que la norma procesal señale lo contrario, cuando advierta que el defecto advertido es por naturaleza subsanable.
- c) En caso de duda, debe siempre admitir la demanda, es decir, preferir el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia.

No actuar conforme a estos parámetros supone, claramente, cometer una infracción constitucional, la más grave afectación que un funcionario público puede cometer dentro del Estado.

La inadmisión o improcedencia de la demanda, es entonces absolutamente excepcional. Esa consideración ha llevado a que precisamente se hable del *principio pro actione*, o *favor actione* o *favor processum*, que significa que, en caso de duda, el

Juez debe admitir la demanda. Dicho principio ha sido expresamente recogido en la Ley que regula el proceso contencioso administrativo y el Código Procesal Constitucional.

A ello se debe también el hecho que los incisos 1 y 2 del artículo 427 del Código Procesal establezcan que la ausencia del interés y la legitimidad para obrar que justifican el rechazo liminar, sea *manifiesta o evidente*. Ello quiere decir que el uso de esa facultad solo está reservada no solo en esos dos únicos casos, sino en todos los demás casos, cuando el defecto en el presupuesto procesal sea absolutamente claro, notorio e incontrovertible. Insisto, la regla general es la admisión de la demanda. Su rechazo supone un acto absolutamente excepcional del juzgador, del cual se hace responsable en caso de ser arbitrario o constituir una restricción inconstitucional al acceso a la justicia.

C. Los fundamentos constitucionales del rechazo liminar de la demanda.

Para establecer, entonces, si el rechazo liminar de la demanda es constitucional, es necesario determinar si dicha facultad encuentra justificación constitucional, es decir, si la restricción al derecho al acceso a la justicia que supone el hecho que el juez rechace *ab initio* la demanda, está basada en la protección de otro derecho fundamental. En nuestra opinión, existen tres principios y derechos fundamentales que justifican esa atribución: la efectividad de la tutela jurisdiccional, el derecho a que el proceso dure un plazo razonable y la dignidad de la persona humana.

Ya en otra ocasión nos cupo la oportunidad de explicar largamente en qué consiste y cuál es la importancia de la efectividad como rasgo esencial del derecho a la tutela jurisdiccional³⁷. Sin embargo, basta en esta sede recordar lo ya mencionado en aquel trabajo en el sentido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas las garantías previstas para su desarrollo; sino que alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada. Por ello, Francisco Cha-

³⁶ Ello no es sino ejercicio de la potestad atribuida por el artículo 138 de la Constitución a todo Juez peruano. "Artículo 138 de la Constitución.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

³⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas* 26. 2003.

morro³⁸ sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

- a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. 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.
- b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado.
- c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.
- d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.

Lo trascendente es que llegado el momento de dictar sentencia, se dicte una resolución que ponga fin a la controversia y no una resolución que señale que no puede existir pronunciamiento sobre el fondo, pues se ha advertido recién en ese momento que en el proceso no se presentaba un presupuesto procesal. Llegar al final del proceso para recién en esa oportunidad declarar que no puede existir una resolución sobre el fondo del asunto, es lesionar el segundo grado de la efectividad. De este modo, que el Juez continúe con un proceso que resulta de manera manifiesta y evidente, desde su inicio, que no va a llegar a una decisión sobre el fondo del asunto, debido a la ausencia de un presupuesto procesal, es exigir a las partes que transiten innecesariamente por un proceso sabiendo que jamás se obtendrá una decisión que resuelva el problema planteado. Dejar hasta el término del proceso la decisión acerca de la procedencia o no de la demanda, supone por ello afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, precisamente en su rasgo esencial, ello es, la efectividad. Dicho de otro modo, el rechazo liminar de la demanda encuentra sustento constitucional pues tiene como propósito proteger el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, evitando llegar al término del proceso obteniendo una decisión que diga que no puede existir un pronunciamiento sobre el fondo, en la medida en que desde el inicio del proceso existía un defecto grave, insubsanable y evidente.

Por otro lado, podría sostenerse que no será necesario esperar a la sentencia, porque habiendo una etapa en el proceso en la que se revisa la validez de la relación procesal, por qué no esperar a dicha etapa para hacer la susodicha revisión, en vez de hacerlo al inicio. La respuesta viene dada, a nuestro modo de ver, por el derecho fundamental a que el proceso dure un plazo razonable. Como medio para hacer efectivos los derechos materiales, el proceso debe durar lo necesario como para que el Juzgador se pueda formar convicción en torno a los hechos alegados por las partes y lo suficiente para que estas puedan ejercer, en condiciones de igualdad, su derecho a la defensa. No más. En el proceso no se satisfacen los derechos de las partes, ni se obtiene la paz social; es solo cuando este termina y se hace efectiva la decisión tomada al final, que se recompone la paz social y la situación de insatisfacción material. De este modo, si al inicio del proceso resulta manifiesto y evidente que el proceso tiene un defecto insubsanable que el Juez está en condiciones de advertir en ese momento, para qué hacer transitar a las partes por una actividad procesal posterior e innecesaria para poder llegar a una conclusión que desde el inicio se presenta ya como evidente. Si es manifiestamente evidente desde el inicio esta circunstancia, cualquier actividad procesal adicional se torna en innecesaria y, en consecuencia, se estaría estirando el proceso más allá de lo razonable para poder disponer que existe un defecto en un presupuesto procesal que invalida la propia relación procesal y que impediría la expedición de una sentencia válida.

En esa misma línea, exigir que las partes se vean sometidas a un proceso innecesario, desgastándose en lo que aparece manifiestamente inválido, resulta gravemente afectar su dignidad. Supondría haber creado una superestructura legal que no atiende a quienes son sus principales protagonistas, los ciudadanos y la protección de sus derechos, sino a la necesidad de que continúe un trámite inválido y sin sentido; el que así se presenta como claro para todos; pero que es necesario que continúe, para decir, falazmente que se respeta un derecho (el de acceso a la justicia) mientras se lesionan otros derechos y principios constitucionales.

De este modo, entonces, si bien es cierto los ciudadanos tienen derecho de acceso a la justicia, el juez, para evitar que el proceso se tramite

Giovanni Priori Posada *versus*
Eugenia Ariano Deho

³⁸ CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La tutela judicial efectiva". Barcelona: Bosch. 1994. pp. 277 - 279.

por completo para llegar a una solución que no resuelva el problema planteado, o evitar que el proceso se prolongue más allá de lo razonable, lo que originaría una lesión a la dignidad de la persona, puede *ab initio* rechazar una demanda, si es manifiestamente evidente que se presenta en ese momento una causal de improcedencia.

D. Los supuestos de rechazo liminar y su juicio de constitucionalidad.

Si bien el rechazo *in limine* de la demanda tiene justificación constitucional, esto no significa que el legislador y el juzgador son libres, el primero para legislar y el segundo para resolver la aplicación de los casos en los que una demanda puede ser rechazada *ab initio*, como improcedente.

En ese sentido, los supuestos de rechazo liminar en la demanda previstos en la legislación procesal peruana, pueden ser divididos en:

1. Casos en los que su sola configuración por parte del legislador es inconstitucional, por constituir una lesión al derecho al acceso a la jurisdicción que no pasa el *test de proporcionalidad*

Serían varios los casos de las normas que han existido vulnerando este derecho; como por ejemplo, aquella dictada en el régimen fujimorista que disponía el rechazo liminar de cualquier proceso constitucional iniciado por cualquier magistrado que considere afectados sus derechos constitucionales por la destitución que ese régimen realizó.

Más allá de los antecedentes de esas atrocidades inconstitucionales, creemos que actualmente hay aún algunos ejemplos de ello. En este grupo está la improcedencia liminar de la demanda por una indebida acumulación de pretensiones. En este caso, la sanción es excesiva, para algo que por su naturaleza, podría ser resuelto mediante subsanación. Lo mismo ocurre, a nuestro modo de ver, con el caso del rechazo por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, el mismo que debería tener el trámite previo de subsanación.

De la misma manera, creemos que se encuentra en este rubro la exigencia del Código Procesal Constitucional, que dispone la improcedencia de la demanda en los casos en los que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Ello es más grave por el tipo de proceso al cual nos estamos refiriendo,

en tanto que aquello que justifica la improcedencia es casi un juicio de fundabilidad, en la medida en que el juez deberá analizar en ese momento los hechos, establecer si su invocación supone o no una lesión al derecho fundamental que se alega, pero aún más, debe determinar que dicha afectación es *directa*, pues si no lo es tanto, el proceso constitucional no cabe. Por lo demás, ¿qué significa que los hechos afecten directamente el contenido del derecho fundamental? Como si ello fuera poco ¿es que acaso es fácil establecer el contenido *constitucionalmente protegido* de un derecho fundamental? Adicionalmente a lo expuesto, la atenuación del principio de congruencia en los procesos constitucionales en defensa de derechos fundamentales ¿acaso no permite que el juzgador pueda pronunciarse respecto de un pedido distinto que proteja de mejor manera el derecho invocado o sobre un derecho distinto al alegado? Al parecer, el temor del legislador por el abuso de los procesos constitucionales (en especial, el amparo) pudo más que su deber por proteger los derechos fundamentales. Un juicio de procedibilidad al que tanto se le exige es una barrera muy difícil de vencer para el ciudadano. Pero más grave es que un juicio de fundabilidad se quiera hacer pasar por uno de procedencia.

Frente a estos casos, es necesario que el Juez haga uso del control difuso y no se ampare en estas normas inconstitucionales para poder bajar su carga procesal. De este modo, lo que corresponde hacer en estos casos es o darle trámite a la demanda, o conferir previamente el trámite de la subsanación.

2. Casos en los que su configuración legislativa no es inconstitucional, pero la aplicación que realiza el juez sí lo es

En estricto, aquí caben todos los demás supuestos y dependerá de la aplicación que en el caso concreto realice el Juzgador. En ese sentido, si el juez rechaza una demanda cuando es discutible o no es clara la ausencia de legitimidad para obrar activa, o cuando es manifiestamente claro que quien demanda sí la tiene. Lo mismo ocurre en el caso del interés para obrar, pues si el juez rechaza liminarmente una demanda, cuando la ausencia de este presupuesto no es clara, o manifiesta, entonces, está vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Eso mismo se presenta cuando el derecho no ha caducado o la caducidad se le presente como dudosa.

Por otro lado, en el proceso contencioso administrativo, ello se presenta cuando el juez rechaza la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando ella no se presenta como evidente, o cuando lo hace por el solo hecho de que no se adjuntó el documento que la acredite.

En estos casos, lo que se le exige al Juez es que interprete estas normas en el sentido más favorable a la protección de los derechos fundamentales (*pro homine*) y que, en caso de duda, dé trámite a la demanda. No hacerlo, en caso de duda, supondría una mayor lesión al derecho de acceso a la justicia, antes que la protección o el beneficio a los otros derechos que con dicha facultad se desea proteger. La función del juez en estos casos es fundamental, en la medida que tiene que establecer la manera como se afectan o protegen los distintos valores constitucionales en juego en el caso concreto.

3. Casos en los que su configuración legislativa no es inconstitucional, ni tampoco la aplicación que realiza el juez de ellos

Estos son los demás casos en los que sin ser por su sola configuración inconstitucionales, tampoco lo son porque la aplicación que el Juez hace de ellos es proporcional y razonable, atendiendo al contenido de todos los principios y derechos constitucionales en juego.

V. REFLEXIÓN FINAL

El Juez en el Estado constitucional está llamado a cumplir un rol trascendental, del cual depende la vigencia y efectividad de los principios y valores constitucionales. Somos conscientes que la labor es compleja, por ello creemos que es importante poner en evidencia que la actitud de los jueces frente a las normas debe ser más activa pero a la vez ponderada.

EXPOSICIÓN DE EUGENIA ARIANO DEHO:

EL "RECHAZO" IN LIMINE DE LA DEMANDA: VIEJAS Y NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LOS ARTÍCULOS 426 Y 427 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Mis reflexiones críticas sobre el "rechazo" *in limine* de la demanda³⁹, ya sea en base al artículo 426 o al artículo 427 del Código Procesal Civil, llevan ya algunos años. Quien me dio el campanazo de alerta fue Franco Cipriani, el cual frente a mi "explicación" sobre el "modo" en el que el Perú

se inicia un proceso declarativo y los poderes de los que goza el juez para "rechazar" la demanda *in limine* y, sobre todo, *inaudita altera parte*, me advirtió que, a estar a lo previsto en el remozado artículo 111 de su Constitución⁴⁰, ello sería inadmisibles en Italia⁴¹, incluso cuando el proceso se

³⁹ Advierto desde ya que la demanda a la que aludo es la demanda declarativa (o de cognición). Para las demandas ejecutivas el discurso es del todo distinto pues a estar a que en nuestro ordenamiento no puede haber ejecución sin título (artículo 688 del Código Procesal Civil), es razonable que el juez tenga que enjuiciar si el título ejecutivo en virtud del cual se pretende iniciar la ejecución, realmente lo es (sobre el tema cfr. mi "Entre el deber ser y la praxis: los cuestionamientos a la regularidad de la ejecución". En: Derecho y Sociedad, 25, 2005, p. 44 y s.).

⁴⁰ Por Ley Constitucional N° 2, de fecha 23 de noviembre de 1999, se introdujo al artículo 111 de la Constitución italiana dos amplios párrafos, el primero de los cuales establece: "La jurisdicción se actúa mediante un debido proceso. Todo proceso se desarrolla en contradictorio entre las partes, en condiciones de paridad, ante un juez tercero e imparcial. La ley asegura su razonable duración". Ergo, el mandato constitucional italiano es claro: si la jurisdicción se ejerce mediante un debido proceso, el proceso no será "el debido" si es que no se estructura bajo la regla del contradictorio y el la paridad de "armas" de las partes. Téngase en cuenta, además, que el artículo 101 del Código Procesal Civil italiano, bajo la sumilla "principio del contradictorio", señala: "El juez, salvo que la ley disponga lo contrario, no puede pronunciarse sobre ninguna demanda, si la parte contra la cual está dirigida no ha sido regularmente citada y no ha comparecido".

⁴¹ En efecto, señala BALENA, "Elementi di diritto processuale civile". Cuarta edición. II. Bari: Cacucci. 2007. p. 26 y s., que "a excepción de los casos en los que la decisión inaudita altera parte está prevista por el mismo legislador, el principio consagrado en el artículo 101 del Código Procesal Civil, excluye, en cambio, que la introducción de la causa con recurso pueda prescindir del contradictorio: incluso cuando el juez, por ejemplo, considerara inválido el recurso [ver nota siguiente] o manifestamente infundada la demanda, él no podrá eximirse, en efecto, de fijar la comparación de las partes, pudiendo resolver solo después de que éstas hayan tenido manera de dialogar sobre las correspondientes cuestiones". Sobre los procedimientos inaudita altera parte tras la reforma del artículo 111 de la Constitución italiana señala el mismo autor que "La constitucionalización del principio del contradictorio, particularmente perentoria en el artículo 111 (...) suscita no leves dudas, además, sobre la legitimidad de los no pocos procedimientos especiales en los cuales el código establece o en todo caso permite que el contradictorio entre las partes se instaure después del pronunciamiento de la resolución (...), por lo menos cuando tal resolución sea de por sí inmediatamente idónea para dar lugar a una cualquier forma de ejecución forzada en daño de quien la padece (...). Si por un lado todos reconocen, en efecto, que en algunas situaciones también el principio del contradictorio, debe poder sufrir una temporal compresión en nombre de otros primarios valores de rango constitucional, y marcadamente cuando esté en juego la efectividad misma de la tutela jurisdiccional (...), por el otro, es también verdad que tales derogaciones deberían estar siempre muy bien circunscritas, a nivel normativo, y al mismo tiempo deberían operar ex lege, por el tiempo estrictamente indispensable a la sucesiva instauración del contradictorio; condiciones éstas que el legislador ordinario no siempre se atiene" (Op. cit. l. p. 63, cursivas del autor).

inicie por “*ricorso*”⁴². A esta observación, agregó que Chiovenda en su proyecto de reforma del proceso civil de 1920, había previsto “algo” semejante, pero mucho más tenue: la invitación del juez a que el demandante “completara” y “corrigiera” su demanda⁴³, una previsión que no tuvo éxito alguno en los proyectos sucesivos de reforma de su proceso civil⁴⁴.

Estas observaciones me indujeron a buscar los orígenes de nuestros artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil e iniciar toda una seguidilla de trabajos enderezados a evidenciar no solo su carácter “paternalista-autoritario” sino sobre todo las perversiones prácticas a las que tales previsiones pueden conducir⁴⁵.

Las líneas que siguen no constituyen sino una reafirmación de mis “viejas” críticas y para ello me serviré de dos casos resueltos últimamente por el Tribunal Constitucional, casos que nos permiten tocar con la mano los padecimientos que los mentados poderes de rechazar “*in limine*” la demanda provocan a los justiciables peruanos.

I. LA DEMANDA INDEMNIZATORIA DE LOS POBLADORES DE PUERTO NUEVO-CALLAO Y LA ESTOCADA FINAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Veamos el primero: el amparo resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 00055-2008-PA/TC⁴⁶. Con esta sentencia se llega a lo máximo: considerar que la mera admisión de una demanda ¡viola el derecho a un debido proceso!

Pero para comprender mejor lo ocurrido, hay que tener en cuenta que la indicada sentencia estaba referida a un sonado proceso civil llevado (*rectius*, tratado de llevar) ante los jueces del Callao, en el que 300 pobladores del Asentamiento Humano Pueblo Nuevo del Callao habían demandado el pago de una indemnización por los daños provocados a su salud por la continua actividad de depósito y transporte de concentrados de plomo desarrollada por las demandadas en la zona. La demanda se presentó el 11 de agosto del 2005 y con fecha 19 de agosto el juez la declaró *in limine* improcedente “por indebida acumulación de pretensiones”, es decir, en base al inciso 7 del artículo 427 del Código Procesal Civil. Apelada la resolución de “rechazo”, la Sala Superior con fe-

⁴² El “*ricorso*”, en Italia, es “el acto de parte presentado directamente al juez y formulado por escrito fuera de la audiencia” (así CERINO CANOVA, voz *Ricorso*. En: Enciclopedia giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1991) y es la “forma” que debe asumir la demanda (la otra “forma” es la “citación”, que se dirige no al juez sino a la contraparte) en algunos procesos especiales italianos (el laboral, el de divorcio, el cautelar, el monitorio, etc.). Tal como lo recuerda GIANNOZZI, voz *Ricorso* (Diritto processuale civile). En: Novissimo digesto italiano. XV. Torino: UTET. 1968. p. 972, la expresión *ricorso* fue ampliamente utilizada en el proceso civil “desde épocas muy lejanas y asumió la función de identificar cualquier instancia que se dirigiera al juez o a una autoridad para pedirle una resolución. En particular, el recurso era utilizado para individualizar la impugnación de una resolución del juez que no era remediable mediante la *appellatio*. En tal sentido se la encuentra como sinónimo de querela también en el derecho francés antes de la codificación napoleónica. Pero la calificación mayor de esta expresión nace con la creación del instituto de la Casación, la impugnación que justamente se plantea mediante recurso” (cursivas del autor). Ergo, cuando nuestros abogados utilizan la expresión “recurso” para hacer referencia a todo escrito presentado al proceso, lejos de “envilecer” la palabra (como lo sostuvo MONROY GÁLVEZ. “Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et veritas* 5. 1992. p. 22), la utilizan en su pristino significado. Por otro lado, téngase en cuenta que en Austria, el “*Rekurs*” es el medio para impugnar los autos (§§ 514-528-A ZPO).

⁴³ El artículo 9 del proyecto de Chiovenda establecía: “Si la demanda presenta irregularidades u omisiones, si en particular la indicación de los hechos y de las pruebas no es suficientemente clara y precisa, la autoridad judicial puede invitar al actor a completarla o corregirla asignándole un plazo para la nueva presentación en la secretaría” (cursiva mía). Cfr. En: “*Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra. Appendice: testo del progetto*”. 1919. En: PROTO PISANI. “Saggi di diritto processuale civile”. II. Milano: Giuffrè. 1993. p. 117. Sobre tal previsión cfr. CIPRIANI. “*Storie di processualisti e di oligarchi*”. La procedura civile nel Regno d’Italia (1866-1936). Milano: Giuffrè. 1991. p. 207 y s.

⁴⁴ De hecho ni el proyecto Carnelutti de 1926, ni los proyectos Solmi de 1937 y 1939, ni mucho menos el Codice di procedura civile de 1940, contienen alguna previsión al respecto. Sin embargo, hay que anotar que si bien el proyecto Carnelutti (publicado por él mismo como “suplemento” de la Rivista di diritto processuale civile de 1926), no existe una norma como la del proyecto Chiovenda, en la publicación oficial del Proyecto de la “Subcomisión C” (ante la cual Carnelutti presentó, por encargo, su proyecto) en su artículo 137, in fine, se reproduce la fórmula chiovendiana (cfr. En: “*Commissione reale per la riforma dei Codici*”. Sottocommissione C, Codice di procedura civile. Progetto, Provveditorato Generale dello Stato. Roma. 1926. p. 46). Sobre el proyecto Carnelutti y la Subcomisión C, véase CIPRIANI. “*Storie di processualisti e di oligarchi*”. cit. p. 259 y ss.

⁴⁵ Comenzando por mí “Sobre el poder del juez de ‘sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso’”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 41. Febrero 2002. p. 91 y ss. (trabajo que dediqué “a todas las víctimas conocidas y desconocidas del los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil”), seguida por mí “¿Jueces “directores” o jueces “Penélope”? (Reflexiones sobre las vicisitudes de las excepciones procesales, el saneamiento y el contradictorio en el Código Procesal Civil de 1993)”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 43. Abril 2002. p. 59 y ss.; “Navegando en el mare magnum de la acumulación en el Código Procesal Civil (¿de regreso a la sensatez?)”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 48. setiembre 2002. p. 85 y ss.; “Litisorcio facultativo y ejecución”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 51. Diciembre 2002. p. 57 y ss.; “¿Diez años de “eugenesia” procesal? (Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil)”. En: Derecho Procesal Civil. Lima: Congreso Internacional, Fondo de Desarrollo Editorial. Universidad de Lima. 2003. p. 119 y ss. y en la Revista de Derecho y Ciencia Política 1. Volumen 60. 2003. p. 195 y ss.; “Las “imprecisiones” de la demanda y el “bondadoso” artículo 426 del Código Procesal Civil”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 84. Setiembre 2005. p. 174 y ss.; “Sobre la “imposibilidad” de pretender la declaración de usucapión del bien adquirido previamente por compraventa”. En: Diálogo con la jurisprudencia 87. Diciembre 2005. pp. 139 y ss. y en El Portal del Derecho 13. Enero 2006. p. 5 y ss.; y “Sobre el ‘inagotable’ poder del juez de pronunciarse sobre la (llamada) ‘validez de la relación jurídico procesal’”. En: Diálogo con la jurisprudencia 90. Marzo 2006. p. y ss.

⁴⁶ Sentencia de fecha 26 de setiembre de 2008, publicada en la web del Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2008.

cha 19 de setiembre de 2006, por Resolución 19, declaró nula la apelada y dispuso que el *a quo* “renovara el acto procesal viciado”, es decir, en buena cuenta, que admitiera la demanda. Frente a esta resolución una de las demandadas pidió a la Sala Civil la declaración de nulidad de la Resolución 19, petición que fue declarada improcedente por Resolución 25 del 23 de noviembre de 2006⁴⁷. La demanda fue finalmente admitida por el juez *a quo* con fecha 11 de enero de 2007 (el número de la resolución es 28)⁴⁸.

Frente a las resoluciones (la 19 y la 25) de la Sala Civil de la Corte Superior del Callao, una de las demandadas interpuso amparo a fin de que se las declarara nulas, ni más ni menos porque con ellas se habría afectado “sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso en lo concerniente a la obtención de una resolución fundada en derecho”, esto último porque la Resolución 19 se habría fundado en la opinión de un “doctrinario” (el “doctrinario” era Alsina⁴⁹) y no en la ley.

Declarado improcedente el amparo a nivel del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, como indicado al inicio del presente apartado, en atención a que con la resolución de la Sala Civil que disponía la admisión de la demanda se había —ni más ni menos— violado el debido proceso, lo declaró fundado y, como consecuencia, declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas⁵⁰.

Con esta sentencia, no me cabe duda, se abre un nuevo y muy oscuro capítulo en la praxis de los poderes del juez de rechazar “*in limine*” la demanda: si el juez no la “rechaza” (es decir, si la admite, o como en el caso, si se dispone su admisión) el camino del amparo estaría abierto, pues con la mera admisión de la demanda (que es la que abre el proceso) se podría estar violando

el “debido proceso”. Una auténtica petición de principio, producto de los valores invertidos que venimos padeciendo desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993.

Ergo, las más que probables 300 víctimas de la terrible contaminación por plomo de Puerto Nuevo, pasaron a engrosar las filas de las víctimas de los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil. Solo que esta vez el “victimario” no fue un juez “ordinario” que, por lo general, encuentra en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil el fácil medio para desembarazarse de un asunto más (o de 300 que le llegan de un solo golpe...), sino (es increíble de decir) el Tribunal Constitucional, sumo “intérprete” de la Constitución y último protector (en territorio peruano) de nuestros derechos fundamentales.

II. LAS IMPRECISAS “PRECISIONES” DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS PODERES DE RECHAZAR *IN LIMINE* UNA DEMANDA

Vamos al segundo caso: el visto por el Tribunal Constitucional bajo el Expediente 00094-2007-PA/TC⁵¹. En este caso no estaba en juego el “poder” del juez de rechazar *in limine* una demanda “ordinaria” ex artículo 427 del Código Procesal Civil, sino el paralelo poder previsto para las demandas de amparo por el artículo 47 del Código Procesal Constitucional, pero lo traigo a colación por cuanto los embrollos que genera son del todo análogos a los de su “hermano mayor”.

La demanda, en esta ocasión, tenía por objeto dejar sin efecto una resolución dictada por una Sala Civil de la Corte Superior de Cajamarca, así como “todo lo actuado” en un proceso de amparo seguido ante el juez especializado de Cajamarca. Es decir, se trataba de una demanda de amparo planteada en contra de —en buena cuenta— lo

⁴⁷ No hay que pensar mucho para advertir que con tal pedido se pretendía retrasar la remisión del expediente al *a quo* y, a la par, prolongar el plazo para interponer un amparo contra la Resolución N° 19.

⁴⁸ El dato de la fecha de la admisión de la demanda lo he tomado de www.alertaplomo.org/cronologia_demanda_pn.htm, en donde se encuentran todas las (tristes) vicisitudes de la demanda de los pobladores de Puerto Nuevo. Allí se aprecia que si bien con fecha 11 de enero de 2007 el *a quo* admitió la demanda, al día siguiente corrigió (al parece de oficio) su resolución en cuanto “al momento de transcribirse la parte resolutoria del Auto Admisorio contenido en la Resolución N° 28 se ha incurrido en error material en el extremo en el cual se sindicó a [SBB] Y OTROS como la parte demandante, no correspondiendo ello, toda vez que de las 299 personas que demandaron únicamente apelo contra la improcedencia de la demanda”. *Ergo*, pese a que la Sala Civil había anulado toda la resolución que había declarado improcedente la demanda, el juez consideró que solo podía admitir la demanda respecto de la demandante que apeló. Dejo las reflexiones al lector.

⁴⁹ El texto de la Resolución N° 19 de la Sala Civil del Callao puede leerse en www.alertaplomo.org/res_apelacion_plomo.gif. Hay que precisar que la Sala Civil del Callao no declaró nula la apelada basándose en la “opinión” de Alsina, sino fundamentalmente porque el juez *a quo*, para establecer que había una “indebida acumulación de pretensiones”, se remitió a las pruebas anexadas a la demanda, es decir, a los informes médicos de los que se desprende que los porcentajes de plomo en la sangre de los demandantes eran distintos, por lo que concluyó que siendo los daños distintos, las pretensiones indemnizatorias también tenían que ser distintas. Según la Sala Superior del Callao con ello el juez *a quo* había “efectuado una calificación de los medios probatorio determinando como probados algunos hechos alegados en la demanda, olvidándose que se encuentra solamente en la etapa postulatoria, alterando actos del procedimiento atentando con ello la garantía del debido proceso legal”.

⁵⁰ No pienso ocuparme de los (pseudos) fundamentos de la Sentencia del TC (dejo el “placer” al acucioso lector), pero baste pensar que el magistrado Landa, en su voto en discordia, llega a decir que la sentencia de la mayoría “incurrir en una falta de motivación”.

⁵¹ La resolución del TC, de fecha 20 de agosto de 2008, ha sido publicada en su web con fecha 25 de noviembre de 2008.

resuelto en otro proceso de amparo. La demanda se presentó ante la Corte Superior de Lima y el 24 de enero de 2006 fue declarada improcedente *in limine*, en consideración a que “no se había acreditado la existencia de algún tipo de amenaza o vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante y que, en todo caso, era de aplicación la causal de improcedencia contemplada en el artículo 5, inciso 6 del Código Procesal Constitucional, que establece que no procede el amparo cuando se cuestiona una resolución firme recaída en otro proceso constitucional”. Apelada la resolución de “rechazo” *in limine*, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, con fecha 4 de octubre de 2006, confirmó la apelada, agregando, de su lado, que “la demandante dejó consentir una de las resoluciones que ahora pretende cuestionar”, es decir, invocó el artículo 4 del Código Procesal Civil que establece como presupuesto para la procedencia de un amparo contra resoluciones judiciales el que el agraviado no haya dejado consentir la resolución que dice afectarlo.

Planteado recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional, en atención a que la demanda fue “indebidamente desestimada en forma liminar, pues se ha invocado sin mayor sustento, las causales de improcedencia previstas por los artículos 4º y 5º del Código Procesal Constitucional”, declaró “fundado” el recurso y ordenó que se admitiera la demanda.

En esta resolución, el TC se mostró sumamente crítico frente a las “argumentaciones” (sic) de los jueces “ordinarios” y, sin medias tintas, sintió la necesidad de precisar que “la facultad de rechazo liminar de una demanda no puede ser entendida como una opción absolutamente discrecional de los jueces constitucionales sino como una alternativa a la que sólo cabe acudir cuando, además de configurarse las causales de improcedencia previs-

tas en el Código Procesal Constitucional, no exista ningún margen de duda respecto de la configuración de los supuestos indicados en dichos dispositivos, es decir que no se presente controversia alguna respecto a las causales de improcedencia general, lo que supone que por el contrario cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, no resulte pertinente aplicar dicho dispositivo”⁵².

La “precisión” resulta asaz misteriosa y contradictoria, por cuanto no se llega a entender como así para rechazar *in limine* una demanda de amparo se requeriría además de “configurarse las causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional” el que no exista “ningún margen de duda respecto de [su] configuración”. De dos una: o las causales de improcedencia se “configuran” en el caso concreto o no se “configuran”. Y quien decide si se “configuran” o no, es el juez, el cual, obviamente, desde su perspectiva, no tiene “duda” alguna al respecto, pues caso contrario, sin más, activaría el proceso, es decir, admitiría la demanda y ex artículo 53 del Código Procesal Constitucional concedería al demandado cinco días para que la conteste.

Ergo, la “precisión” del Tribunal Constitucional se resuelve en simple consejo dirigido a los jueces “constitucionales” (*rectius*, “ordinarios”): cuando *in limine litis*, en sus soliloquios sobre si se “configura” o no se “configura” una de las causales de improcedencia de la demanda, les surja “duda” sobre tal “configuración”, ¡admitan la demanda! Un consejo tan inútil como aquél que a veces se le escapa a la Corte Suprema en el sentido de que los poderes de rechazar *in limine* la demanda deben ser ejercidos “en forma cuidadosa y responsable”⁵³. Y es que nuestros dos “altos” Tribunales no advierten (o no quieren advertir⁵⁴) que la anomalía del poder de rechazo *in limine* de la demanda está en que éste se ejercita (justamente) “*in limine*”, es decir sin haber previamente

⁵² Supongo que el “dispositivo” implícitamente aludido es el del artículo 47 del Código Procesal Constitucional.

⁵³ Así, citando a ZÁRATE DEL PINO. “La Casación 1812-2001”. En: Diálogo con la jurisprudencia 41. Febrero 2002. p. 91.

⁵⁴ Y es obvio que no se quiera advertir por cuanto cuando el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema actúan como jueces de primera instancia, tienen, como cualquier juez, también el poder de rechazar *in limine* las respectivas demandas.

⁵⁵ Tal como lo señala TROCKER. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali”. En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 2001. p. 394, “[h]oy es pacífico que el contradictorio no comprende solo el mecanismo en el que se desenvuelve la actividad dialécticamente contrapuesta y recíprocamente complementaria de los contendientes. Según una perspectiva claramente recogida por algunas modernas codificaciones procesales el contradictorio envuelve, en un complejo juego de interacciones, también al juez. “El juez debe, en toda circunstancia, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción”, establece con fórmula feliz e incisiva el artículo 16 del nuevo código procesal francés, el cual nos advierte así que las manifestaciones de la “contradiction”, además de operar en relación a las partes, se convierte también en un poder-carga del juez, al que le corresponde no solamente hacer observar, sino observar él mismo el fundamental principio, provocando también de oficio el preventivo debate de las partes sobre toda cuestión de hecho o de derecho, cuya resolución sea determinante en la decisión de la controversia”. Obviamente, que el contradictorio deba ser respetado también por el juez, será “pacífico” en todas partes, más aún no lo es en el Perú. El texto completo del artículo 16 del Código Procesal Civil francés establece: “El juez debe, en toda circunstancia, observar y hacer observar el principio de contradicción. Para fundar su decisión sólo podrá atender a los medios de prueba, a las explicaciones y a los documentos invocados o aportados por una parte en caso de que la contraria haya estado en condiciones de contradecirlos. No podrá fundar su decisión en fundamentos jurídicos que él mismo haya apreciado de oficio sin haber ofrecido previamente a las partes la oportunidad de pronunciarse al respecto” (“Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”).

activado el contradictorio entre y con las partes⁵⁵, por lo que mientras no se analice seriamente la (in)compatibilidad de tal manera de resolver con el “modelo” constitucional de proceso, todo parámetro que se quiera establecer para la emisión de un juicio de “improcedencia” *in limine*, se resuelve, como ya dicho, en un inútil y retórico consejo.

III. “DATOS” NUEVOS Y VIEJAS REFLEXIONES

De los dos casos reseñados emergen unos “datos” que bien vale evidenciar.

En el primero: que, al margen de la lamentable intervención del Tribunal Constitucional, para llegar a la admisión de la demanda de los 300 pobladores de Pueblo Nuevo se tuvieron que esperar 17 meses (o sea, casi un año y medio), lapso en el cual, en un proceso *non nato*, se emitieron huecamente ni más ni menos que 28 resoluciones.

En el segundo: que para determinar si se admite o no una “urgentísima” demanda de amparo, intervinieron no menos de 15 jueces (ocho a nivel judicial y los siete del TC), demorando todo el tormentoso recorrido (si estamos a la fecha “formal” de la resolución del TC) no menos de dos años y medio⁵⁶, un tiempo más que probablemente mayor del que hubiera durado el *proceso* de amparo si es que se hubiera activado de inmediato.

¿Es “normal” tanto derroche de energías y de tiempo? Evidentemente no, salvo que entendamos por “normal” lo que suele ocurrir desde la

entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993, en cuya praxis es tan “normal” que se deba sufrir para ver simplemente admitida una demanda que cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando la demanda se admite “de frente”, el justiciable lo percibe como un triunfo⁵⁷.

De allí que frente a esta “normal” realidad (que nada tiene de “normal”), es bueno recordar que el “poder-deber” de nuestros jueces de controlar, *in limine litis e inaudita altera parte*, tanto la validez del acto de demanda como la idoneidad de la pretensión allí contenida para llegar a un pronunciamiento de fondo, constituye una versión “revisada y corregida” del “principio” propio del proceso común medieval en virtud del cual, a fin de desterrar todo rastro de autotutela, la demanda debía estar dirigida a la autoridad judicial y solo ésta podía realizar –previo control sobre el *libelo*– la *vocatio in ius*, vale decir, citar a juicio al demandado⁵⁸. Versión “revisada y corregida” porque al “vino antiguo” del proceso común medieval (presentísimo aún en nuestro ordenamiento procesal) se le agregaron “motivaciones” propias de ordenamientos marcadamente paternalista-autoritarios como el portugués (desde la “revolucionaria reforma” de 1926⁵⁹), en donde el poder de rechazar (“*indeferir*”) *in limine* una demanda fue, en su momento, justificado invocando la economía procesal: “La intención es evitar el dispendio inútil de actividad judicial (...) La no admisión [*indeferimento*] liminar presupone que por motivos de *forma* o por motivos de *fondo*, la pretensión del actor está irremediamente compromete-

⁵⁶ Se agregue que para “refutar” los “argumentos” de las resoluciones de la Sala Superior y de la Sala Suprema, el TC empleó en su resolución más de mil palabras... Y todo ello, solo para admitir “a trámite” una demanda.

⁵⁷ Alfredo Lovón, amigo y colega de la Universidad Católica Santa María de Arequipa, en una conferencia sobre la reforma del Código Procesal Civil llevada a cabo el año pasado en Arequipa, contaba que, para su sorpresa, un cliente suyo lo felicitó por haber “logrado” que se admitiera “de frente” una demanda. Es evidente que lograr la admisión de una demanda es sentida por el justiciable como un “triunfo” de su abogado. La pregunta sería: ¿un triunfo frente a quién?

⁵⁸ Refiere SALVIOLI. “Storia Della procedura civile e criminale”. Tomo II. Milano: Hoepli. 1927. p. 254, que en derecho intermedio italiano “antes de emitir la citación debía el juez constatar si el actor tenía capacidad para obrar y título para impulsar la litis (*legitimatio ad causam*), si el procurador poseía los requisitos y el mandato para la litis, si el tribunal era competente. Por tanto, una base del juicio venía preliminarmente determinada por el juez que podía rehusarse de realizar la citación, si encontraba el libelo inepto”. De allí que la citación al demandado era “acto de imperio, ejercitado exclusivamente por el magistrado” y así quedó “hasta el Siglo XIX en algunas regiones”. Por lo que atañe al derecho histórico español no logro encontrar en los textos de la época (p.ej. en la Curia Philipica de Hevia Bolaños) al control previo sobre el libelo y la consiguiente negativa de practicar la citación al reo fundada en su “ineptitud”. Por tanto, es probable (habría que investigar) que este aspecto del proceso común medieval no haya “pegado” en el área hispánica. Un indicio de esto último nos viene de los códigos del Siglo XIX. Así, ni en nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 se preveía expresamente ningún control del juez (ni siquiera formal) sobre la demanda, en cuanto simplemente se disponía que una vez presentada debía “conferirse traslado” al demandado (v. artículo 594 de nuestro primer código y artículo 525 LEC 1881). Sin embargo, el Código Procesal Civil chileno (elaborado a fines del S. XIX pero vigente desde 1903) establece en su artículo 256 que “[p]uede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, expresando el defecto de que adolece”, lo que probablemente refleje la praxis (pre-codificadora) local. Es probable que esta disposición del Código Procesal Civil chileno haya sido la fuente del artículo 307 de nuestro Código Procesal Civil de 1912 que permitía al juez “devolver” la demanda cuando esta careciera de alguna de las “formalidades” indicadas en el artículo 306. Por último, hay que tener en cuenta que el ordenamiento procesal austriaco (contenido en la “famosa” ZPO de 1895), en cabal línea de continuidad con el proceso común, le impone al juez examinar *in limine* la demanda “desde el punto de vista de la subsistencia de las condiciones para el pronunciamiento de fondo. Si el defecto de una de tales condiciones es verificable ya en esta fase, la demanda debe declararse inadmisibile con auto impugnabile. En caso contrario ella debe ser notificada al demandado” (así KÖNIG. “La giustizia civile in Austria”. En: FAZZALARI. “La giustizia civile nei Paesi comunitari”. Tomo II. Padova: Cedam. 1996. p. 14).

⁵⁹ Sobre lo que significó la reforma portuguesa de 1926, cfr., el más que ilustrado ensayo de CORREIA DE MENDONÇA. “80 años de autoritarismo: una lectura política do processo civil português”. En: MONTERO AROCA (coord.). “Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia y quince ensayos”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006. p. 397 y ss.

tida, está enderezada a un fracaso cierto. En tales circunstancias no tiene sentido que la demanda [petição] tenga seguimiento; dejarla avanzar es desperdicio manifiesto, es practicar actos judiciales en pura pérdida. Se impone, por esto, al juez el deber de yugular la acción naciente”⁶⁰.

Sin embargo, y más allá de que el poder de “yugular la acción naciente” esté alimentada por una ideología que está a años luz no solo de nuestros principios constitucionales sino de todas las Declaraciones y Convenciones internacionales que hemos suscrito los peruanos en materia de derechos humanos, a la luz de nuestras “económicas” experiencias, hay que tener realmente un extraño sentido del humor para sostener que el “fin último” del control de las demandas es evitar “la sustanciación de pretensiones procesales que nacen muertas”, “violando los principios de economía y celeridad procesales con el consiguiente sobredimensionamiento de la carga procesal del Poder Judicial”⁶¹.

De allí que, para cerrar, nada mejor que transcribir unas palabras de ese gran político y jurista italiano del Siglo XIX que fue Giuseppe Pisanelli, palabras

que parecen escritas para nosotros y que espero que algún día sean las que justifiquen la supresión de ese nefasto poder de rechazo *in limine* que nos fue impuesto con el Código Procesal Civil de 1993:

“La experiencia ha demostrado la inutilidad de la intervención del juez para autorizar la citación. Él no puede y no debe tomar en examen las cuestiones que pueden surgir de la demanda del actor, y no puede por tanto rechazar el permiso de la citación porque la demanda no esté fundada de hecho o de derecho; ninguna demanda puede ser desestimada sino por sentencia proferida en las formas prescritas por la ley, y previa instrucción de la causa en los modos por ella establecidos. El juez no podrá por las mismas razones tomar en examen si la demanda esté regularmente planteada, o le falte alguno de los requisitos queridos por la ley, en cuanto tales puntos dan también lugar a cuestionamientos, que no pueden recibir una solución sino observando las formas del rito judicial. La intervención pues del magistrado se reduce a una vana formalidad, que tendrá solo por efecto retardar la notificación de la demanda al demandado, sometiendo al actor a la anticipación de un mayor gasto”⁶².

RÉPLICA DE GIOVANNI PRIORI POSADA:

EL RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA: BUSCANDO LA PONDERACIÓN

I. LOS CASOS PLANTEADOS POR LA PROFESORA ARIANO

En esta parte del debate que Themis me ha invitado a sostener con la profesora Eugenia Ariano, me corresponde *contestar* su artículo. En él ella parte de dos casos emblemáticos, a cuya lectura puede generar en cualquiera, un rechazo. Ella misma nos invita a una picante reflexión, concluyendo acerca de esos dos casos: “En el primero: que, al margen de la lamentable intervención del Tribunal Constitucional, para llegar a la admisión de la demanda de los 300 pobladores de Pueblo Nuevo se tuvieron que esperar 17 meses (o sea, casi un año y medio), lapso en el cual, en un pro-

ceso *non nato*, se emitieron huecamente ni más ni menos que 28 resoluciones. En el segundo: que para determinar si se admite o no una “urgentísima” demanda de amparo, intervinieron no menos de 15 jueces (ocho a nivel judicial y los siete del TC), demorando todo el tormentoso recorrido (si estamos a la fecha “formal” de la resolución del TC) no menos de dos años y medio, un tiempo más que probablemente mayor del que hubiera durado el *proceso* de amparo si es que se hubiera activado de inmediato”.

No hay que tener mucha sensibilidad jurídica para reaccionar negativamente frente a las dramáticas

⁶⁰ Así DOS REIS. “Código de Processo Civil anotado”. Tercera Edición. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 1949. p. 373, en comentario al artículo 481 del Código Procesal Civil portugués de 1939. Hoy, tras las sucesivas reformas al Código Procesal Civil portugués de 1961, el poder de “indeferir” las demandas se encuentra regulado en el artículo 234-A, poder que se ha atenuado un tanto porque el juez ya no siempre interviene para “controlar” las demandas, pues ello le corresponde, como regla, al secretario (sobre cuyos poderes, cfr, el artículo 474)

⁶¹ Así en la Casación N° 178-2004, del 17 de diciembre del 2004. En: Diálogo con la Jurisprudencia 82. Julio 2005. p. 218 y ss.

⁶² Así PISANELLI, para justificar el que “siguiendo [...] al Código de procedimiento francés y a aquellos Códigos italianos que lo imitaron, el proyecto [del Código Procesal Civil italiano de 1865] deja en pleno poder del ciudadano el ejercicio del derecho de citar a otro en juicio”. En: “Relazione ministeriale sul Libro Primo del Progetto di Codice di procedura civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863”. En: PICARDI-GIULIANI. “Testi e documenti per la storia del processo, XIII, Codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865”. Milano: Giuffrè. 2004. p. 57.

situaciones planteadas por la profesora Ariano. Sin embargo, mi pregunta es: ¿de esa reacción debemos necesariamente concluir que no debería existir el rechazo liminar de la demanda? Coincidimos con que los casos planteados son claramente excesos que un proceso inspirado en el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no puede tolerar, pero ¿acaso son suficiente razón para poder concluir que el instituto no debe existir?

Si el lector me permite utilizaré la misma estrategia argumentativa de la profesora Ariano, pero llevando las cosas al otro extremo.

II. LOS OTROS CASOS

Comenzaré por el ya conocido caso “Rata Presidente”. Se trata de un abogado que debido a la cantidad de casos que venía presentando en la Corte Superior de Tumbes, sin éxito, había conseguido tener una enemistad con el Presidente de dicha Corte Superior. Por ello, decidió protestar en la puerta de la sede del distrito judicial, colocando una jaula dentro de la cual puso a una rata. Nada más claro para representar el caso que el propio considerando de la sentencia del Tribunal Constitucional, que lo describe: “Manifiesta que colocó una rata dentro de una jaula metálica a la que le puso por nombre “Rata Presidente”, adhiriendo a dicha jaula un cartel en el que decía “Jaula para encerrar a la rata Presidente de la Mafia en Tumbes y a sus Mag. y Fisc. Cómplices que siguen despachando en provincias [...]”, entre otros términos. El caso es que el citado emplazado, al salir de la Sala de Audiencias, ha utilizado sus prerrogativas de Magistrado para ordenar que la policía se lleve a viva fuerza a su rata, amenazándolo con que “él le iba a meter la rata”, lo que supone una confusión en la percepción, por cuanto su letrado no dice que dicha persona sea una rata, sino que quien “[...] está en la jaula es Presidente de las ratas [...]”. Agrega que ante tal situación y tomando en cuenta que la policía destacada para cuidar el local del Poder Judicial, obedece al emplazado, teme por su libertad e integridad, así como “[...] por la vida e integridad de la rata [...]”⁶³. Eso no es lo más anecdótico del caso, lo mejor es que el abogado inició un proceso de hábeas corpus. Como señala la el primer considerando de la sentencia, “el objeto de la demanda es que se dispongan medidas que aseguren la libertad e

integridad del accionante, así como “la vida e integridad” de su mascota, poniéndola “[...] bajo el cuidado de un veterinario [...] hasta que se defina su situación jurídica”.

Segundo caso. El 23 de mayo de 2006, el señor Juan Ubaldo Valdivia González interpone una demanda de hábeas corpus contra el Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica. El demandante señala que a partir del año 1990 fue Agente de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos, de la cual desertó, motivo por el cual desde el mes de mayo de 2006, la CIA viene siendo torturado sistemáticamente a través de armas satelitales electromagnéticas. Por ello, plantea una demanda de hábeas corpus solicitando “que el Gobierno norteamericano indemnice al accionante, lo rejuvenezca y le devuelva el perfecto estado físico, atlético y robusto que presentaba su anatomía antes de ser torturado sistemáticamente a través de armas satelitales electromagnéticas, operadas por la CIA, además de restablecer el honor intachable que siempre identificó la personalidad del accionante antes de ser conspirado por la CIA”⁶⁴.

Creo que tampoco es necesario tener tanta sensibilidad para poder apreciar que estos son dos claros casos en los que, en principio, estaríamos de acuerdo en que hacer que estas pretensiones lleguen al Tribunal Constitucional, para que sean resueltas por el máximo intérprete de la Constitución, supone un ejemplo de actividad procesal innecesaria o inútil, siendo que se tratan de casos de pretensiones clamorosamente improcedentes.

III. DE LOS CASOS A LA NECESIDAD DE PONDERACIÓN

El análisis de los casos permite apreciar el modo como el derecho actúa en la realidad. Sin embargo, creo no se puede partir de los casos extremos para sustentar una posición, ni para la planteada por la profesora Ariano, ni la mía. Esos casos extremos son situaciones excepcionales que solo sirven para señalar que las situaciones planteadas *son posibles de producirse*. En lo personal no dudo que los jueces peruanos en muchas más ocasiones que las que el Estado constitucional toleraría mal usan la facultad de rechazar liminarmente la demanda, y que precisamente en virtud de ese mal uso

Giovanni Priori Posada versus
Eugenia Ariano Deho

⁶³ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02620-2003-HC.html>.

⁶⁴ En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00491-2007-HC%20Resolucion.html>

se genere una lesión del derecho de acceso a la justicia. Pero de ahí a señalar que no deben tener la facultad de rechazar liminarmente en ningún caso, me parece exagerado, pues eso querría decir que las demandas de hábeas corpus solicitando la protección de la vida o libertad de una rata o solicitando se le reponga a una persona en un estado físico como aquel de su juventud, deberían recibir el trámite de la admisión, contradictorio, resolución e impugnación.

Ello no quiere decir tampoco que como existen casos en los que se pueden demandar pretensiones que constituyen claros despropósitos jurídicos o físicos, entonces debemos darle carta libre al Juez para que pueda evaluar que es aquello que a su juicio merece ser llevado a conocimiento de un órgano jurisdiccional.

Por ello, creo que el tema del debate no se resuelve planteando casos extremos en los que claramente se puede apreciar que hay situaciones posibles en cualquiera de las dos posiciones, y es por ello que las posiciones planteadas son razonables y son merecedoras de análisis y críticas; sino que pasa por establecer ciertos parámetros para que produciéndose los manifiestos casos de inatendibilidad de la pretensión, el Juez, sin si quiera tener que correrle traslado a la contraparte, pueda rechazar la demanda. Esos paráme-

tros solo pueden ser establecidos a partir de la ponderación de los derechos fundamentales que en esa facultad judicial se encuentran en juego, estableciendo claros parámetros para procurar que en ningún caso su ejercicio suponga una ilegítima restricción al derecho fundamental al acceso a la justicia, pero tampoco privado al Juez de esta facultad. Uno de esos parámetros claros es, por ejemplo, el que en caso de duda entre si se admite o no una demanda, el Juez debe preferir siempre admitirla.

Ya hemos señalado en nuestro artículo anterior cuáles deben ser esos parámetros, y es solo el Juez el llamado a aplicarlos, pues a él, a quien la Constitución le ha asignado tal facultad. Si hierra, ahí está precisamente la impugnación, pues es este precisamente un caso en el que el ordenamiento jurídico establece la impugnación como necesaria.

A mi modo de ver, la solución al tema planteado no pasa por llenar de prohibiciones al Juez, ni tampoco por darle una serie indefinidas de atribuciones. La solución al tema, pasa por conceder parámetros de ponderación para no llegar a ninguna solución extrema, que nos impida hacerle frente a situaciones reales que son posibles, sin que ello afecte ilegítimamente ningún derecho fundamental.

DÚPLICA DE EUGENIA ARIANO DEHO:

RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA Y CULTURA DEL PROCESO

Cuando fui convocada por esta Revista para debatir sobre el tema del rechazo *in limine* de la demanda, mi primera sorpresa fue saber que mi antagonista sería Giovanni Priori. Y me sorprendió porque no pensé que a la luz de nuestra ya más que decenal experiencia de ejercicio de los poderes del juez de "controlar" la regularidad formal y sustancial de las demandas, pudiera haber aún algún estudioso "independiente" (o sea, alguien que no tuvo participación, directa o indirecta, en la redacción del Código Procesal Civil) que estuviera dispuesto a defender unos poderes que, por el momento en que pueden y deben ejercerse, no solo están en las antípodas de las esencias del proceso, sino que en su praxis cotidiana se han demostrado fuente todo tipo de dilaciones indebidas y, en no pocos casos, de solapadas denegatorias de justicia.

Pues bien, en las líneas que preceden, confirmando la posición que me fue anunciada, tras la aplicación de un muy de moda "test de proporciona-

lidad", Priori ha concluido que la "facultad" (sic) otorgada al juez por nuestro ordenamiento *legal* de rechazar *in limine* una demanda no es, *per se*, inconstitucional, pudiéndose ubicar, a lo más, o uno que otro supuesto *legal* que sí lo es.

Con toda cordialidad, discrepo. A continuación las razones de mi discrepancia.

I. UNA PARCIAL VISIÓN DEL PROBLEMA DEL CONTROL INICIAL DE LA DEMANDA

In primis, hay que evidenciar que Priori en todo su trabajo circunscribe su análisis al rechazo *in limine* de la demanda, vale decir a la declaración de improcedencia –llamémosla así– "de plano" prevista en el artículo 427 del Código Procesal Civil (y en los homólogos de los otros ordenamientos procesales), sin tomar en cuenta que ese es solo uno de los tres desenlaces frente a la interposición de una demanda. Los otros dos, como sabemos,

son la declaración de inadmisibilidad (artículo 426 del Código Procesal Civil) y la “admisión” (artículo 430 del Código Procesal Civil). Recalco esto porque lo que yo —en los trabajos que he dedicado al tema (incluso en el que Priori cita en su ensayo)— he cuestionado es que tras la interposición de la demanda el juez tenga que “calificarla”, es decir, enjuiciar si ella reúne o no los requisitos de forma y de sustancia no solo para abrir un proceso sino para que se emita, en su momento, una sentencia de fondo. En mi concepto, una demanda no debería ni admitirse ni no admitirse, sino que, a estar a que ella es sin duda un acto unilateral-recepticio, una vez presentada debería, sin filtraje alguno y lo más rápido posible, llegar a su destinatario “final”: el demandado.

En tal sentido, Priori parece estar del todo de acuerdo con que, una vez presentada la demanda, el juez entre en escena de inmediato a los efectos no simplemente de disponer su puesta en “conocimiento” al demandado (y el “emplazamiento”), sino para “calificar” su admisibilidad y procedencia, tanto es así que considera que “el Juzgador tiene claros mandatos al momento de evaluar si admite o no una demanda”, mandatos estos que sintetiza en el (supuesto) principio “*pro actione*”: “en caso de duda, el Juez debe admitir la demanda”.

Y he aquí el motivo principal de mi discrepancia con Priori (y con todos aquellos que abrazan tesis semejantes a las suyas): cuando al juez le viene impuesto no solo el de ser el intermediario formal entre demandante y demandado (que responde al viejo modelo del proceso común medieval), sino además el de fungir de “filtro” de las demandas, de nada sirve decirle que hay un principio “*pro actione*”, pues por lo general la “calificación” inicial de la demanda degenera en soluciones autoritarias, formalistas y, a la postre, meramente antieconómicas, en perjuicio no solo del actor sino del conjunto de la organización judicial. Ello no solo está históricamente demostrado, sino que nosotros somos su prueba viviente. De allí que para erradicar las potenciales soluciones autoritarias, formalistas y antieconómicas facilitadas y promovidas por el (impuesto) control judicial inicial sobre la demanda, lo que habría que hacer es algo más radical: liberar al juez de la tarea “calificadora”, que no solo le sobrecarga de un inútil de trabajo, sino que impide el rápido surgimiento de todo ese plexo de efectos procesales y sustanciales que llamamos “litispendencia”, poniendo en riesgo la efectividad misma de la tutela jurisdiccional.

II. EL ESPEJISMO DEL CONTROL INICIAL SOBRE LA DEMANDA

Ahora, en su parcial visión del problema, Priori estima que el rechazo liminar de la demanda está en línea con los valores y principios de nuestra Constitución, encontrando su fundamento en “el propio derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el respeto por la dignidad de la persona humana”, en cuanto supondría “una grave afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el tener que transitar por todo el proceso y recién al término de él, encontrar una resolución que advierta la ausencia de un presupuesto procesal que pudo ser advertida desde su inicio por el Juzgador”.

Con ello Priori se deja llevar por un espejismo: que el control inicial de la demanda va a evitar que, al final, cuando llegue el momento de dictar sentencia, el juez en lugar de proferir una “decisión definitiva que se pronuncie sobre el conflicto de intereses planteado, brindando una oportuna y adecuada protección a la situación jurídico-material”, dicte más bien una sentencia de mera absolución de la instancia (*id est*, declare improcedente la demanda, por ejemplo, por advertir recién su incompetencia por materia o la caducidad del derecho hecho valer en la demanda), cuando sabemos (o deberíamos saber) que conforme a nuestro ordenamiento procesal ello no para nada así.

Y justamente para darnos cuenta de que esta justificación se basa en un mero espejismo, es que necesariamente hay que apreciar los otros dos posibles resultados del control judicial inicial de las demandas a los que Priori no ha prestado mayor atención: si el juez admite “de plano” la demanda, debería significar que ha juzgado que ella no adolece de ningún “defecto”; sin embargo, tal juzgamiento carece de toda eficacia vinculante para el juez, en cuanto no solo el demandado puede poner en cuestión la aptitud de la demanda para abrir un proceso válido (vía las llamadas excepciones del artículo 446 del Código Procesal Civil) constriñéndolo a pronunciarse sobre lo que ya se pronunció (se piense, por ejemplo, en la caducidad), sino que el propio juez puede y debe de oficio no solo volverse a plantear la cuestión tanto al pronunciar el llamado “auto de saneamiento” del artículo 465 del Código Procesal Civil como también, a estar a lo previsto en el último párrafo del artículo 121 del Código Procesal Civil, en la sentencia. Y lo mismo ocurre cuando el juez encuentra en la demanda algún defecto “subsana-ble” y ex artículo 426 del Código Procesal Civil le da un plazo al actor para subsanar: subsanado

el “defecto” a tiempo, el juez admitirá la demanda, pero esa “admisión” no precluirá para nada el que, previo “saneamiento” (?) del proceso ex artículo 665 del Código Procesal Civil, una vez llegado el momento de la sentencia la demanda sea declarada improcedente.

Ergo, nosotros tenemos un ordenamiento procesal en el que si bien se constriñe al juez a “controlar” *in limine* la existencia de todos los posibles e imaginables “presupuestos procesales”, los resultados positivos de tal control son tan precarios que bien podríamos ahorrarle el esfuerzo.

Y esa misma “precariedad” se presenta cuando la “calificación” de la demanda conduce al desenlace que Priori considera en línea obligada con los valores de la Constitución: declarada improcedente *in limine* una demanda, nada precluye al actor el que la vuelva a plantear (incluso idéntica) hasta verla finalmente admitida por algún juez. Algo absurdo se dirá, pero así es en la realidad cotidiana, y es justamente esta “precariedad” lo que hace que los prácticos acepten conformistamente la presencia de los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil (y sus homólogos).

Yo no sé si incluidos estos datos en el “test de proporcionalidad” elaborado por Priori para determinar la constitucionalidad del poder de rechazar *in limine* una demanda, alterarían su resultado, pero lo que a mí me dice el simple sentido común es que previsiones normativas como las que autorizan e imponen al juez el control inicial de las demandas tienen muy poco que ver con el tan mentado derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva” y el “respeto de la dignidad humana” (?) que son, en el entendimiento de Priori, las curiosas bases constitucionales sobre las que se apoyarían.

III. CONTROL INICIAL DE LA DEMANDA Y PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Pero un momento: declarada improcedente *in limine* una demanda, no todos pueden darse el lujo de plantear y replantear una demanda hasta verla admitida (en especial, pero no solo, porque el derecho hecho valer en la demanda está sujeto a un fatal plazo de caducidad o está próximo el vencimiento del plazo de prescripción), de allí que en estos casos, la impugnación se le presenta al actor como una alternativa obligada. Y es aquí donde se revelan todas las anomalías que provoca el control judicial inicial de la demanda: conforme a lo dispuesto en el artículo 427 Código Procesal Civil, el recurso (no la demanda) es puesto en conocimiento del “demandado” (que demandado aún no es) y la “resolución superior que resuelva

en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. ¿Cómo se explica esto? ¿Es posible que una resolución judicial que pone fin al “proceso” (sería mejor decir “proto-proceso”...) cuando éste debía nacer, solo en el caso indicado produzca “sus efectos” (que no pueden sino ser los preclusivos propios de la formación de la cosa juzgada) para ambas partes? O dicho desde otro ángulo: ¿es posible que una resolución judicial produzca efectos solo respecto de una de las dos (potenciales) partes?

Y es que el haberle impuesto a los jueces peruanos el control inicial de las demandas, con posibilidad de que las “rechacen” en ese momento, no supone, como señala Priori, “una restricción al derecho al acceso a la justicia”—una restricción que encontraría, a su criterio, justificación en la presencia de otros valores y principios fundamentales—, sino que supone negar que el proceso sea el método del juez para resolver todo lo que tenga que resolver, incluso sobre esas cuestiones procesales que él puede (y debe) por ley apreciar de oficio. Y cuando un ordenamiento procesal permite a los depositarios constitucionales de la jurisdicción, resolver una cuestión levantada por ellos de oficio, sin haber promovido previamente sobre ella el contradictorio entre y con las partes, simplemente les está habilitando ejercer su función con un método constitucionalmente “indebido”. Que es la inconstitucionalidad que Priori (y, muy a mi pesar, no solo él) no alcanza siquiera a entrever, tanto es así que llega incluso a sostener que la declaración de improcedencia de la demanda *in limine* encontraría ulterior fundamento en “el derecho fundamental a que el proceso dure un plazo razonable”. La pregunta sería: ¿cuál “proceso”?

IV. LAS ILUSIONES DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993 Y LAS LECCIONES DE LA REALIDAD COTIDIANA

Con los poderes atribuidos (e impuestos) al juez por el Código Procesal Civil de controlar *in limine* la demanda, se pensó que el juez iba a “madrugarse” (en el sentido de anticipar) al demandado en la apreciación de sus “defectos”, obteniéndose así el benéfico efecto de que o simplemente nunca se activara el proceso (por la existencia de un defecto insubsanable) o que la demanda llegara a conocimiento del demandado ya depurada de aquellos “defectos” (apreciables de oficio) que de no haberse subsanado le hubieran permitido deducir las siempre molestas excepciones procesales.

Sin embargo, la realidad cotidiana nos ha demostrado con crudeza que con el “filtraje” inicial de

la demanda, a la sazón realizado sin el “método procesal”, ni hemos evitado que, a demanda “admitida”, el demandado deduzca excepciones procesales ni mucho menos que el juez, al final, dicte una sentencia que no se pronuncia sobre el fondo. Ergo, no logramos lo que queríamos lograr y más bien hemos terminado, sin beneficio para nadie, embrollando el momento inicial del proceso.

De allí que, en lugar de gastar nuestras energías en darle un fundamento constitucional a lo que sim-

plemente no lo tiene, nuestros esfuerzos deberían estar dirigidos a lograr una mejor organización de nuestros procesos declarativos y, por lo que atañe al tema que nos convoca, hallar el momento más idóneo para que el juez se pronuncie (con efectos vinculantes para ambas partes y, sobre todo, para el propio juez) sobre la existencia de los (llamados) “presupuestos procesales”, teniendo, por cierto, muy presente que, como dice el sabio refrán, “no por mucho madrugar, amanece más temprano”.

Giovanni Priori Posada *versus*
Eugenia Ariano Deho



LAS CAMELLAS 140, SAN ISIDRO
CENTRAL TELEFONICA: 442-2141 TELEFAX: 440-8798
E-MAIL: NOTARIA@NOTARIAHIDALGO.COM
WWW.NOTARIAHIDALGO.COM

SIN POLÍTICA DE ESTADO NO HAY LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Carlos Rivera Paz*

El problema de la corrupción ha aquejado a nuestro país históricamente. Sin embargo, fue en la década de 1990 al 2000 que alcanzó niveles exponenciales y sin precedente alguno.

En el presente artículo, el autor nos presenta un interesante análisis sobre las principales características y graves consecuencias de lo que fue una "megacorrupción" liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos. Asimismo, realiza una constructiva crítica de los distintos planes que se llevaron a cabo para combatir la corrupción en nuestro país y hace especial énfasis en la necesidad de un respaldo político firme para culminar exitosamente cualquier intento de lucha contra la corrupción.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Área Legal del Instituto de Defensa Legal (IDL).

I. LA CORRUPCIÓN, UN PROBLEMA GRAVE Y PROFUNDO

En la actualidad el problema de la corrupción es uno de los más graves para nuestro país y para América Latina. Las dimensiones del problema son realmente mayúsculas porque ya no sólo se trata de la existencia de uno o varios malos funcionarios que deciden apartarse de sus deberes funcionales, sino de hechos que involucran la actuación del Estado en su conjunto y por lo tanto se trata de eventos que directa o indirectamente afectan los intereses de todos los ciudadanos.

Pero, además, la corrupción no sólo da cuenta de la existencia de uno o varios funcionarios desviados de sus deberes, sino que ahora resulta más evidente que este problema nos presenta una realidad que pone en evidencia la existencia de una estructura estatal comprometida con propiciar la comisión de tales actos, sobre todo por la inexistencia de mecanismos de control institucional para evitarlos o sancionarlos. Esto muchas veces ha permitido que la actuación del Estado y de sus funcionarios beneficie intereses particulares.

Esto se ha visto tradicionalmente agravado por una actuación cómplice del sistema de justicia que siempre ha tenido la coartada legal perfecta para no someter a los tribunales a quienes desde el poder favorecieron intereses particulares. Inclusive, no es exagerado afirmar que el sistema de justicia fue parte sustancial de ese andamiaje institucional que favoreció el desarrollo de la corrupción. De alguna manera este asunto es una buena muestra de la relación que el sistema de justicia ha mantenido con el poder y con quienes lo han ejercido históricamente.

La corrupción genera diversos problemas, desde económicos hasta éticos, pero ahora existe un más firme consenso en el sentido de afirmar que uno de los problemas más graves que genera la corrupción es la pérdida de la confianza del ciudadano con el Estado. Si la sustracción de dineros públicos es un daño de consideración a la economía del Estado, la pérdida de la confianza de los ciudadanos puede terminar siendo un daño irreparable al Estado de derecho y a los fundamentos mismos de la democracia.

La historia de nuestro país no ha estado exenta de estos avatares. Muy por el contrario, el caso de Perú es paradigmático en lo que es el desarrollo de la corrupción y de un proceso inicialmente exitoso de lucha contra la corrupción. Durante la década de los años noventa el Estado peruano fue cooptado por una organización mafiosa que desarrolló

un proceso sistemático de corrupción que, simple y llanamente, no tuvo límite en la sustracción de fondos públicos y que terminó sometiendo a casi todas las instituciones públicas a los intereses particulares de quienes gobernaron.

Ha pasado casi una década desde la caída del fujimorato y han pasado tres diferentes gobiernos, incluido el de transición de Paniagua, con sus propias miradas y actitudes frente al problema de la corrupción que nos permiten sacar algunas conclusiones de los que hemos logrado y hemos aprendido de todo ese proceso.

Sin duda el problema de la corrupción es harto complejo, pero justamente por ello resulta también que el desafío que tiene la democracia peruana de luchar contra aquella es también uno de los más trascendentales para nuestro futuro inmediato.

II. LA MEGACORRUPCIÓN DE LOS NOVENTA

La llegada al poder de Alberto Fujimori en 1990 no sólo significó la instalación de un proyecto político autoritario –sobre todo a partir de abril de 1992– sino también el desarrollo de un proceso sistemático de corrupción que infectó casi todos los escenarios y casi todas las instituciones públicas y también privadas. Si bien podríamos reconocer que en casi todos los gobiernos de nuestra historia republicana han existido en mayor o menor medida actos de corrupción, la corrupción de los años noventa no tiene precedente alguno.

Sin duda los volúmenes de la corrupción en términos económicos, la cantidad de personas involucradas, la cantidad de instituciones comprometidas, la multiplicidad de hechos perpetrados y el tiempo en el que se cometieron marcan radicalmente la diferencia con cualquier gobierno o hecho anterior. Estamos, sin duda, ante lo que podemos llamar una megacorrupción que fue liderada por Alberto Fujimori Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres.

La megacorrupción de los noventa no sólo fue el resultado de las acciones de un par de “vivos” colocados en la cumbre del poder. Fue el resultado de las acciones de un proyecto político autoritario liderado por Fujimori que, para conquistar sus objetivos, utilizó como método la generación de un poder *de facto*, el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) en manos de su asesor Montesinos y la utilización de los más diversos métodos de corrupción de funcionarios. El soborno, el chantaje, las coimas, las amenazas, el sometimiento, las prebendas políticas y las acciones delictivas fue-

ron parte de los métodos que el régimen utilizó para lograr sus objetivos.

Por lo tanto, debemos entender esas acciones como parte de un plan sistemático para corromper a casi todas las instituciones del Estado. Si bien las instituciones más afectadas por ese proceso de corrupción fueron, sin duda alguna, las Fuerzas Armadas y los aparatos de inteligencia; el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Policía, la Justicia Militar, el Poder Ejecutivo, la Contraloría y todas las que nos podamos imaginar fueron también sometidas al poder vía la utilización de mecanismos de corrupción.

Según la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA) los actos de corrupción ocurridos en el Perú en la época fujimorista no tuvieron antecedentes en nuestra historia, de modo que configuraron una situación de inestabilidad en las instituciones políticas y un empobrecimiento moral y material de la nación, y significaron el paso de una *corrupción sistemática institucional* –aquella actividad regular y generalizada en la que se hace caso omiso de los procedimientos y las responsabilidades formales otorgadas en los ámbitos institucionales y en las organizaciones– a una *corrupción sistémica* –la ejercida desde el núcleo central del Gobierno, que modifica, adapta y subordina la actuación de los distintos espacios del Estado en función de sus necesidades de reproducción¹.

A decir de la INA, en la década 1990-2000 los involucrados “llegaron a constituir una *red de corrupción*” sin precedentes en el país. El centro de la corrupción se trasladó, pues, del ámbito administrativo-institucional (corrupción sistemática) al núcleo del poder político, de manera que las iniciativas delincuenciales provinieron desde el mismo centro de poder del Estado, a través del Ejecutivo y los servicios de inteligencia (corrupción sistémica).

Fue un proceso de corrupción cuyas principales acciones se planificaban y decidían en la cúspide del poder y por ello parte del plan fue la eliminación o sometimiento de todos los mecanismos de control institucional, político y judicial. Inclusive cuando la prensa fue el único mecanismo de control independiente el gobierno “compró” la línea editorial de los principales medios de comunicación con pagos en efectivo realizados en la salita del SIN, como todos lo hemos podido observar en los *vladivideos*.

Resulta difícil calcular con exactitud la cantidad de dinero público sustraído al Estado durante casi una década de gobierno. Algunos consideran que la cifra supera largamente los mil millones de dólares. Pero ese no fue el daño más grave de aquella corrupción. Sin duda alguna el sometimiento de las instituciones fundamentales de cualquier régimen democrático a intereses particulares e inclusive abiertamente ilícitos y, consecuentemente, la desprotección y postergación de los derechos de los ciudadanos y la eliminación de las bases de la democracia fue el daño más grave que la corrupción de los noventa dejó como herencia.

De hecho, una de las más dramáticas constataciones de este proceso ha sido la facilidad y rapidez con la cual altos funcionarios, civiles y militares, de las más importantes instituciones públicas del país aceptaron –y se acomodaron– a la corrupción. Este asunto deberá merecer un tratamiento específico, pero de hecho en el medio está el tema de la lealtad de los altos funcionarios a la democracia y al Estado de derecho.

III. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y EL SISTEMA PENAL ANTICORRUPCIÓN

La renuncia vía fax de Alberto Fujimori anunció la caída del régimen fujimorista en noviembre del año 2000. Con este hecho se abrió una nueva etapa histórica en el Perú que le tocó conducir al entonces congresista Valentín Paniagua Corazao, que se convirtió en el Presidente del Gobierno de Transición Democrática que duraría hasta el 28 de julio del año 2001.

Paniagua tenía como principal misión el desarrollo de elecciones presidenciales libres y limpias y, efectivamente, su gobierno cumplió ese objetivo, pero a su vez creó el llamado subsistema penal anticorrupción, que en ese momento se convirtió en la expresión de una voluntad política del Estado para combatir y sancionar la corrupción de la década de los noventa.

En la Corte de Justicia de Lima se organizó el llamado subsistema penal anticorrupción compuesto por un equipo de jueces penales, vocales superiores integrantes de una sala penal especial y fiscales especializados y dedicados a la investigación, juzgamiento y sanción de delitos de corrupción de funcionarios y graves violaciones a los derechos

¹ Documentos de Trabajo. “Un Perú sin corrupción”. Lima: INA-MINJUS. 2001. p. 5.

humanos cometidas durante el régimen de Alberto Fujimori Fujimori.

Junto a ellos el Poder Ejecutivo organizó la Procuraduría Pública Ad Hoc para delitos cometidos por Fujimori y Montesinos que era el equipo de abogados encargados de la defensa de los intereses del Estado en todas las investigaciones y procesos judiciales a tramitarse en el subsistema anticorrupción. Finalmente, también en la Policía Nacional se organizó la denominada Dirección de Policía contra la Corrupción. De esta manera el subsistema penal anticorrupción abarcaba todos los ámbitos de intervención del sistema penal.

A la par que se organizó este subsistema penal anticorrupción, el Poder Ejecutivo promulgó diversas normas de procedimientos para facilitar su trabajo y funcionamiento.

De hecho la constitución del subsistema anticorrupción constituía un hecho sin precedentes no sólo en el Perú sino a nivel internacional y era la clara expresión de las dimensiones y complejidad de la corrupción instalada y desarrollada en nuestro país en la década anterior. Pero sobre todo, la constitución de este subsistema fue la expresión de una voluntad política del Estado de luchar de manera decidida y frontal contra la corrupción enquistada en el propio Estado, la misma que durante varios años había tenido la oportunidad de generar nexos y estrechas vinculaciones en todos los ámbitos de la sociedad y la política peruana.

Este es un hecho particularmente relevante en un país en el que, por desgracia, tenemos una larga tradición en la que los crímenes cometidos desde el poder, como la corrupción, no suelen ser ni investigados y menos sancionados. En ese sentido la creación del subsistema significaba también una ruptura con esa parte de nuestra historia y el inicio de una historia diferente.

IV. BALANCE DEL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN

Al cumplirse el sexto aniversario de la creación del subsistema penal anticorrupción, el Consorcio Justicia Viva, haciendo un balance del funcionamiento, señaló "(...) esta situación sui géneris, que en su momento sorprendió a nuestra aún oli-

garca y conservadora nación, acostumbrada a que el «todopoderoso» maneje a su antojo los aparatos judiciales o a que, a partir de mal entendidas inmunidades políticas, se omita el peso de la ley, está en franca decadencia. Aunque no hay duda de que éste es, históricamente, el intento más importante para combatir la corrupción de manera coherente y sistemática, faltó (falta) mucho por hacer"².

Si bien podemos compartir esta evaluación no podemos dejar de mencionar el aporte sustancial que el subsistema anticorrupción ha hecho no sólo a la lucha contra la corrupción sino también al proceso de reconstrucción institucional. Como jamás en nuestra historia, ante los jueces anticorrupción han desfilado generales, almirantes, ministros, vocales supremos, altos funcionarios y hasta banqueros en condición de investigados por delitos de corrupción de funcionarios. Este dato de alguna manera ha dado cuenta al país que la justicia había recobrado su autoridad y frente a ella todos (realmente todos) pueden ser sometidos a investigación.

Es más, no sólo altos funcionarios del Estado, sino también a un ex Presidente de la República se le abrieron diversas investigaciones y procesos penales tanto por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios como por crímenes contra los derechos humanos.

Una importante conclusión de todo este proceso era que el sistema anticorrupción nos demostraba que los crímenes cometidos desde el poder podrían ser investigados y sancionados.

Hasta el año 2007 existían 246 procesos penales abiertos ante las diferentes instancias judiciales del subsistema. Esa cantidad de procesos penales comprendía 1743 personas en condición de procesados, es decir, personas que estaban en condición de inculcados sin sentencia.

Hasta esa fecha sólo existían 87 personas condenadas por delitos de corrupción de funcionarios y sólo existían 40 sentencias firmes³, y los procesos en promedio se demoraban aproximadamente 34 meses. De igual modo, la pena máxima impuesta era de 20 años, la cual había sido impuesta a Vladimiro Montesinos en el caso sobre tráfico de armas a las FARC.

² GAMARRA HERRERA, Ronald; RAMÍREZ VARELA, Lilia y Cruz SILVA DEL CARPIO. "Balance del sistema anticorrupción a seis años de su creación". Lima: Consorcio Justicia Viva. 2007. p. 27.

³ Esto quiere decir sentencias confirmadas por la instancia judicial superior.

El dinero que a través de las instancias judiciales del subsistema anticorrupción se había logrado repatriar hasta el año 2007 era de aproximadamente 180 millones de dólares. Si bien es una cantidad muy considerable de dinero lo cierto es que la mayoría del dinero sustraído por actos de corrupción no ha sido ubicado hasta la fecha.

Las cifras de procesos judiciales acabados o con sentencias firmes dan cuenta de que el avance de los procesos es realmente lento. Eso sin duda señala que los procesos son altamente complejos, pero también que la organización judicial ha tenido problemas para trabajar de manera célere ante esa complejidad.

En los años siguientes a su conformación, el subsistema anticorrupción vio incrementado el número de salas penales especiales y fiscales encargados del juzgamiento de estos delitos, pero eso no necesariamente significó su fortalecimiento. En términos del propio subsistema estamos convencidos de que el principal problema no ha sido la lentitud en el manejo de las causas judiciales, ya que algunos procesos después de cuatro o cinco años no tienen sentencia alguna, sino la falta de persistencia en mantener ese conjunto de instancias del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Poder Ejecutivo efectivamente como un sistema, es decir, bajo una actuación e intervención que responda a objetivos comunes y claros. Eso lamentablemente no se ha producido.

Pero adicionalmente cuando hacemos un balance del subsistema hay que obligatoriamente incorporar la variable política. No hay sistema anticorrupción que pueda existir sin apoyo o respaldo político. Y de hecho ese pasó a ser uno de los principales problemas del subsistema creado durante el gobierno de Transición. Si bien el gobierno del Presidente Alejandro Toledo en su primera etapa apoyó decididamente el funcionamiento del subsistema anticorrupción, desde mediados de su gobierno ya se podía apreciar críticas a la acción de esta organización judicial.

En las postrimerías de su mandato ya se puso en evidencia una posición de fuerte cuestionamiento a los integrantes del subsistema e inclusive de claro enfrentamiento con algunos de ellos, especialmente los procuradores ad hoc. De esta manera asistíamos a un nuevo momento en el que el Estado expresaba frente al proceso anticorrupción una

voluntad bastante diferente a la que había dado origen al subsistema. Lo que el Estado expresaba, a través de los principales funcionarios del régimen, era una evidente sustracción del respaldo político que el proceso político exigía y el establecimiento de un distanciamiento de ese esfuerzo de luchar contra la corrupción.

La llegada del segundo gobierno del presidente Alan García marcaría no sólo una confirmación de este evidente retroceso político, sino inclusive el inicio de un proceso de regresión de lo logrado hasta ese momento.

V. PLAN ANTICORRUPCIÓN, PERO SIN POLÍTICA DE ESTADO

Aun cuando buena parte del período de gobierno del presidente Toledo estuvo marcado por la existencia de una constante discusión pública sobre el proceso anticorrupción y la exigencia, desde diversos sectores de la sociedad civil, para que el gobierno defina en términos claros una política de Estado contra la corrupción, eso finalmente no se materializó.

Si bien en su discurso el presidente Toledo mantuvo una mención permanente al tema de la lucha contra la corrupción, los hechos señalaban otra dirección de la voluntad política de su gobierno. Aunque parezca contradictorio esa desvinculación y desatención al proceso anticorrupción seguramente se expresó justamente en la publicación del Plan Nacional contra la Corrupción.

El documento –no cabe duda– fue el resultado de una seria elaboración ya que entiende el problema de la corrupción como un problema estrictamente integral que exige una respuesta en ese sentido tanto del Estado como de la sociedad, señalando que este no sólo es un problema del sector público sino también del sector privado.

El Plan señala que “(...) La creación de una política de Estado que coadyuve al mejoramiento de las relaciones entre la sociedad y la Administración Pública, entre los gobernantes y los gobernados, harán que el desarrollo del país sea cada vez más viable. En ese sentido, el Plan Nacional de lucha contra la Corrupción representa, hoy por hoy, la oportunidad histórica de desterrar para siempre la posibilidad de actos de corrupción cometidos en el pasado y que no queden impunes (...)”⁴.

⁴ Ministerio de Justicia. PLAN NACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN. Junio. 2006. p. 57.

Agrega el documento que "La corrupción es uno de los mayores desafíos de nuestra época, un desafío que debe y puede ser enfrentado. Lo importante es dar un cambio profundo e instaurar una política integral y de estado que le haga frente y no caer en discursos líricos y oportunistas. Existe un amplio reconocimiento de que los cambios fundamentales y duraderos en prácticas y actitudes, sólo pueden obtenerse reuniendo los esfuerzos y energías de todos los componentes del Estado y de la sociedad civil"⁵.

En cuanto al diagnóstico del problema el Plan Nacional avanza en el sentido de afirmar que en nuestros países la corrupción mantiene una directa relación con la mantención de las condiciones de pobreza.

En el Plan Nacional se consigna muy claramente la lucha contra la corrupción como un instrumento para fortalecer la democracia y la gobernabilidad, porque considera justamente que la corrupción es un factor desestabilizante de la democracia. De igual manera considera a la transparencia y a la rendición de cuentas como dos medidas iniciales pero fundamentales para la afirmación de la lucha contra la corrupción. En el documento también se reconoce la participación de la sociedad civil como parte fundamental de ese proceso.

La visión que plantea el Plan Nacional es la siguiente: "Un país libre de corrupción en el que imperan los principios de honestidad, ética, probidad, con una Administración Pública que trabaje bajo los lineamientos de la objetividad, imparcialidad y transparencia"⁶. Para ello propone como condiciones necesarias el "construir y mantener un liderazgo político que exprese la voluntad política de lucha contra la corrupción" y "construir una alianza entre la sociedad política y la sociedad civil en contra de la corrupción"⁷.

Entre los objetivos estratégicos que propone el Plan tenemos a los siguientes:

- a) Proponer un sistema anticorrupción articulado y fortalecido;
- b) Institucionalizar en la administración pública la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción;
- c) Disponer de una justicia moderna y eficaz;

- d) Promover prácticas y/o conductas anticorrupción en el sector empresarial.
- e) Promover prácticas anticorrupción en los medios de comunicación.
- f) Lograr el compromiso de la sociedad para que esta fiscalice y participe activamente en la lucha contra la corrupción.

Este Plan Nacional contra la Corrupción recién fue publicado en junio de 2006, a pocos días de la instalación en el poder del gobierno del presidente García. Ciertamente las 239 páginas del documento dan cuenta de que su elaboración fue el resultado de un trabajo serio y profesional, pero frente a la naturaleza y envergadura del problema lo que había que valorar por sobre todas las cosas era la decisión del régimen del Presidente Toledo de convertir ese documento en una verdadera política de Estado.

El hecho es que más allá de la corrección de los términos que contiene el documento el Plan fue presentado a pocos días de que se instale un nuevo gobierno que no había participado en la elaboración del mismo. La conclusión no podía ser otra: el Plan Nacional jamás se puso en práctica.

VI. EL GOBIERNO DEL PRESIDENTE GARCÍA Y LA "VUELTA A LA NORMALIDAD"

Es muy probable que el distanciamiento del gobierno del presidente Toledo de la lucha contra la corrupción tenga como explicación –entre otras– que esta significa apretar con cierta firmeza el proceso de reformas institucionales al interior del Estado, algo que dicho gobierno al inicio de su mandato enarboló, pero que luego dejó muy de lado.

En el caso del presidente García los términos de la relación política, que desde el mismo día de la instalación del nuevo gobierno, marcó sobre el proceso anticorrupción y de las reformas institucionales fue mucho más claro: ni uno ni otro estaban en la agenda prioritaria del régimen. Por lo tanto no había que esperar mucho. Lo cual ha significado que diversos sectores fundamentalmente de la sociedad civil no mantengan expectativas sobre las medidas a implementar durante este gobierno.

Desde la misma instalación del nuevo régimen hemos podido observar dos hechos que han mar-

⁵ Ibid. p. 62.

⁶ Ibid. p. 72.

⁷ Ibid. p. 72.

cado el nivel de su relación con la lucha contra la corrupción. En primer lugar, el poco o casi nulo interés que el presidente García dedicó a este problema en sus primeros mensajes a la nación ante el Congreso de la República. En segundo lugar, está la sólida y transitada alianza política con el fujimorismo en el Congreso, la misma que justamente se ha materializado en algunos asuntos directamente relacionados a la investigación de casos de corrupción de funcionarios.

Aun así el Presidente García pretendió demostrar que sí le interesaba el problema de la corrupción y sin mayor debate público, inopinadamente, creó la llamada Oficina Nacional Anticorrupción (ONA), cuya jefatura fue encargada a una ex jueza anticorrupción.

Si bien al inicio se despertó cierta expectativa por la creación de la ONA, lo cierto es que rápidamente los representantes de otras instituciones como el Ministerio Público y la propia Contraloría cuestionaron públicamente la creación del nuevo ente acerca del cual no existía certeza sobre la verdadera misión que debía cumplir en un país como el nuestro. Junto a ello, también rápidamente se puso en evidencia dos asuntos que terminaron de liquidar esta incierta experiencia. De un lado, la casi nula fortaleza institucional de la ONA, sobre todo de parte de quien la lideraba, y de otro lado, el casi inmediato abandono que el gobierno hizo de dicha oficina.

Como bien ahora conocemos la ONA fue desactivada a mediados del año 2008 sin que haya significado ningún paso adelante en la lucha contra la corrupción. Lamentablemente lo que terminó aparentando fue una suerte de “engaña muchos” de parte del régimen hacia la sociedad.

A finales del 2008 el escándalo de los llamados “petroaudios” que involucró la participación de varios ministros de Estado y conocidos militantes del partido de gobierno ha marcado un punto de inflexión del régimen sobre la lucha contra la corrupción, no sólo porque tuvo entre otras consecuencias la renuncia de todo el Consejo de Ministros, sino –sobre todo– porque puso en muy clara evidencia que más allá de las radicales declaraciones del presidente García⁸ el régimen carecía de una política de Estado contra la corrupción.

Si bien el Congreso de la República rápidamente designó una Comisión Investigadora presidida por un representante de la oposición, recientemente hemos sido testigos de la presentación de los informes finales de este grupo de trabajo en los que, gracias a los votos de los representantes del gobierno y del fujimorismo, en mayoría se exculpa a los ex ministros involucrados en las investigaciones.

VII. EL PLAN ANTICORRUPCIÓN DE GARCÍA: ¿PODEMOS CREER?

La llegada del presidente del Consejo de Ministros, el líder regional Yehude Simon, fue un hecho directamente relacionado al escándalo de corrupción más notorio del régimen. Por ello uno de los primeros compromisos del nuevo jefe del gabinete fue la presentación de una nueva propuesta de plan nacional contra la corrupción.

Casi dos meses después de instalado el nuevo gabinete el primer ministro presentó un documento de 32 páginas llamado Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción.

En el documento se afirma que “El compromiso del Gobierno de asumir una lucha frontal contra la corrupción constituye el principal y más importante pilar en la gestión del Presidente de la República y del Consejo de Ministros. Bajo este objetivo, el Poder Ejecutivo tiene la firme decisión y voluntad de combatir radicalmente la corrupción y establecer medidas y acciones efectivas”⁹.

El documento afirma también que “Necesitamos construir un espacio de concertación y diálogo renunciando a posiciones e intereses que nos separan; con firmeza pero con voluntad de trabajar y progresar, de alcanzar una sociedad diferente, libre de corrupción. Debemos compartir la visión de trabajar juntos en la edificación de cimientos que nos darán el sustento necesario para educar, pues aun a pesar de nuestras diferencias ideológicas, políticas o dogmáticas podemos ponernos de acuerdo en atacar un mal que afecta nuestro desarrollo”¹⁰.

Más allá del texto de esas declaraciones lo cierto es que el documento no contiene un diagnóstico

⁸ El presidente de la república calificó de “ratas” a los implicados en este caso. Pero semanas después declaró que se trataba de un “escandalete”.

⁹ Presidencia del Consejo de Ministros. PLAN NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Diciembre. 2008. p. 3.

¹⁰ Ibid. p. 4.

del problema. Simplemente hace referencia a los siguientes objetivos:

- a) Promover el fortalecimiento del sistema de lucha contra la corrupción articulado.
- b) Institucionalizar en la administración pública las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción.
- c) Articular una estrategia judicial eficaz e integral contra la corrupción.
- d) Promover prácticas y/o conductas en el sector empresarial para luchar contra la corrupción.
- e) Promover la activa participación de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción.
- f) Lograr el compromiso de la sociedad para que participe de manera activa en la lucha contra la corrupción y la fiscalice.
- g) Desarrollar esfuerzos a nivel internacional en la lucha contra la corrupción a nivel nacional.

No cabe duda de que, excepto el último de los señalados, se trata de los mismos objetivos que en su momento propuso el Plan presentado por el gobierno del presidente Toledo en junio de 2006. Esta constatación sólo nos propone una pregunta ¿Por qué entonces no se ha ejecutado el plan del 2006 si ambos proponen en estricto lo mismo?

VIII. ¿QUÉ HEMOS APRENDIDO?

Al final de este breve balance y análisis de la lucha contra la corrupción, ésta parece ser la pregunta casi obligatoria que nos debemos hacer: ¿Qué hemos aprendido? La realidad de un sistema penal anticorrupción sin respaldo político, casi abandonado a iniciativas personales de algunos magistrados y objeto de campañas mediáticas de cuestionamiento de sus medidas, la realidad de un Congreso de la República en el que pareciera imponerse la negociación para sustraer responsabilidades políticas y penales de implicados en hechos abiertamente irregulares, la realidad de una falta notoria de controles y mecanismos de prevención contra la corrupción, la realidad de un Poder Ejecutivo que en muchos casos ha sido la fuente de los cuestionamientos a las decisiones del sistema penal anticorrupción, con muy poco interés en el tema y sin definir una política de Estado contra la corrupción, es el escenario en el que debemos enfrentar el grave problema de la corrupción.

La respuesta pareciera ser que, después de una década de megacorrupción y después de haber puesto en marcha un proceso de lucha contra la corrupción sin precedentes en la región, hemos aprendido muy poco o casi nada.

Si esto es así lo que tenemos delante de todos los peruanos es nuevamente un inmenso reto y desafío que hoy más que nunca debemos honrar. La democracia y el Estado de derecho dependerán de ello.

A CINCO AÑOS DEL INFORME CERIAJUS: LA REFORMA JUDICIAL ESQUIVA

David Lovatón Palacios*
Lilia Ramírez Varela**

Implementar un cambio siempre es problemático, más aun cuando este se refiere a una institución tan asentada en el retraso y el error como lo es el Sistema de Administración de Justicia. Quizá es por ello que la Reforma Judicial, durante muchos años, y tras muchos intentos, no ha podido ser más que un mero intento de cambio sin una real trascendencia. Es importante, sin embargo, reconocer el gran avance que supuso en este proceso la creación de la Comisión Especial de Reforma Integral de Administración de Justicia (CERIAJUS).

Así pues, a cinco años de la entrega del Informe de la CERIAJUS, el autor realiza un análisis de la real situación del Sistema Judicial en el Perú y los avances que en la materia se han realizado luego de importantes iniciativas como la Ley de Carrera Judicial o la Reforma Procesal Penal, entre otras, tomando muy en cuenta la situación política presente y pasada.

* Abogado. Director del Instituto de Defensa Legal (IDL). Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante del equipo profesional del Consorcio Justicia Viva.

** Abogada. Integrante del equipo profesional del Consorcio Justicia Viva.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de cuarenta años (fines de los sesentas) empezaron los primeros intentos de Reforma Judicial en nuestra región, en un comienzo, impulsados junto a los primeros proyectos revolucionarios, en Cuba y Perú. Luego, en los ochentas, la promoción provino de Estados Unidos y de organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, dentro de su plan de ayuda a la modernización de los países en subdesarrollo. Como era de imaginarse, el problema de la judicatura y del sistema judicial en Latinoamérica era palpable desde hace muchos años atrás, por lo que la atención producida en torno al tema mereció el interés de los gobiernos nacionales¹ y esta materia fue implantándose, poco a poco, como necesaria dentro de las políticas de reformas de los estados. Sin embargo, pese a que en casi todos los países de este hemisferio la reforma de la justicia ha sido intentada, pocos lo han logrado con éxito. Tal vez los casos positivos más importantes sean Chile y Argentina.

En Perú, siguiendo el movimiento regional, se han producido un gran número de intentos de Reforma Judicial², siendo el más importante el producido tras la recuperación de la democracia en el año 2003. La CERIAJUS fue una propuesta de reforma inédita y alentadora que este año va a cumplir cinco años. En ésta se trató de plasmar todo lo aprendido en décadas de discusiones relativas al cómo y al sobre qué debería consistir la Reforma Judicial. Pese a ello, lamentablemente, a la fecha hay que señalar que seguimos con un vaso casi vacío en lo que se refiere al impulso y plasmación de este programa de reestructuración de la justicia. Aquí un breve balance de los avances, regresiones y olvidos en torno a ésta.

II. ANTECEDENTES

El 4 de Octubre del 2003, mediante Ley N° 28083, el Congreso de la República crea la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), que tuvo el encargo de elaborar, en un periodo de 180 días, un Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Justicia

en el Perú. Un hecho sin precedentes en la historia judicial de nuestro país y a nivel comparado, pues por primera vez –hecho que no se ha repetido en igual magnitud posteriormente– las cabezas de todas las instituciones componentes del Sistema de Justicia y representantes de la sociedad civil, se reunieron, coordinaron, debatieron y aprobaron un Plan de Reforma Judicial con un enfoque sistémico, en el que la reforma del Poder Judicial es una pieza –muy importante sin duda– pero no la única en el engranaje de la mejora del sistema de justicia, que comprende también a fiscales, policías, abogados, Facultades de Derecho, entre otros actores.

La CERIAJUS culminó su mandato en abril del 2004, entregando, al entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo, su Plan de Reforma Integral y un costeo aproximado de tales medidas. La CERIAJUS estuvo presidida por el entonces Presidente del Poder Judicial, Hugo Sivina, y conformada por la Fiscal de la Nación, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), un representante del Presidente del Tribunal Constitucional, la Presidenta de la Academia de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia, dos representantes de la Comisión de Justicia del Parlamento, un representante de los colegios de abogados, un representante de las Facultades de Derecho y seis representantes de sociedad civil nombrados por el Acuerdo Nacional. Pese a que algunos representantes de la sociedad civil lo solicitaron, el pleno de la CERIAJUS no aceptó la presencia con voz pero sin voto de un actor clave en el sistema de justicia: la Policía Nacional, representada por el Ministro del Interior.

Lamentablemente, en ese momento gran parte de la Corte Suprema consideró que la CERIAJUS constituía una injerencia indebida a la independencia judicial y a la autonomía del Poder Judicial, por lo que su Presidente, Hugo Sivina, no participó con el esperado entusiasmo y empuje en este encomiable esfuerzo. Por el contrario, impulsaron otra instancia paralela de impulso de la Reforma Judicial denominada el “Acuerdo por la Justicia” que, paradójicamente a la prédica de no injerencia, estuvo conformada por juristas y representantes de

¹ Ver mejor explicación en torno al tema en: PÁSARA, Luís. “En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina”. Lima: Justicia Viva. pp. 13 y ss.

² De acuerdo a un estudio realizado por Linn Hammergren, hasta el 2000 se habían producido tres grandes oleadas de reformas en el Perú: i) en el año 1968, durante el gobierno militar revolucionario (1968-1980), ii) las reformas puntuales realizadas por los gobiernos de Fernando Belaúnde y Alan García; y, iii) las reformas producidas por el gobierno de Alberto Fujimori tras su golpe de Estado. A estas tres oleadas podemos agregar, sin temor a equivocarnos, una cuarta, que es la producida tras la creación de la CERIAJUS en el año 2003-2004. Ver: “La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras”. Ibid. pp. 289 y 333.

la sociedad civil. Al final, el informe del Acuerdo por la Justicia fue incorporado como un aporte y como anexo al informe final de la CERIAJUS.

Al respecto, retrospectivamente, cabe señalar que la Corte Suprema se equivocó en oponerse inicialmente a la CERIAJUS. No sólo porque las recomendaciones de la CERIAJUS no eran vinculantes jurídicamente, sino porque constituían un compromiso de las instituciones que habían participado en ella; y, fundamentalmente, porque pocos años después, el Presidente del Poder Judicial para el periodo 2007-2008, Francisco Távara, hizo suyas muchas de las recomendaciones del Plan de Reforma de la CERIAJUS y trató de implementarlas parcialmente. Si bien la mayor parte de la Corte Suprema siempre se mostró contraria a algunas propuestas concretas de la CERIAJUS –como la reforma constitucional de la Corte Suprema o la ley de carrera judicial–, ello no debió impedir que la Corte Suprema se sumara sin ambivalencias a este esfuerzo sistémico sin precedentes en la historia de la justicia peruana.

En abril del año 2009 se cumplieron así cinco años de la entrega del Plan de Reforma de la CERIAJUS y, por ende, es un buen momento para hacer un balance sobre qué se ha avanzado y cumplido de las reformas propuestas por la CERIAJUS, qué falta avanzar e implementar y, eventualmente, si es que hay algún terreno en el que inclusive se haya retrocedido. Al respecto, cabe hacer una precisión metodológica importante al iniciar este balance: las reformas propuestas por la CERIAJUS fueron, por un lado, hijas de ese contexto y de los diagnósticos y estadísticas con los que se disponía en ese momento –que eran escasos– y, por otro lado, sus propuestas de reforma constitucional o legal fueron sólo eso, propuestas, sujetas por ende a debate y mejora en el Parlamento Nacional. También cabe tomar en cuenta que el Plan de Reforma de la CERIAJUS era, como toda obra humana, perfectible. Por ejemplo, no contuvo propuestas más acabadas y propias en relación a la enseñanza universitaria de Derecho, la reforma procesal penal o la mejora del sistema penitenciario.

Como señalamos líneas arriba, nuestra apreciación general es de insatisfacción frente a lo avanzado por las instituciones que conforman del Sistema de Justicia, incluyendo a las organizaciones de la sociedad civil. Creemos que si bien se han producido avances parciales o sectoriales importantes que destacar, en términos generales cinco años después de ese gran esfuerzo de concertación y coordinación que fue la CERIAJUS, los problemas centrales de profunda desconfianza ciudadana en

la justicia peruana e ineficiencia y lentitud en la solución de las controversias, se mantienen casi inalterados y así lo demuestran varios indicadores como las encuestas de opinión públicas, algunos lamentables escándalos de corrupción, autoridades judiciales seriamente cuestionadas, la creciente injerencia política en la justicia, infinidad de dependencias judiciales que continúan abarrotadas, abogados sin escrúpulos con tenue control gremial, proliferación de Facultades de Derecho, entre otros.

Sin embargo, hay que señalar que pese a esto no todo ha sido estático o de retroceso dentro del Sistema Judicial. Se han producido interesantes avances, que si bien no se inscriben en el marco de un proyecto de lo que se podría denominar reforma del Sistema de Justicia en todo el sentido del término; han logrado ser impulsados gracias al trabajo de diversas instituciones, incluida la sociedad civil.

III. LA BATALLA GANADA DEL ENFOQUE SISTÉMICO DE LA REFORMA

Sin duda una de las batallas ganadas a partir del Plan de Reforma de la CERIAJUS fue la aceptación y generalización del enfoque sistémico de la reforma del Sistema de justicia, superando así un enfoque fragmentario y sesgado de la reforma que postulaba que ésta fundamentalmente se circunscribía al Poder Judicial y que, por ende, les correspondía sobre todo a los jueces. Un elemento clave en este proceso fue la generalización del término “Sistema de Justicia”, que evidentemente comprende al Poder Judicial como el actor principal, pero que no se agota en él.

Precisamente el Capítulo I del Plan de Reforma de la CERIAJUS se denominó “Sobre el carácter sistémico de la justicia en el Perú” y en él se señalaba, entre otras cosas, que “resulta prioritario superar el estado de desarticulación y falta de comunicación entre las instituciones del Sistema de Justicia. Y es que dicho sistema se presenta en los hechos como un conjunto de autonomías que no coordinan en lo administrativo, ni se articulan en lo jurisdiccional. Resulta necesario entonces, enfrentar el problema a partir de un nuevo enfoque del servicio de justicia, que pondere en forma sistémica las funciones y responsabilidades institucionales de cada organismo...”.

Es importante destacar ello porque tanto el Presidente del Poder Judicial durante la CERIAJUS, Hugo Sivina, como el que le sucedió en el cargo, Walter Vásquez Vejarano, expresaron en público y en privado su recelo y temor –infundados,

David Lovatón Palacios
Lilia Ramírez Varela

por cierto— de que este nuevo concepto de “Sistema de Justicia” pretendiera “licuar” al Poder Judicial en una pléyade de instituciones, todas al mismo nivel, intención oculta que estaba totalmente alejada de la realidad. El concepto “Sistema de Justicia” siempre pretendió, desde sus inicios, incorporar una perspectiva holística de la reforma de la justicia que la comprendiera, pero que no se agotara en la reforma del Poder Judicial, tal y como se había venido concibiendo hasta ese entonces. Sin duda, ello no impide reconocer que en el Sistema de Justicia, el Poder Judicial, como Poder del Estado, ocupa un lugar preeminente.

Felizmente, el sucesor de Vásquez Vejarano en la presidencia de la Corte Suprema, Francisco Távara, incorporó pacíficamente en el discurso oficial y en las políticas públicas del Poder Judicial, esta perspectiva holística e integradora de “Sistema de Justicia”, superando así los infundados temores y recelos que sus antecesores tuvieron.

IV. LA BATALLA GANADA DEL ACCESO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Otra de las batallas ganadas a partir de la CERIAJUS y que era un clamor ciudadano y de diversas instituciones de la sociedad civil y de la prensa independiente, fue el acceso público y vía internet a la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema, medida que recién comenzó a ser implementada en el año 2007 por el entonces Presidente del Poder Judicial, Francisco Távara, superando así la tenaz resistencia a esta medida que opuso su antecesor en el cargo, Walter Vásquez Vejarano, arguyendo —increíblemente— que el acceso a la jurisprudencia de la Corte Suprema, conllevaba el riesgo de ataques o campañas desmedidas e injustificadas contra la “honorabilidad” de algunos vocales de la Corte Suprema.

Ciertamente tal argumentación no resistía análisis alguno y, en consecuencia, a partir del año 2007, la Presidencia de la Corte Suprema dispuso, mediante sendas resoluciones de Presidencia, el acceso público —vía la página web del Poder Judicial— a la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema. Ahora bien, en este tema aún falta mucho por hacer, pues el software instalado para tal efecto no es amigable y falta perfeccionar (por ejemplo, adolece aún de un buscador de sentencias por temas más sencillo), y, algunas Salas y magistrados de la Corte Suprema aún se resisten —en los hechos— a permitir el acceso público a sus sentencias, tal vez temerosos aún que el escrutinio público del foro desnude y critique falencias

y contradicciones argumentativas en sus resoluciones.

Al respecto, cabe recordar que la crítica a las sentencias judiciales no sólo es un derecho fundamental de todo ciudadano reconocido en el artículo 139 inciso 20 de la Constitución Política del Perú, sino que también es un mecanismo democrático y eficaz para que la válida independencia judicial no se pervierta y convierta en arbitrariedad judicial. Por ende, la luz pública sobre las sentencias del juez, será el mejor antídoto en contra de la arbitrariedad y, eventualmente, de la corrupción judicial también.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENDIENTE Y URGENTE

La CERIAJUS, junto con el Plan Nacional presentó un conjunto de propuestas normativas (52) de necesaria implementación para lograr una verdadera reforma. Entre ellas, una de las más importantes, sin duda, resultó ser la propuesta de Reforma Constitucional en materia del Sistema de Justicia, proyecto aprobado por mayoría en el seno de la CERIAJUS, bajo la observación tanto de los representantes del Poder Judicial como del Ministerio Público, instituciones que presentaron textos alternativos.

Con este proyecto se tenía la oportunidad de adoptar un sistema de justicia que no se basara en “apreciaciones superficiales del problema” (como se indica en el Informe del Grupo de Trabajo Temático sobre Reforma Parcial de la Constitución de la CERIAJUS), sino en un conjunto de diagnósticos que dieran o buscaran dar en la médula de las dificultades y que coadyuvasen a la posible creación de un sistema que nos permita acceder a una justicia adecuada a las necesidades nacionales.

En este sentido, se plantearon modificaciones importantes en los siguientes puntos:

- Dentro de la estructura y competencias del Poder Judicial, se buscó separar la función jurisdiccional de la de gobierno, delimitando competencias y dando autonomía a la Corte Suprema y al Consejo de Gobierno.
- Se planteó que la jurisdicción militar pase a formar parte del Poder Judicial, dejando de lado su pertenencia a la estructura de las Fuerzas Armadas.
- En acceso a la justicia y justicia comunal, la CERIAJUS buscó un sistema de justicia inclusivo que eliminase las desigualdades existentes en el país, incorporando, de modo explícito, la jurisdicción comunal, así como

una serie de medidas para que su reconocimiento no quedase en fórmulas declarativas.

- Consejo Nacional de la Magistratura: la CERIAJUS determinó que la reforma de esta institución debiera darse en torno a tres grandes ejes: i) composición; ii) funciones; y, iii) descentralización.
- Ministerio Público: la CERIAJUS identificó para el Ministerio Público, entre otros aspectos que requieren cobertura constitucional, que el órgano encargado del gobierno sea el Consejo de Gobierno de esta entidad, incluyendo en su composición, además de fiscales de todos los niveles, tres representantes de la sociedad civil (colegios de abogados y Facultades de Derecho de universidades públicas y privadas).
- Coordinación entre los órganos del sistema de justicia: la CERIAJUS propuso la inclusión de un capítulo que establezca la obligación del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura, de mantener relaciones constantes de coordinación para garantizar una adecuada impartición de justicia.
- Justicia Constitucional: la CERIAJUS propuso incrementar el número de magistrados constitucionales a 10, con lo que se aumentan 3 nuevos integrantes. Igualmente, también se prolonga la duración del cargo, la cual se varía de cinco a siete años. Asimismo, dentro de sus competencias introduce una forma de *certiorari* pues establece la posibilidad de que el Tribunal pueda escoger discrecionalmente los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento resueltos por el Poder Judicial que considere necesario revisar.

Hasta la fecha, estas importantes modificaciones esperan ser debatidas en el Pleno del Congreso que constantemente sigue frustrando su aprobación. El último intento fue a mediados del 2008. Tras varias reuniones de la Junta de Portavoces (integrada por la Mesa Directiva y los representantes de todas las bancadas parlamentarias), las fuerza políticas lograron consenso para proponer la agenda de debate y poder iniciar la discusión de la Reforma Constitucional. El acuerdo aparen-

temente logrado fue por completo desconocido y la sesión suspendida. Tras haber acordado previamente el debate fluido de los dictámenes de la Reforma Constitucional, se impuso el ego político y el impacto mediático. El argumento esgrimido fue el origen espurio del texto constitucional de 1993. La exigencia propuesta fue el retorno absoluto de la Constitución de 1979.

A su vez, hay que señalar que el Dictamen 116 de la Comisión de Constitución y Reglamento propuso la modificación de tan solo seis artículos de la Constitución, en torno de los temas de justicia. Sin embargo, cuando la CERIAJUS presentó su propuesta de modificación constitucional se refirió aproximadamente a veintiún artículos que deberían ser modificados de manera integral en temas relacionados con el Sistema de Justicia.

Así, todavía tenemos una Reforma Constitucional en materia de justicia pendiente. Es evidente que si se aprobara algunas o varias de estas modificaciones constitucionales, todas las instituciones integrantes del Sistema Judicial se verían en la necesidad de adecuarse al nuevo texto, incluso aquellas reacias a hacerlo. De ahí la trascendencia de su aprobación.

VI. HECHO HISTÓRICO, LA LEY DE CARRERA JUDICIAL APROBADA

No hay duda que este punto es en el que más se avanzó en relación a las propuestas normativas de la CERIAJUS (la citada Comisión hizo suyo el proyecto presentado por Justicia Viva: Bases para la Regulación de la Carrera Judicial y Fiscal); y es que, después de cuatro años de espera, y bajo un importante impulso de la sociedad civil, se promulgó la Ley de Carrera Judicial 29277³, pese a la opinión disidente de muchos integrantes del Poder Judicial, empezando por la Corte Suprema, que se opusieron a su aprobación.

El hecho resulta histórico, pues "el Perú, tras casi 190 años de vida republicana, carecía de una regulación integral de la carrera judicial. Las principales normas sobre el particular se encontraban diseminadas en diversos cuerpos jurídicos, sin pretensiones de conformar un sistema, a pesar de la relevancia de la materia"⁴. Con esta norma logra plasmarse en concreto una fuerte barrera contra la dependencia y parcialidad de los jueces. Como

David Lovatón Palacios
Lilia Ramírez Varela

³ Diario Oficial El Peruano, publicado el día 07 de noviembre del 2008.

⁴ Justicia Viva, Fortalezas y debilidades de la ley de la carrera judicial. Informe Técnico. 2008. En: www.justiciaviva.org.pe

es sabido, uno de los pilares básicos sobre el que se construye cualquier Sistema de Justicia es el de la independencia de los jueces. Ciertamente, la independencia de los jueces se cautela a través de diversas medidas, entre las que destacan la estabilidad en su puesto de trabajo y la garantía de que su desarrollo y ascenso profesional dependerán única y exclusivamente de la calidad de su esfuerzo funcional. Todos estos aspectos son considerados en la Ley de Carrera Judicial, la cual reconoce en la protección de la independencia de los magistrados a uno de sus pilares básicos⁵.

La promulgación de esta ley por el Poder Ejecutivo abrirá un período de 6 meses en el que hay muchas tareas por realizar para garantizar que lo establecido por ella pueda materializarse adecuadamente, sobre todo en el terreno de la evaluación de magistrados. Sólo así, esta norma podrá cumplir su finalidad de reforzar la independencia de los jueces al basar la eficiencia del servicio de justicia en la idoneidad (meritocracia) y probidad de los jueces. A su vez, el Ministerio Público deberá estar atento a la puesta en marcha de esta norma, pues es lógico que se busque la aprobación de una ley parecida para los fiscales, debido a que la propuesta de la CERIAJUS, como es lógico, también incluía a estos magistrados.

Finalmente, aunque la Ley de Carrera Judicial tiene algunas debilidades que deberán ser mejoradas, y que la judicatura está en todo el derecho de solicitarlas, son muchas las fortalezas de esta ley para impedir su implementación y puesta en marcha. En este sentido, las instituciones pertinentes deberán hacer suyo este nuevo cambio.

VII. AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA JURISDICCIONAL Y FISCAL

La creación de más órganos jurisdiccionales y fiscales como la principal medida para ampliar la cobertura territorial y demográfica del Sistema de Justicia y, por ende, mejorar el acceso a la Justicia, ha sido y es una de las reivindicaciones centrales del Poder Judicial y del Ministerio Público. Al respecto, el enfoque de la CERIAJUS sobre este tema, obviamente, pasaba por la creación de nuevos órganos jurisdiccionales y fiscales, pero no se

agotaba ahí sino que planteaba un nuevo despacho judicial y fiscal que maximizara los recursos existentes –siempre escasos en un país como el Perú con grandes necesidades y urgencias sociales en nutrición, salud, educación, seguridad e infraestructura vial–, e hiciera más eficiente a los órganos jurisdiccionales y fiscales.

Sobre el particular, Juan Enrique Vargas, ex director del Centro de Estudios para la Justicia de las Américas (CEJA), sostiene precisamente que no se trata de crear “más de los mismo” sino de crear nuevos órganos jurisdiccionales y fiscales pero con una nueva organización y procedimientos administrativos, dirigidos a hacer más eficiente su producción jurisdiccional y fiscal, sin menoscabo obviamente de la calidad de la justicia impartida, de lo contrario “el aumento de los presupuestos judiciales no han demostrado tener correlato en el aumento de la productividad”⁶.

VIII. LA DESATENCIÓN DE LA RECOMENDACIÓN CERIAJUS SOBRE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

El Plan Nacional elaborado por la CERIAJUS era escéptico en relación a la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial creado hace más de once años por la Ley 26872⁷. En su famoso Informe, señaló que: “los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no habían generado espacios paralelos al Poder Judicial”⁸, y que la conciliación con el tiempo se había deslegitimado socialmente por ser un costo adicional al usuario sin que necesariamente sea un servicio de calidad, debido a su falta de supervisión. Razón por la cual proponía la eliminación de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial, y que el Estado más bien proyectara el uso voluntario de la conciliación extrajudicial, vigile la calidad de los centros de conciliación y establezca la desconcentración de éstos.

Sin embargo, pese a esto, y desconociendo también el Informe 109 de la Defensoría del Pueblo que señalaba la necesidad de “una investigación que revise los aspectos técnicos de la experiencia y que dé cuenta en qué medida ha contribuido a la construcción de una cultura de paz en nuestra sociedad y a la descongestión de procesos en el Poder Judicial”⁹,

⁵ Ibid.

⁶ VARGAS, Juan. “Eficiencia en la justicia”. En: PASARA, Luis. Op. cit. p. 465.

⁷ Diario Oficial El Peruano, publicado el día 13 de noviembre de 1997.

⁸ CERIAJUS, Plan Nacional, Área N° 1. “Acceso a la justicia, Sub-área N° 3: conciliación y arbitraje”. p. 92.

⁹ DEFENSORÍA DE PUEBLO. “Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán”. Informe 109 de la Defensoría del Pueblo. Lima. 2006. p. 66. El Peruano, 28 de junio del 2008.

el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Legislativo 1070, que modifica una serie de aspectos de la Ley 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial (LCE), indicando que están dadas las condiciones para expandir el procedimiento conciliatorio hacia nuevos temas, además de exigir que la obligatoriedad se entenderá ahora para ambas partes, como la solicitud y concurrencia a la audiencia ya que, de no hacerlo, significará para el solicitante la improcedencia de su demanda (artículo 6), y para el invitado, la influencia negativa en el proceso judicial –además de la multa que le será impuesta por el juez (artículo 15)–.

Para Javier La Rosa, especialista en el tema, esta decisión es desacertada no sólo porque contradice lo establecido en documentos tan importantes citados líneas arriba, sino también porque el mencionado Decreto Legislativo “ha incrementado la intensidad de la obligatoriedad de la conciliación sin mayor base técnica que la sustente, y si bien esta medida está acompañada de una serie de modificaciones –muchas de ellas bastante pertinentes–, ha dejado de lado la oportunidad de regular de modo integral una nueva ley de conciliación que reflejara las coordinaciones y puntos de vista de los jueces especializados (que tienen que lidiar cotidianamente con las actas de conciliación) y los operadores del sistema conciliatorio; evitando esta suerte de improvisación gubernamental”¹⁰.

IX. LA SALUDABLE REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD Y LAS TAREAS PENDIENTES

En el tema de carrera judicial se ha conseguido superar el gran escollo del 80% de provisionalidad dejado por el gobierno de Fujimori¹¹. Y, conforme lo denunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú del año 2000, el “alto porcentaje de jueces ‘provisionales’ afectaba seriamente el derecho de la ciudadanía a una adecuada administración de justicia”¹², lo que se debía a varias razones: i) la selección de dichos jueces no se realiza por el órgano encargado, ii) los jueces provisionales ejercían funciones para las cuales no han sido preparados; y iii) los jueces provisionales podían ser destituidos sin expresión de causa (Capítulo II,

párrafo 15). Esta situación está lejos de repetirse en la actualidad, pues la mayoría de magistrados son titulares, y con la mejora de los reglamentos de selección, nombramiento y disciplina de los magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, los niveles de subjetividad y arbitrariedad se han reducido considerablemente, pese a que aún falta implementar y mejorar la recientemente aprobada Ley de Carrera Judicial.

Sin embargo, esta realidad contrasta con la situación que se produce en la Corte Suprema. La excesiva provisionalidad nace de un uso distorsionado de las normas, pues según la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la existencia de jueces provisionales sólo está prevista para casos excepcionales. Sin embargo, en la Corte Suprema esto se ha convertido en regla, pues en los últimos años este órgano nunca ha dejado de tener magistrados supremos provisionales.

En la actualidad, estamos ante un nivel de provisionalidad del 57% en las plazas supremas correspondientes a funciones jurisdiccionales, y si bien ahora la situación es mejor que hace algunos años, debido al nombramiento de vocales supremos, la cifra de provisionalidad es alarmante para la instancia máxima del Poder Judicial. En este sentido, si bien a nivel nacional el Consejo Nacional de la Magistratura está realizando una buena labor en la disminución de la provisionalidad, todavía queda una importante tarea pendiente a nivel de la máxima instancia jurisdiccional que no debe dilatarse.

X. REFORMA PROCESAL PENAL

Esta fue la primera recomendación de la CERIAJUS en implementarse. Meses después de la presentación del Plan, en julio de 2004, se promulgó el nuevo Código Procesal Penal. Hecho que constituyó un paso sumamente importante en el impulso de la reforma del Sistema de Justicia Penal en el Perú.

La Reforma Procesal Penal es la reforma más importante en el sistema de justicia penal que se haya hecho desde los inicios de la república. El plan de implementación estableció un proceso

David Lovatón Palacios
Lilia Ramírez Varela

¹⁰ LA ROSA, Javier. “Análisis de las modificaciones de la ley de conciliación extrajudicial: decreto legislativo N° 1070”. En: www.justiciavi-va.org.pe.

¹¹ Véase el comunicado del Consejo Nacional de la Magistratura, del 1° de julio del 2005 (www.cnm.gob.pe). Según datos del Consejo Nacional de la Magistratura, la provisionalidad en el Poder Judicial asciende a 6%, mientras que en el Ministerio Público es de 17%.

¹² COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, del 2 de junio del 2000 (OEA/Ser.L/VII.106 // Doc. 59 rev.)”. Capítulo II. párrafo 14.

progresivo de implementación en todo el país. En julio de 2006, después de dos postergaciones, esta reforma entró en vigencia en la Corte de Justicia de Huaura, y el 1 de abril de 2007 se dio inicio a la segunda etapa de este proceso de implementación en la Corte de Justicia de La Libertad. Ahora, debido a sus resultados, se quiere acelerar su implementación.

Esto resulta preocupante debido a que las más altas autoridades están interpretando la aplicación del nuevo Código Procesal Penal de modo efectista, intentando apurar su entrada en vigencia en todo el territorio nacional. Consideramos que es peligroso adoptar dicha actitud. Por el contrario, nadie está preparado y no sabemos qué está pasando en el día a día de la puesta en vigencia de este nuevo modelo, la lógica de la progresividad era aprender de los errores de quienes ya comenzaron, por lo que lo más sensato sería tomar con cautela la implementación a fin de evitar problemas. Sería lamentable que, debido a los afanes populistas de nuestros gobernantes, se ponga en peligro un cambio sustancial, y que un cambio positivo se convierta en poco tiempo en un pasivo difícil de remontar.

XI. LOS IMPORTANTES AVANCES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN RETROCESO

Para nadie es un secreto que el Tribunal Constitucional (TC) se ha convertido en actor clave en el Sistema de Justicia. Atrás quedó la imagen del tibio y gris Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) de la Constitución de 1979, y el TC sometido y descabezado por el Gobierno Fujimorista, luego de negarse a convalidar la segunda reelección de Fujimori por inconstitucional.

Ese mayor protagonismo –que tuvo como punto de inicio el año 2003 con el fallo emitido en contra de la legislación antiterrorista (Exp. N° 010-2002-AI/TC) y luego fortalecido por una serie de sentencias en materia anticorrupción, justicia militar, lucha contra la impunidad, entre otras– tiene que ver con la importante función que cumple en un Estado Constitucional de Derecho: proteger los derechos fundamentales y controlar que el poder se ejerza de acuerdo al reparto de competencias realizado por la Constitución. Sin lugar a dudas el Tribunal Constitucional actual es un órgano que, en poco tiempo, ha logrado un desarrollo institucional, una legitimidad y una credibilidad importante (45% de respaldo ciudadano).

La CERIAJUS alentó y promovió este fortalecimiento en medidas concretas, específicamente en

la propuesta de reforma constitucional, en donde se ampliaba el número de integrantes (10), se agregaban facultades que permitieran mayor dinamismo a su función (*certiorari*) y se reconocía explícitamente su función de máximo intérprete constitucional, para evitar la famosa guerra de las Cortes (conflictos de competencia), protagonizada, de vez en cuando, con el Poder Judicial.

Sin embargo, este refuerzo no siempre fue (o es) entendido por el poder político, aquí y en otros lugares, pues antes que ver en él un órgano garante del sistema democrático, defensor de la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos de los ciudadanos ven en él, un órgano “todo poderoso” que pone en peligro sus intereses. Es más, son cíclicos los proyectos de ley que intentan –sin éxito hasta ahora– recortar sus facultades.

Empero, a la fecha, podemos diferenciar claramente dos momentos en la vida del Tribunal Constitucional durante el gobierno de Alan García: antes de la elección de los nuevos cuatro magistrados y un momento posterior. Preocupa que esté teniendo éxito cierta voluntad no explícita de dividir, neutralizar y debilitar al Tribunal Constitucional, a partir de la incorporación por el Congreso de personas que no necesariamente son las más destacadas. De seguir profundizándose esta situación nos quedaríamos sin uno de los órganos del Sistema de Justicia que mejor labor venía haciendo a favor de la lucha anticorrupción, la fiscalización del abuso del poder político y la primacía de la Constitución y de los derechos humanos.

Con esta nueva composición y con la presidencia interina de Carlos Mesía Ramírez y luego con la presidencia de Juan Vergara Gotelli, se cierra un ciclo en la historia constitucional de nuestro país, que se había iniciado con Javier Alva Orlandini, y se había mantenidos con la presidencia de Víctor García Toma y de César Landa Arroyo. Esta etapa estaba caracterizada por la innovación de algunas sentencias, no exentas de críticas por cierto. Es cierto que hubo mucho de activismo judicial, pero estimamos que en muchos casos era necesario, dado los límites de la legislación y el contexto de transición democrática que le tocó enfrentar. Sea como fuera, estamos ante otro tribunal, que tiene otra concepción de lo que es la Justicia Constitucional, una más conservadora creemos.

XII. ENDÉMICA INSUFICIENCIA DE ESTADÍSTICAS E INFORMACIÓN

La CERIAJUS se dio cuenta de esta falencia cuando empezó a elaborar su diagnóstico. Por ello, una

de las propuestas del Sub grupo de trabajo de Gobierno, Administración y Presupuesto de la Comisión fue la creación de un *sistema de información estadística interinstitucional*, dada la gravedad de la desinformación en los temas cuantitativos como: carga y descarga de los procesos judiciales, número de magistrados titulares, provisionales y suplentes, así como el nivel de demanda y oferta en cada distrito judicial de este servicio básico.

La CERIAJUS llamó la atención de la importancia de crear un marco analítico cuantitativo que sirva de base para el análisis cualitativo, que es lo que va a generar las pautas para la elaboración, formulación y medida de lo adecuado de las políticas a implementarse. Sin embargo, a la fecha, lamentablemente esto no se ha puesto en práctica de manera adecuada. Todavía la falta de estadísticas sigue siendo alarmante a nivel de los órganos integrantes del sistema de justicia. Tal vez, los que más han avanzado en el tema sean el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura, pero igual es insuficiente a comparación de la información que se necesita para mejorar el servicio, así como el desempeño de los magistrados, pues una forma de medir la calidad del trabajo de los jueces y fiscales es también mediante un análisis cuantitativo de su labor.

Por ello, tal vez este sea uno de los temas en los que el Poder Judicial y demás órganos no deberían dudar en invertir presupuesto, pues a la larga sin duda significará una buena inversión a futuro, más que el gasto ocasionado por la creación de nuevas instancias jurisdiccionales.

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL RECIENTE RETROCESO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EN LA CORTE SUPREMA, SEÑALES QUE NO DEBEN PASAR INADVERTIDAS

“No hemos venido a hablar de reforma” señaló el nuevo Presidente de la Corte Suprema, Javier Villa Stein, en su discurso en la apertura del año judicial al inicio del año 2009. Ello constituye un riesgo de retroceso en el compromiso de la Corte Suprema con la mejora y la reforma de la Justicia y un reposicionamiento de corrientes de opinión al interior del Poder Judicial opuestas al cambio que no provenga de los propios jueces y refracta-

ria a las propuestas y fiscalización por parte de la sociedad civil.

Por su parte, en su discurso inaugural el nuevo Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Vergara Gotelli, refiriéndose a las críticas infundadas e interesadas contra el Tribunal Constitucional que se había convertido en una suerte de “legislador positivo” o que había invadido fueros de otros Poderes u órganos constitucionales autónomos, ha señalado que “reconozco que el Tribunal se ha excedido a veces en su celo por concretarlo. Somos conscientes que tal conducta es negativa porque convierte al Tribunal en un hacedor de cosas mágicas para bien de la vida nacional, lo que podría llevarlo peligrosamente a afirmar que está en condiciones de hacer lo que le viene en gana... Por eso tenemos que autolimitarnos, apretando nuestras intervenciones a lo que nos es propio, sin invadir sede ajena...”. Lo que también constituye un lamentable retroceso en el posicionamiento del Tribunal y de la Justicia Constitucional en el país, que desde el año 2001 y luego de la caída del fujimorato, había producido una encomiable y creativa jurisprudencia a favor de los derechos fundamentales y los principios democráticos.

Lamentablemente, y hay que decirlo, a tres años de gobierno aprista se perciben algunos signos preocupantes de creciente influencia política en instituciones como el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura (instancia encargada de nombrar y destituir a los magistrados integrantes del Poder Judicial y Ministerio Público) y la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Lima, órganos integrantes del Sistema de Justicia, que cumplen roles importantes para la vigencia del Estado de Derecho y la tutela de los derechos fundamentales¹³.

A su vez, en este lapso de tiempo, el gobierno de Alan García ha estado caracterizado por un clima de intolerancia, de parte del Presidente y de su equipo de gobierno, con expresiones ciudadanas de discrepancia y de crítica a sus políticas, situación que ha generado un estrechamiento del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. De la intolerancia gubernamental hacia el que piensa distinto; en algunos casos se ha llegado a situaciones de hostigamiento y abierta persecución contra personas, periodistas e instituciones (ONG's –mediante la Agencia Peruana de Cooperación In-

David Lovatón Palacios
Lilia Ramírez Varela

¹³ Ver: LOVATÓN, David. “Justicia: entre la independencia y los intentos de control”. En: IDEELE 187. Julio del 2008. pp. 26 y 27. El autor establece que “hay que estar muy atentos a la actual presidencia del doctor Luis Peláez Bardales en el CNM, así como a la presidencia del TC del doctor Carlos Mesía, ambos de reconocida afinidad política con el APRA”.

ternacional– o representantes de la sociedad civil) que tienen capacidad de incidencia pública. Este escenario ha tratado de ser mejorado con el nombramiento de Yehude Simon como Presidente del Consejo de Ministros en octubre del 2008, pero aún sigue siendo una promesa de cambio más que una realidad.

Por ello es difícil que, en el actual escenario político, se pueda aspirar a una reforma entendida como un plan integral de cambios como es la

propuesta de la CERIAJUS. Viendo las dimensiones cuantitativas y cualitativas de los problemas existentes en nuestro Sistema de Justicia y las respuestas del gobierno, resulta evidente que no está dentro de sus prioridades emprender el camino de la reforma integral de la justicia dirigida a mejorar significativamente las dificultades de acceso, independencia judicial, lucha contra la corrupción, transparencia, entre otros. Por ello, por el momento, creemos, la Refor Judicial en el Perú seguirá siendo esquiva.

GRUPOS ARMADOS Y DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS APUNTES ACERCA DE LOS AVANCES HACIA LA AMPLIACION DE LA PERSPECTIVA ESTATOCÉNTRICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Cristina Blanco Vizarreta*

En diferentes partes del mundo se vienen produciendo una serie de conflictos armados, muchos de los cuales son protagonizados por facciones no estatales. Si bien estos conflictos pueden ser, en principio, parte de la agenda de los Estados en cuyo territorio suceden, adquieren relevancia a nivel internacional cuando se produce la violación de los derechos humanos. Sin embargo, ¿qué tipo de medidas puede tomar la comunidad internacional cuando este tipo de eventos acaece? ¿Cuáles serían los dispositivos jurídicos encargados de determinar la responsabilidad y su correspondiente sanción? Y lo que es aun más importante, ¿cuáles son las vías que deben ser tomadas para efectivizar la aplicación de dichas sanciones, dadas las particularidades en cuanto al contexto de los grupos armados?

Estas son sólo algunas de las interrogantes a las que el presente artículo da respuesta, analizando el estado de la cuestión desde el concepto de grupo armado, pasando por las normas que imputarían su responsabilidad, la naturaleza de la oponibilidad de las mismas y el rol de la comunidad internacional para saber implementarlas.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora del área académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP). Asistente de docencia del curso de Derecho Internacional Humanitario y del Seminario de Integración en Derecho Internacional y Derecho Internacional Público, a cargo de la doctora Elizabeth Salmón Gárate.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día se desarrollan cerca de treinta conflictos armados en distintas partes del mundo. De estos, más de la mitad son de carácter interno y el resto de carácter interno internacionalizado¹. Del total de los conflictos armados existentes, el 90% tienen como protagonistas a grupos armados no estatales². Estos datos muestran que la configuración de la conflictividad ha cambiado actualmente. En las últimas décadas, las situaciones de violencia interna son las predominantes y, dentro de éstas, los grupos armados tienen un papel protagónico. Ello pone en evidencia que muchas de las más graves violaciones de derechos humanos no son cometidas únicamente por Estados, sino también por actores no estatales, tales como las organizaciones armadas³.

Ante esta constatación, cabe entonces detenerse a preguntar ¿otorga el Derecho Internacional actual herramientas que permitan hacer frente a las actuaciones de los grupos armados que resulten contrarias a sus normas más elementales? ¿Pueden acaso reclamar en el plano internacional las víctimas de estos grupos la afectación de sus derechos? O por el contrario, ¿son los grupos armados y sus actos invisibles para el Derecho internacional? El presente artículo se plantea e intenta contestar tales interrogantes, sin pretender agotarlos.

Para ello se aborda, en primer lugar, lo referido a las obligaciones que imponen las normas humanitarias mínimas aplicables a las situaciones de conflicto armado interno a los grupos armados. Luego, se considera aquellos supuestos en que estas obligaciones son incumplidas, a fin de evaluar si existe una consecuencia jurídica negativa que brinde el Derecho Internacional al grupo armado que incurra en incumplimiento. En una segunda parte, se analizan las implicancias que la existencia de estas obligaciones humanitarias de los grupos armados genera en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo planteamiento tradicional se ha centrado

fundamentalmente en el Estado. De esta manera, se advertirá que dicha aproximación viene siendo cuestionada de forma tal que parece estar asumiéndose que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derechos humanos y que, por lo tanto, pueden ser directamente responsables por su afectación.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS GRUPOS ARMADOS

El Derecho Internacional Humanitario (Derecho Internacional Humanitario) proporciona el marco normativo respecto del cual se evalúa el comportamiento de las partes en los conflictos armados no internacionales. A diferencia de lo que ocurre con los conflictos armados internacionales, a los conflictos armados internos les son aplicables distintas disposiciones jurídicas, en función a la intensidad y la generalización de las hostilidades. Cuando nos encontramos frente a este tipo de conflicto –cualquiera sea su intensidad– le será aplicable el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, mientras que en aquellas situaciones de mayor intensidad que cumplan las condiciones más exigentes que requiere el Protocolo Adicional II, podrá ser aplicado, además, este cuerpo normativo⁴. Con el fin de no restringir el análisis a realizarse a aquellas pocas situaciones en que se logra cumplir con las exigencias del Protocolo Adicional II⁵, nos enfocamos principalmente en contextos en que sea aplicable el artículo 3 común.

Esta disposición regula los conflictos armados internos que pueden tener lugar entre grupos de un mismo Estado al enfrentarse entre sí, ya sean acciones armadas entre las propias fuerzas armadas por rebelión en su seno, o de éstas contra grupos civiles armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí. En estas situaciones, según lo dispone expresamente el propio artículo 3 común “cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar”, como mínimo, el contenido de dicho precepto. De este modo, el Derecho Internacional Humanitario impone un conjunto de

¹ ESCUELA DE CULTURA DE PAZ. ¡Alerta 2009! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz. Barcelona. Icaria Editorial. 2009. p. 21. En: <http://escolapau.uab.cat/castellano/index.php>.

² Ibid. p. 19.

³ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). *International humanitarian law and challenges of contemporary armed conflicts*. En: Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR). Vol. 89, N° 867. 2007. p. 741.

⁴ Véase al respecto, MANGAS MARTÍN, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 1992. p. 67.

⁵ Cabe señalar que, como advierte Salmón, muy pocos conflictos superan el umbral de aplicación alto y estricto del Protocolo Adicional II. Ejemplos sobre ello constituyen la secesión americana o la española, así como también los conflictos en El Salvador, Filipinas, Yugoslavia, entre otros. Véase al respecto: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima. Idehpucp / CICR. 2004. p. 116.

obligaciones que deben ser cumplidas por los grupos armados en tanto partes del conflicto.

Ahora bien, tal afirmación supone una serie de cuestiones relacionadas principalmente al sujeto obligado, a la naturaleza de la obligación y a las consecuencias jurídicas ante su incumplimiento. Para analizar lo anterior, tomamos como punto de partida el acercamiento al concepto de grupo armado, con la finalidad de establecer qué organizaciones serán aquellas obligadas por el artículo 3 común. Una vez establecido ello, veremos cuál es la naturaleza de la titularidad de dicha obligación. Posteriormente, nos plantearemos qué ocurre cuando dichas obligaciones son incumplidas por parte de los grupos armados, para determinar las respuestas que ofrece el Derecho Internacional frente a este incumplimiento.

A. ¿Qué es un grupo armado? En busca de los elementos comunes

No existe una definición convencional de grupo armado. Los instrumentos internacionales que regulan su comportamiento no introducen expresamente una definición. En la práctica, como advierte Policzer, estos grupos reciben denominaciones muy diversas tales como guerrilleros, *freedom fighters*, señores de la guerra, milicias, rebeldes, terroristas o bandidos⁶. A esta ausencia de uniformidad, se suman las características bastante disímiles que presentan entre sí, lo cual hace más difícil aún identificar sus elementos comunes. Esto coincide con la opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuando señala que:

“Los grupos armados organizados, en particular, son extremadamente diversos. Van desde los que están altamente centralizados hasta aquellos que se encuentran descentralizados. Los grupos pueden también diferenciarse en relación a la extensión de su control territorial, la capacidad para entrenar a sus miembros y las medidas disciplinarias y punitivas que son tomadas contra miembros que violan el Derecho Internacional Humanitario”⁷.

Ante la falta de una respuesta convencional, cabe

atender a la doctrina y jurisprudencia internacionales para esclarecer este concepto a través de la identificación de los aspectos definitorios del grupo armado. En la doctrina se encuentran distintos acercamientos que comparten ciertos aspectos y varían en otros. Policzer, por ejemplo, partiendo de una definición weberiana del Estado, sostiene que, de modo general, los Estados son aquellas instituciones que ostentan efectivamente el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza dentro de su territorio. Para el autor, esto sugiere inmediatamente que una posible definición de grupo armado debe entenderlos como aquellos que luchan contra el monopolio de la fuerza coercitiva legítima⁸.

Debe reconocerse que este planteamiento, al ser bastante amplio, permite incluir una gran variedad de grupos armados existentes. No obstante, parece ser que deja de lado elementos importantes que no cualquier grupo que lucha contra el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza puede tener, tales como la organización o el uso efectivo de violencia armada. Teniendo en cuenta ello, Bruderlein considera que un grupo armado es un actor no estatal con una estructura de mando básica que utiliza la violencia para alcanzar un objetivo político y que es independiente del control estatal⁹.

Llama la atención que esta aproximación incluye como elemento definitorio el objetivo hacia el que dirige su acción el grupo armado, el cual es considerado de índole política. En este mismo sentido, el “Llamamiento de Ginebra” (*Geneva Call*), organización humanitaria comprometida con el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por parte de actores no estatales, considera que un grupo armado es un actor armado que opera fuera del control estatal y que usa la fuerza para alcanzar objetivos políticos o cuasi político¹⁰. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual 1992-1993, señaló que, ante la carencia de un marco de referencia concreto, la Comisión interpreta que la expresión “acciones de grupos armados irregulares” se refiere a aquellas acciones que llevan a cabo

⁶ POLICZER, Pablo. *Neither terrorists nor freedom fighters*. Armed Groups Project. Working Paper 1, 2002. p.1. En: <http://www.armed-groups.org/the-armed-groups-project/working-papers>.

⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. *International humanitarian law and challenges of contemporary armed conflicts*. Op. cit. p. 744-745.

La cita es traducción libre del siguiente texto: Organized armed groups, in particular, are extremely diverse. They range from those that are highly centralized to those that are decentralized. Groups may also differ in relation to the extent of their territorial control, their capacity to train members, and the disciplinary or punitive measures that are taken against members who violate IHL.

⁸ POLICZER, Pablo. Op. Cit. p. 8.

⁹ BRUDERLEIN, Claude. *The Role of Non-State Actors in Building Human Security: The Case of Armed Groups in Intra-State Wars*. Ginebra. Centre for Humanitarian Dialogue. 2000. Citado por: POLICZER, Pablo. Op. cit. p. 7.

¹⁰ Véase <http://www.genevecall.org/about/about.htm>.

grupos organizados, en el marco de un conflicto armado interno, con el objeto de modificar, mediante el empleo de la violencia, un determinado orden político que los miembros del grupo perciben como injusto¹¹.

Sobre este aspecto, cabe tener en cuenta que no debería exigirse la existencia de objetivos políticos claramente definidos, ya que existen grupos armados que no los tienen y no por ello pueden encontrarse fuera de esta categoría. En efecto, el Ejército de Resistencia del Señor (ERS), que opera en el norte de Uganda, no tiene una agenda política claramente estructurada, más allá de sus reclamaciones de asegurar la implementación de los Diez Mandamientos¹² y, como ha señalado expresamente la Corte Penal Internacional (CPI), el Ejército de Resistencia del Señor es efectivamente un grupo armado¹³. Cabe notar en este punto que la noción de grupo armado que maneja la Corte Penal Internacional se desliza de las distintas resoluciones en las que se ha referido a esta cuestión. En ellas ha puesto énfasis, principalmente, en el elemento organizativo y operacional que deben tener el grupo armado. Al describir la situación en la República Democrática del Congo, por ejemplo, la Corte Penal Internacional afirmó que:

“Considerando que existen elementos razonables para creer que desde julio de 2002 hasta fines de 2003, hubo un conflicto armado prolongado en el territorio de Ituri, que involucró grupos armados establecidos en el lugar, con *organización jerárquica y la habilidad para planear y llevar a cabo operaciones militares sostenidas*”¹⁴ (el énfasis es nuestro).

Luego de hacer referencia a distintas aproximaciones en torno a la noción de grupo armado, podemos identificar, por lo menos, cuatro aspectos que pueden considerarse definitorios. El primero de ellos consistiría en un elemento esencial, cual es su *carácter no estatal*. Ciertamente, los grupos armados, por definición, están compuestos por privados y no se encuentran bajo el control del Estado. En esto coinciden claramente todas las re-

ferencias mencionadas.

Un segundo elemento es el *uso de violencia armada* o, en términos de la Corte Penal Internacional, la realización de operaciones militares. Este aspecto, relacionado al tipo de acciones del grupo armado, tiene estrecha relación con su carácter de parte contendiente, pues si fueran simples agrupaciones delincuenciales, su actuar difícilmente podría dar lugar a un conflicto armado en el que debe existir un enfrentamiento armado entre dos o más partes.

El tercer aspecto se refiere a un *elemento organizativo*, presente en dos sentidos distintos que podemos llamar externo e interno. El primero de ellos consistiría en que exista cierta organización para llevar a cabo las hostilidades, es decir, se encuentran excluidos aquellos grupos que se forman con ocasión de un motín o de una situación de desorden interno, los cuales de manera desorganizada realizan algunos actos de vandalismo o actos aislados de violencia¹⁵. Asimismo, la organización debe encontrarse al interior del grupo, de manera que exista cierta distribución de tareas aunque no necesariamente una jerarquía rígida o militar propia de un ejército regular¹⁶.

Finalmente, se encuentra un elemento relacionado al objetivo del grupo armado. Como se ha visto, más de uno sostiene que debe tener carácter político o militar¹⁷. Debe notarse que, como se señaló anteriormente, puede resultar un tanto cuestionable incluir este aspecto como definitorio del grupo armado, en tanto en ciertas ocasiones tales objetivos no poseen una clara índole política, como es el mencionado caso del Ejército de Resistencia del Señor. Además de ello, como señala un reciente estudio acerca de los conflictos armados, los objetivos de los grupos armados no son únicamente de carácter político, sino que se encuentran normalmente vinculados a los tres ejes siguientes: (i) demandas de autodeterminación y autogobierno o aspiraciones identitarias; (ii) la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado o a la política interna o internacional de un

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe Anual 1992-1993, Capítulo V, punto II.

¹² POLICZER, Pablo. Op. cit. p. 7.

¹³ Corte Penal Internacional. *Prosecutor v. Joseph Kony*. Warrant of arrest. No.: ICC-02/04-01/05. 27 de septiembre de 2005. p. 3.

¹⁴ Corte Penal Internacional. *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*. Warrant of arrest. No.: ICC 1/04 02/07. 6 de Julio de 2007. p. 3. La cita es traducción libre del siguiente texto: *CONSIDERING that there are reasonable grounds to believe that from July 2002 until the end of 2003, there was a protracted armed conflict on the territory of Ituri involving armed groups based thereon and having a hierarchical organization and the ability to plan and carry out sustained military operations.*

¹⁵ MANGAS MARTÍN, Araceli. Op.cit. p. 74. Asimismo, véase RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 55.

¹⁶ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op.cit. p. 55.

¹⁷ Ibidem.

Gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; (iii) o al control de los recursos o del territorio¹⁸.

Al parecer, de lo que se trata aquí es de la existencia de un *propósito colectivo de lucha armada*, diferenciable de la delincuencia común. Con ello, se excluye de la noción de grupo armado a las bandas armadas organizadas o grupos de narco-trafficantes que operan en el ámbito de la mera criminalidad. Quizás entendiendo este elemento en los términos antes descritos pueda obtenerse una definición lo suficientemente abierta como para incluir a la gran variedad de grupos armados existentes, pero que encierre los aspectos esenciales de tales grupos¹⁹.

De otro lado, debe considerarse que la constitución de determinada organización armada como parte contendiente de un conflicto no depende de un reconocimiento previo como grupo armado por parte del gobierno nacional o de terceros Estados²⁰. En efecto, una vez constatada la concurrencia de sus elementos definitorios puede entenderse que estamos ante un grupo armado, cuyo comportamiento se encontrará regido –como mínimo– por el artículo 3 común²¹. Esto pues, como recuerda Sassòli, en el Derecho las clasificaciones legales dependen de los hechos en sí mismos y no de los puntos de vista que de aquellos tengan quienes estén sujetos a las normas²². En este mismo sentido, Greenwood señala que “la aceptación por un gobierno de que existe un conflicto armado no es una condición jurídica previa”, y las obligaciones consagradas por el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se consideran aplicables una vez que se reúnan ciertos criterios objetivos²³.

Finalmente, debe señalarse que si bien comúnmente se afirma que en los conflictos armados internos la mayor intensidad y generalización de las hostilidades conduce a la aplicación –además del

artículo 3 común– del Protocolo Adicional II²⁴, no debe pensarse que en situaciones en que se aplica únicamente el referido artículo 3 común, los grupos armados tienen menor capacidad militar u organizativa. Puede ocurrir que el nivel de organización y capacidad de control del grupo armado que actúe en una situación regulada por dicha disposición sean bastante elevados y aún así no ser aplicable el Protocolo Adicional II, de no presentarse de modo concurrente los caracteres que exige dicho cuerpo normativo para su aplicación, como el control sobre una parte del territorio o la participación de las fuerzas armadas. Tal es el caso, por ejemplo, de Somalia, en que la ausencia de fuerzas armadas estatales pone en cuestionamiento la aplicación del Protocolo II. Sin embargo las acciones hostiles de los actores en conflicto, como los señores de la guerra y los insurgentes yihadistas, han provocado altos niveles de violencia. A su vez, esto ha originado el desplazamiento de cerca de un millón de personas y ha convertido la situación que padece el país, en una de las crisis humanitarias más graves de la actualidad²⁵.

B. La obligatoriedad de las normas humanitarias para los grupos armados. ¿Individuos que cumplen normas, miembros de un grupo obligados internacionalmente o vinculación directa del grupo armado?

Mediante la adopción, en 1949, del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, los Estados acordaron convencionalmente cumplir ciertas normas mínimas en contextos de conflicto armado interno. Sin embargo, en muchas ocasiones la conducción de las hostilidades por parte de actores centrales de estos escenarios –como los grupos armados– se aleja totalmente del respeto de tales normas mínimas de humanidad. A pesar de que el texto expreso de la mencionada norma señala que ésta vincula a “cada una de las Partes en conflicto”, los grupos armados arguyen que no

¹⁸ ESCUELA DE CULTURA DE PAZ. Op. cit. p. 19.

¹⁹ Como puede advertirse, el ejercicio pleno y continuo, por parte de la organización armada, de su poder sobre un territorio no se considera un requisito ineludible para que sea considerada como parte en el conflicto armado interno, pues tal control puede ser tan sólo esporádico o no existir y aún así nos encontramos frente a un grupo armado cuyo comportamiento se rige por el artículo 3 común. Véase al respecto, RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op.cit. p. 55.

²⁰ MANGAS MARTÍN, Araceli. Op. cit., p. 70. Véase también RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. Op.cit. p. 55.

²¹ Debe notarse que este mismo razonamiento es aplicable también a la consideración que de ellos mismos tengan los grupos armados. Es decir, pueden darse casos en que los propios grupos no se definan a sí mismos como tales o que utilicen denominaciones diversas.

²² SASSOLI, Marco. *Transnational armed groups and International Humanitarian Law*. Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. Harvard University. Occasional Paper Series. Winter 2006 Number 6 p. 7. Disponible en <http://ihl.ihlresearch.org>

²³ GREENWOOD, Christopher. *International Humanitarian Law*. En: Frits Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 161-259, p. 231. Citado por CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, Volumen 88, N° 863. p. 23.

²⁴ Véase al respecto, MANGAS MARTÍN, Araceli. Op. cit., p. 67.

²⁵ ESCUELA DE CULTURA DE PAZ. Op. cit. p. 25.

se encuentran vinculados a su cumplimiento por considerarlas exigibles únicamente al Estado que ha prestado su consentimiento en obligarse por el mencionado instrumento internacional²⁶. Ante ello, la doctrina presenta tres posiciones distintas desde las cuales intenta responder a estas alegaciones.

La primera de ellas sostiene que, una vez que el Estado acepta quedar vinculado en el plano internacional por los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, éstos pasan a formar parte del Derecho interno del Estado y vincula tanto a los individuos como al gobierno, así como a cualquier movimiento de oposición que ponga en tela de juicio la representatividad o la autoridad de dicho gobierno²⁷. Sin embargo, desde esta posición, los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a un conflicto armado no internacional no tendrían, en el ámbito internacional, ningún efecto directo para el grupo alzado en armas. Ciertamente, de acuerdo a las reglas clásicas de responsabilidad del Estado, sólo si el grupo insurgente se convierte efectivamente en el nuevo gobierno se encontrará directamente obligado por tales normas internacionales y podrá, por tanto, ser responsabilizado por su violación²⁸. De lo contrario, la responsabilidad del grupo armado se limitaría únicamente al plano interno. Esta norma ha sido recogida en el artículo 10 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)²⁹.

Adicionalmente, puede argumentarse en contra de esta postura las especiales dificultades que presenta en relación con ordenamientos jurídicos de carácter dualista, ya que en estos casos las normas del Derecho Internacional Humanitario no serían obligatorias para los particulares si no media la transformación de éstas a través de un

acto de voluntad del legislador estatal³⁰. En tal sentido, resulta riesgoso supeditar el cumplimiento de normas humanitarias a que se encuentren expresamente dispuestas en el ordenamiento interno de los Estados. Ello es advertido por Meron, quien sostiene que la aplicación efectiva de esas normas no debería depender de la incorporación de obligaciones en el Derecho nacional, sino que, por el contrario, es deseable entender que el artículo 3 impone obligaciones directas a las fuerzas que luchan contra el gobierno³¹.

Un segundo sector de la doctrina considera que la solución viene dada por la vinculación directa a los individuos respecto de las normas mencionadas, dando lugar a una atribución de responsabilidad internacional individual, más allá de toda consideración acerca de la condición del grupo alzado en armas como tal³². No obstante, esta argumentación es cuestionable en la medida en que al aludir a la condición individual de los miembros del grupo armado, se desconoce la existencia del grupo como tal. Puede entenderse que esta argumentación no es en realidad una alternativa que dé solución a la cuestión planteada, puesto que el artículo 3 común se refiere expresamente a “las Partes en conflicto”, lo cual –como se ha visto a anteriormente– alude a un grupo conformado por privados que llevan a cabo acciones de violencia armada, con un propósito colectivo en la lucha y cierta capacidad organizativa. Es decir, es un ente distinto a los miembros que lo conforman.

Una tercera posición, que parece ser la mayoritaria, sostiene que los grupos armados, en cuanto tales, se encuentran directamente obligados por el artículo 3 común. Como reconoce el Comité Internacional de la Cruz Roja, encontramos muestras claras de esta idea en la práctica de tribunales internacionales y de otros órganos internacionales³³. Por ejemplo, mediante distintas resolucio-

²⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra: 2008. p. 10 En: [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0923/\\$File/ICRC_003_0923.PDF](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/p0923/$File/ICRC_003_0923.PDF)!Open.

²⁷ ABI-SAAB, Georges. *Los conflictos armados no internacionales*. En: Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario. Madrid: Instituto Henry Dunant/ UNESCO 1990, pp. 229-230.

²⁸ Véase al respecto SASSOLI Marco y BOUVIER, Antoine A. *How does law Project in war? Op.cit.*, p. 215. Asimismo, véase CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors in conflicts situations*. Op.cit. p. 20.

²⁹ Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/56/83. 28 de enero de 2008. Para un comentario al respecto, véase CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge. Cambridge University Press. 2002.

³⁰ Véase al respecto, SALMÓN, Elizabeth. *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*. Lima. Palestra. 2007, p. 35.

³¹ MERON, Theodor. *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius, Cambridge, 1987, p. 39. Citado por CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors in conflicts situations*. Op.cit. p. 10.

³² DRAPER, G.I.A.D. *The Geneva Conventions of 1949*. En: *Recueil des Cours de Droit International*, t. I, vol. 114, 1965, p. 71. Citado por: HERNÁNDEZ, Juan. *Definición y ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario*. En: NOVAK, Fabián. *Derecho internacional humanitario*. Lima. Fondo Editorial PUCP. 2003. p. 113.

³³ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*. Op. cit. p. 5.

nes, el Consejo de Seguridad se ha dirigido, sin distinción, a todas las partes en los conflictos armados y no únicamente a los Estados³⁴. Igualmente, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona señaló simplemente que “está bien establecido que todas las partes en un conflicto armado, sean actores estatales o no estatales, están vinculados por el [Derecho Internacional Humanitario], aunque sólo los Estados puedan ser Partes en los tratados internacionales.”³⁵ En este mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, al analizar la compatibilidad de las normas del Derecho Internacional Humanitario con el ordenamiento interno, sostuvo que:

“(…) [L]a obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. (...) *Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas* que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”³⁶ (el énfasis es nuestro).

En la doctrina, se reconoce también que tales normas del Derecho Internacional Humanitario son obligatorias para los grupos armados. Ciertamente, Sassòli y Bouvier señalan que el Derecho Internacional Humanitario es vinculante no sólo para los Estados, sino también para las entidades no estatales, tales como los grupos insurgentes, las facciones armadas que participan en las hostilidades y los individuos miembros de éstos³⁷. Más aún, en su comentario al artículo 3 común, Pictet afirma que esta disposición supuso una innovación en relación al Derecho Internacional existente al momento de su adopción:

“Hasta hace poco, se consideraba como jurídicamente irrealizable la idea de obligar mediante un Convenio internacional a una parte no signataria y, lo que es más, a una parte aún no existente, de la que ni siquiera se exige que represente a una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente”³⁸.

Ello es así pues, si el propio Derecho Internacional Humanitario no respeta el principio de igualdad de trato a los beligerantes en contextos de conflictos armados internos, tendrá incluso menos posibilidades de ser respetado por las fuerzas estatales, en tanto no se verán beneficiados de su protección y por las fuerzas rebeldes, que no guiarán su comportamiento de acuerdo a normas humanitarias³⁹. Esta perspectiva posee, además, mayor conformidad con las exigencias de humanidad, ya que la población civil debe ser tanto o más protegida de las acciones de las fuerzas rebeldes no estatales.

Si bien esta última posición es actualmente la más extendida, su admisión plantea nuevos retos conceptuales en relación a los grupos armados y su relación con el Derecho Internacional que, aunque exceden el alcance propuesto para el presente artículo, podemos anotarlas a continuación. Por ejemplo, ¿cómo pueden los grupos armados estar obligados al cumplimiento de disposiciones contenidas en instrumentos internacionales respecto de los cuales no se han constituido en parte? ¿Es esta una excepción al principio *ex consensu advenit vinculum*? De otro lado, ¿cómo pueden ser los grupos armados titulares de derechos y obligaciones internacionales sin tener cierta personalidad jurídica internacional que se los permita? ¿Pueden ser acaso considerados los grupos armados sujetos de Derecho internacional, al igual que por ejemplo un movimiento de liberación nacional?⁴⁰ Estas y otras cuestiones teóricas aún pendientes,

³⁴ Naïri ARZOUManian y Francesca PIZZUTELLI. *Victimes et bourreaux: questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique*. Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja. Vol. 85 No 852. 2003 p. 836.

³⁵ Tribunal Especial para Sierra Leona. *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (Case N° SCSL-2004-14-AR72 (E)), Decision on preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Fallo del 31 de mayo de 2004, párr. 22. Citado por: CLAPHAM, Andrew. *Op.cit.* p. 494.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-225/95 para. 8 y 14, expediente N° L.A.T.-040, de fecha 18 de mayo de 1995. Citada por SASSÒLI Marco y BOUVIER, Antoine A. *Op. cit.*, p. 1357. Disponible en español en http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC225_95.HTM.

³⁷ Véase al respecto SASSÒLI Marco y BOUVIER, Antoine A. *How does law Project in war?* Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra: 2006. p. 770.

³⁸ PICTET, Jean. “Comentario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”. Plaza & Janés Ed. Colombia S.A., Bogotá: 1998. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU>.

³⁹ SASSÒLI Marco y BOUVIER, Antoine A. *Op. cit.*, p. 214.

⁴⁰ Véase al respecto, SASSÒLI, Marco. *La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario*. En: RICR N° 846 <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tecbx?opendocument>. Asimismo, véase V. P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, vol. II, 1a ed., Ginebra, Georg, 1954, p. 314 y C. ZORGBIBE, *La guerre civile*, París, PUF, 1975, pp.187-189. Igualmente, ALSTON, Philip. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: *Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?* En: *Non-state actors and Human Rights*. Philip Alston Ed. Oxford University Press. Nueva York: 2005. p. 19.

parecen haber cedido actualmente frente a constataciones prácticas, como lo son las graves violaciones a las normas humanitarias mínimas cometidas por parte de grupos armados y la necesidad de evitar que éstos excusen tal incumplimiento precisamente en su no vinculación con las normas del Derecho Internacional Humanitario.

C. Hacia la atribución de responsabilidad a grupos armados por la violación de normas del Derecho Internacional Humanitario

Incluso en ausencia de un consenso teórico acerca de la naturaleza de su titularidad, es ampliamente aceptada hoy en día la opinión de que los grupos armados se encuentran obligados, en tanto partes del conflicto armado, por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra⁴¹. En este sentido, los comportamientos que adopten los grupos alzados en armas podrán ser valorados según su conformidad o contrariedad con las obligaciones que dicha disposición les impone⁴². En aquellos casos en que el comportamiento exigido por la norma sea distinto al efectivamente realizado por el grupo armado, nos encontraremos ante la violación de una norma jurídica, lo cual, en principio, implicará la generación de consecuencias jurídicas negativas para quien ha incumplido dicha norma⁴³.

En relación a los grupos armados, cabe preguntarse entonces, ¿de qué manera el Derecho Internacional actual responde frente a la violación de las obligaciones que les son impuestas en virtud al artículo 3 común, de manera tal que les sea otorgada una consecuencia jurídica negativa ante la infracción de dicha norma? Frente a esta interrogante podemos plantear dos respuestas distintas. La primera de ellas se refiere a la atribución directa de responsabilidad individual a los miembros del grupo armado, principalmente a sus líderes, por actos realizados por el grupo en su conjunto. Naturalmente, la consecuencia de ello es el debilitamiento del grupo alzado en armas. Sin embargo, puede suceder que este mecanismo, por sí solo, no permita dar respuesta a la totalidad de los actos realizados por el grupo, sino que únicamente lo

hará respecto a aquellas conductas que sean atribuibles, ya sea directa o indirectamente, a individuos determinados, dejando el resto de los ilícitos cometidos en la impunidad⁴⁴.

Esta última idea conduce al planteamiento de la segunda cuestión y es que si bien, como se verá a continuación, las estructuras jurídicas existentes en el Derecho Internacional tradicional no permiten hacer efectiva esa responsabilidad, debemos preguntarnos si ello es así debido a la existencia de una imposibilidad teórico-jurídica o, más bien, se debe a que estas estructuras han sido diseñadas en función únicamente a la figura del Estado. Las páginas que siguen abordarán estos aspectos a fin de determinar si el desarrollo actual del Derecho Internacional se dirige -o no- hacia la atribución de responsabilidad a los grupos armados por la violación de normas del Derecho Internacional Humanitario tan elementales como el mencionado artículo 3 común.

1. Responsabilidad penal individual de los miembros del grupo armado

A partir del juzgamiento de los individuos por las barbaries cometidas por miembros del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, se consideró la necesidad de otorgar al individuo una subjetividad internacional que le permitiera, de un lado, la protección directa y efectiva de sus derechos, y de otro, la posibilidad de ser castigado en caso de atribuirle responsabilidad por violaciones graves de obligaciones internacionales relacionadas con la esfera del Derecho Internacional Humanitario⁴⁵. La aceptación de este último supuesto condujo al establecimiento de los crímenes de guerra, -los primeros en ser perseguidos por el Derecho Internacional- entendidos como aquellas serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas durante un conflicto armado y en conexión con éste⁴⁶.

No obstante, la tipificación de los crímenes de guerra se circunscribió, en un inicio, únicamente a aquellos cometidos en contextos de conflictos armados internacionales, sin que se considerase que las violaciones del Derecho Internacional Hu-

⁴¹ CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations*. Op.cit. p. 8

⁴² Véase DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 13ª Edición. Madrid: Tecnos, 2001. p. 688.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. México. Trillas. 2003. p. 140 y ss.

⁴⁴ Nótese que esta salida parece ir más acorde con la postura señalada en el punto precedente que sostiene que los individuos son los directamente obligados por las normas del Derecho Internacional Humanitario.

⁴⁵ Véase CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Nueva York . Oxford University Press. 2003. p. 37 y ss.

⁴⁶ Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor vs. Tadic, Interlocutory Appeal*, decisión del 2 de octubre de 1995, para. 94. Asimismo, véase AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Bases de una elaboración dogmática. Montevideo. Fundación Konrad-Adenauer. 2005. p. 97.

manitario aplicable en conflictos armados no internacionales –esto es, del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II– generaban la comisión de un crimen internacional. Sin embargo, la evolución experimentada por el Derecho Internacional Humanitario en la última década del siglo XX llevó a admitir la responsabilidad penal internacional de los individuos que cometan crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales.

En este desarrollo resultó fundamental la labor del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pues mediante distintas resoluciones⁴⁷, así como a través de la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia⁴⁸ y para Ruanda⁴⁹ –en cuyo estatuto se establece explícitamente que la violación del artículo 3 común constituye un crimen de guerra– fue sentando el principio según el cual toda violación grave del Derecho Internacional Humanitario aplicable a un conflicto armado interno genera la responsabilidad internacional individual de su autor⁵⁰.

Resulta de ineludible referencia la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, ya que se trata del primer tratado multilateral que tipifica la violación del artículo 3 común como crimen de guerra. En efecto, dicho instrumento introduce como delitos, tanto aquellas conductas que sean violatorias de las disposiciones del artículo 3 común,⁵¹ como las violaciones graves de leyes y usos de guerra que encuentran aplicación en un conflicto armado interno⁵². Como se desprende del párrafo 2 f) del artículo 8, tales disposiciones son aplicables en “conflictos armados que [ten-

gan] lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”, sin que se exija para su aplicación encontrarse bajo el umbral del Protocolo Adicional II.

De este modo, tanto la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, como el establecimiento de la Corte Penal Internacional, han contribuido profundamente al desarrollo de la atribución de responsabilidad al individuo por violación de normas del DIH⁵³. Es ejemplificador notar que, de las once órdenes de detención que a la fecha han sido dictadas por la Corte Penal Internacional, nueve se refieren a individuos miembros de grupos armados, que son acusados ante la Corte, en su calidad de líderes, por actos cometidos por el grupo armado en su conjunto⁵⁴.

Ello permite realizar algunas apreciaciones. En primer lugar, puede notarse que actualmente –debido quizás a la proliferación de conflictos armados internos en las últimas décadas– los grupos armados constituyen los principales perpetradores de violaciones del Derecho Internacional, lo cual pone en evidencia la especial relevancia de la consideración del asunto planteado. Una segunda idea, se refiere a la posibilidad de que individuos, sin conexión alguna con el Estado, respondan a nivel internacional por la violación de normas internacionales⁵⁵.

Indudablemente, es positivo el desarrollo a nivel internacional de mecanismos que permitan juz-

⁴⁷ Respecto al conflicto armado que tuvo lugar en la ex Yugoslavia, véase S/RES/771 (1992), párrafo 1 de 13 de agosto de 1992. En relación a la situación en Somalia, véase S/RES/814 (1993), párrafo 13 de 26 de marzo de 1993 y S/RES/794 (1992), párrafo 5. Respecto a Burundi, véase S/RES/788 (1992) párrafo 5 de 19 de noviembre de 1992.

⁴⁸ Establecido por Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993. Su estatuto dispone que el Tribunal tiene competencia para juzgar las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2) y las violaciones de las leyes o prácticas de guerra (artículo 3).

⁴⁹ Creado mediante Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994. Su estatuto dispone, en el artículo 4, que el Tribunal es competente para juzgar las violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II.

⁵⁰ Particularmente, en lo que respecta al artículo 3 común, cabe destacar que es en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que se tipifica por primera vez que la violación de sus disposiciones genera responsabilidad penal internacional a quien le sea atribuible su incumplimiento. A partir de ello, la inclusión de la violación del artículo 3 común como generador de responsabilidad internacional para su autor, ha sido establecida en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, la regulación especial para Timor Oriental, la Law on the Khmer Rouge Trial de Camboya y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional. Véase al respecto, PEREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. Surgimiento y consolidación de la responsabilidad internacional individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales. En: Revista Ius et Praxis, Vol. 13 (2): 2007, p. 289.

⁵¹ Estatuto de Roma, artículo 8.2.c).

⁵² Estatuto de Roma, artículo 8.2. e).

⁵³ HERNÁNDEZ, Juan. Op.cit. p. 114.

⁵⁴ En relación al conflicto armado en República Democrática del Congo, la Corte Penal Internacional viene procesando a dos líderes del grupo armado Unión de Patriotas Congoleños (UPC) -y de su fuerza militar, las Fuerzas Militares para la Liberación del Congo (FMLC)- y al comandante en jefe del Frente Nacionalista e Integracionista (FNI) del Congo. De otro lado, en cuanto a la situación en Uganda, se ha abierto procesos a los cinco miembros del Ejército de Resistencia del Señor (Lord Resistance Army - LRA) con mayor rango jerárquico en el grupo armado. Y, más recientemente, Jean-Pierre Bemba Gombo, comandante en jefe del Movimiento de Liberación del Congo (MLC) ha sido acusado por las actuaciones de dicho grupo armado en la República Centro Africana. Véase <http://www.icc-cpi.int/cases.html>.

⁵⁵ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Op.cit p. 30.

gar a individuos por la comisión de serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, ¿el interés por el juzgamiento de tales conductas debe limitarse exclusivamente a los particulares –individualmente considerados–, dejando de lado las reflexiones relativas a la existencia de responsabilidad internacional a cargo de los grupos armados organizados?⁵⁶ O, ¿es quizás más apropiado que tales mecanismos de sanción individual sean complementados con aquellos que ofrezcan una respuesta a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por parte del grupo armado, en su conjunto? Parece ser que, como notamos antes, si la respuesta del Derecho Internacional frente a tales graves violaciones se limitase únicamente a responsabilizar a algunos líderes de estos grupos –en la medida en que las conductas les sean atribuibles– un gran ámbito de violaciones a normas esenciales del Derecho Internacional Humanitario quedarían sin ser sancionadas y caerían, por tanto, en la impunidad. Precisamente, a continuación, se presenta un acercamiento a esta cuestión.

2. La invisibilidad del grupo armado en el Derecho internacional: ¿Imposibilidad teórica o ausencia de un mecanismo sancionador?

A pesar de que la responsabilidad de los grupos armados de oposición respecto de violaciones del Derecho Internacional Humanitario parece ser una consecuencia lógica de su obligación de aplicar las disposiciones del artículo 3 común, como reconocen Kalshoven y Zegveld, la imputación práctica de esa responsabilidad plantea problemas que son de una índole diferente a los que se relacionan con la responsabilidad del Estado. Ello se debe, en particular, a que las estructuras jurídicas existentes para que esa responsabilidad sea efectiva son naturalmente las del Derecho Internacional con-

temporáneo⁵⁷, las mismas que se centran principalmente en el Estado⁵⁸. No obstante, como ha reconocido la propia Comisión de Derecho Internacional:

“Otra posibilidad es que el movimiento insurreccional, en sí mismo, pueda tener responsabilidad bajo el Derecho internacional por su propia conducta, *por ejemplo por las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por sus fuerzas*. No obstante, el asunto de la responsabilidad internacional de un movimiento insurreccional fallido recae fuera del alcance de los presentes Artículos, los cuales se refieren únicamente a la responsabilidad de los Estados”⁵⁹ (el énfasis es nuestro).

En tal sentido -y aunque no se ocupaba de la responsabilidad de sujetos que no sean los Estados- la Comisión de Derecho Internacional no niega la posibilidad de atribuir responsabilidad a movimientos insurreccionales en sí mismos, sino que incluso menciona como ejemplo el incumplimiento de normas del Derecho Internacional Humanitario. Con ello, como señala Alston, claramente deja la puerta abierta para desarrollos más avanzados en el futuro⁶⁰. Esta posibilidad se reconoce también doctrinariamente, pues como advierte Sassòli: “La responsabilidad penal de los grupos armados puede, al menos teóricamente, ser individual o colectiva. Extender la responsabilidad penal por serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario, de los individuos miembros a los grupos armados como tales, no plantea desafíos conceptuales”⁶¹.

Mas aún, existen instrumentos internacionales que reconocen, al menos implícitamente, la responsabilidad internacional por parte de actores distintos al Estado, como los Principios y directrices básicos

⁵⁶ Véase HERNÁNDEZ, Juan. Op. cit., p. 114.

⁵⁷ KALSHOVEN, Frits y Liesbeth ZEGVELD. Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Buenos Aires. CICR. 2003, p. 87. En el mismo sentido, véase SASSÒLI, Marco. La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario. En: Revista Internacional de la Cruz Roja N° 846. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tecbox?opendocument>

⁵⁸ CASSESE, Antonio. International Law. Nueva York. Oxford University Press. 2005. p. 241 y ss.

⁵⁹ CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional- 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56° período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/56/10). p. 108 (párr. 16 sobre el art. 10).

La cita es traducción libre del siguiente texto: A further possibility is that the insurrectional movement may itself be held responsibility for its own conduct under international law, for example for a breach of international humanitarian law committed by its forces. The topic of the international responsibility of unsuccessful insurrectional or other movements, however, falls outsider the scope of the present Articles, which are concerned only with the responsibility of States.

⁶⁰ ALSTON, Philip. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? En: Non-state actors and Human Rights. Philip Alston. Nueva York. Oxford University Press. 2005. p. 24.

⁶¹ SASSÒLI, Marco. Transnational armed groups and international humanitarian law. Harvard University. Occasional Paper Series Number 6. 2006 p. 32. En: http://www.ssrn.com/document_result.cfm?id=2932.

La cita es traducción libre del siguiente texto: Criminal responsibility of armed groups, at least theoretically, can be individual or collective. Extending criminal responsibility for serious violations of IHL beyond the individual members to armed groups as such poses no conceptual challenge.

sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁶². Sin embargo, no hacen referencia a mecanismo alguno que responda ante el incumplimiento de sus disposiciones; y es que efectivizar tal posibilidad representa un reto para el orden jurídico internacional actual, no diseñado para ello.

En tal sentido, se hace necesario, por un lado, empezar a admitir cierta personalidad jurídica internacional a actores no estatales, como los grupos armados y, de otro, pensar en nuevos mecanismos que permitan responder ante las violaciones del Derecho Internacional cometidas por parte de éstos⁶³. Como señala García, refiriéndose a actos de tortura realizados por grupos armados, lo anterior requiere una nueva mirada a las características particulares en que operan los actores no estatales. La predominancia de actos de tortura por parte de éstos, el largo número de víctimas y la posibilidad de que se presenten futuras violaciones, “hacen imperativo y urgente buscar respuestas efectivas que contrarresten la falta de responsabilidad y justicia sobre tales actos”⁶⁴.

De este modo, es cada vez más claro en la actualidad que la estructura del Derecho Internacional es inadecuada para responder a las violaciones cometidas por grupos armados. No obstante, frente a la constatación de la gravedad de las atrocidades cometidas por estos grupos, en la práctica se vienen dando pasos dirigidos justamente hacia su responsabilización. Encontramos, por ejemplo,

pronunciamientos del Consejo de Seguridad⁶⁵, del Secretario General de las Naciones Unidas⁶⁶ y de la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶⁷ que aluden a que no sólo los estados, sino también todas las partes involucradas en los conflictos armados hagan lo necesario para reparar los daños causados a las víctimas. De igual modo, Arzoumanian y Pizzutelli recuerdan que:

“En noviembre de 2001 el Consejo de Seguridad solicitó al Secretario General [de Naciones Unidas] que le presente una lista de las partes en los conflictos armados que reclutan o utilizan niños en las situaciones que han sido presentadas ante él [el Consejo]. La presentación de esta lista (...) ha sido ocasión para elaborar una estrategia en varias etapas. Primero, el Consejo iniciará un diálogo con las partes en los conflictos armados que recluten y utilicen niños con el fin de elaborar planes de acción «claros y con plazos» para poner fin a tal práctica. Los Estados y los grupos armados mencionados en la lista adjunta al informe del Secretario General tendrán que, de forma particular, dar información sobre las medidas tomadas para poner fin al reclutamiento y al uso de niños en el conflicto armado. Si al examinar estas medidas el Consejo de Seguridad encuentra insuficientes los progresos a los que se ha llegado, considerará “la toma de medidas apropiadas para resolver el problema, de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas”⁶⁸.

Tales actuaciones deben ser valoradas en la medida en que representan una práctica internacional que demuestra la admisión teórica de la atribución de responsabilidad a grupos armados por

⁶² Aprobados por la CDI mediante la Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005. Véase el Principio 15.

⁶³ A este respecto, pueden ser útiles las teorías que se han planteado para sustentar la responsabilidad internacional de compañías privadas por la violación de normas internacionales. Véase al respecto, RATNER, Steven R. *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*. The Yale Law Journal. 443 (2001). Asimismo, FISSE Brent y BRAITHWAITE John. *Corporations, Crime, and Accountability*, Cambridge University Press, 1993. Igualmente, véase ZEGVELD V., Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2002, p. 151.

⁶⁴ GARCIA, Robert Francis B. *Torture by non-state actors*. The Redress Trust, mayo 2006. En: <http://www.redress.org/publications/Non%20State%20Actors%209%20June%20Final.pdf>.

⁶⁵ Véase por ejemplo Resoluciones C.S. 387, 7, Doc. O.N.U. S/RES/387 (31 de marzo de 1976); Res. C.S. 469, 2, Doc. O.N.U. S/RES/469 (20 de mayo de 1980); Res. C.S. 687, pmbL., 15, Doc. O.N.U. S/RES/687 (8 de abril de 1991); Res. C.S. 1071, 8, U. N. Doc. S/RES/1071 (30 de agosto de 1996).

⁶⁶ Véase Secretario General, *Las Causas de los Conflictos y el Fomento de la Paz Duradera y el Desarrollo Sostenible en África*, 1-15, Doc. O.N.U. A/52/871-S/1998/318 (13 de abril de 1998). Asimismo, véase Secretario General, *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados*, 38, Doc. O.N.U. S/1999/957 (8 de septiembre de 1999).

⁶⁷ Véase Comisión de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las O.N.U. para los Derechos Humanos [C.H.R.], *Situación de los Derechos Humanos en Afganistán*, 5, Doc. O.N.U. Res. E/CN.4/1998/70 (21 de abril de 1998) (pidiendo a toda las partes en Afganistán el cese de hostilidades y discriminación); Comisión de Derechos Humanos, C.H.R., *Situación de los Derechos Humanos en el Afganistán*, 10 (16 de abril de 1997).

⁶⁸ ARZOUMANIAN, Nairi y PIZZUTELLI, Francesca. *Victimes et bourreaux: questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique*. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 852, Vol. 85, 2003, p. 837.

La cita es traducción libre del siguiente texto: En novembre 2001, le Conseil de sécurité a prié le secrétaire général de lui présenter une liste des parties à des conflits armés qui recrutent ou utilisent des enfants dans des situations dont le Conseil est saisi. La présentation de cette liste, (...) a été l'occasion d'élaborer une stratégie en plusieurs étapes. D'abord, le Conseil entamera un dialogue avec les parties à des conflits armés, qui recrutent et utilisent des enfants, en vue d'élaborer des plans d'action «clairs et assortis d'échéances» pour mettre fin à cette pratique. Les États et les groupes armés mentionnés dans la liste annexée au rapport du secrétaire général, en particulier, devront donner des informations sur les mesures prises pour mettre fin au recrutement et à l'utilisation d'enfants. Si, examinant ces mesures, le Conseil de sécurité estime insuffisants les progrès accomplis, il envisagera «de prendre des mesures appropriées pour résoudre ce problème, conformément à la Charte des Nations Unies»

la violación de normas de Derecho Internacional Humanitario, a pesar de la inexistencia de mecanismos para efectivizarlo. De tal forma, puede notarse que la controversia acerca de la responsabilidad del grupo armado en la esfera internacional, más que un problema estrictamente teórico, se vincula al enfoque exclusivamente estatal que caracteriza al orden jurídico internacional actual. Esto tiene, incluso, relación con la reticencia de los estados por conceder a estos grupos armados de oposición algún tipo de subjetividad internacional, aún cuando esta parezca ser la forma más eficaz de garantizar el cumplimiento de las normas humanitarias⁶⁹.

III. LOS GRUPOS ARMADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 COMÚN. NUEVAS MIRADAS A VIEJOS PARADIGMAS

Hasta este punto, se ha visto que en el marco de un conflicto armado interno regulado por el artículo 3 común existen obligaciones que deben ser cumplidas por todas las partes en conflicto, esto es, tanto por las fuerzas armadas estatales –en caso participen en las hostilidades–, como por grupos armados no estatales. Asimismo, se ha notado que, a pesar de no existir consenso acerca de la naturaleza de la titularidad de tales obligaciones, el Derecho Internacional puede responder frente al incumplimiento de las mismas, ya sea mediante la atribución de responsabilidad a los individuos que dirigen al grupo armado o, a través de la responsabilización directa a éste, pues se ha advertido que, aunque en la actualidad no exista un mecanismo que lo efectivice, ello parece ser teóricamente posible.

Ahora bien, al ubicarnos en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se observa que uno de los axiomas asumidos comúnmente como ciertos en ésta vertiente del Derecho Internacional, es que el Estado es el exclusivo responsable por la violación de los derechos humanos, los mismos que han sido tradicionalmente definidos como límites al poder público, como exigencias del individuo frente al Estado. No obstante, teniendo en cuenta la indudable coincidencia

existente entre el contenido del artículo 3 común y los derechos humanos que forman parte del núcleo duro, se advierte que, en contextos en que la mencionada disposición sea aplicable, grupos armados no estatales se encontrarán directamente obligados a asegurar el respeto de derechos humanos y, por tanto, en caso incumplan dicha obligación, estos actores serían responsables directos por la violación de tales derechos.

Esta segunda parte del presente artículo aborda justamente tales cuestiones. De este modo, se parte por reconocer las coincidencias entre el artículo 3 común y ciertas obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para determinar luego las implicancias que ello tendría en el planteamiento tradicional de los derechos humanos y, finalmente, presentar algunas consideraciones finales en torno a las obligaciones de los grupos armados en materia de derechos humanos.

A. Convergencias entre el contenido del artículo 3 común y ciertas obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Dentro del proceso de humanización del Derecho Internacional contemporáneo, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos funcionan como piezas normativas básicas de dicho orden jurídico que, a pesar de su autonomía y de sus diferencias, convergen en cuanto a su finalidad común –que es la protección de la persona humana– y se refuerzan recíprocamente en su aplicación⁷⁰. En efecto, si bien el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen dos ramas del Derecho Internacional Público, con orígenes distintos, hoy en día se encuentran íntimamente vinculadas⁷¹. Esta progresiva convergencia actúa como respuesta a la exigencia ética y jurídica de garantizar en toda circunstancia ciertos derechos básicos y, por tanto, no derogables en ninguna circunstancia⁷². En tal sentido, la actual división entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se difumina para brindar mayor protección al ser humano, pues como ha señalado el Comité Inter-

⁶⁹ TORREBLANCA, Godofredo. El Derecho internacional humanitario en caso de conflicto armado no internacional. En: NOVAK, Fabián. Derecho internacional humanitario. Lima. Fondo Editorial PUCP. 2003. p. 283.

⁷⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Derechos humanos y derecho humanitario: una apuesta por la convergencia. En: PUEYO LOSA, Jorge y URBINA, Julio Jorge (Coordinadores). El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición. Santiago de Compostela. Tórculo Ediciones. Cruz Roja. 2002. p. 17. Véase también CANÇADO TRINDADE, Antonio A. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile Ed. Jurídica de Chile. 2001. p. 217 y ss.

⁷¹ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Op.cit. p. 72.

⁷² PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Op. cit., p. 23.

nacional de la Cruz Roja, ambas ramas del Derecho Internacional no constituyen ámbitos jurídicos separados, sino que responden de forma conjunta al objetivo de poner límites a la violencia contra la vida y dignidad humanas⁷³.

Si tuviésemos que identificar una norma que exprese en mayor medida la convergencia a que hemos hecho referencia, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra sería claramente esa disposición, en tanto contiene un conjunto de principios y reglas aplicables en contextos de conflictos armados que se corresponde con los derechos humanos considerados parte del núcleo duro. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia del 9 de abril de 1949 sobre el caso del canal de Corfú, se trata finalmente de reglas basadas en consideraciones elementales de humanidad⁷⁴. En este mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró en su decisión del 7 de mayo de 1997 sobre el caso *Tadic*, que el artículo 3 incorpora un régimen de protección que refleja consideraciones elementales de humanidad y, en cuanto tal, resulta de aplicación a los conflictos armados en general⁷⁵.

Concretamente, el contenido del artículo 3 común protege derechos que son parte del núcleo duro como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida⁷⁶, la prohibición de tratos inhumanos⁷⁷, el derecho a las garantías judiciales⁷⁸, entre otros. Esta identificación entre el respeto de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario se manifiesta, por ejemplo, cuando las Naciones Unidas, frente a situaciones de violencia bélica que ponen en riesgo la paz y seguridad internacionales, utiliza la expresión “los derechos humanos en los conflictos armados” para instar a

las partes enfrentadas a respetar por igual las reglas de los derechos humanos y del *ius in bello*⁷⁹. Esto es así por cuanto es precisamente en situaciones de conflicto armado cuando más riesgo se corre de que, con las vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario, se lesionen derechos fundamentales, sobre todo de personas civiles⁸⁰.

Puede evidenciarse, entonces, que la exigencia del cumplimiento de las disposiciones del artículo 3 común equivale a requerir obligaciones en materia de derechos humanos y es que, como señala Fleco, es lógico que si los grupos armados pueden tener obligaciones en virtud del Derecho Internacional Humanitario, tengan también obligaciones de derechos humanos⁸¹. En este sentido, corresponde analizar las implicancias que ello puede tener para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. Repensando ciertas obligaciones en materia de derechos humanos

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, se reconocen al individuo derechos frente al Estado exigibles en el plano internacional. El espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue transmitido a una serie de convenios y pactos celebrados por los Estados, tanto a nivel universal como regional, dando con ello lugar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Doctrinariamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es entendido como la rama del Derecho Internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de los individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado⁸². Así definido, el Derecho Internacional de

⁷³ GASSER, Hans Meter. The International Committee of the Red Cross and the United Nations Involvement in the Implementation of International Humanitarian Law. En: Les Nations Unies et le droit international humanitaire (Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU, Genève, 19, 20 et 21 octobre 1995), Paris, 1996, p. 262.

⁷⁴ CIJ. Caso Gran Bretaña vs. República Popular de Albania. Sentencia de fondo de 9 de abril de 1949 (caso del Canal de Corfú), p. 22. Para un comentario sobre la sentencia, véase MERON, Theodor. The Geneva Conventions as customary law. American Journal of International Law. Vol. 88, N° 2, 1987, p. 353. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente reiterada por la CIJ en el caso Nicaragua vs. EE. UU. (caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua). Sentencia de fondo de 27 de junio de 1986, párr. 218.

⁷⁵ TPIY, Prosecutor vs. Tadic, caso n° IT-94-1-T, sentencia del 7 de mayo de 1997, paras. 609 y 612.

⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso 11.137, Juan Carlos Abella – Argentina. 18 de noviembre de 1997, para. 161-162.

⁷⁷ TPIY. Prosecutor vs. Pavle Strugar. IT-01-42-AR72. Decision on Interlocutory Appeal. 22 de noviembre de 2002. paras. 219 y 234-250.

⁷⁸ SAYAPIN, Sergey. The application of the Fair Trial Guarantees to Alleged Terrorists in Non-International Armed Conflicts. En: Humanitaires Volkerrecht, Vol. 3, 2004, pp. 152-159.

⁷⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. Op. cit., p. 17.

⁸⁰ JUNOD, Silvie. Los derechos humanos y el Protocolo II. En: Revista internacional de la Cruz Roja N° 99. Setiembre-octubre 1983, pp. 262-263.

⁸¹ FLECK, Dieter, Humanitarian Protection Against Non-State Actors. En: Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel, Springer, Berlin, 2003, pp. 69-94, p. 79. Citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op.cit. p. 16.

⁸² BUERGENTHAL, Thomas y otros. Manual internacional de Derechos Humanos, IIDH. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas: 1990. p. 9. Para una definición similar del DIDH, véase MEDINA, Cecilia. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile: 1996. p. 32. Cabe señalar que otros autores no consideran como elemento definitorio del DIDH la posición del estado frente a los derechos humanos, definiéndolo como la rama del Derecho Internacional centrada en el ser humano y la protección de sus derechos. Respecto a esto último, véase SALMÓN, Elizabeth. Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humanos. En: Miradas que construyen: Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos. IDEHPUCP. Lima: 2006. p. 150.

los Derechos Humanos parece poseer como única entidad sujeta a las obligaciones de los derechos humanos al Estado, siendo éste su exclusivo garante y, por ello mismo, el único eventual violador de tales derechos⁸³.

De este modo, por largo tiempo se asumió de forma irrefutable que sólo incumbe a los Estados respetar y hacer respetar los derechos humanos, de modo que era inconcebible que los grupos sin una posición oficial puedan también violar los derechos humanos⁸⁴. Como consecuencia de ello, el ordenamiento internacional ofrece una serie de mecanismos a efectos de asegurar la protección de los derechos humanos, todos ellos centrados predominantemente en el Estado. Ciertamente, este planteamiento claramente estatocéntrico se ve reflejado, como advierte Fernández de Casadevante, en las técnicas de control del cumplimiento de las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las mismas que consisten en denuncias que se presentan bien entre Estados, o bien de un particular a un Estado⁸⁵.

Los propios organismos especializados de protección de derechos humanos reconocen este diseño, pues como señaló el Relator Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos:

“En el Estado actual de desarrollo del derecho internacional se ha entendido que son los Estados los que deben primordialmente responder por la vida, las libertades y las seguridades de las personas, mereciendo ser denunciados y sancionados cuando se comprueban violaciones de los derechos humanos que caen dentro del ámbito de su responsabilidad y competencia”⁸⁶.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, lo siguiente:

“[E]s pertinente observar que el contexto de derechos humanos establecido por los Estados miembros de la OEA [se refiere] en general [a] las obligaciones y responsabilidades de los Estados que están obligados a abstenerse de apoyar, tolerar o aceptar o de alguna otra manera admitir los actos u omisiones que no sean conformes con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De acuerdo con esta premisa, el mandato de la Comisión es el de promover la observancia y protección de los derechos humanos por parte de los Estados y de sus agentes y *no por parte de actores no estatales*”⁸⁷ (el énfasis es nuestro).

De tal forma, el Estado será responsable en el plano internacional por las acciones u omisiones de sus agentes y órganos que presumiblemente violen los derechos humanos⁸⁸. Asimismo, lo será en aquellos casos en que las transgresiones de estos derechos se realicen por parte de personas o grupos privados que, de hecho, sean agentes del Estado⁸⁹ o cuando tales transgresiones por parte de actores privados se realicen con la aquiescencia, tolerancia o autorización del Estado⁹⁰.

De ello podemos notar que, para que una violación de los derechos humanos pueda ser atendida por el Derecho Internacional, se requiere que ésta haya sido producida por el Estado y, en caso de ser realizada por particulares, se encuentra condicionada a que se compruebe su conexión con un comportamiento de éste⁹¹. Es evidente que este planteamiento deja abundantes espacios vacíos que no podrán ser respondidos por el Derecho Internacional, dentro de los cuales se encuentran todos aquellos casos en que actores no estatales, como los grupos armados, afecten determinados derechos y sus actuaciones no puedan ser vinculadas a un comportamiento estatal. El resultado es que muchas veces, incluso las más graves violaciones cometidas por actores no estatales, son de-

⁸³ En palabras de Knox, esto supone que, actualmente, el DIDH se encuentre alineado de forma vertical, mas no horizontal. KNOX, John H. Horizontal Human Rights Law. En: American Journal of International Law, Vol. 102, N° 1, 2008, p. 1. Asimismo, véase HUHLE, Rainer. La violación de los derechos humanos ¿privilegio de los Estados? En: <http://www.derechos.org/koaga/iw/1/huhle.html>.

⁸⁴ TOMUSCHAT, Christian. Human Rights: Between Idealism and Realism. Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 261.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ed. Diles. S.L. Madrid: 2007. p. 65.

⁸⁶ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar derechos humanos. Documento E/CN.4/1991/14, 27 de diciembre de 1990, párrafo 158.

⁸⁷ CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Pár. 47. Véase también CIDH. Informe Anual 1992-1993, Capítulo V, II.

⁸⁸ En este caso nos encontramos en el supuesto del artículo 2 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Op. cit.

⁸⁹ Este es el supuesto del artículo 8 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

⁹⁰ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. Op.cit. p. 66. Asimismo, véase CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1. 26 de febrero de 1999 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

⁹¹ Entiéndase que este comportamiento puede consistir en una acción o en una omisión. Véase al respecto, CDI. Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, aprobado por Resolución A/Res/56/83. Asimismo, véase CRAWFORD, James (2004). Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Dykinson. Madrid: 2004.

finidas simplemente como violencia criminal que recae dentro de la jurisdicción estatal⁹².

Sin embargo, parece ser que las viejas premisas no se pueden sostener más,⁹³ pues hoy en día es cada vez más evidente que existen múltiples situaciones en que la protección adecuada de los derechos humanos exige necesariamente el cumplimiento de deberes por parte de actores no estatales⁹⁴. Tal afirmación resulta más clara aún si atendemos a contextos como los conflictos armados, situaciones en que se producen las más graves violaciones de los derechos humanos, cuya adecuada protección pasa precisamente por exigir a todas las partes en conflicto el cumplimiento de ciertas normas de humanidad indispensables. A pesar de la gravedad de las situaciones, como reconoce Policzer, años atrás la comunidad internacional apenas prestaba atención a las violaciones cometidas por actores no estatales, pues se entendía que como únicamente los Estados estaban directamente obligados a proteger los derechos humanos, sólo éstos podían violarlos⁹⁵.

Dicha apreciación cobra aún más relevancia si observamos el surgimiento de nuevas formas de conflictividad, como los denominados conflictos desestructurados –o *anarchic conflicts*⁹⁶– en los cuales la desintegración de los órganos centrales de gobierno, hace que los Estados no se encuentren más en la posibilidad de cumplir sus obligaciones en relación a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Tal es el caso, por ejemplo, de los conflictos en Somalia⁹⁷ o Liberia⁹⁸, situaciones que se han caracterizado por la multiplicidad de grupos enfrentados, así como por la ausencia de una estructura estatal identificable. Situaciones como estas han llevado a autores como Clapham a considerar que:

“En aquellas situaciones en que el Estado se encuentra en colapso es casi perverso insistir en que las normas de derechos humanos y los procedi-

mientos para tutelarlos sólo pueden ser invocados en relación al Estado y las autoridades gubernamentales. (...) No necesitamos abandonar el planteamiento de los derechos humanos ante la ausencia de un gobierno capaz de realizar funciones estatales tradicionales. En muchos lugares, que van desde Colombia al Congo, o de Sierra Leona a Sri Lanka, la comunidad internacional ha ampliado cada vez más la definición de las violaciones de los derechos humanos para incluir tanto a los estados, como a los grupos armados involucrados en un conflicto armado”⁹⁹.

Asumir la posibilidad de responsabilizar a actores no estatales por la violación de derechos humanos, implica en última instancia replantearse la forma en que los derechos humanos han sido concebidos tradicionalmente en el plano del Derecho Internacional, esto es, como prerrogativas que poseen los individuos frente a los Estados. En torno a este innovador planteamiento, se han dado distintas posturas doctrinales que pueden agruparse en tres enfoques distintos. El primero de ellos –y más conservador– insiste en el papel del Estado como actor principal del Derecho Internacional y como único responsable frente a las exigencias de los problemas que representa la adecuada protección de los derechos humanos¹⁰⁰.

De otro lado, una segunda postura –que ofrece una visión desde el otro extremo del asunto– sugiere que el papel del Estado es cada vez menos relevante. Este rasgo, aunado a la pérdida de poder de la figura estatal, conlleva a centrar la atención en actores distintos al Estado. De acuerdo a esta posición, en un mundo altamente globalizado se hace necesario proponer nuevas formas de entender la justicia y el Derecho, de modo tal que no se circunscriban más a territorios estatales determinados, sino que más bien respondan a una multiplicidad de procesos comunicativos dados en un campo social determinado que observe la acción

⁹² POLICZER, Pablo. Human Rights and Armed Groups: Toward a New Policy Architecture. *Armed Op.cit.* p. 1.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations for non-state actors in conflicts situations. *Op. cit.*, p. 1.

⁹⁵ POLICZER, Pablo. Human Rights and Armed Groups: Toward a New Policy Architecture. *Armed Groups Project. Working Paper 1*, 2002. p. 3. En: <http://www.armedgroups.org/the-armed-groups-project/working-papers>

⁹⁶ Véase al respecto SASSÖLI Marco y BOUVIER, Antoine A. *Op.cit.* p. 767.

⁹⁷ Véase R. KOSKENMAKI, Legal Implications Resulting from State Failure in light of the Case of Somalia 73 *NJIL* (2004) 1-36. Asimismo, véase M. RISHMAWI. Situation of human rights in Somalia. *UN Doc. E/CN.4/1998/96*, 16 de enero de 1998.

⁹⁸ Véase Amnistía Internacional. Killings torture and rape continue in Lofa Country. *AFR 34/008/2001* Londres: 2001. En: <http://amnesty.org>.

⁹⁹ CLAPHAM, Andrew. *Op. cit.*, p. 14.

Traducción libre del siguiente texto: In such situations where the state is collapsing, or has already collapsed, it is almost perverse to insist that human rights norms and procedures only be invoked through the prism of the state and the government authorities. (...) We need not abandon human rights thinking in the absence of a government ready to carry out all the traditional functions of statehood. In places from Colombia to Congo, and from Sierra Leone to Sri Lanka, the international community has increasingly broadened the definition of human rights violations to include both states and non-state groups engaged in armed conflict.

¹⁰⁰ CLAPHAM, Andrew. *Op. cit.*, p. 25.

social bajo un código binario de legalidad o ilegalidad¹⁰¹. Este planteamiento apunta, en última instancia, a la desintegración de los Estados y la subsiguiente aparición en el escenario internacional de múltiples actores no estatales, que conlleve a la sustitución del actual paradigma¹⁰². En virtud a lo anterior, Arend afirma que, atendiendo a las estrechas y múltiples interacciones de los actores del Derecho Internacional, no parece irrazonable esperar el surgimiento de un sistema como este con el devenir del siglo XIX¹⁰³.

Una tercera postura es aquella que reconoce como punto de partida que son los Estados quienes crean los principios y normas del Derecho Internacional, pero va un poco más allá del planteamiento tradicional, estrechamente enfocado en el Estado, al sostener que algunas obligaciones vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que tradicionalmente sólo han sido aplicadas a los Estados, pueden también ser aplicadas a actores no estatales, como los grupos armados organizados¹⁰⁴. Como aclara Alston, nada de esto sugiere que el papel del Estado se haya perdido. Simplemente, subraya el hecho de que el mundo es un lugar mucho más "policéntrico" de lo que era en 1945 y que aquellos que lo observan exclusivamente desde la ventana estatal, estarán viendo una imagen distorsionada del mundo del siglo XIX¹⁰⁵.

Ciertamente, afirmar que existen obligaciones internacionales aplicables a actores distintos a los Estados, no equivale –en modo alguno– a asemejarlos a estos últimos. Más bien, se dirige a una comprensión más amplia del asunto de los derechos humanos, entendiendo al Estado como actor clave en su protección, pero evitando visualizar a los derechos humanos como una carga exclusiva del aparato estatal. Una manera unidimensional o monocromática de ver al mundo no es sólo equivocada, sino que también hace mucho más difícil adaptar el régimen de los derechos humanos y su

protección a los cambios fundamentales de los últimos años,¹⁰⁶ por lo que estará condenada a quedar relegada¹⁰⁷. En efecto, esta posición parece estar abriéndose campo actualmente, en tanto, como se verá a continuación, en la práctica internacional se encuentran una serie de actuaciones que demuestran la aceptación progresiva de que actores no estatales, como los grupos armados organizados, pueden ser directamente responsables de la violación de normas de derechos humanos.

2. Fisuras del planteamiento estatocéntrico

Mediante distintas resoluciones, el Consejo de Seguridad ha exigido directamente a los grupos armados el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos. Por ejemplo, ante la situación en Afganistán, en 1998, requirió que las "facciones afganas" pongan fin a las violaciones de los derechos humanos¹⁰⁸. Más recientemente, luego del ataque a los talibanes por parte de Estados Unidos de América y otros, el Consejo de Seguridad declaró estar "profundamente preocupado por la grave situación humanitaria y las continuas violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidas por los talibanes"¹⁰⁹, por lo que "insta a todas las fuerzas afganas a que se abstengan de realizar actos de represalia, respeten estrictamente las obligaciones que les incumben en virtud de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario"¹¹⁰.

Asimismo, en el contexto de Guinea Bissau, el Consejo de Seguridad instó a "todas las partes interesadas" a respetar las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos, así como a garantizar el acceso expedito a las organizaciones humanitarias¹¹¹. Igualmente, con respecto a Liberia, exigió directamente a "todas las partes que pongan fin a todas las violaciones de los derechos humanos y a las atrocidades cometidas contra la población de Liberia, y subrayó la necesidad de enjuiciar a

¹⁰¹ TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*. Aldershot, Dartmouth: 1997, p. 14. Citado por: CLAPHAM, Andrew. Op. cit., p. 26.

¹⁰² CLAPHAM, Andrew. Op. cit., p. 26-27.

¹⁰³ A. C. AREND. *Legal Rules and International Society*. Oxford University Press, New York: 1999, p. 176.

¹⁰⁴ CLAPHAM, Andrew. Op. cit., p. 28.

¹⁰⁵ ALSTON, Philip. Op. cit., p. 4.

¹⁰⁶ ALSTON, Philip. Op. cit., p. 4.

¹⁰⁷ TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 320.

¹⁰⁸ Resolución 1214 (1998), 8 de diciembre de 1998, párr. 12. Asimismo véase, la Resolución S/RES1193 (1998), párr. 14, en que el Consejo de Seguridad señaló que "exhorta a las facciones afganas a que pongan término a la discriminación" y a otras violaciones de los derechos humanos.

¹⁰⁹ Resolución S/RES1378 (2001), párr. 10 del preámbulo. Véase también S/RES/1528 (2004), párr. 6 del preámbulo, donde insta a las partes y al Gobierno a que "tomen todas las medidas necesarias para prevenir nuevas infracciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y a que pongan fin a la impunidad".

¹¹⁰ Resolución S/RES1378 (2001), párr. 2.

¹¹¹ S/RES/1216 (1998), párr. 5.

sus responsables”¹¹². De modo similar, el Consejo de Seguridad señaló en relación a la situación en Côte d’Ivoire que:

“Subraya una vez más la necesidad de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ocurridas en Côte d’Ivoire desde el 19 de septiembre de 2002, y reitera su exigencia de que todas las partes de Côte d’Ivoire tomen todos los recaudos necesarios para impedir que se cometan nuevas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sobre todo contra la población civil, sea cual fuere su origen”¹¹³.

De esta manera, en reiteradas oportunidades el Consejo de Seguridad, uno de los órganos más influyentes de Naciones Unidas, ha exigido directamente a grupos armados el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos al evidenciar la conveniencia de ello a efectos de garantizar una adecuada protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en contextos de violencia armada.

De otro lado, encontramos que el asunto de las obligaciones de derechos humanos de los actores no estatales –en particular, los grupos armados– ha surgido como un problema muy práctico en el contexto de las comisiones de la verdad¹¹⁴. Al respecto, cabe mencionar el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala¹¹⁵, en el cual se determinó que los insurrectos estaban obligados por algunos principios del Derecho Internacional comunes al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de los cuales se incluyó la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la toma de rehenes, las garantías de un proceso equitativo y la libertad física del individuo. En tal sentido, el informe de la Comisión se refirió a violaciones de los derechos humanos cometidas por los insurrectos, al señalar que:

“1 27. Los grupos armados insurgentes que fueron parte en el enfrentamiento armado interno tenían el deber de respetar las normas mínimas del derecho internacional humanitario de los conflictos armados y los principios generales comunes con el derecho internacional de los derechos humanos. Sus altos mandos tenían la obligación de instruir a sus subordinados para que respetaran dichas normas y principios”¹¹⁶.

En igual sentido, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona que tuvo el mandato de “crear un registro histórico imparcial de las violaciones y los abusos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidos en relación con el conflicto armado en Sierra Leona”¹¹⁷, encontró que el Frente Revolucionario Unido (FRU) era “el principal violador de los derechos humanos en el conflicto” y responsable del 60,5% de las violaciones (esto es, de 24.353 de las 40.242 violaciones)¹¹⁸.

De igual modo, respecto al conflicto armado que tuvo lugar en Perú entre los años 1980 y 2000, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) concluyó que las mayores violaciones de los derechos humanos no se dieron por agentes del Estado, sino que “las investigaciones realizadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación demuestran claramente que el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones a los derechos humanos”¹¹⁹.

Tales conclusiones ponen nuevamente en evidencia que el planteamiento del estado como único responsable de la violación de derechos humanos, no se corresponde del todo con la práctica actual, en la que, la gravedad de las situaciones en que tales derechos se ven afectados, ha llevado a aceptar la idea de que los grupos armados también poseen obligaciones en materia de derechos humanos y, como consecuencia de ello, pueden ser responsables en caso de que tales deberes sean violados.

¹¹² S/RES/1509 (2003), párr. 10.

¹¹³ S/RES/1479 (2003), párr. 8.

¹¹⁴ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op.cit. p. 14.

¹¹⁵ Guatemala Memoria del Silencio, Resumen ejecutivo, conclusiones y recomendaciones, UN Doc. A/53/928 Anexo, 27 de abril de 1999.

¹¹⁶ Ibid., pp. 312-313.

¹¹⁷ Suplemento de la Sierra Leone Gazette, vol. Cxxxi, N.º 9, del 10 de febrero de 2000.

¹¹⁸ Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona. vol. 2, cap. 2, párrs. 115. El FRU no es el único actor no estatal que se menciona en el informe, al respecto véanse los párrafos 120-172 del informe. Documento citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op. cit. p. 15.

¹¹⁹ Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. Tomo II, Capítulo 1, Conclusiones punto 2.

Por otro lado, en relación a los organismos especializados de protección de derechos humanos, y más específicamente, en cuanto al sistema universal de protección de derechos humanos, cabe destacarse el informe elaborado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, respecto a la situación en Sri Lanka, en el que señaló lo siguiente:

“25. El derecho de los derechos humanos afirma que tanto el Gobierno como los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE) deben respetar los derechos de todas las personas en Sri Lanka. (...) *La comunidad internacional tiene expectativas en cuanto a los derechos humanos que deberían observar los LTTE*, pero durante mucho tiempo se ha mostrado reticente a presionar directamente en ese sentido, pues teme que ello signifique tratar a ese grupo como si fuera un Estado”¹²⁰ (el énfasis es nuestro).

En igual sentido, en el informe conjunto sobre el Líbano e Israel, realizado en el año 2006 por un grupo de cuatro relatores especiales, se afirmó que: “A pesar de que el Hezbolá, un actor no estatal, no puede hacerse Parte en estos tratados de derechos humanos, está sujeto a la exigencia de la comunidad internacional, expresada por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de que todos los órganos de la sociedad deben respetar y promover los derechos humanos”¹²¹. Como puede notarse, a efectos de afirmar la existencia de obligaciones de derechos humanos respecto de los grupos armados, el referido informe acude al texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹²² cuyo artículo 29.1 señala que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede de-

sarrollar libre y plenamente su personalidad”¹²³. Cabe destacar aquí que esta disposición ofrece un claro ejemplo de que no siempre han sido entendidas las obligaciones de derechos humanos de modo unidireccional, pues además de una relación de ciudadano, como poseedor de derechos, y Estado, como garante de éstos, el citado artículo hace alusión a una relación entre el individuo y la comunidad¹²⁴.

En el marco del sistema europeo de protección de derechos humanos, se ha planteado también el asunto de las obligaciones de derechos humanos respecto de actores privados. Ciertamente, como comentan Ovey y White, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sugerido que las normas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales puede, en algunas circunstancias, obligar a partes privadas¹²⁵. Ello ha sido particularmente abordado en casos relacionados a la afectación de derechos por parte de grupos armados, como en el caso *Mahmut Kaya vs. Turkia*¹²⁶ y, posteriormente, en el caso *Akkoc vs. Turkia*¹²⁷.

En relación al sistema interamericano, cabe destacar la “Resolución sobre consecuencias de actos de violencia perpetrados por grupos armados irregulares en el goce de los derechos humanos”¹²⁸, mediante la cual la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) expresó:

“[S]u más enérgico rechazo a los crímenes perpetrados por grupos armados irregulares y su profunda preocupación por el efecto adverso en el goce de los derechos humanos que tales actos provocan, poniendo en peligro el funcionamiento y la estabilidad de las instituciones democráticas del Hemisferio”¹²⁹.

¹²⁰ UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add. 5, 27 de marzo de 2006, párrafos 25-27. Documento citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op. cit. p. 17.

¹²¹ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 de octubre de 2006, párr. 19. Documento citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op. cit. p. 18.

¹²² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

¹²³ Para un análisis acerca de la relevancia de esta disposición véase KNOX, John H. Horizontal Human Rights Law. En: American Journal of International Law, Vol. 102, N° 1, 2008, p. 4.

¹²⁴ Según HUHLE, en ésta disposición pueden identificarse dos elementos complementarios: por un lado, una relación individuo - comunidad, la que implica una relación horizontal y multidireccional entre los distintos individuos; y por otro, el concepto de deberes como complementarios a los derechos, los cuales no se refieren al Estado, sino a la comunidad. Al respecto, véase HUHLE, Rainer. Op.cit.

¹²⁵ OVEY C y WHITE, R.C.A. The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, Nueva York: 2003. p. 30. Citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Oxford University Press, Nueva York: 2006. p. 350-365.

¹²⁶ TEDH. Caso Mahmut Kaya vs. Turkia (1999) 28 EHRR 1. Caso citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Op. cit. p. 365.

¹²⁷ TEDH. Caso Akkoc vs. Turkia (2002) 34 EHRR 51. Caso citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Op. cit. p. 366.

¹²⁸ Resolución AG/RES. 1043 (XX-0/90), adoptada durante el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

¹²⁹ Resolución AG/RES. 1043 (XX-0/90), párrafo 2.

Respecto del párrafo citado llama la atención que, si bien se usa el término “derechos humanos”, parece evitarse su utilización en el contexto de la frase “violación de derechos humanos”, pues a la vez que se reconoce que como consecuencia del actuar de los grupos armados se violan los derechos humanos de los ciudadanos afectados, no se establece una relación causal directa entre las acciones de los grupos alzados en armas y la violación de tales derechos.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el asunto de las violaciones de derechos humanos por parte de grupos armados mediante distintos informes, entre los que destaca el Informe Anual de 1992-1993, en cuyo capítulo acerca de las “Acciones de grupos armados irregulares”, se afirmó, teniendo en cuenta la gravedad de las violaciones cometidas por estos grupos, que la Comisión estaba “dispuesta a ampliar su ámbito de acción, cuando fuere pertinente, a efecto de considerar cualquier violación de derechos humanos”¹³⁰.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta interesante el desarrollo realizado en su jurisprudencia respecto a las violaciones de derechos humanos por parte de actores no estatales. Desde su primera sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, de 1988, ha considerado que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado”¹³¹. Si bien no afirma explícitamente tal posibilidad, sí lo hace de modo implícito, ya que, como advierte Clapham, es el acto ilícito del actor no estatal el que es visto aquí como una violación de los derechos humanos¹³².

Finalmente, una evolución interesante en este campo es la adopción de compromisos, decla-

raciones y códigos de conducta por los propios grupos armados. Esos textos se refieren cada vez más a los derechos humanos y han sido adaptados a las particularidades de cada situación¹³³. Un ejemplo de este tipo de acuerdos escritos, el cual contiene mutuos compromisos de respetar, no sólo normas del Derecho Internacional Humanitario, sino también de derechos humanos, es el Acuerdo de San José firmado el 16 de agosto de 1990 entre El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), en el cual se ubica la protección del individuo como centro de las actuaciones de las partes¹³⁴.

En un trabajo efectuado por el *International Council on Human Rights Policy* respecto a este tipo de acuerdos se advirtió que dotan de contenido importante al vacío normativo en el que se encuentra el área de la toma de decisiones en un grupo armado. Asimismo, fuerzan a los líderes de éstos a pensar en regular el comportamiento de sus fuerzas y en cómo conducen sus acciones en relación a las personas bajo su control. En este sentido, son un primer paso hacia la erosión de la arbitrariedad que caracteriza al vasto conjunto de los grupos armados¹³⁵. De este modo, no puede negarse que la realización de tales acuerdos importa un mayor grado de compromiso por parte del grupo armado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dichos acuerdos no pueden tener el efecto de reducir a su contenido las obligaciones de dichos grupos puedan tener en materia de derechos humanos.

Las distintas actuaciones de la práctica internacional constituyen ejemplos que evidencian el cambio radical en la manera de hacer frente a los retos que representa la protección de los derechos humanos. En palabras de Reinisch, esto hace pensar que los derechos humanos parecen estar en todos lados hoy. Sin embargo, debemos preguntarnos ¿estamos aún pensando en el derecho tradicional de los derechos humanos?¹³⁶ Debe reconocerse que las distintas actuaciones a que se ha

¹³⁰ CIDH. Informe Anual 1992-1993. OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, del 12 de marzo de 1993, Capítulo V, II. Véase también Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia del 26 de febrero de 1999, Capítulo V. Asimismo, véase Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre de 2002, párrafos 47- 48. Igualmente, véase Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.53. Doc. 21 rev. 2. 13 de octubre de 1981.

¹³¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 172. Caso citado por: CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Op. cit. p. 425. Ello ha sido reiterado por la Corte en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 111. Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002. Serie E No. 4, párrafo 141, y Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002. Serie E No. 4, párrafo 53.

¹³² CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actors. Op.cit. p. 425.

¹³³ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op.cit. p. 24.

¹³⁴ Véase UN Doc. A/44/971-S/21451.

¹³⁵ International Council on Human Rights Policy, Ends and Means: human rights approaches to armed groups, ICHRP, Versoix, 2000, p. 52. Disponible en: <http://www.reliefweb.int/library/documents/2001/EndsandMeans.pdf>.

¹³⁶ REINISCH, August. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. En: ALSTON, Philip. Op.cit., p. 37.

hecho referencia no demuestran la existencia de una práctica uniforme y clara respecto al alcance de las obligaciones de los grupos armados en materia de derechos humanos. No obstante, éstas son suficientes para evidenciar el rompimiento del planteamiento exclusivamente estatocéntrico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que demuestran la aceptación –en algunos casos de modo implícito– de la existencia de obligaciones de derechos humanos respecto de grupos armados.

B. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los grupos armados: algunas consideraciones finales en torno a sus obligaciones en relación a los derechos humanos

La constatación a la que llegamos en el punto precedente lleva a plantearse una serie de cuestiones en torno a los alcances de las obligaciones de los grupos armados en materia de derechos humanos, tales como ¿en qué consisten concretamente estas obligaciones? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas que las imponen? ¿Qué implicancias tiene ello para las obligaciones del Estado en relación a los derechos humanos? O ¿de qué depende el reconocimiento de la existencia de estas obligaciones para los grupos armados? Respecto a estas cuatro preguntas, presentamos seguidamente algunas consideraciones, las mismas que –con el riesgo de resultar aventuradas– no pretenden agotar el asunto planteado, sino únicamente establecer algunos lineamientos a tenerse en cuenta.

Partimos por reconocer que, como fue desarrollado anteriormente, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina internacionales el artículo 3 común posee un claro carácter consuetudinario y es una disposición a cuyo cumplimiento se encuentran obligados los grupos armados. Además de ello, ha sido advertida la coincidencia entre el contenido de esta disposición y los derechos humanos que son parte del núcleo duro. Estas aseveraciones permiten dar respuesta a las primeras dos pregun-

tas planteadas, pues, por un lado, notamos que el contenido del artículo 3 común dota de concreción a las obligaciones de los grupos armados, en la medida en que establece ciertos derechos específicos a ser respetados por estos grupos, constituyéndose estos en un conjunto de obligaciones de ineludible cumplimiento.

De otro lado, ello evidencia que la naturaleza de las obligaciones exigibles a los grupos armados es de carácter consuetudinario¹³⁷. Esta idea se condice con la práctica internacional, pues, como advierte Tomuschat al revisar las resoluciones del Consejo de Seguridad, “cuando éste se pronuncia sobre el deber de las partes en un conflicto armado de respetar las normas de derechos humanos, [...] no se propone crear nuevas obligaciones”. Por el contrario, se limita a hacer notar a los destinatarios las obligaciones que les incumben con arreglo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, se parte de la existencia de obligaciones consuetudinarias en materia de derechos humanos de las que son titulares los grupos armados, más no se crean tales obligaciones a través de las referidas resoluciones. Ciertamente, como ha sido verificado por un estudio realizado acerca de once de los compromisos adoptados por los propios grupos armados,¹³⁸ a los que hicimos referencia anteriormente, “para los actores no estatales, los acuerdos se refieren al derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos”¹³⁹.

Ahora bien, respecto a la tercera de las cuestiones planteadas debe considerarse que el admitir que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derechos humanos no equivale a asemejarlos a los Estados, ni tampoco a equiparar las obligaciones de estos últimos a las de los grupos armados. Es innegable que es el Estado el primer llamado a la protección de los derechos humanos y quien es destinatario de las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dirigidas a brindar esta protección. En tal sentido, no se trata de sustituir al Estado en sus obligaciones, sino de sumar a éstas las que puedan corresponder a los grupos armados. Como reconoce Reinisch, estos

¹³⁷ Al respecto, resulta interesante la posición desarrollada por el Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Phillip Alston, quien propone en un informe elaborado acerca de Sri Lanka, que las normas de derechos humanos actúan en tres niveles: como derechos de las personas, como obligaciones asumidas por los Estados y como expectativas legítimas de la comunidad internacional, expresadas estas últimas por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en virtud a las cuales cada órgano de la sociedad debe respetar y promover los derechos humanos. Véase UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add. 5, del 27 de marzo de 2006 párrafo 14.

¹³⁸ El estudio versa sobre los acuerdos adoptados en Burundi, Liberia, Somalia, Sierra Leona, Afganistán, Sudán, República Democrática del Congo, Angola, Timor Oriental, República Democrática Popular de Corea y la Federación de Rusia.

¹³⁹ VIGNY, Jean-Daniel y THOMPSON, Cecilia. *Fundamental Standards of Humanity: What Future?*, Netherlands Quarterly of Human Rights, vol. 20, 2002, pp. 185-199, p. 193. Citado por CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations*. Op.cit. p. 25.

desarrollos no han afectado la premisa conceptual básica consistente en que los derechos humanos son limitaciones al poder estatal, que se aplican en la esfera pública y que protegen al (débil) individuo frente al (fuerte) Estado¹⁴⁰.

En este mismo sentido, cabe recordar lo señalado por el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, el cual se refiere a violaciones por parte de los insurgentes de "principios generales comunes al derecho internacional de los derechos humanos"¹⁴¹, sugiriendo así que no pueden imponerse a estos todas las obligaciones de derechos humanos que pesan sobre el Estado. El tener en cuenta esta distinción puede permitir, en cierta medida, ser menos reticentes a aceptar la existencia de obligaciones de derechos humanos correspondientes a los grupos armados.

Ello nos lleva a la última de las preguntas formuladas, ya que es conveniente considerar tal diferenciación a efectos de evitar que el reconocimiento de estas obligaciones a los grupos armados se base en su asimilación al Estado, ya que, contrariamente a lo que sostiene Tomuschat, no se trata de que "un movimiento que lucha para convertirse en el gobierno legítimo de la nación concernida es tratado por la comunidad internacional como un actor que, ya en su estado embrionario, está sujeto a las obligaciones y las responsabilidades esenciales que todos los Estados deben observar en beneficio de un estado de cosas civilizado entre las naciones"¹⁴².

Este razonamiento debe descartarse en tanto se basa en el reconocimiento de que "los elementos de la autoridad gubernamental han caído en manos de un movimiento rebelde"¹⁴³. Como señala Clapham, ello deja abierta la posibilidad de eludir obligaciones internacionales de derechos humanos, cuando no se considera que los rebeldes estén ejerciendo la autoridad gubernamental¹⁴⁴.

Más aún si es claro que ni los Estados ni las organizaciones internacionales admitirán con facilidad que los rebeldes están operando de forma similar a los gobiernos. En tal sentido, si se vinculan las obligaciones de los grupos armados a su condición cuasi gubernamental, es probable que existan pocas situaciones en las que las obligaciones de derechos humanos puedan aplicarse inequívocamente a estos grupos.

No cabe duda que la cuestión tratada a lo largo del presente artículo plantea un asunto que encuentra no pocos obstáculos a nivel político, ya que los Estados pueden considerar que un planteamiento como el desarrollado otorga cierta legitimidad a los grupos armados, quienes en última instancia, son enemigos contra los cuales deben luchar¹⁴⁵. Es oportuno entonces, como parece estar sucediendo progresivamente, deshacernos de la idea de que los derechos humanos sólo abarcan la relación entre los individuos y los Estados. Cuando ello sea superado, no existirá más el peligro de que acusar a un grupo armado de haber violado los derechos humanos signifique legitimarlo automáticamente o conferirle un estatuto semejante al gubernamental¹⁴⁶.

Teniendo en cuenta que, como notamos en un inicio, la mayoría de los conflictos armados actuales tienen como protagonistas a los grupos alzados en armas¹⁴⁷ y que los actos que éstos realizan representan una grave afectación a los derechos humanos, resulta claro lo relevante del asunto analizado. Si pueblos enteros son masacrados, poco importa si los autores de los atropellos llevan el uniforme estatal o si obedecen a las órdenes de la revolución. La diferencia entre el poder estatal y el privado, pierde relevancia frente a su condición común de constituir una violación de los derechos humanos que debe ser reprimida, si es necesario, en el ámbito internacional.

¹⁴⁰ REINISCH, August. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. En: ALSTON, Philip. Op.cit., p. 38.
¹⁴¹ Guatemala Memoria del Silencio, Resumen ejecutivo, conclusiones y recomendaciones, UN Doc. A/53/928 Anexo, 27 de abril de 1999, apartados 1699- 1700, volumen II, pp. 312.
¹⁴² TOMUSCHAT, Christian The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements, en Horst Fischer, Ulrika Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg y Christian Raap (eds.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck, Berliner Wissenschafts- Verlag, Berlin, 2004, pp. 573-591, p. 587.
¹⁴³ Ídem. p. 588.
¹⁴⁴ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op.cit., p 13.
¹⁴⁵ Un ejemplo de esto se presentó entre el Estado peruano y la ONG Americas Watch, a raíz de una condena realizada por esta última al PCP-SL, mediante una carta pública dirigida al jefe de la organización, Abimael Guzmán, en la que se solicitaba la abstención de futuros actos que puedan violar los derechos humanos. Americas Watch se refirió al artículo 3 común y, a pesar de que el mismo artículo aclara que su aplicación no confiere un estatus jurídico determinado, el Estado peruano acusó a Americas Watch de intentar otorgarle el estatus de fuerza beligerante al PCP-SL.
¹⁴⁶ CLAPHAM, Andrew. Human rights obligations of non-state actor in conflicts situations. Op.cit., p 37.
¹⁴⁷ Véase <http://www.armedgroups.org/>.

LAZO, DE ROMAÑA & GAGLIUFFI

ABOGADOS

CIVIL E INMOBILIARIO
CORPORATIVO
BANCA Y FINANZAS

MERCADO DE VALORES
TRIBUTARIO
LABORAL

COMPETENCIA, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y PUBLICIDAD
PROPIEDAD INTELECTUAL
DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

KARIN BOTTGERBRU
JIMENA CARRERA
DIEGO CARRILLO
CYNTHIA CUBA
GONZALO DE BRACAMONTE
FÁTIMA DE ROMAÑA
IVO GAGLIUFFI

GIANFRANCO IPARRAGUIRRE
JORGE LAZO
LUIS MIGUEL LEÓN
MARIA FERNANDA OSPINA
CLAUDIA OVIEDO
JUAN MANUAL PAZOS
JULIO SÁENZ

LUIS SANTA CRUZ
EDUARDO SOTELO (CONSULTOR)
PAOLA SUZUKI
CLAUDIA TÁVARA
BRUNO VARGAS CABALLERO
ENRIQUE VARSÍ
MARTÍN VILLANUEVA

LA EDUCACIÓN LEGAL, LA INFORMALIDAD Y LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS COMUNIDADES ANDINAS

Antonio Peña Jumpa*

La diversidad de culturas es uno de los atributos más saltantes que tiene el Perú. Sin embargo, muchas veces la ignorancia nos hace denominar a una cultura superior y moderna, y, por tanto, considerar que el resto de culturas están aisladas y no están concientes ni mucho menos entienden la problemática actual del país.

En el presente artículo, el autor nos demuestra lo contrario, tratando tres grandes problemas del Estado Peruano: la educación legal, la informalidad y la reforma del poder desde la perspectiva conjunta de algunas comunidades andinas de Puno.

* Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

I. INTRODUCCIÓN

Las Comunidades Andinas son una diversidad en el Perú y en Sudamérica, pero puede encontrarse un patrón de características comunes hacia su interior y en su relación hacia el exterior. Partiendo de la experiencia de las Comunidades Andinas de Puno, Perú, las siguientes líneas pretenden recoger esas características comunes para reflexionar respecto de tres grandes problemas del Estado Peruano: la educación legal, la informalidad y la reforma judicial¹.

Las Comunidades Andinas significan históricamente la base de la diversidad cultural de países como el Perú, identificados normalmente con idiomas particulares como el Quechua y el Aymara. Pero a ellas se encuentran sumadas las masas de migrantes Andinos asentados en las grandes ciudades, quienes constituyen el grupo social o cultural mayoritario de la población peruana. Comuneros y migrantes constituyen más del 50% de la población nacional. Si bien solo el 30% del total de la población sigue siendo rural, y está mayoritariamente constituida por las Comunidades Andinas, del 70% complementario al menos la mitad proviene en origen de los Andes, desde donde se desplazaron por migraciones forzadas (por el conflicto armado vivido en las décadas pasadas) y migraciones voluntarias (por la idea de progreso o desarrollo de la ciudad por ejemplo).

Teniendo en cuenta este porcentaje importante de la población peruana que conforma las Comunidades Andinas, es que resulta importante confrontar grandes problemas nacionales a partir de su perspectiva. La educación legal, la informalidad y la reforma del poder judicial son solo un pretexto para ello.

II. LA EDUCACIÓN LEGAL Y LAS COMUNIDADES ANDINAS

¿Qué educación legal se comparte en las Facultades de Derecho de las universidades del Perú (como en Latinoamérica en general)? La educación legal que se comparte en las Facultades de Derecho es fundamentalmente la heredada del Coloniaje Español con influencia del desarrollo continental Europeo y, en las últimas décadas,

con influencia del desarrollo anglosajón (fundamentalmente norteamericano). Es una educación legal basada en el conocimiento o sabiduría legal de Europa Occidental que une principalmente las tradiciones jurídicas del Derecho Romano, del Derecho Francés y del Derecho Alemán.

Desde su arribo al continente americano el Derecho Colonial Español ha tenido una forma de emitir normas, de ejecutarlas y hacerlas cumplir, y de resolver los conflictos suscitados de las mismas. Estas formas y procedimientos partieron de la tradición romana, pero sobretodo fueron alimentados por una ideología política de conquista y dominación sobre las comunidades originarias que poblaron el continente. Con la República estas formas y procedimientos legales se han mantenido y enriquecido por la escuela francesa de la exégesis, y por las escuelas histórica y dogmática alemanas. Aunque en teoría la ideología política cambió, dando lugar a una democracia formal, la dominación o exclusión de las comunidades originarias ha continuado.

La educación legal sigue ese patrón iniciado desde la Colonia Española. Aprendemos y enseñamos el Derecho continental Europeo. Nos actualizamos y mejoramos la educación legal siguiendo ese paradigma, con alguna influencia Anglosajona. El sistema jurídico Peruano, como el de los países latinoamericanos, está construido bajo ese paradigma.

Así, actualmente producimos las normas principales a través de un ente especializado (el Congreso), ejecutamos y hacemos cumplir esas normas a través de otro órgano especializado (el Ejecutivo), y resolvemos los conflictos derivados de esas normas a través de otros órganos especializados (el Poder Judicial y el Ministerio Público). Las Facultades de Derecho del país están comprometidas en aprender y enseñar las mejores técnicas o estrategias que formen abogados que se desenvuelvan profesionalmente bajo el esquema anterior. Aunque el ejercicio profesional del Derecho sea diferente si es que se aplica en el ámbito privado o en el público, el razonamiento del estudiante y profesional del Derecho es similar: hay que aprender las normas de acuerdo a la estructura y funciones de los poderes especializados anteriormente descri-

¹ El presente ensayo recurre indirectamente a una numerosa bibliografía, siendo la mas coincidente la siguiente: MERRYMAN, John Henry: "La tradición jurídica romano-canónica". México: Fondo de Cultura Económica. 1971; DE SOTO, Hernando: "El otro Sendero, la revolución informal" Bogotá: ILD. 1989; WEBER, Max: "Economía y Sociedad". México: Fondo de Cultura Económica. 1974; y del autor: "Justicia Comunal en los Andes, el caso de Calahuyo" Lima: PUCP. 1991; "Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino" Bogotá: ILSA. 2004; "Communitarian Law and Justice Based on Peoples' Identity: The Aymara experience". Leuven: KUL. 2004.

tos, distinguiendo las normas de mayor jerarquía, las más recientes y las especializadas, y hay que aplicarlas deductivamente sobre los hechos que envuelven el proceso o el conflicto.

¿Es el anterior el mismo razonamiento que siguen los comuneros andinos y los migrantes de nuestro país, y por tanto, cabría seguir universalizando la misma educación legal?

Uno de los grandes aprendizajes que enseñan las comunidades andinas es que tienen un razonamiento legal diferente. Históricamente, desde el Ayllu, ellos han tenido organización política y jurídica. Pero lo interesante es que los cargos y sus funciones han tenido otro contenido. Por un lado, cada comunidad hoy normalmente tiene un territorio definido y dentro del mismo una organización autónoma donde es obligatorio (no es una facultad) rotarse los cargos principales como delegado, directivo, teniente gobernador y presidente de la comunidad. Pero, de otro lado, los órganos o cargos que comprenden su organización no son pensados estrictamente bajo especializaciones sino con mucha flexibilidad y a su vez con integridad, guiados por dos principios fundamentales: el ser colectivo y el honor familiar. El gran ordenador de esta flexibilidad e integridad es la Asamblea Comunal que convoca periódicamente al conjunto de comuneros. Esta Asamblea es la que delimita, cancela, flexibiliza, extiende, reglamenta y sanciona los actos o hechos que se desvían de ese ser colectivo y honor familiar. De esta forma, las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales se confunden o fusionan en este supra-órgano. En suma, las Comunidades Andinas razonan el Derecho en términos totales y especiales a la vez, basado en principios y soluciones prácticas, garantizado por una participación rotativa de sus representantes familiares en la propia dirección o coordinación de los cargos.

Teniendo en cuenta el razonamiento legal antes descrito que identifica a las Comunidades Andinas, es evidente que no les cabe la misma educación legal que actualmente identifica a las Facultades de Derecho del país. Los profesionales del Derecho, tanto en el ámbito privado como público, no están preparados para comprender, negociar, litigar o asesorar legalmente a los miembros de estas Comunidades Andinas. Por ejemplo, cuando una empresa extractiva pretende explotar los minerales de un yacimiento que se encuentra bajo una comunidad andina, se omite el Derecho y razonamiento que los comuneros poseen y se aplica el derecho racional-formal del Estado para conseguir el consentimiento o desalojo de tales comuneros para llevar adelante la actividad extractiva. Aquí se

impone el Derecho que se enseña en las Facultades de Derecho, omitiendo el Derecho pre-existente de las Comunidades, lo que no significa necesariamente un éxito para las primeras, porque deviene luego el conflicto social liderado por las segundas.

Los profesionales de las Facultades de Derecho del Perú tenemos que comprender que en países como el nuestro hay al menos otra manera importante y valiosa de entender y estudiar el Derecho. Los comuneros andinos viven su Derecho desde su realidad y necesidades, nosotros abstraemos nuestro Derecho desde los libros y los códigos y solo al final pensamos en la realidad y necesidades que nos rodean. ¿Qué hacer? Hay que estudiar aprendiendo y enseñando al menos los dos tipos principales de Derecho. Como se trata de dos maneras de pensar que envuelven culturas y hasta idiomas diferentes, una alternativa es seguir el modelo de Educación Intercultural Bilingüe desarrollado por los profesionales de la educación para Comunidades Andinas como las referidas: se hace necesario entonces desarrollar una Educación Legal Intercultural y Bilingüe.

III. LA INFORMALIDAD Y LAS COMUNIDADES ANDINAS

Las Comunidades Andinas son como un pequeño Estado. En ellas la Asamblea Comunal aparece como el órgano supremo donde se deciden y resuelven las cuestiones o problemas más importantes de sus miembros. Pero, además, para que subsista la comunidad como Estado tiene que contar con un patrimonio y fondo económico. El patrimonio está determinado por el territorio comunal y los bienes muebles e inmuebles familiares y no-familiares dentro de dicho territorio. El fondo económico consiste en dinero en efectivo que proviene de los aportes periódicos y las multas que acuerda y aplica la misma Asamblea. Los acuerdos y decisiones que brotan de los actos o relaciones vinculados a ese patrimonio y fondo económico, como también los demás actos sociales, se registran en actas. A su vez, la comunidad por lo general tiene documentos que acreditan su patrimonio y un padrón de sus bienes y población.

La descripción anterior, basada en temas económicos y sociales, muestra el alto grado de formalidad que identifica a cada comunidad andina en su interior. En cada comunidad hay una estructura organizativa que funciona y que al involucrar a cada uno de sus miembros –haciéndolos sentir parte de su comunidad– la respetan y defienden.

El problema de la informalidad de las Comunidades Andinas se da respecto de su relación con el

Estado y sus procesos de migración. El Estado, de un lado, constituye el centro de gobierno y control desde donde se establece un tipo de formalidad que a su vez contradice el gobierno y control de las comunidades. Los funcionarios del Estado consideran, por ejemplo, que las Comunidades Andinas no tributan y se benefician de subsidios que provienen del aporte de otros contribuyentes. Esto es extremadamente errado. Las Comunidades Andinas han tributado históricamente y en la actualidad tributan indirectamente a través del consumo diario de los bienes y servicios que se producen en la ciudad y se encuentran gravados en su origen. Así, en la fiesta de la Santa Cruz, celebrada en la primera semana del mes de Mayo en Huancané, Puno, una comunidad de 200 adultos puede llegar a consumir (compartiendo con otras comunidades vecinas recíprocamente), durante los tres primeros días de festividad, entre 100 y 300 cajas de cerveza que se encuentran debidamente grabadas. Si a ello sumamos el uso de transporte diario que emplea combustible gravado, y el consumo de productos de primera necesidad como azúcar, fideos, arroz, sal, harina, etcétera, gravados también, podemos entender con mayor claridad cómo es que los comuneros andinos contribuyen al Fisco. Pero estos comuneros no solo tributan sino, sobre todo, producen mucha riqueza a través de sus productos agrícolas y ganaderos. Por ejemplo el ganado *Brown Swiss* que producen las comunidades del Sur Andino (Puno) llega hasta el mercado de Lima, luego de pasar por el de Arequipa, como una carne de cualidades superior.

El Estado, contrariamente, no devuelve en la misma proporción las contribuciones y la riqueza producida por los comuneros. De ahí que las Comunidades Andinas no tengan carreteras con mantenimiento permanente, y menos escuelas y postas de salud con equipos y personal profesional adecuado. Ante una molestia sería de salud los comuneros tienen que desplazarse hasta las grandes ciudades, y ante la falta de escuelas o colegios completos (con equipos y plan docente) los jóvenes comuneros terminan migrando y abandonando su comunidad.

El proceso de migración, de otro lado, es justamente lo que muestra es la mayor informalidad respecto al Estado. Cuando se inicia la migración, los comuneros andinos pueden acudir al domicilio de un pariente, pero una vez en pareja y con hijos, requerirá de un espacio mayor. Así el primer y principal acto de informalidad se da con la vivienda. Se invade un terreno ajeno y se construye y vive al margen del Estado: no se paga licencia de construcción ni se contrata ingeniero o ar-

quitecto, y los materiales de construcción que se compran provienen de productores y comerciante informales. Con la vivienda a medio construir se hace uso de los servicios de agua y electricidad irregularmente, y al lado de otras precarias viviendas se reproduce un comercio y servicio transporte al margen de las normas del Estado.

La vida en sociedad de los migrantes es como si sus Comunidades Andinas se reprodujeran en la ciudad. Pero hay grandes diferencias: la organización de la comunidad andina es cultural e histórica, mientras que la organización popular urbana responde más a una necesidad urgente y pragmática que una vez satisfecha tiende a dividirse.

Así, los migrantes originarios de Comunidades Andinas viven una gran dicotomía. Ellos tienen de un lado el recuerdo imborrable de su comunidad rural, y tiene de otro lado la esperanza de progreso y comodidad que les ofrece la ciudad. Al no regresar a su mundo rural y al no alcanzar el progreso y comodidad deseados, se produce una gran frustración en ellos. El Derecho del Estado tampoco está preparado para recepcionar y acoger a estos migrantes y atenuar su frustración. Los migrantes son tomados como mano de obra barata, normalmente sin derechos laborales, que al emplearse en una empresa informal reproducen geométricamente los actos de informalidad. De ahí que, en la menor oportunidad, estos nuevos actores sociales no dudan en transgredir las normas de la ciudad y no dudan en seguir los malos ejemplos de ser sobornados o sobornar a las autoridades locales, regionales y nacionales del Estado.

Si contemplamos algunas cifras de la migración interna vivida en nuestro país podemos acercarnos a comprender mejor la complejidad del problema. En el año 1940 Lima tenía una población aproximada de 300,000 habitantes. Actualmente, en el año 2009, su población es de 10 millones. Esto significa un aumento de población de 33 veces más en 69 años. ¿Los servicios de vivienda, comercio y transporte se reprodujeron en la misma proporción? ¿Qué capacidad tiene el ambiente ecológico urbano de Lima en pistas, parques, agua, salud, educación, diversión y otros servicios básicos para soportar su reproducción humana? Ciertamente que no ha habido una reproducción de servicios básicos en la misma proporción a la reproducción humana y la capacidad actual de Lima para hacer frente a las necesidades de su población son muy limitadas. Las grandes congestiones de tránsito, la contaminación ambiental, al lado de la expansión de la violencia urbana y la continuidad de la pobreza económica, son un claro ejemplo de ello.

¿Qué se puede hacer frente al problema de la informalidad descrito? Como problema complejo hay que tratarlo igualmente con alternativas complejas. Una primera alternativa es el de la efectiva descentralización política y económica del país, para fortalecer los gobiernos locales y espacios sociales como las Comunidades Andinas. Una segunda alternativa sería el desarrollo a todo nivel de políticas y acciones de inclusión: que promuevan efectivamente la integración (no el sometimiento), de los diversos grupos sociales y culturales del país, como de los migrantes de las grandes ciudades. Una tercera alternativa es la del cambio o transformación de gobernantes y funcionarios por aquellos que conozcan efectivamente las causas de la informalidad, para que en cada acto que les compete prefiera las causas del problema antes que las soluciones prematuras. En esta última alternativa, por ejemplo, frente a la idea del alcalde que cree que mejorando y ampliando las pistas de su distrito evitará los congestionamientos de tránsito, cabe tener en cuenta que la prioridad está puesta en superar la ineficiencia o inexistencia del servicio público de transporte para que la población deje de usar vehículos particulares (sobre la estructura de las calles está como prioridad la población).

Todas estas propuestas, como se intuye, están relacionadas con el fortalecimiento de las pequeñas localidades alejadas, como son las Comunidades Andinas. Pero más aún, esas propuestas están relacionadas con la posibilidad de evitar o controlar la migración de los mejores miembros de esas comunidades, o fomentar su retorno, con el fin de promover el desarrollo de sus localidades.

IV. LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL Y LAS COMUNIDADES ANDINAS

¿Cómo resuelven las Comunidades Andinas sus conflictos? ¿Qué tipo de reforma judicial requieren ellos? Los miembros de las Comunidades Andinas históricamente resuelven sus conflictos bajo formas y procedimientos que identifica su histórica organización comunal. Tienen un particular razonamiento legal, como se indicó anteriormente, pero además suman una efectiva organización y participación de las partes en pleito y comuneros en general para resolver sus conflictos. Ellos comparten una particular tipificación de sus conflictos que tienen como base la propia estructura de la comunidad: distinguen principalmente entre conflictos familiares y conflictos comunales, dependiendo de los intereses afectados. Esta tipificación de conflictos es importante para determinar a qué autoridad de la comunidad recurrir con prioridad: si es un conflicto familiar hay que recurrir a los

órganos familiares de resolución de conflictos (los padres o padrinos por ejemplo), si es un conflicto comunal se recurre a las autoridades comunales y a la Asamblea Comunal. Con el órgano de resolución se definen los procedimientos o el proceso de resolución; en cualquier caso, el diálogo, la declaración de la verdad y el cumplimiento de la palabra empeñada son importantes. La conclusión del proceso supone acuerdos o decisiones finales: si el conflicto es familiar es probable que se concluya con un mutuo acuerdo o un “acuerdo forzado”, si el conflicto es comunal es probable que se concluya en un castigo o pena del “inculcado”. Al final, la ejecución de los acuerdos o de las decisiones finales la hacen las propias partes interesadas o autoridades comunales, y en último de los casos la Asamblea Comunal.

Estas formas y procedimientos de resolución son muy eficientes al interior de cada comunidad andina. Pero también lo son hacia el exterior de la comunidad. Así, la misma racionalidad opera frente a los conflictos inter-comunales, que involucran como partes a dos o más comunidades, y frente a los conflictos trans-comunales, que involucra como partes a la comunidad y a un ente no-comunal como una empresa privada, un organismo no gubernamental (ONG) o alguna de las instituciones del Estado. Hacia el interior y exterior de las Comunidades Andinas sus sistemas de resolución de conflictos constituyen una de las garantías principales de la identidad que caracteriza a cada uno de sus miembros.

Bajo estos criterios, las Comunidades Andinas no requieren de una reforma judicial como solemos pensarlo desde la ciudad. Ellos no tienen un problema de “acceso a la justicia” sino de FALTA DE RESPETO POR SU JUSTICIA. A pesar que existe una norma constitucional que los ampara (el artículo 149 de la Constitución Política del Perú que se refiere a la jurisdicción especial de estas Comunidades), un convenio internacional con rango constitucional que también los protege (el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas), y muchas normas de carácter legal que reconocen esos sistemas de resolución de conflictos de las Comunidades Andinas, en la práctica tal protección y reconocimiento no se da. El juez y el fiscal profesional aún se consideran con “mayor” jurisdicción y competencia que los órganos comunales para intervenir en sus conflictos e imponer una solución. Hay conflictos graves como los de abigeato en los que los comuneros se consideran más efectivos y eficientes para intervenir y resolver el conflicto, pero cuando ocurren daños físicos al supuesto abigeo y este recurre a la justicia profesional, el conflicto se com-

plica y las propias autoridades comunales pueden ir a prisión. En el Norte del país, Cajamarca por ejemplo, cientos de Ronderos cuyos caseríos o anexos responden a una estructura semejante al de las Comunidades Andinas, se encuentran procesados penalmente por estos hechos. En lugar de procesarse a los supuestos abigeos, se procesa a sus captores, que son las víctimas del mismo conflicto. Entonces, a pesar de la existencia formal de un reconocimiento normativo constitucional e internacional, la jurisdicción de las Comunidades Andinas o Justicia Comunal no es aceptada, o continúa siendo sometida a la justicia profesional.

La reforma judicial, en consecuencia, tendría que estar enfocada en los jueces y fiscales profesionales y en las autoridades policiales y políticas involucradas. Hay que transmitirles conocimientos de comprensión de la diversidad cultural, económica y social del país a fin que se combine necesariamente con la diversidad jurídica, como la de las Comunidades Andinas. Todo ello dentro de una perspectiva de convivencia que promueva la integración y no el sometimiento de uno sobre otro.

Como hemos señalado anteriormente, las Comunidades Andinas comparten un razonamiento legal diferente al que hemos aprendido en las Facultades de Derecho. Como solución se propone una relación de coordinación y tolerancia hacia ellos y su Derecho. Así se torna indispensable la comprensión y aplicación de un principio de subsidiaridad en tal relación: significa que si el conflicto puede ser resuelto por los órganos de resolución de la comunidad andina, los órganos del Estado no deben intervenir, así el conflicto sea grave; solo en el supuesto que los órganos de la comunidad sometan el conflicto a los órganos del Estado o no puedan resolver el conflicto, los jueces y fiscales profesionales estarían llamados a intervenir. Es decir, la justicia profesional del Estado es solo subsidiaria a la Justicia Comunal en los casos que involucra a partes en pleito de la misma comunidad.

Esta apreciación y propuestas se ven confirmadas por un hecho concreto. En aquellos distritos o provincias donde opera la Justicia Comunal como la descrita anteriormente, los jueces y fiscales profesionales tienen una mínima carga procesal o escasos conflictos por resolver. La mayoría de conflictos, por no decir todos, se resuelven al interior o en la interacción de las Comunidades Andinas. Por ejemplo, en los años 1999 y 2000, en el Juzgado Mixto de Huancané, Puno, pudimos comprobar que solo se procesaba 170 casos anuales, entre conflictos identificados como civiles y penales. Este porcentaje dista mucho de la carga pro-

cesal de los Juzgados Especializados en lo Civil o Penal, del mismo rango, de ciudades como Lima, Arequipa, Trujillo o Chiclayo, donde ese número de casos puede procesarse en un mes.

Ello demuestra la eficiencia de la justicia aplicada por las Comunidades Andinas, lo que puede significar un modelo a replicar en otros espacios sociales. En efecto, teniendo en cuenta que uno de los problemas serios y urgentes de los Juzgados y Tribunales de los Distritos Judiciales de Lima y otras ciudades en crecimiento vertiginoso (como Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Juliaca, Ica, Piura, Iquitos, Huancayo, entre otras) es la excesiva carga procesal, puede trasladarse el modelo de resolución de conflictos de las Comunidades Andinas a esos Distritos Judiciales. Para ello proponemos partir de la promoción y aplicación de esta Justicia Comunal en Comunidades Urbanas, donde hay aún un alto grado de cohesión y seguro, se encuentra poblado por un gran número de migrantes andinos.

Bajo estos criterios, la justicia de las Comunidades Andinas más bien contribuiría con la reforma judicial. A cambio de la exigencia de respeto para el desarrollo autónomo de su justicia, su modelo muestra condiciones favorables para su réplica en otros espacios sociales.

V. BALANCE-CONCLUSIÓN

La educación legal, la informalidad y la reforma judicial como problemas nacionales de países como el Perú, tienen una particular apreciación desde su relación con las Comunidades Andinas. De un lado hay un particular significado que tienen esos problemas nacionales al interior de las Comunidades Andinas, y de otro lado hay un significado de contraste u oposición cuando se analizan dichos problemas en su relación con o desde el Estado.

Al interior de las Comunidades Andinas se puede apreciar un propio concepto de razonamiento jurídico que conduce a una educación legal diferente de la que actualmente se comparte en las Facultades de Derecho del Perú y de los demás países latinoamericanos. El razonamiento legal desde las Comunidades Andinas es flexible e íntegro, y no necesariamente lógico, en contraste al razonamiento legal especializado y lógico de los operadores del Derecho del Estado. La educación legal sigue el razonamiento jurídico que identifica al grupo social, en consecuencia las Comunidades Andinas tienen una particular educación legal basada en esa flexibilidad e integridad. En su relación con el Estado notamos que las Facultades de Derecho no comparte esa educación legal y

desconocen propiamente el razonamiento jurídico de los miembros de las Comunidades Andinas. Se propone, al respecto, el desarrollo de una educación legal intercultural bilingüe.

La informalidad como problema nacional sigue la misma conclusión que el de la educación legal en las Comunidades Andinas. Al interior de las Comunidades Andinas se comparte un conjunto de prácticas y organización formal que lleva a asegurar que no tienen un problema de informalidad como normalmente se identifica para los espacios sociales marginales de las grandes ciudades. Esto se confirma en su contraste con el Estado desde donde se tiene una apreciación errada de la informalidad. Se considera a las Comunidades Andinas como no contribuyentes al Fisco y simples receptores de subsidios, cuando en la práctica son efectivos contribuyentes indirectos y producen riqueza para la economía nacional sin recibir recíprocamente los servicios básicos desde el Estado. La informalidad sí puede ser contrastada en el actuar de la masa de inmigrantes andinos asentados en las grandes ciudades. Aquí los inmigrantes andinos desarrollan actividades de vivienda, comercio y transporte informal, reproduciendo pobreza y violencia urbana. Proponemos como solución fortalecer las Comunidades Andinas distribuyéndoles poder político y económico que promueva un desarrollo local e inclusivo o integrador, que evite la migración de sus mejores miembros.

Por último, el problema de la reforma judicial también puede ser contrastado a nivel interno y externo desde las Comunidades Andinas. A nivel interno, las Comunidades Andinas tienen sistemas efectivos y eficientes de resolución de conflictos que nos lleva a afirmar que no necesitan acciones de reforma judicial sino de RESPETO por sus sistemas de resolución. El Derecho flexible e íntegro que las comunidades tienen, hace que sus

sistemas de resolución se estén renovando permanentemente. A nivel externo, cuando se compara el sistema judicial de las Comunidades Andinas con el sistema judicial del Estado, sí se aprecia la necesidad de acciones de reforma judicial. Pero esta reforma es ante todo ideológica, de transformación de la manera de pensar de autoridades y operadores judiciales del Estado, con el objeto de hacerlos más receptivos de la diversidad jurídica del país y, particularmente, del que brota de las Comunidades Andinas. Se propone de un lado la aplicación del principio de subsidiaridad para que el sistema judicial del Estado sólo intervenga en la resolución de conflictos de las Comunidades Andinas cuando éstas lo soliciten o no puedan efectivamente resolver sus conflictos, y, de otro lado, la posibilidad de extender el modelo de Justicia Comunal a la zona urbana.

En suma, la perspectiva de los miembros de las Comunidades Andinas contrastan enormemente con la de las autoridades y operadores judiciales profesionales cuando tratamos problemas nacionales como la enseñanza del Derecho, la informalidad y la reforma judicial. La concepción de los problemas y las necesidades que brotan en el tratamiento de los mismos son diferentes. Desde el Estado y sus operadores profesionales la educación legal, la informalidad y la reforma judicial son vistas conceptualmente bajo el Derecho aprendido de Europa Occidental, omitiendo el Derecho originario o histórico que aún pueden mostrar las Comunidades Andinas. A pesar de la interacción de cientos de años, ambas concepciones y necesidades de derechos aún no se comprenden y por ello problemas nacionales como los mencionados no pueden ser abordados satisfactoriamente. Solo alcanzando a comprender, para luego aplicar, la diversidad de Derechos del país, muchas soluciones se pueden alcanzar.

ESTUDIO GHERSI

— ABOGADOS —

ÉTICA, CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS

Gonzalo Gamio Gehri*

Desde el momento en que nos definimos como un Estado de Derecho, las instituciones públicas y privadas –así como las personas en general– deben actuar conforme a la ley para garantizar la efectividad de sus propios derechos. En ese sentido, son los Derechos Fundamentales y, precisamente, los Derechos Humanos, los que configuran el núcleo duro de preservación de los sujetos de Derecho. No obstante, sin un sustento materialmente efectivo de transformación de la realidad, los Derechos Humanos no son derechos, puesto que sólo servirían para la academia o, paradójicamente, para la manipulación demagógica, en lugar de su principal cometido: el ser una herramienta de cambio del Derecho para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y así garantizar el bienestar común.

En este artículo, el autor nos ofrece una reflexión acerca de la cultura universal de los Derechos Humanos y su fundamento a través del análisis de las diversas acepciones del concepto de “ciudadanía democrática” y nos recuerda que los Derechos Humanos vacíos de contenido no tienen cabida en un verdadero Estado de Derecho democrático.

* Filósofo. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL UNIVERSALISMO

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha cumplido sesenta años de enunciada y asumida por la mayoría de las sociedades. Al cabo del tiempo, los Derechos Humanos se han convertido en una forma de *cultura moral*, un horizonte crítico que permite el cuestionamiento de aquellas prácticas que lesionan el cuerpo, la dignidad o las libertades de las personas en el mundo. Desde la elaboración de la propuesta (en la que se reconocen raíces liberales), se pretendió que los principios presentes en la Declaración tradujeran un consenso intercultural en materia de protección de los seres humanos. En efecto, muchos especialistas, exponentes de diversas culturas, religiones y disciplinas participaron en las discusiones que dieron forma a la Declaración tal y como la conocemos. Desde el principio, fue concebida como la expresión de un “universal concreto”.

Evidentemente, los Derechos Humanos constituyen una categoría incómoda para quienes ejercen formas autoritarias de poder político, y para quienes enarbolan ideologías retrógradas o violentistas. Constituyen un obstáculo para cualquiera que sostenga que las vidas humanas pueden convertirse en medios para el logro de “ideales superiores” (políticos, religiosos, etcétera). La tesis subyacente a la cultura de los Derechos Humanos es que no hay nada más valioso que el cuidado de la dignidad y las libertades. Se trata de proteger a los individuos no solamente de la violencia producida por otros individuos, si no de aquella producida por los propios Estados, cuando estos se yerguen como instancias de represión y mutilación. Por eso, no basta con el derecho local y positivo. La cultura de los Derechos Humanos ha generado un entramado de normas e instituciones internacionales que promueve la defensa de los derechos de grupos e individuos que son víctimas de las acciones de los propios gobiernos.

Por supuesto, todo esto es susceptible de formas de distorsión y de manipulación. Como ha sucedido con otros valores –la pertenencia comunitaria, la fe, etcétera– los Derechos Humanos pueden ser usados ideológicamente. Pensemos en la política bélica del gobierno de Bush frente a Irak: la “democracia” y los “Derechos Humanos” se convirtieron en los estandartes de una invasión. Sin embargo, estaba claro que Bush y los suyos estaban

actuando a contracorriente de la cultura de los Derechos Humanos. Invadieron Irak desatendiendo los cuestionamientos de las instituciones internacionales correspondientes (la ONU), asumiendo una burda mentira para entregarse a la guerra. Lo sucedido en Guantánamo y en otros centros de reclusión constituye una violación evidente de estos Derechos. No hay que olvidar que Estados Unidos aún no es firmante de la Corte Penal Internacional (una institución cuya existencia es básica para la promoción de Derechos Humanos en el mundo). No pocos ciudadanos norteamericanos exigen hoy a Barack Obama ese compromiso. De cumplirse, podría no estar lejos el día en que las autoridades responsables de las torturas a los prisioneros en Guantánamo y en Abu Ghraib sean procesados por crímenes contra la vida y la integridad de las personas.

Hay quienes consideran –desde el bando (autodenominado) reaccionario– que la vocación universalista de este *ethos* es teórica y culturalmente invasiva, y limita la soberanía de las comunidades locales. Los Derechos Humanos no pretenden convertirse en una *Weltanschauung* imperialista, quienes así piensan son víctimas de la ignorancia o de la mala fe. No se trata de una cultura moral que pasa de contrabando una “metafísica racionalista” –por ejemplo, los dos mundos de Kant-. No necesitamos comprometernos con una sofisticada metafísica. El notable filósofo británico-ghanés Kwame Anthony Appiah dice que “no podemos decir que la noción de Derechos Humanos esté metafísicamente *desnuda*; sin embargo, en cuanto a lo conceptual debe –o debería llevar– pocas ropas. No cabe duda de que no necesitamos concordar en que se nos haya creado a imagen y semejanza de Dios, o en que tengamos derechos naturales que emanan de nuestra esencia humana, para concordar en que no queremos ser torturados por los funcionarios del gobierno, ni estar expuestos a arrestos arbitrarios, ni que se nos quite la vida, la familia o la propiedad”¹. De hecho, podemos comprender los Derechos Humanos de forma pragmatista, como *herramientas sociales* orientadas a la protección práctica de individuos contra agresiones potenciales de personas, grupos o instituciones. No necesitamos asumir compromisos “esencialistas” para defender estos Derechos en la práctica, pero sí reconocer mecanismos políticos y legales cuya razón de ser es la concreción e institucionalización de esta defensa. El discurso de los Derechos Humanos se ha

convertido en una perspectiva digna de adhesión en diferentes contextos culturales, lo que se debe, en parte, a que apuesta por la protección de los individuos más allá de su condición, membresía y méritos.

II. CONCEPCIONES DE LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Si bien podemos considerar que las cuestiones metafísicas en torno a la “existencia” de los Derechos Humanos son inútiles, la pregunta en torno a qué clase de ciudadanos requieren las políticas orientadas a la defensa de los Derechos Humanos dentro y fuera de nuestras comunidades sí resulta relevante desde un punto de vista práctico. Hemos partido de la premisa de que los Derechos Humanos configuran parte de un *ethos*, tanto de un sistema de creencias morales como de un sistema de prácticas sociales y políticas. Es preciso describir la condición de los “usuarios” y practicantes de dicho *ethos*.

Si examinamos la tradición filosófico-política occidental, constatamos que desde ésta se han construido dos grandes concepciones de ciudadanía. La primera –*la ciudadanía como condición*– nos remite a la génesis misma del pensamiento liberal. La segunda –*la ciudadanía como actividad*– tiene un origen clásico. Mostraré en qué medida una comprensión compleja del agente político de las democracias tardomodernas incorpora los elementos de ambas perspectivas². Ambas imágenes de la ciudadanía aportan articulaciones de valor a la cultura de los Derechos Humanos.

La primera concepción de ciudadanía es un desarrollo del esquema liberal, centrado en la condición política y legal de los individuos como titulares de *derechos inalienables* (y deberes para con la preservación de la sociedad y el cuerpo político que garantiza tales derechos). El nacimiento y los procesos de naturalización confieren al sujeto el estatuto de ciudadano. Esta perspectiva se nutre teóricamente de las filosofías del *contrato social*, que conciben la estructura básica de la sociedad como producto de un hipotético acuerdo voluntario entre individuos libres e iguales, que deciden configurar los principios que regulan la vida común y dan forma a las instituciones. Las “partes” del contrato eligen estos principios desde una su-

puesta situación de imparcialidad –el Estado Natural en el contractualismo clásico, la “posición original” en el planteamiento de John Rawls– a la que acceden al “poner entre paréntesis” sus concepciones de la vida buena, así como la información con la que cuentan acerca de su lugar en el sistema socioeconómico e incluso el conocimiento de sus talentos naturales. El Estado Natural y la “posición original” constituyen imágenes antijerárquicas de la vida social; nos recuerdan que la fuente de legitimidad del poder constituido reside estrictamente en el consentimiento racional de los individuos.

El cuerpo político concede a todos los individuos iguales privilegios y prerrogativas, protege sus vidas, sus libertades y sus propiedades (he aquí el germen de los llamados “Derechos Humanos de primera generación”). El Estado –por encargo de quienes componen la sociedad– vela por el estricto cumplimiento de la ley, pero deja un amplio margen de libertad (entendida en este punto como un espacio de no intervención) en el ámbito privado. De este modo, las personas pueden discutir o elegir sus visiones personales de aquello que le confiere sentido a su existencia, o pueden decidir sin obstáculos (siempre y cuando no vulneren la ley) qué asociaciones crear o qué clase de creencias suscribir o abandonar. El Estado debe garantizar que éstas decisiones puedan concretarse, pero él mismo no puede inmiscuirse en el proceso de decisión, que es responsabilidad exclusiva de los individuos. Más adelante, se crearon instituciones internacionales cuya función residía precisamente en garantizar esas libertades ante los Estados.

La segunda concepción describe la ciudadanía como una forma de vida. Nos remite a la definición ofrecida por Aristóteles en la *Política*, según la cual ciudadano es aquel que *a la vez gobierna y es gobernado*³. Es gobernado porque se atiene a las decisiones que se toman en las asambleas; es gobernado porque acata las directivas de las autoridades legítimamente constituidas. Pero también gobierna, en tanto participa activamente en los debates públicos realizados en las reuniones de las asambleas, y ha intervenido en los procesos de elección de los representantes de su comunidad. En esta línea de reflexión, el ciudadano es un agente político, que construye con sus iguales –a partir de la palabra y de la acción– un destino común de vida. Si para la interpretación liberal el

² He discutido el concepto de ciudadanía en GAMIO, Gonzalo. “El cultivo de las Humanidades y la construcción de ciudadanía”. En: *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales* 29. Volumen 66. 2008. pp. 237 y 54.

³ ARISTÓTELES. *Política* 1277b 10.

ejercicio de la política constituye para las personas una opción vital entre otras, de modo que puede elegir replegarse y comprometerse con otras actividades, en la versión clásica se convierte en el corazón mismo de la ciudadanía.

Se trata de dos interpretaciones de la ciudadanía que son complementarias en una democracia constitucional inserta en la cultura de los Derechos Humanos. La ciudadanía como condición pone énfasis en las formas de protección del individuo que los Estados deben observar rigurosamente, con el fin de que éste pueda encontrar –al interior de espacios sociales libres de violencia y coacción ilegítimas– sus propias formas de realización. Esta perspectiva supone una cierta cultura legal (y una cierta “sensibilidad constitucional”) que lleva al individuo a reconocer el Estado de Derecho como el trasfondo público que garantiza la posibilidad de una vida libre y civilizada. La ciudadanía como actividad nos recuerda a los usuarios de un régimen democrático que podemos ser *coautores de la ley* y en general sujetos responsables de aquello que sucede con nuestras instituciones. Desde los escenarios abiertos en los fueros del Estado, en los partidos políticos y en la sociedad civil, los agentes pueden realizar funciones de vigilancia y control democrático del poder. Sin ciudadanos alertas, los gobiernos pueden ceder a la tentación de generar políticas autoritarias, o de asumir una actitud concesiva respecto de los casos de corrupción y violación de la ley. La política cívica se pone al servicio de la defensa de los derechos de las personas.

La cultura de los Derechos Humanos no puede fortalecerse sin ciudadanos dispuestos a actuar y a denunciar el abuso en donde aparezca. El asesinato, la tortura y las desapariciones forzadas constituyen violaciones de estos derechos, pero también la pobreza y la autocracia, el racismo y la discriminación sexual, constituyen lesiones gravísimas contra la humanidad del otro. Es preciso combatir la violencia directa, pero también la violencia estructural que la promueve y la violencia cultural que la legitima (la clasificación es de Johan Galtung). Sin agentes políticos que cultiven el respeto por el otro y estén dispuestos a movilizarse por ello y presionar democráticamente por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede convertirse en un saludo más a la bandera. En un país como el nuestro, en donde la extrema pobreza y la ausencia del Estado constituyen un hecho verificable, en el que todavía existen *cuatro mil fosas comunes identificadas y sin abrir*, está claro que los Derechos Humanos no han sido una prioridad para nuestra (autodenominada) clase dirigente. Incluso en la actualidad, muchos “columnistas” de la prensa conservadora siguen predicando la impunidad de los perpetradores, mientras que no pocos congresistas aderezan inconstitucionales leyes de amnistía. Corresponde a *todos* los ciudadanos –más allá de las afinidades ideológicas que uno cultive o de la tienda política a la que se pertenezca– finalmente comprometerse para que esta historia siga un curso diferente.



ESTUDIO MUÑIZ

MUÑIZ • RAMÍREZ • PÉREZ • TAIMAN & OLAYA

A B O G A D O S

Las Begonias 475, Piso 6, San Isidro

Central Telefónica: (511) 6117000

Fax: (511) 6117010

www.munizlaw.com

Lima

Trujillo

Arequipa

Ica

Chincha

Piura

Quito

Guayaquil

abogados ESTUDIO GRAU

www.estudiograu.com

Tenemos los
mejores Productos Naturales

*para apoyar el buen funcionamiento de todos los
sistemas del cuerpo:*

- Digestivo
- Intestinal
- Circulatorio
- Nervioso
- Respiratorio
- Inmunológico
- Urinario
- Glandular
- Estructural
- Energía y Nutrición
- Control de Peso



*¡Cuidamos tu salud y
la de tu familia!*

PRODUCTOS AMERICANOS
100% NATURALES

www.nspperu.com
Av. Javier Prado Este 462 - San Isidro

☎ 0800-00167
615 7000



Av. Angamos Oeste 1200
P.O. Box 18 - 1419
Lima 18 Perú

T (511) 2215715 2215720
F (511) 4411916 4411960
mail@barredamoller.com
www.barredamoller.com

CONTRATOS DESEQUILIBRADOS EN MERCADOS DE CONSUMO COMPETITIVOS* **

Lucian A. Bebchuk***

Richard A. Posner****

Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En un mercado competitivo hay casos en los cuales se encuentran contratos “desequilibrados”, los cuales contienen términos que imponen un mayor costo sobre una parte que el beneficio que recibe la otra. Sin perjuicio de producir una asimetría a favor del vendedor, estos contratos pueden ser eficientes de ser implementados equilibradamente.

En el presente artículo, los autores señalan que la existencia de un contrato desequilibrado no implica que la transacción sea desequilibrada, sino que el vendedor tendrá discreción respecto de cómo tratar al consumidor. Un contrato desequilibrado, por lo tanto, podría ser preferible ex ante como un mecanismo menos costoso para inducir resultados eficientes en caso surgieran contingencias durante la ejecución del contrato.

* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título “One-sided contracts in competitive consumer markets” en Michigan Law Review 104. 2006. La traducción estuvo a cargo de Mariano Però, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a los autores por permitirnos la publicación del artículo y al doctor Carlos Patrón, abogado, Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex-miembro del Consejo Directivo de THEMIS y socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la supervisión de la traducción.

** Los autores agradecen a Rachel Arnow-Richman, Omri Ben-Shahar y a los participantes del simposio de la Universidad de Michigan por sus valiosos comentarios. También están agradecidos de Sarah Fackrell, Meghan Maloney y James Weingarten por su asistencia de investigación. El profesor Bebchuk agradece al Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business por su apoyo financiero.

*** Profesor William J. Friedman and Alicia Townsend Friedman de Derecho, Economía y Finanzas, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

**** Juez de la Corte de Apelación del Séptimo Circuito de Estados Unidos. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

I. INTRODUCCIÓN

La asunción usual en el Análisis Económico del Derecho es que en un mercado competitivo sin asimetrías informáticas los términos contractuales entre vendedores y compradores serán óptimos –esto es, que cualquier desviación de ellos impondrá costos esperables sobre una parte que exceden los beneficios de la otra. Pero, ¿podrá haber casos en los cuales los contratos “desequilibrados” –contratos que contienen términos que imponen un mayor costo esperable sobre una parte que el beneficio para la otra– sean encontrados en mercados competitivos, incluso en la ausencia de fraude, de costos de información prohibitivos u otras imperfecciones del mercado? Esa es la posibilidad que exploraremos en este artículo.

Nos enfocamos en la siguiente asimetría entre el vendedor y el comprador en casos en los cuales el último es un consumidor y no otro negocio o entidad comparable: el vendedor, en tal caso, puede ser disuadido de comportarse de forma oportunista por consideraciones de reputación; el consumidor no se encuentra constreñido por tales consideraciones porque no tiene reputación qué perder, asumiendo que su comportamiento oportunista en una transacción particular no será conocida para el mercado en su conjunto. Esta diferencia es importante en casos en que resulte difícil especificar términos contractuales para cubrir cada contingencia importante que las cortes podrían hacer cumplir precisa y fácilmente. En tales circunstancias, los compradores oportunistas podrán intentar usar términos “equilibrados” para presionar por beneficios y ventajas más allá de aquellas que los términos estaban realmente destinadas a proporcionar.

Inclinando los términos del contrato a favor del vendedor es, demostramos, una forma de reajustar el equilibrio. La existencia de un contrato desequilibrado no implica que la *transacción* será desequilibrada, sino tan sólo que el vendedor tendrá discreción respecto de cómo tratar al consumidor. Puede esperarse que un vendedor preocupado

por su reputación trate a los consumidores mejor que aquello que le requiere la letra del contrato. Pero el derecho del vendedor de hacer valer el contrato según consta escrito lo protegerá de los compradores oportunistas. Un contrato desequilibrado puede, por lo tanto, ser preferible *ex ante* por partes informadas como un mecanismo menos costoso para inducir resultados eficientes en caso surgieran contingencias durante la ejecución del contrato, que un contrato más “equilibrado” que, por la ejecución imperfecta, pudiera crear costos como consecuencia de que los consumidores hagan valer provisiones proteccionistas del contrato.

Cuando las empresas son influenciadas por consideraciones de reputación, los contratos que aparecen “en el papel” como desequilibrados contra el consumidor podrán ser implementados, en la realidad, en una forma equilibrada. La distinción entre contratos en papel y su aplicación real es una que ha recibido mucha atención de la literatura en contratos relacionales entre empresas¹. Como nuestro análisis resalta, sin embargo, la distinción también es relevante para los contratos celebrados con consumidores que no son jugadores recurrentes. En tanto el comerciante sea un jugador recurrente con los consumidores del mercado, sus expectativas de hacer negocios con otros consumidores en el futuro podrá disuadirlo de aplicar un contrato desequilibrado a rajatabla contra un consumidor en particular incluso si el proveedor no espera realizar futuras transacciones con dicho consumidor.

II. EXPLICANDO LOS CONTRATOS DESEQUIBRADOS

Consideramos un mercado competitivo en el cual los vendedores ofrecen contratos estándares que incluyen términos que parecen imponer a los compradores costos esperables que exceden los beneficios esperables para el vendedor. Ejemplos de esto son las cláusulas de arbitraje pre-judicial obligatorio, las cláusulas sobre tenencia y endoso de

¹ Ver, por ejemplo, MACAULAY, Stewart. “Non-contractual relations in business: A preliminary study”. En: Am. Soc. Rev. 28. 1963. p. 55; GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT. “Principles of relational contracts”. 67. Va. L. Rev. 1089. 1981; BERNSTEIN, Lisa. “Merchant Law in Merchant Court: Rethinking the Code’s search for immanent business norms. University of Pennsylvania Law Review 144. 1996. p. 1765. El artículo más cercano a nuestro análisis en su énfasis en problemas de observancia por las cortes es el análisis de acuerdo de franquicia de Benjamin Klein. Véase KLEIN, Benjamin. “Transaction cost determinants of “unfair” contractual arrangements”. American Economic Review 70. 1980. p. 356.

En su contribución con este simposio Jason Johnston busca, como nosotros, analizar la distinción entre el lenguaje y la implementación efectiva de contratos en el contexto de contratos entre empresas y consumidores. Ver JOHNSTON, Jason Scott. “The return of bargain: An economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers”. Michigan Law Review 104. 2006. p. 857. El único artículo previo del cual sabemos que haya explorado este tema es el estudio de Clay Gillette sobre rolling contracts que los consumidores suscriben en línea. Véase GILLETTE, Clayton P. “Rolling contracts as an agency problem”. Wisconsin Law Review. 2004. p. 679.

valores mobiliarios o títulos valores, las cláusulas de renuncia al juez del domicilio en contratos de transporte y las licencias estándar de *software*.

Los contratos que contienen tales términos y que, como es típico en tales contratos, son ofrecidos a los consumidores sobre la base de estipulaciones “tómelo o déjelo”, son descritos por sus críticos como “contratos de adhesión”. Cierta antigua y bastante desacreditada literatura académica pensaba que la ausencia de negociación demostraba que el vendedor debía tener poder monopólico, permitiéndole endilgar a los consumidores con cualquier término que deseara. Los costos de transacción y los costos de agencia relativos a los modestos retornos en la mayoría de las transacciones con consumidores son explicación suficiente para entender por qué los vendedores prefieren un contrato estándar sobre negociaciones individuales². Tampoco es obvio por qué un monopolista ofrecería términos sub-óptimos en vez de simplemente cobrar un precio monopólico a cambio de términos equilibrados, un precio que sería más alto porque el consumidor estaría recibiendo mayor valor³.

Pero esto deja sin explicar el desequilibrio de muchos contratos estándar. Los académicos a menudo intentan explicarlos como un resultado de problemas de información. Los consumidores podrían estar informados inadecuadamente sobre las disposiciones incluidas en los contratos o sobre sus consecuencias⁴. El entendimiento de los consumidores también podría estar distorsionado por el tipo de problemas cognitivos que están recibiendo creciente atención por parte de los economistas⁵. O los vendedores podrían estar siendo inducidos a ofrecer contratos desequilibrados por la presencia de selección adversa, como explicamos en el acápite V del presente trabajo⁶. Los académicos que aducen estas explicaciones se oponen al respaldo judicial de los contratos de adhesión en el nombre

de las cláusulas abusivas o doctrinas similares⁷. Algunas cortes han estado de acuerdo⁸, pero la mayoría no⁹.

¿La presencia de contratos desequilibrados en mercados competitivos se debe a problemas de información? ¿Las cortes que hacen cumplir tales contratos no están interviniendo cuando deberían hacerlo? ¿O puede haber una explicación que no depende de asumir información asimétrica a favor de vendedores u otras posibles fuentes de fallas del mercado? Demostramos que dicha explicación existe y que, como resultado, las inferencias normativas que pueden ser elaboradas a partir de tales contratos están lejos de ser claras y directas.

Es posible encontrar muchos contratos desequilibrados en mercados de consumo que tienen las siguientes características: El lado vendedor del mercado consiste en jugadores recurrentes que tienen un costo hundido en una reputación de hacer tratos “justos” con los consumidores, en el sentido de no tomar ventaja de los términos desequilibrados, siempre y cuando el consumidor trate justamente con ellos. El lado comprador del mercado consiste en partes que –dado que no tienen tratos reiterativos con vendedores particulares (el mercado es competitivo, así que los consumidores pueden cambiar fácilmente entre vendedores) y debido a que las normas sobre privacidad u otras barreras de acopio de información entre vendedores previenen que los vendedores comparen notas acerca del comportamiento de compradores individuales– no tienen un costo hundido en reputación y, por ende, no tienen incentivo en tratar justamente con los vendedores en el sentido de honrar los términos del contrato.

En tal situación, el conjunto óptimo de términos contractuales no depende solamente en los costos y beneficios relativos asociados con términos particulares. También depende en la relativa propen-

Lucian A. Bebchuk
Richard A. Posner

² Ver, por ejemplo, POSNER, Richard A. “Economic analysis of Law”. Sexta Edición. 2003. p. 115.

³ Ver MAROTTA-WURGLER, Florencia. “Competition and the quality of standard form contracts: An empirical analysis of software license agreements”. NYU Law and Economics Research Paper 05-11. 2005. Disponible en <http://ssrn.com/abstracts=799274> (citando las fuentes respectivas).

⁴ Ver, por ejemplo, MAYERSON, Michael I. “The efficient consumer form contract: Law and Economics meets the real world”. Georgia Law Review. 1990. pp. 583, 594-603.

⁵ Ver, por ejemplo, BAR-GILL, Oren. “Seduction by plastic”. Northwestern University Law Review 98. 2004. p. 1373; ver también MARRROW, Paul Bennett. “The unconscionability of a liquidated damages clause: A practical application of behavioral decision theory”. Pace Law Review 22. 2001. p. 27.

⁶ Ver, por ejemplo, AGHION, Phillipe y Benjamin HERMALIN. “Legal restrictions on private contracts can enhance efficiency”. J.L. Econ. & Org. 6. 1990. p. 381; POSNER, Eric. A. “Contract Law in the Welfare State: A defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom to contract”. Journal of Legal Studies 24. 1995. p. 283.

⁷ Ver, por ejemplo, MEYERSON, Michael I. Op. Cit. pp. 608-622.

⁸ Ver, por ejemplo, Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965); Galligan v. Arovitch, 219 A.2d 463 (Pa. 1966); Sosa v. Paulos, 924 P.2d 357 (Utah 1996); State ex rel. Dunlap v. Berger, 567 S.E.2d 265 (W. Va. 2002); Pittsfield Weaving Co. V. Grove Textiles, Inc., 430 A.2d 638 (N.H. 1981) (per curiam).

⁹ FARNSWORTH, E. Allen. “Farnsworth on contracts”. Segunda Edición. 1998. pp. 560-61; véase, por ejemplo, Monsanto Co. V. McFarling, 302 F.3d 1291 (Fed. Cir. 2002); Seekings v. Jimmy GMC of Tucson, Inc., 638 P.2d 210 (Ariz. 1981).

sidad de las partes a comportarse de forma oportunista, esto es, de tomar ventaja de los términos contractuales y, haciéndolo, imponer un costo sobre la otra parte que excederá el beneficio de la parte oportunista.

En el caso reputación-asimétrico, el vendedor tiene poco o ningún incentivo para comportarse de forma oportunista porque, de hacerlo, sufrirá la pérdida de reputación, lo cual es un costo. El comprador, por otro lado, no es disuadido por preocupación sobre su reputación. Tampoco se encuentra disuadido por la amenaza de acciones legales puesto que, dado la limitada viabilidad de redactar términos contractuales que se encuentran libres de incertidumbre, las cortes no siempre pueden determinar cuándo una parte está utilizando un término contractual de forma oportunista.

En esta situación, términos aparentemente desequilibrados podrían no ser tan desequilibrados después de todo. El costo esperable del término para el comprador debe ser descontado por la probabilidad que las consideraciones reputacionales induzcan al vendedor a tratar bien al comprador cuando dicho trato no es requerido contractualmente. Este costo podrá reducirse aun más debido a la aversión del vendedor de demandar a los consumidores incluso cuando tenga un caso sólido, tanto ética como jurídicamente. Los vendedores podrán preocuparse que un caso pueda perjudicar su reputación de trato justo (porque el término es desequilibrado) o que el costo del caso sea desproporcionado respecto del beneficio esperado. Si asumimos, entonces, que una corte sólo podría determinar cuándo el término contractual materia de litigio será *en promedio* eficiente –esto es, en promedio, carga a la parte obligada menos que lo que beneficia al obligado–, una regla de cláusulas desequilibradas que condena las condiciones desequilibradas simplemente favorecería sistemáticamente a los compradores oportunistas sin proteger a los compradores justos, porque los últimos se encuentran protegidos por la inversión de los vendedores en su reputación.

Considere, a modo de ejemplo, la siguiente disposición en el contrato estándar que Harvard University Press suscribe con autores: “si el Autor no cumple con devolver las hojas de prueba corregidas para la fecha fijada por el Editor, el Editor podrá publicar el Trabajo sin la aprobación de las pruebas por parte del Autor”¹⁰. Claramente, dada

la importancia de la precisión para el autor, que el editor haga valer esta disposición sin titubeo impondría un costo esperado sobre el autor mayor que el beneficio para el editor, especialmente dado que el acuerdo no limita la discreción del editor en su elección de “la fecha fijada por el Editor”.

¿Qué podría explicar la inclusión de esta disposición en un contrato recientemente suscrito por este editor y uno de nosotros y su coautor? No podría ser el poder de mercado del editor. El editor estaba buscando, en este caso, como en muchos otros, competir con otros editores sobre otros aspectos del contrato. Tampoco podría haber sido la expectativa del editor de que esta disposición no sería notada por los autores. Es probable que los autores, en general, lean cuidadosamente el breve contrato de publicación. Además, los autores en este caso sí se dieron cuenta de la disposición y preguntaron cómo modificarla, pero el editor indicó que su política era la de no enmendar esta disposición.

A pesar de la insistencia del editor de mantener la disposición, el agente del editor aseguró a los autores que no tendrían que preocuparse por esta y otras disposiciones aparentemente desequilibradas incluidas en el contrato. Aunque esta garantía carecía de importancia jurídica, los autores firmaron el contrato sin preocuparse de que el editor abusara del poder que le confería la disposición. En efecto, cuando los autores estuvieron un poco atrasados en la devolución de las pruebas, el editor, como era de esperarse, esperó por las correcciones en lugar de hacer cumplir la disposición.

Nuestra explicación es que la disposición está destinada a proteger al editor de circunstancias en las cuales la demora del autor en devolver las pruebas es excesiva. Pero si la disposición estuviera explícitamente limitada a esas circunstancias, el hacerla cumplir sería una empresa difícil para una corte porque determinar la “excesividad” bien podría depender de la información disponible para las partes, pero no fácil y precisamente determinable para la corte. La provisión abusiva obvia esta preocupación, mientras que el interés reputacional del editor protege a los autores de que el editor tome ventaja del significado literal de la disposición.

En las circunstancias en las que nos centramos, una disposición desequilibrada otorga al provee-

dor la discreción respecto de proporcionar protección al individuo en cualquier circunstancia. En contraste, dado que una provisión equilibrada no puede ser escrita sin ambigüedad, el hecho de que la protección sea proporcionada en cualquier circunstancia sería influenciado por la discreción de la corte. En algunas circunstancias, una estrategia de protección discrecional es superior a una estrategia de discreción judicial.

III. UN MODELO SIMPLE

Asuma un mercado competitivo en el que uno de los lados (el lado de los vendedores, que consiste en muchos vendedores) enfrenta limitaciones reputacionales más fuertes que el otro lado (el lado de los compradores, que se asume que consiste en muchos consumidores individuales). Los vendedores son empresas que juegan recurrentemente, y los consumidores tienen información sobre su comportamiento. Como resultado, los vendedores están preocupados sobre su reputación. Los compradores, por otro lado, no están preocupados en invertir en reputación porque compran con poca frecuencia de un mismo vendedor, y los vendedores no intercambian información sobre los consumidores.

En algunos mercados, por supuesto, los compradores no son indiferentes a su reputación. Pueden ser empresas que son jugadores recurrentes con poderosos incentivos para proteger su reputación, mientras que los vendedores pueden ser individuos que realizan transacciones infrecuentemente. Un ejemplo son los contratos que las editoriales de las universidades celebran con nuevos autores. Nuestro análisis también se aplica a dichos mercados. Puede explicar, por ejemplo, por qué los contratos que esas editoriales suscriben con sus autores incluyen disposiciones que parecen ser abusivas contra el autor aun cuando es probable que los autores lean los términos de estos contratos y haya competencia entre las editoriales. Para simplificar la exposición, sin embargo, asumiremos en el modelo que el lado de los vendedores en el mercado está compuesto de empresas con reputaciones que proteger.

De forma similar, no todos los consumidores se encuentran bien informados respecto del comportamiento de los vendedores. En efecto, el costo de estar informado puede exceder el beneficio, resultando en desconocimiento racional de tram-

pas escondidas en los contratos que la competencia puede no disipar¹¹. La novedad del presente análisis es que los mismos modelos de contrato estándar, que eran generalmente asumidos como que estaban basados en el desconocimiento de los consumidores, pueden demostrarse consistentes con la competencia bajo condiciones de información completa.

Cuando un término contractual es en promedio eficiente, entonces el beneficio esperado de cada comprador, B , excede el costo esperado del vendedor, C : $C < B$. Pero "en promedio" implica que el término no será eficiente en todas las circunstancias en las cuales se aplica literalmente. Asuma que será eficiente en el estado θ , el cual tiene una probabilidad p de ocurrir, pero no así en ningún otro estado. Asuma que el beneficio para el comprador será de $B_2 > C$ en el estado θ pero sólo $B_2 < C$ en el estado $\text{no-}\theta$, de modo que el beneficio promedio para el comprador es $p(B_2) + (1-p)(B_1)$.

Asuma, además, que las cortes serán incapaces de observar si el estado del mundo en el cual la disputa contractual se origina es θ , pero las partes sí lo harán, aunque todo lo necesario para que nuestro análisis se sostenga es que las partes tengan mejor información sobre la presencia o ausencia de θ que la que tienen las cortes.

Los vendedores en nuestro modelo ofrecen a los compradores contratos idénticos de tipo "tómelo o déjelo" y no se encuentran preparados llegado el momento de su ejecución. Uno puede pensar en los vendedores como grandes empresas que no confían en sus agentes para negociar cambios contractuales (un punto sobre el cual regresaremos) o que desconfían de los consumidores que intentan negociar respecto de los términos.

Si un vendedor no cumple con un término contractual, el consumidor podrá obtener de una corte una indemnización por daños ocasionados igual a B . Debido a que la corte no podrá distinguir perfectamente entre consumidores que derivan un gran beneficio del término y consumidores que sólo derivan un beneficio pequeño, habrá una tendencia a otorgar daños iguales al beneficio promedio del término contractual que el vendedor ha incumplido. En aras de la simplicidad, asumiremos que los mismos daños son otorgados en todos los casos de esta naturaleza.

Lucian A. Bebchuk
Richard A. Posner

¹¹ POSNER, Richard A. "The Law and economics of contract interpretation". Texas Law Review 83. 2005. pp. 1581, 1585-1586.

Dado que $B > C$, si el comportamiento de los vendedores no se encuentra constreñido por la preocupación sobre su reputación, el término protector será incluido, pues sin él, el vendedor no tendría incentivo para conferir B y así el valor del contrato no sería maximizado. La inclusión del término produce una ganancia de eficiencia de $B_2 - C$ en el estado θ y una pérdida de la eficiencia de $C - B_1$ en el estado $\text{no-}\theta$ pero la ganancia neta es positiva porque $p(B_2 - C) + (1-p)(C - B_1) = B - C > 0$.

Los vendedores en un mercado competitivo ofrecerán el término porque mientras estén cobrando un precio por el contrato que es mayor por C (ya que ese es el costo del término para el vendedor), el beneficio esperado para los consumidores será mayor y así estos últimos rehuirán a los vendedores que no lo ofrezcan.

Este es el resultado estándar cuando las cortes no pueden observar las circunstancias exactas de un caso y no hay renegociación contractual; un término será incluido si el beneficio promedio excede el costo promedio. Pero no será el caso cuando las consideraciones reputacionales se encuentren en juego; pues entonces, siempre que las prácticas de los vendedores sean conocidas por los consumidores, los vendedores sólo ofrecerán un contrato que omita el término que beneficia al comprador, pero tendrán una política de honrar el término (inexistente) cuando las partes se encuentren en el estado θ .

Por ejemplo, el término podrá ser que el comprador puede devolver el bien y obtener su dinero de vuelta, y θ podrá ser el estado en cual el comprador lo devuelve prontamente sin haberlo utilizado o dañado. Los vendedores cobrarán un precio que es mayor por pC porque esperan incurrir en un costo C con probabilidad p , en los casos en θ . Pero los compradores tendrán un beneficio esperado de pB_2 y así una ganancia esperada neta de $p(B_2 - C)$. Cuando algunos vendedores ofrecen tales contratos mientras siguen la política descrita, ningún vendedor que no ofrezca dicha combinación será capaz de atraer a los consumidores sin perder dinero.

Podrá parecer que, dado que los compradores valoran la política, los vendedores la convertirán en un término contractual incluso si se vieran constreñidos a seguir la política por su inversión en reputación. Pero esto es incorrecto porque, como un término contractual, la política requeriría de la adhesión del vendedor incluso cuando fuera ineficiente proporcionar el beneficio, esto es, incluso cuando las partes estuvieran en el estado $\text{no-}\theta$. Así, si el contrato preveía que el comprador

podía devolver el bien de encontrarse insatisfecho con él, el vendedor estaría obligado a aceptar la devolución incluso si el comprador, en lugar de haber estado realmente insatisfecho con él, lo hubiera utilizado tanto como quisiera o lo hubiera dañado de modo que ya no fuera valioso para él. Claro que el vendedor podría incluir algún lenguaje calificador tal como "razonablemente insatisfecho", pero la incertidumbre creada por tal lenguaje daría al comprador alguna probabilidad de poder salirse con la suya al devolver el bien en circunstancias no destinadas a ser cubiertas por la cláusula.

IV. IMPLICANCIAS POSITIVAS Y NORMATIVAS

Nuestro análisis contiene implicancias tanto positivas como normativas. Del lado positivo, puede explicar el gran número de casos en los cuales los vendedores confiablemente tratan a los consumidores mucho mejor que aquello que sus contratos les requieren. Los vendedores a menudo aceptan devoluciones en circunstancias bajo las cuales no se encuentran obligados a hacerlo. De forma similar, los hoteles usualmente no cobran al huésped por hacer el "check-out" de su habitación poco después de la hora preestablecida; los editores comúnmente no envían un manuscrito a la imprenta sin esperar la corrección del autor cuando este se encuentra atrasado y usualmente pasa por alto otras infracciones pequeñas también; las aerolíneas algunas veces dan a las personas el doble de crédito de millaje si un vuelo es atrasado; y los restaurantes permiten sustituciones aunque la carta establezca que no las hay. Dichas concesiones no son adecuadamente consideradas como publicidad o discriminación de precios, porque los consumidores las esperan y a menudo estarían indignados si fueran negadas.

Pero porque no son derechos legales, el vendedor no se encuentra a la merced de un comprador que abusaría de ellos y no sería susceptible de sanciones legales. Suponga, por ejemplo, que, en lugar de fijar una rígida hora de salida, el contrato entre un hotel y sus huéspedes estableciera que el huésped deba salir a la hora establecida (o pagar por otro día) a menos que tenga una buena razón para atrasar su salida por una cantidad de tiempo razonable. Tal disposición podría ser abusada por un huésped que decida permanecer en la habitación mirando la televisión hasta las noticias de la noche. Con la regla de la hora de salida rígida, el hotel será capaz de cobrar a este cliente demorado por otro día mientras renuncia a realizar tal cargo rutinariamente a los clientes que pierden la hora de salida de buena fe y por un buen motivo.

En las circunstancias que estudiamos en este artículo, las cortes harían bien en tomar una línea dura en hacer cumplir los términos de los contratos desequilibrados de consumo en la ausencia de evidencia de fraude. Suponga que el contrato que un vendedor tiene con sus clientes no les promete alguna protección X (por ejemplo, perdonar el cargo de un día entero en el caso de una demora corta en la hora de salida debido a circunstancias más allá del control del cliente), pero hay evidencia que el vendedor comúnmente les otorga X. ¿Una corte debería ver la práctica común como una promesa implícita de hacerlo? Nuestra respuesta es no, porque esto sacrificaría los beneficios de una política incumplible que permite que la empresa tener discreción para negar un beneficio normalmente esperado.

Habrán casos límite porque las cortes suelen recurrir a las pruebas de práctica anterior o costumbre para interpretar un contrato. Sin embargo, esto se hace principalmente en casos en los cuales un término contractual es ambiguo¹². Si el término es claro, como los redactores de los contratos desequilibrados se esforzarán en hacerlo, las cortes generalmente harán cumplir el término tal y como se encuentra escrito.

V. EXPLICACIONES ALTERNATIVAS BASADAS EN LA INFORMACIÓN

Ahora ampliamos brevemente las explicaciones alternativas mencionadas anteriormente respecto de los contratos desequilibrados. Estas explicaciones están basadas en asimetrías informáticas entre vendedores y compradores. Una explicación asume que los consumidores se encuentran en una desventaja informacional. Están desinformados sobre los costos que el contrato pueda imponer sobre ellos o sufren de limitaciones cognitivas y sesgos cuando evalúan estos costos.

La otra explicación asume que hay dos tipos de consumidores entre los cuales el vendedor no puede distinguir; en otras palabras, los consumidores tienen la ventaja informática. Un tipo, que valoraría una provisión protectora más que el otro, también es aquel que es más costoso de atender. En estas circunstancias, incluso si la disposición protectora es eficiente para todos los consumidores, en equilibrio, ningún consumidor podrá preguntar por ella por temor de que, al hacerlo, el vendedor

pueda sospechar que el comprador es del tipo que es más costoso de atender.

Nuestra explicación para los contratos desequilibrados tiene dos implicancias diferentes, una positiva y una normativa, de aquellas de las explicaciones alternativas basadas en la información¹³. La implicación positiva distintiva es que cuando nuestra explicación es aplicable, las empresas no tomarán ventaja de los contratos desequilibrados: sólo en casos excepcionales se pegarán a la letra del contrato. En contraste, cuando se aplica una o dos de las explicaciones basadas en la información, las empresas siempre (o al menos casi siempre) se pegarán a la letra del contrato.

La implicancia normativa es que cuando nuestra explicación es aplicable, la ley no deberá intervenir y proporcionar protección no brindada por el contrato, mientras que si el vendedor tiene y está explotando una ventaja informativa, hay un argumento para implicar disposiciones protectoras en el contrato para hacerlo menos desequilibrado. De manera similar, frente a la presencia de agrupamiento ineficiente producto de selección adversa, imponer disposiciones protectoras podría mejorar la situación algunas veces (aunque no siempre). El reto para la futura investigación es intentar distinguir entre los dominios de nuestra explicación y las explicaciones basadas en información.

Enfatizamos, finalmente, que nuestro análisis se encuentra limitado al caso de venta repetitiva de productos para consumidores bajo condiciones de buena información sobre los vendedores para los consumidores. Con ventas infrecuentes y poca información sobre los vendedores, estos no se verán constreñidos por preocupaciones sobre su reputación. Nuestro análisis es igualmente inaplicable cuando el lado comprador consiste no en consumidores individuales, sino en empresas que tienen su propio interés reputacional en tratar justamente, de modo que los vendedores tienen menos preocupación de que los compradores que no se encuentran constreñidos por materia reputacional se aprovechen de ellos. Es la asimetría de preocupación por la propia reputación en el caso del vendedor recurrente a un consumidor la que empuja nuestro análisis. Sostenemos que la existencia potencial de dichas asimetrías es un factor al que los académicos y los jueces debieran prestar mucha atención.

Lucian A. Bebchuk
Richard A. Posner

¹² KNIFFIN, Margaret N. "Corbin on contracts". Edición revisada. Editor: Joseph M. Perillo. 1998. Capítulos 24.7 y 24.9.

¹³ Hay un sentido en el cual nuestra explicación se encuentra basada en la información también; pero el déficit de información en nuestro análisis no es un déficit de cualquiera de las partes del contrato, sino de la corte que puede ser llamado a hacer cumplir el contrato.

Impresiones offset - Gigantografías - Diseño Gráfico - Papelería de Imagen
Tarjetería Fina - Folletos - Boletines - Revistas - Libros y otros

Servicios Gráficos
MYSTIC
Rosse S. A.

Lima: Av. José Gálvez N°1950 - A - Lince
Telf: 266-0025 / 265-6802
Nextel: 116*3708
Cel.: 9520-2302 RPM. #271527
E-mail: grupomysticsa@yahoo.es
mystic_rosse@hotmail.com

¿ALGUIEN TIENE QUE CEDER?: LA REGISTRABILIDAD DE LOS LEMAS COMERCIALES Y SU NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN

Gustavo Rodríguez García*

Los lemas comerciales, también conocidos como eslóganes, son signos distintivos compuestos por una palabra, frase o leyenda que tendrán por función realzar o complementar una o más marcas determinadas. Estos signos distintivos han de ser registrados para poder tener la protección adecuada para los fines del interesado.

En el presente artículo, el autor nos muestra el contexto en que se encuentran los lemas comerciales en el Perú, centrándose en específico en los obstáculos que presenta nuestro sistema para registrarlos. Muestra de la vigencia del tema son los ejemplos y casos tomados de la jurisprudencia que hacen obvia la relevancia de los lemas comerciales en nuestra sociedad debido a su difundido uso en el comercio.

* Abogado. Candidato al grado de Magister en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina). Estudios en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha y en el curso de posgrado "La propiedad industrial como herramienta estratégica de gestión empresarial" por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Argentina (INPI) y el Instituto de Educación Continua de la Universidad Pompeu Fabra.

Los lemas comerciales son signos distintivos compuestos por una palabra, frase o leyenda que tienen por función esencial el complemento y realce de una o más marcas asociadas. En ese sentido, los lemas comerciales pretenden complementar la distintividad de las marcas a partir de su propia capacidad distintiva. Debe interpretarse esta exigencia –la necesidad de que gocen de capacidad distintiva– no sólo del hecho de que son un tipo de signo distintivo sino que la norma comunitaria andina –la Decisión 486– refiere que los lemas comerciales podrán ser registrados como marcas de lo cual no cabe otra interpretación que hacer extensivas las exigencias propias del registro de marcas dentro de las cuales destaca la necesidad de que gocen de aptitud o capacidad distintiva.

No obstante ello, en nuestro país se viene aplicando un criterio para el examen de registrabilidad de lemas comerciales que, a nuestro juicio, es excesivo. La jurisprudencia nacional y comunitaria podría contribuir a un clima de confusiones al aludir impropriamente, ya sea implícita o explícitamente, a exigencias que no sólo no vienen dadas por la normativa correspondiente sino que son extrañas al derecho de la propiedad industrial referido a los signos distintivos todo lo cual ha tornado sumamente complicado el acceso al registro de lemas comerciales en el Perú.

En el presente artículo pretendemos abordar esta problemática discutiendo el régimen legal aplicable a los lemas comerciales a fin de incidir, finalmente, en nuestro comentario crítico al criterio antes referido y plasmado en un Precedente de Observancia Obligatoria de 1998. Adelantamos que somos de la idea de que nuestro país necesita un nuevo criterio mediante el cual –dejando de lado el que ahora se encuentra vigente– se flexibilicen de forma apropiada las exigencias que la autoridad viene requiriendo.

I. LEMAS COMERCIALES: CONCEPTO Y FUNCIONES

Los lemas comerciales, como ya se ha adelantado, son signos destinados a complementar una o más marcas asociadas. Al tener una posición complementaria, dependen del signo (o signos) marcario complementado. Así, de acuerdo al artículo 178 de la Decisión 486, “un lema comercial deberá ser transferido conjuntamente con el signo marcario al cual se asocia y su vigencia estará sujeta a la del signo”. De esta forma, si bien es cierto, los lemas comerciales tendrán, en

principio, una vigencia de diez años renovables a solicitud del titular (por aplicación de las disposiciones generales relativas a marcas) dicha vigencia se encontrará relativizada por su dependencia de la marca asociada.

En ese orden de ideas, la marca X podrá ser registrada en 2005 y el lema comercial asociado a esa marca en el año 2010. En principio, esa marca estará vigente hasta el 2015, momento en el que el titular deberá renovarla a fin de impedir la caducidad del derecho de exclusiva (de la misma forma, en principio, el lema comercial tendrá una vigencia hasta el 2020). Sin embargo, si la marca no es renovada y el registro marcario caduca en el 2015, el lema comercial perderá su vigencia también ya que ésta depende de la del signo complementado a pesar que le hubiera correspondido una vigencia mayor.

Los lemas comerciales, como ocurre con las marcas, están sujetos al Principio de Inscripción Registral, esto es, los derechos de exclusiva sobre lemas comerciales nacen a partir del registro correspondiente por parte de la autoridad. De esta forma, la adquisición del derecho sobre un lema comercial se produce en el marco de un sistema atributivo de derechos. Igualmente, los lemas comerciales están sujetos al Principio de Territorialidad, esto es, los derechos se extienden únicamente dentro del territorio en el cual se ha producido el registro correspondiente.

En lo que se refiere al Principio de Especialidad, consideramos que igualmente es aplicable a los lemas comerciales ya que se asocian a una o más marcas. En ese sentido, los productos o servicios *publicitados* por el lema comercial serán aquellos *distinguidos* por la marca o marcas asociadas al referido lema. Al comparar signos dentro de los cuales alguno de ellos sea un lema comercial, se deberá aplicar el análisis de confundibilidad que se emplea normalmente, esto es, deberá determinarse si existe identidad o conexión competitiva entre los productos/servicios referidos por los signos comparados y, luego, determinar si existen similitudes al grado de producir confusión o un riesgo de confusión.

Los lemas comerciales pueden tener diversas funciones (como ocurre con las marcas). Sin embargo, a nuestro juicio, las funciones principales de los lemas comerciales son dos: (i) la función distintiva; y, (ii) la función publicitaria o promocional. En ese sentido, un signo que no goce de aptitud distintiva ni de la capacidad publicitaria necesaria

para promocionar la marca o marcas asociadas al lema, deberá ser rechazado por la autoridad¹.

Los lemas comerciales se asocian a marcas. Esta exigencia se desprende del texto expreso de la norma comunitaria andina en la cual se destaca que el lema será usado como complemento de una marca. De esta forma, no es posible interpretar que un lema comercial podrá estar asociado a un nombre comercial². En ese orden de ideas, los registros de lemas comerciales que sean (o hayan sido) otorgados con asociación a un signo que no tenga la naturaleza jurídica de marca, estarán viciados de nulidad por contravenir el concepto de lema comercial recogido por la normativa comunitaria andina y por nuestra normativa complementaria interna (el Decreto Legislativo 1075, artículos 75 y 76).

El lema comercial debe tener una capacidad distintiva autónoma independiente de la marca o marcas a las cuales se asocia. En ese orden de ideas, no debe confundirse el carácter complementario del lema comercial con un carácter subordinado. El lema comercial, como ya adelantáramos, es un signo distintivo y como tal requiere contar la aptitud distintiva necesaria para interactuar en el tráfico económico. De esta forma, el signo debe estar en capacidad de identificar productos/servicios en el mercado y de diferenciarse de otros signos.

De lo expuesto anteriormente se concluye que la capacidad distintiva del signo solicitado como lema comercial no puede depender de la capacidad distintiva de la marca asociada al lema. De ello se sigue que la presencia de la marca asociada en la estructura del signo solicitado como lema comercial no permitirá inferir que, por ese solo hecho, el signo goza de la aptitud distintiva para acceder al registro. El lema debe gozar de aptitud distintiva por sí mismo sin el apoyo de la capacidad distintiva de la marca asociada aunque ésta sea parte de la estructura del lema y el análisis deba hacerse atendiendo a su impresión de conjunto.

En lo que atañe a su función publicitaria, el lema comercial debe gozar de una estructura singular idónea para la promoción de la marca asociada. Así, el signo solicitado como lema comercial debe estar en posibilidad de cumplir un rol publicitario, esto es, de realce de la marca complementada. Esta apreciación deberá hacerse de forma general sin la necesidad de exigir un valor publicitario actual por parte del signo. Al tratarse de una verificación de complejidad mayúscula, el examen de este requisito deberá hacerse de la forma más flexible que sea posible.

Nosotros consideramos que la capacidad publicitaria debe ser considerada como requisito para la admisión a registro de un lema comercial así como lo es la aptitud distintiva del lema. Esta diferencia con respecto a las exigencias de admisión a registro de marcas se justifica en la propia naturaleza de este signo. Así, se ha señalado que: "(a) unque efectivamente el *slogan* es una figura de perfiles oscilantes, no hay inconveniente en concebir al *slogan* como frase precisa empleada en la publicidad, que llama la atención del consumidor, es fácilmente retenible en su memoria y trata de incitarle a realizar un determinado acto. Así concebido, el *slogan* se caracteriza por evocar en la mente del consumidor no un concepto único, sino una asociación de pensamientos o conceptos. Y precisamente porque el *slogan* trata de incitar al consumidor a realizar un determinado acto (adquisición del producto o servicio a que se refiere) se comprende con facilidad que el *slogan* es un medio publicitario y, por lo mismo, cumple una función publicitaria: mediante la utilización del *slogan* la empresa quiere inducir a los consumidores a comprar determinados productos o contratar determinados servicios"³.

II. LA EXTRAÑA INTROMISIÓN DEL REQUISITO DE ORIGINALIDAD EN EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

En muchos ordenamientos jurídicos, para la registrabilidad de los lemas comerciales se exige

¹ Incidiendo únicamente en la necesaria presencia de la función distintiva, Núñez señala que "...la mera presencia en el eslogan del referido carácter publicitario, sin la necesaria calidad identificatoria o distintiva, no resulta suficiente para que el régimen marcario admita el registro de la frase". Al respecto, ver NÚÑEZ, Javier F. "La frase publicitaria o *slogan* como marca". En: Lexis 0003/009863. 7 de agosto de 2004.

² Lamentablemente, la autoridad ha otorgado lemas comerciales como complemento de nombres comerciales. La solución es no solo desacertada (porque los nombres comerciales no requieren la nota de distintividad como exigencia propia de las marcas con lo cual los complementos tendrían exigencias más enérgicas que los signos complementados) sino manifiestamente contraria al texto expreso de la norma. No queremos dar un ejemplo de semejante posición cuestionable con respecto a un lema comercial vigente; sin embargo, resulta ilustrativa la Resolución N° 0743-2009/TPI-INDECOPI de fecha 02 de abril de 2009 en la cual se declara improcedente la renovación de un lema comercial que fuera otorgado para complementar un nombre comercial. Dado que ni el nombre comercial ahí considerado ni el lema sigue aún vigentes, consideramos que ese pronunciamiento puede servirnos para evidenciar la práctica que hemos rechazado aquí.

³ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. "Marca y *slogan* publicitario". En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor 1. 1974. p. 333.

el requisito de originalidad. En la República de Argentina, por ejemplo, los lemas comerciales –denominados ahí “frases publicitarias”– son registrables siempre que gocen de originalidad (requisito expresado en sentido negativo en el literal j) del artículo 3 de la Ley 22.362 en Argentina). No obstante ello, la jurisprudencia argentina ha restringido en algo dicha exigencia interpretando que el grado de originalidad necesario debe ser mínimo o relativo.

En los Estados Unidos no existe referencia expresa a la necesidad de que un lema comercial goce de originalidad aunque la jurisprudencia parece entender que es necesario un “mínimo de originalidad”. En otros casos, como Argentina, la legislación alude impropialemente al concepto de originalidad ajeno a los desarrollos del derecho sobre los signos distintivos. En nuestro país, ni la norma comunitaria andina ni la complementaria nacional (Decreto Legislativo 1075) aluden a la originalidad de los lemas comerciales aunque la jurisprudencia se ha encargado de “crear” dicha exigencia de forma absolutamente cuestionable.

Como ya hemos señalado en el párrafo precedente, en la normativa comunitaria andina no se hace referencia alguna al requisito de originalidad con respecto a los lemas comerciales. Se trata, a nuestro entender, de un acierto. El requisito de originalidad es propio de otros derechos de propiedad intelectual –especialmente del Derecho de Autor– y alude a una necesaria individualidad de la creación intelectual al punto que exprese la personalidad del autor de la misma.

Esta originalidad exigida en el Derecho de Autor no necesita ser absoluta en el sentido de existir sin influencia externa alguna. Por el contrario, no es secreto que los autores son influidos por diversas formas y medios valiéndose e inspirándose de todo aquello que ya integra el dominio público o en las ideas que en general puedan ser desarrolladas. En suma, el derecho de autor no tutela a las ideas en sí mismas sino al desarrollo creativo e individual de una idea determinada⁴.

Es importante tener presente que la originalidad es la que permite diferenciar aquellas obras que merecen protección de aquellas que no, y nos

sirve para determinar la extensión del derecho correspondiente. De esta forma, una misma idea podría ser expresada de formas originales distintas, todas éstas susceptibles de protección por el derecho de autor. El *ius prohibendi* recae, como adelantáramos en cierta forma, no sobre la idea desarrollada sino sobre el desarrollo realizado de la idea en tanto refleje la impronta de la personalidad del autor que la ha desarrollado.

En el derecho de marcas, el *ius prohibendi* es más “fuerte” que en el Derecho de Autor. En efecto, el *ius prohibendi* se extiende al signo en su conjunto y en sí mismo. En virtud a esta facultad de exclusión, el titular puede impedir el uso no autorizado de su signo cuando dicho uso no autorizado sea susceptible de generar riesgo de confusión. No sólo se puede impedir el uso del signo en sí mismo –es decir, en caso de conflicto entre signos idénticos– sino que dicha posibilidad se extenderá a todo signo que, guardando identidad o conexión competitiva con los productos/servicios publicitados por el lema comercial, tenga semejanza gráfica, fonética o conceptual, en aplicación de los criterios de cotejo que normalmente se emplean.

El hecho que la capacidad publicitaria del lema comercial normalmente dependa de cierta “originalidad” –entendido dicho término no en el sentido técnico-jurídico que ya hemos comentado– no quiere decir que la originalidad (esta vez, sí entendida en el sentido propio del derecho de la propiedad intelectual y, específicamente, del derecho de autor) sea un requisito para el acceso al registro como lema comercial. Este sentido no técnico del término originalidad, entonces, debe ser entendido como el mínimo de imaginatividad requerido para que pueda desplegarse una función publicitaria. De esta forma, creemos que basta con la exigencia de aptitud distintiva y capacidad publicitaria para que pueda registrarse un lema comercial. No son necesarias exigencias mayores. En cualquier caso, además, bastará la simple potencialidad para actuar publicitariamente en el tráfico económico.

Quizás resulte pertinente que nos expliquemos mejor en este punto tan crucial. Una simple trivialidad no tiene capacidad para publicitar la marca asociada ya que se trata de un fraseo banal. Eso

⁴ Es cierto que el concepto de originalidad en el propio derecho de autor tampoco ha tenido un carácter estático. Así, con el paso del tiempo, se acepta no solo un concepto clásico de originalidad-producto (en el que existe una actividad creadora propiamente dicha) sino un concepto de originalidad-esfuerzo (en el que si bien no existe creación *stricto sensu* se aprecia un aporte creativo como ocurre con las compilaciones. Al respecto, puede consultarse VILLALBA DÍAZ, Federico y Luis CARRANZA TORRES. “Alcance y Fundamento del Requisito de Originalidad en el Derecho de Autor”. En: Revista Jurídica El Derecho. Buenos Aires. 2 de noviembre de 2004.

no quiere decir que el signo deba reflejar la impronta de la personalidad del autor o que deba estar dotada de una individualidad particular. Se sigue, en ese sentido, que las trivialidades, banalidades o simplezas no pueden ser admitidas, pero no por carecer de originalidad (requisito que la norma comunitaria andina, a diferencia de otras legislaciones, no contempla), sino por la imposibilidad de cumplir el rol publicitario que debe desempeñar en el mercado.

En efecto, “los lemas (*slogans*) son (...) *prolongaciones de marcas* destinadas a reforzar y realzar su *publicidad*. Son esencialmente utilizadas para la venta de los bienes de consumo masivo. La función del lema es la de coadyuvar a la creación de un “clima” o “atmósfera” de valorización...”⁵. Y es claro que esa atmósfera de valorización no puede ser producida por un signo que simplemente transmite una información que, sin imaginación alguna, bien podría haber sido empleada por cualquiera en el mercado. De esta forma, señalar que “productos X... los mejores”, es una frase que, por ejemplo, no goza de capacidad publicitaria porque está dotada de un contenido absolutamente simple y poco imaginativo.

Sobre la impropiedad de referirnos a la originalidad en el derecho de la propiedad industrial y, puntualmente, en el derecho relativo a los signos distintivos, la Segunda Cámara de Apelaciones de la Oficina de Armonización del Mercado Interno (OAMI), al pronunciarse sobre la denegatoria del signo “*BEAUTY ISN'T ABOUT LOOKING YOUNG BUT LOOKING GOOD*”, se pronunció con respecto al argumento de “falta de originalidad” empleado para sustentar la denegatoria, señalando expresamente que: “en lo que se refiere al segundo punto, la Cámara coincide con el apelante en que la originalidad no es un criterio para el registro de marcas; el comentario del examinador con relación a que la marca no expresa un mensaje original no es válido”⁶.

Dicho caso es sumamente importante porque la Oficina de Armonización del Mercado Interno se pronuncia, además, sobre la forma de entender la “banalidad” o “simpleza” a la que hemos aludido

antes. El signo había sido solicitado con referencia a productos de perfumería y cosméticos, entre otros así como servicios relacionados con la belleza y el maquillaje. El examinador que denegó el signo entendió que la alusión a la juventud o al lucirse bien era “un lugar común” con relación a tales productos o servicios. La Cámara señaló que: “...no coincide con la conclusión de que varias ideas son lugares comunes simplemente por referirse a la belleza, juventud y envejecimiento, verse joven y verse bien y que son comúnmente usados en asociación con la promoción de productos y servicios para el cuidado personal. Claramente, estas ideas y nociones, que son parte de lo que uno podría entender como una “filosofía cosmética”, no están en la misma categoría que los términos comunes, descriptivos que los competidores podrían desear emplear en la promoción de sus productos y en relación a lo cual existe una política que se opone a la apropiación para el uso exclusivo”⁷.

De esta forma, al interpretar si el contenido de un signo es banal o simple para efectos de su eventual registro como lema comercial, la autoridad no deberá partir de la premisa de que como ciertos términos aluden a ideas generales normalmente empleadas en el sector correspondiente, no es posible generar un derecho de exclusiva. Por el contrario, deberá considerarse que el derecho de exclusiva recaerá sobre el signo en su conjunto y no sobre partes aisladas del signo. Incluso si se aceptará la asociación del concepto de originalidad a la materia que nos ocupa –lo cual es, al menos, dudoso– entendemos que una interpretación demasiado estricta implicaría partir de la premisa errónea de que se pretende un derecho de exclusiva sobre la idea o ideas implicadas en el signo y no sobre la expresión particular y original de la idea o ideas con lo que, incluso en ese caso, una interpretación demasiado inflexible sería contraria al propio entendimiento de la originalidad en el derecho de la propiedad intelectual.

En este orden de ideas, compartimos la apreciación de Beatriz Bugallo cuando, al aludir a la exigencia de originalidad que se establece en algunas legislaciones para la registrabilidad de los

⁵ BENTATA, Víctor. “Reconstrucción del derecho marcario”. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1994. p. 230.

⁶ Caso R 73/1998-2 resuelto por la Segunda Cámara de Apelaciones de la Oficina de Armonización del Mercado Interno con fecha 11 de febrero de 1999. Debe dejarse constancia que si bien la Oficina de Armonización del Mercado Interno alude a que la originalidad no es un criterio para el registro de marcas, el comentario es aplicable al caso de lemas comerciales. Lo que ocurre es que existen países en los que los lemas no son registrados de forma autónoma sino como marcas. En cualquier escenario, la naturaleza del signo no varía por lo que no debería existir objeción alguna en hacer extensivo el comentario a los casos de registrabilidad de lemas comerciales en aquellos países que sí lo consideran una figura diferenciada.

⁷ Ibidem.

lemas comerciales, señala que "...se trata de una desviación terminológica en el sentido de buscar atributos que tienen relación con que la expresión sea característica o particular, en definitiva, distinguible de las demás y se la denomina con un adjetivo inadecuado en el ámbito del derecho de marcas"⁸. En nuestro país –como nota peculiar– la referencia a la originalidad no viene dada como desviación atribuible a la normativa sino a la jurisprudencia de la autoridad administrativa competente.

III. LA EXTRAÑA INTROMISIÓN DEL REQUISITO DE NOVEDAD EN EL DERECHO SOBRE SIGNOS DISTINTIVOS

Así como existen ordenamientos en los que se hace referencia a la originalidad necesaria para acceder al registro de lemas comerciales, sería igual de extraño referirnos a una exigencia de novedad propia del derecho de patentes. La novedad suele ser entendida como la no pre-existencia del elemento novedoso. Así, en el derecho de patentes, para que una invención pueda ser patentada, ésta debe ser novedosa. Dicha novedad se debe entender como que la invención no debe estar comprendida en el estado de la técnica, es decir, por el conjunto de conocimientos revelados al público con anterioridad a la fecha de solicitud de la patente⁹.

Esta novedad es absoluta, universal y determinante. Absoluta porque no interesa la forma en la que se realiza la divulgación susceptible de afectar la novedad. Se trate de una publicación, una exposición o lo que fuese, se habrá perdido la novedad de la solución técnica lograda por la invención. Universal porque no interesa el lugar en el que se produce la divulgación. Ya sea que ésta se haya hecho en el país o en la localidad más alejada, ésta afectará la novedad de la invención. Determinante, porque la inexistencia de novedad impide irremediablemente la patentabilidad de la invención.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 74-IP-2001, señala textualmente, entre otras cosas: "la distintividad es la característica esencial

y función primigenia que debe reunir todo signo en el mercado para ser susceptible de registro. Asimismo, el lema debe poseer un mínimo de novedad, esto es, no haber sido utilizado en el mercado" (el subrayado es nuestro).

Así, en la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia ha traído a colación una figura absolutamente extraña al derecho de signos distintivos al aludir a una supuesta exigencia de "mínimo de novedad", recalcando que el lema no debe haber sido utilizado en el mercado. Es extraño porque semejante exigencia pierde de vista, por ejemplo, que las marcas complementadas por los lemas comerciales se rigen por el principio de especialidad. ¿O es que si una frase se encuentra registrada para publicitar una marca de prendas de vestir y otra empresa pretende usar la misma frase para publicitar una marca de servicios educativos, se deberá denegar el signo por el solo hecho de carecer de novedad, esto es, por haber sido usado antes en el mercado?

Nos sorprende la imprecisión con la que se emplean los términos. En primer lugar, se alude a un "mínimo" de novedad y luego se precisa que ese mínimo implica no haber sido utilizado en el mercado. Si semejante conclusión se desprende del carácter mínimo de la novedad, no nos podemos imaginar como sería requerir una "novedad máxima". En segundo término, y para añadir confusión, ¿el signo solicitado como lema debería ser novedoso en dónde? ¿En el país de solicitud? ¿En la Comunidad Andina? ¿A nivel mundial? Nótese que podríamos llegar al absurdo de no poder registrar lemas en el Perú al haber sido usados previamente en otros países, esto es, por haber sido empleados previamente en el mercado mundial.

Consideramos que la mención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es absolutamente infeliz y añade una profunda confusión a un tema que ya ha merecido un tratamiento de por sí confuso. A nuestro juicio, no es un requisito de registrabilidad de los lemas comerciales el gozar de novedad. La única explicación que encontramos –siguiendo la explicación que empleamos también en el caso de la originalidad– es que se haya aludido a un concepto no técnico de novedad sino que

⁸ BUGALLO MONTAÑO, Beatriz. "La Protección Jurídica del Eslogan Publicitario en el Derecho Comparado". Montevideo: Universidad de Montevideo. 2005. p. 227.

⁹ En palabras de Cabanellas de las Cuevas, el requisito de novedad refleja el fundamento económico de las patentes. Así, "el otorgamiento de un derecho exclusivo respecto de una tecnología está fundado en que el peticionante de la patente aporte al acervo de la sociedad un nuevo conocimiento que se incorporará al dominio público una vez expirada la patente. En ausencia de esa novedad, no hay aporte que justifique el otorgamiento de la exclusividad implícita en la patente". Ver: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho de las Patentes de Invención". Tomo I. Buenos Aires: Heliasta. 2001. p. 701.

se le haya empleado tratando de expresar que el signo debe ser novedoso en el sentido de “imaginativo” o “con un mínimo de fantasía”. Sin embargo, esta interpretación benévola rápidamente se desecha con la precisión del propio Tribunal con relación a la necesidad de que no exista uso previo en el mercado.

En cualquier caso, esta mención parece partir de la premisa de que el *ius prohibendi* recae sobre el uso conjunto de los términos de forma aislada sin considerar que la protección recae sobre el mensaje publicitario del lema comercial. De esta forma, al exigir novedad, podría llegarse al absurdo de requerir que sea ese mensaje el que tenga la calidad de novedoso (es decir, que el mensaje no haya sido empleado previamente en el mercado a nivel mundial y sin importar que la promoción efectuada se hace con una marca o varias marcas específicamente identificadas) generándose una limitación inaceptable para el acceso al registro de lemas comerciales.

IV. EL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA SOBRE LEMAS COMERCIALES EN EL PERÚ

En el Perú se encuentra vigente, desde abril de 1998, un precedente de observancia obligatoria con respecto al tratamiento de los lemas comerciales en nuestro país. Dicho precedente, a nuestro juicio, contiene criterios que vienen siendo aplicados de forma demasiado inflexible limitando las posibilidades reales de acceder al registro de lemas comerciales. En esta sección, corresponde exponer las consideraciones que la autoridad planteó al resolver dicha controversia.

Así, en 1995, la empresa Fábrica de Productos Alimenticios Sibarita S.A., solicitó el registro del lema comercial “SABOR Y COLOR” para publicitar la marca “SIBARITA” y logotipo. Dicha solicitud mereció la oposición de la empresa Ajinomoto del Perú S.A., señalando que se trataba de una frase indicativa de las características y cualidades de los productos distinguidos por la marca que se pretendía publicitar con el lema solicitado.

La autoridad de primera instancia declaró infundada la oposición señalando que la naturaleza jurídica del lema es distinta a la de la marca ya que el primero es complemento de la segunda.

Entendió que la frase “SABOR Y COLOR” sí era susceptible publicitar el producto distinguido sin referirse a éste necesariamente. Sin perjuicio de ello, denegó el signo solicitado por considerarlo confundible con el lema comercial “SSASITA EL SAZONADOR QUE SÍ... SAZONA... DA SABOR Y COLOR”. La confusión venía dada, a entender de la primera instancia, por la presencia del elemento “SABOR Y COLOR” en ambos signos.

Sin perjuicio de las cuestiones procedimentales que se produjeron en el expediente –indebida calificación como reconsideración de un recurso impugnativo en el que se aludía a cuestiones de puro derecho y emisión de una Resolución por parte de la propia autoridad de primera instancia a pesar de no haberse aportado nueva prueba– la controversia llegó a conocimiento de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, en segunda y última instancia administrativa.

Luego de hacer un breve examen del tratamiento de los lemas comerciales a nivel comparado, la autoridad procedió a desentrañar el concepto de lema comercial a partir de diversos criterios interpretativos aplicados a la normativa vigente en ese momento. Por ejemplo, una de las conclusiones arribadas fue que: “lo que las normas pertinentes connotan en relación al lema comercial es que éste tiene como objeto reforzar la función encomendada a la marca, la cual es la de distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona (...) a través del empleo de expresiones denominativas del lenguaje y utilizando mecanismos básicamente publicitarios”¹⁰.

Realizada la tarea de definir los lemas comerciales, y sin perjuicio de lo resuelto en la controversia, la Sala de Propiedad Intelectual estableció con carácter de precedente de observancia obligatoria que:

“Debe entenderse por lema comercial la palabra, frase o leyenda capaz de reforzar la distintividad de la marca que publicita. En consecuencia, el lema comercial debe tener en sí mismo la aptitud distintiva necesaria para que en la mente de los consumidores se asocie la marca con un concepto que realce su distintividad.

El carácter de complementariedad –en relación a

¹⁰ Resolución 422-1998-TPI-INDECOPI de fecha 25 de abril de 1998; recaída en el Expediente 280074. Precedente de Observancia Obligatoria.

la marca que publicita— atribuido al lema comercial, implica que su distintividad no puede basarse sólo en la presencia de la marca registrada al interior del mismo.

No podrá registrarse como lema comercial una frase simple, comúnmente utilizada en la publicidad para promocionar los productos o servicios distinguidos con la marca que se publicita.

Tampoco podrá registrarse como lema comercial una frase que sin fantasía alguna se limite a alabar los productos o servicios que se desea publicitar.

Para su acceso a registro, el concepto o idea que el lema comercial pretenda transmitir a los consumidores no debe ser genérico ni descriptivo en relación a los productos o servicios que la marca que publicita distingue. El registro del lema comercial no debe convertirse en una vía para obtener protección legal de denominaciones que, por ser genéricas o descriptivas, no podrían ser registradas como marcas¹¹.

De lo expuesto por la Sala de Propiedad Intelectual, la primera instancia ha extraído aquellos signos que no pueden ser registrados como lemas comerciales. En ese orden de ideas, no serán registrables: (i) **las frases simples** que sean comúnmente utilizadas en la publicidad para promocionar los productos o servicios distinguidos con la marca publicitada; (ii) **las frases que sin fantasía** alguna se limiten a alabar los productos o servicios que se desea publicitar; y, (iii) **los signos que tengan un mensaje genérico o descriptivo** con relación a los productos o servicios que la marca que publicita distingue¹².

A continuación, exploraremos el alcance de estas prohibiciones según la autoridad a fin de verificar la extensión dada a estos impedimentos al ser aplicados en la resolución de casos concretos. Debe, en todo caso, considerarse que, además de los tres supuestos antes mencionados, es necesario que el signo solicitado como lema posea una capacidad distintiva propia e independiente de aquella que caracterice a la marca publicitada por el lema, según lo ha destacado el propio precedente de observancia obligatoria. De ello se sigue que no bastará que el signo incluya la marca registrada para que se considere la aptitud distintiva del mismo.

A. Prohibición de registro de frases simples

Cuando se desarrolla qué se entiende por frase simple, se señala inmediatamente después “que sean comúnmente utilizadas en la publicidad para promocionar los productos o servicios distinguidos con la marca publicitada”. Al respecto, caben dos interpretaciones en torno al alcance de la prohibición deducida por la autoridad: (i) que las frases simples son aquellas usadas comúnmente en la publicidad de los productos o servicios distinguidos con la marca publicitada; (ii) que sólo estarán impedidos de acceder al registro de lemas comerciales, los signos que además de estar dados por frases simples, sean comúnmente utilizados en la publicidad ya indicada.

De una lectura literal podría entenderse que nos encontramos en el segundo supuesto. La mención “que sean” inmediatamente después a “las frases simples” da a entender que se trata de una precisión o limitación de la categoría general (las frases simples). De esta forma, no todas las frases simples estarían impedidas de registrarse como lemas sino, aquellas que además de ser simples sean usadas comúnmente para promocionar los productos o servicios distinguidos por la marca asociada.

A nuestro juicio, las frases simples son aquellas que carecen de fantasía al no tener una capacidad publicitaria o motivadora tal que las permita funcionar como lemas comerciales. En ese sentido, la categoría de frases simples está relacionada con otro de los impedimentos inferidos por la autoridad por lo que generar dos impedimentos a partir de uno es metodológicamente desacertado. Por el contrario, el impedimento que debió considerar la autoridad, debió ser que no podían ser registrados como lemas comerciales “aquellos signos que transmitan un mensaje simple y frecuentemente empleado con relación a la promoción de los productos o servicios distinguidos por la marca publicitada”.

Dos precisiones adicionales a partir de lo que hemos indicado. Primero, debe notarse que son dos condiciones las que deben presentarse, esto es, la condición de simpleza que se refiere al mensaje, esto es, no puede tratarse de una idea absolutamente evidente que no posea atributo publicitario

¹¹ Ibidem.

¹² Por ejemplo, en la Resolución 002775-2008/OSD-INDECOPI de fecha 29 de febrero de 2008; recaída en el Expediente 324726-2007.

alguno y, además, que el mensaje transmitido por el signo no sea uno que constituya una suerte de “lugar común” con respecto a la publicidad de determinados productos o servicios. Dos signos con estructura similar pero contenidos diferenciados podrán coexistir. No se trata de juzgar la estructura del signo –lo cual parece ocurrir cuando se alude a la simpleza *de la frase*– sino la simpleza y evidencia del contenido transmitido *en función* a la forma en la que se trasmite. Además, la necesaria relación con la marca publicitada se debe a la observancia del principio de especialidad. De ello se infiere también que podrá emplearse un signo con mensaje idéntico a un lema ya existente con relación a la promoción de otros productos o servicios (que no sean idénticos o que no tengan conexión competitiva).

La segunda precisión que se impone es que nuestra propuesta se aleja radicalmente de la exigencia de “mínimo de novedad” del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De hecho, esa exigencia, entendida con el alcance precisado por el propio Tribunal, ni siquiera es seguida –afortunadamente– por la autoridad nacional. De esta forma, conviene precisar adecuadamente cuál es el real impedimento para el acceso al registro sin contaminarlo de nociones o referencias inapropiadas.

B. Prohibición de registro de frases carentes de fantasía

Como ya adelantáramos, en este caso sí nos encontramos ante un verdadero impedimento para el acceso al registro como lema comercial. Esta exigencia se desprende de la necesaria e ineludible función promocional o publicitaria que el lema comercial debe desempeñar en el tráfico económico. Precisamente, las frases simples son los mejores ejemplos de supuestos en los que no existe fantasía alguna para funcionar como lemas comerciales.

Ahora bien, al interpretar cuánta fantasía es necesaria para registrar un lema comercial, consideramos que es necesario que se imponga una interpretación apropiadamente flexible. La autoridad marcaría no es una agencia de publicidad o marketing y, en consecuencia, no puede excederse en su juicio generar sobre la aptitud publicitaria del signo solicitado. Siempre se debe partir de la premisa de que los empresarios saben qué es lo mejor para sus negocios y, en consecuencia, es

esperable que éstos sepan qué signo servirá mejor a los propósitos publicitarios deseados.

Ello no quiere decir que la autoridad no pueda –de hecho, debe– analizar la aptitud publicitaria de un signo solicitado como lema debiendo apreciar la fantasía requerida ya sea en cuanto al contenido (mensaje) del signo o en cuanto a la estructura del mismo. En este punto, será especialmente importante que la autoridad considere la existencia o no de posibles interpretaciones diferenciadas del mensaje del signo solicitado o, en otras palabras, si éste se presta a la generación de ideas diferenciadas.

Este fue el criterio que la Sala de Propiedad Intelectual empleó –con todo acierto– al pronunciarse sobre la registrabilidad del signo “ALPHA EN EL INTERIOR DE TODA LUMINARIA”. La primera instancia había denegado la solicitud considerando que se trataba de una frase simple carente de fantasía. La segunda instancia revocó el pronunciamiento de la instancia inferior señalando, entre otras cosas, que:

“...por su configuración, el lema comercial solicitado (...) posee un mensaje determinado que resulta distintivo. En efecto, debe tenerse presente que, dada la configuración de la frase solicitada, ésta no informa ni hace referencia directa o indirectamente, respecto de característica alguna de los productos que se pretende publicar.

(...) Cabe señalar que la especial connotación que posee la frase que se registra –por el variado juego de ideas que permite– constituye el elemento protegido en el lema comercial “ALPHA EN EL INTERIOR DE TODA LUMINARIA”. Además, debe tenerse presente que en estos signos se protege el mensaje publicitario que se transmite a la mente de los consumidores y no la literalidad de cada uno de los términos que los conforman”¹³.

Ahora bien, la Sala, con acierto, precisa que lo que es objeto de protección no es la literalidad del signo sino el mensaje publicitario que transmite. De ello, se sigue que lo que no podrá ser comúnmente utilizado es el mensaje que se desprende del signo solicitado. Asimismo, se desprende que otros signos –diferentes en su literalidad– no podrán ser registrados como lemas en tanto aludan al mismo significado o mensaje publicitario.

¹³ Resolución 1030-2009/TPI-INDECOPI de fecha 29 de abril de 2009; recaída en el Expediente 344076-2008.

Dicha inferencia lógica no se sigue, a nuestro entender, en el razonamiento efectuado por la Sala de Propiedad Intelectual en la controversia con relación al registro del lema comercial “TODO EL PERÚ ES TERRITORIO CLARO”. En dicha oportunidad, la Sala señaló expresamente que:

“...la Sala conviene en precisar que, de conformidad con lo señalado en la presente resolución, la protección otorgada al lema solicitado recae en la forma característica en la que ha sido formulada la frase publicitaria, mas no protege el concepto de cobertura en el territorio nacional de los aparatos para la reproducción del sonido o imágenes que evoca el lema solicitado, no existiendo prohibición alguna para que otras empresas que fabriquen y/o comercialicen dichos productos puedan utilizar lemas comerciales que contengan el concepto antes referido, siempre que dichos lemas posean una expresión creativa que les otorgue el carácter mínimo de distintividad para acceder a registro y, como expresa Otamendi, “de una forma que no provoque confusión”¹⁴ (el subrayado es nuestro).

Veamos. Según lo indicado por la Sala, los competidores pueden emplear otros lemas que contengan el mismo concepto que el lema ya registrado siempre que posean una expresión creativa que les otorgue un mínimo de distintividad. El problema de este razonamiento es que confunde gravemente, a nuestro juicio, varias cuestiones. Primero, y como lo ha admitido expresamente la Sala, lo que se protege es el mensaje publicitario y no la simple estructura del signo. Así, aceptar que exactamente el mismo mensaje sea empleado por los competidores parece vaciar de contenido la protección que se le confiere al lema otorgado.

Segundo, es evidente que, sin perjuicio de cuál sea el objeto de tutela, el signo deberá gozar de aptitud distintiva lo cual impone, además, que los signos no deban ser similares al grado de confusión (esto sí atañe a la propia estructura del signo ya que implicará determinar la existencia de similitudes gráficas y fonéticas, además del aspecto conceptual que será de especial importancia en estos casos). Tercero, cuando la Sala alude a la expresión creativa, parece que está trayendo a colación –aunque no lo dice– el concepto de originalidad propio del Derecho de Autor. Así, tenemos la impresión que el razonamiento de la Sala es: se podrá registrar otro lema que transmi-

ta el mismo mensaje siempre que no sea gráfica y fonéticamente similar al grado de producir un riesgo de confusión, esto es, que se trate de una expresión creativa. Nótese que la Sala asocia el concepto de expresión creativa a la noción de distintividad, entendiendo que esta última se deriva de la primera.

Lo que la Sala está diciendo en este pronunciamiento es lo opuesto a lo expresado en el otro caso citado. Parece sostenerse que lo que se protege es la literalidad del signo (la forma característica del signo) y no el concepto subyacente que podrá ser aludido sin problema por parte de terceros. Además, bajo esta interpretación, sería la expresión creativa diferenciada *del signo* –es decir, su originalidad– lo que confiere una distintividad idónea para acceder al registro, sin perjuicio de que el mensaje pueda ser el mismo. A nuestro juicio, dicho razonamiento es desacertado, pierde de vista cuál es el verdadero objeto de protección y entra en confusiones por no delimitar adecuadamente cuál es la prohibición que corresponde plantear a la registrabilidad de lemas comerciales.

La expresión creativa –si se quiere– debe ser una característica del mensaje y no del signo. Se sigue, evidentemente, que para que el mensaje pueda diferenciarse, el signo debe gozar de aptitud distintiva lo cual, a su vez, implicará que no sea similar al grado de producir un riesgo de confusión. Y esto es evidente por cuanto un mismo signo –en cuanto a estructura– generará un mismo mensaje –en cuanto concepto–¹⁵. No era necesario dar “tantas vueltas” para llegar a una situación determinada cuando los impedimentos a la registrabilidad de lemas comerciales se desprenden esencialmente de la necesidad de que los mismos gocen de aptitud distintiva y de capacidad publicitaria.

C. Prohibición de registro de signos con mensaje genérico o descriptivo de los productos o servicios distinguidos por la marca publicitada

Este impedimento es evidente y se desprende de la necesaria aptitud distintiva que debe tener el signo solicitado como lema comercial. Ya hemos expresado nuestra conformidad con la posición que entiende que, a pesar del rol complementario del lema con respecto a la marca, estos signos

¹⁴ Resolución 1890-2007/TPI-INDECOPI de fecha 25 de septiembre de 2007; recaída en el Expediente 256909-2005.

¹⁵ Evidentemente, dependiendo de si los lemas publicitan marcas referidas a los mismos productos o servicios o no ya que el juzgamiento del contenido conceptual del lema debe hacerse con referencia a tales productos o servicios.

deben gozar de una aptitud distintiva autónoma, esto es, sin depender de la que pueda caracterizar a la marca publicitada.

De esta función distintiva se desprende que los signos solicitados como lemas comerciales no pueden tener un mensaje exclusivamente genérico o descriptivo, en los términos de los literales e) y f) del artículo 135° de la Decisión 486. Y es importante destacar que la prohibición afecta únicamente a los signos que tengan exclusivamente dicho mensaje y no aquellos que posean un mensaje con varias acepciones dentro de las cuales se encuentra una que tiene una connotación genérica o descriptiva.

El mensaje genérico existirá cuando el signo solicitado como lema comercial haga referencia al propio producto o propio servicio distinguido por la marca publicitada sin adherir mayores elementos que puedan ser apreciados por la autoridad. El mensaje descriptivo existirá cuando el contenido del signo aluda a la cantidad, calidad, destino, procedencia u otras características o cualidades de los productos o servicios distinguidos por la marca asociada al lema solicitado.

Al determinar si el mensaje resulta descriptivo de los productos o servicios distinguidos por la marca publicitada, deberá considerarse el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecido en el Proceso 70-IP-2007 en el sentido que: “la descripción del objeto o del servicio a que se refiere un signo o una denominación para que impida el registro debe referirse a una de sus cualidades primarias o esenciales, lo que implica que el consumidor al divisar o escuchar la marca reconozca el producto o servicio que lo protege (...). Con sentido opuesto, la descripción o la designación de una cualidad o elemento secundario o accidental del bien, no impide la registrabilidad de un signo...”¹⁶ (los subrayados son nuestros).

De esta forma, si el mensaje del signo alude a una cualidad o característica secundaria o accidental de los productos o servicios distinguidos por la marca publicitada, deberá admitirse el registro como lema comercial. La prohibición debe limitarse a los supuestos en los que exista referencia a una cualidad o característica esencial o primordial ya que en tales casos la constitución de un derecho de exclusiva afectaría a los terceros que

válidamente quieran referirse a tales condiciones inherentes a los propios productos o servicios. Estos terceros deben estar en posibilidad de hacer las mismas referencias con respecto a sus productos o servicios, siempre de forma no exclusiva ni excluyente.

El análisis de los signos solicitados como lemas comerciales que se encuentren en otros idiomas deberá someterse a esta misma exigencia siempre que el mensaje transmitido por el signo sea comprensible por el público consumidor o usuario de los productos o servicios distinguidos por la marca publicitada. Si el signo no resulta comprensible y goza de los requisitos necesarios para acceder al registro como lema, deberá ser otorgado aunque le pueda resultar complicado a su titular dar un uso publicitario a un signo no comprendido. En todo caso, ese será un problema de ese titular y no de la autoridad competente.

V. EXIGENCIA DEL TEST DE APTITUD DISTINTIVA EN LEMAS COMERCIALES

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunció en la consulta que se le formulara en torno a la registrabilidad del signo “NADIE VENDE MÁS BARATO QUE ELEKTRA”, precisando que: “en tal sentido, y al aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino, la Alta Jurisdicción nacional consultante deberá analizar en el presente caso si el lema comercial “NADIE VENDE MAS BARATO QUE ELEKTRA” cumple con el requisito de distintividad que debe poseer todo signo distintivo para ser registrado, no con la exigencia que le es aplicada a las marcas, pero si determinando que posee un mínimo de distintividad”¹⁷ (el subrayado es nuestro).

En ese orden de ideas, resulta importante establecer cuál ese nivel de exigencia que debe aplicarse en el examen de registrabilidad de lemas comerciales y en qué se diferencia de la exigencia propia del examen de marcas ya que, al parecer, no se trata de exámenes con idéntica exigencia.

Sobre el particular, la diferencia parecería desprender del carácter complementario del lema con relación a la marca. Ciertamente es que requiere de aptitud distintiva para acceder al registro pero dicha aptitud distintiva debe ser lo suficiente como para que pueda apoyar a otro derecho de pro-

¹⁶ El Tribunal cita lo desarrollado en el Proceso 20-IP-96 publicado en la Gaceta Oficial 291, de 31 de septiembre de 1997.
¹⁷ Proceso 74-IP-2001 de fecha 30 de enero de 2002.

piedad industrial con capacidad distintiva propia e independiente. En otras palabras, su distintividad tendrá una finalidad de refuerzo.

¿En qué se diferencian los niveles de exigencia? En realidad, confesamos no conocer el sustento de esta diferencia. A nuestro juicio, la particularidad no reside en el nivel de exigencia del test de distintividad (porque ambos signos –lema y marca– deben gozar de aptitud distintiva suficiente). Lo que ocurre es que, en el caso del lema, la función distintiva se despliega en la medida que tenga la capacidad para operar como vínculo entre la marca y el público consumidor o usuario de los productos o servicios distinguidos por dicha marca. En el caso de la marca, ésta tiene por finalidad generar una asociación mental en el consumidor marca-producto o marca-servicio (lo que se ha entendido como un factor psicológico). En el caso del lema, éste tiene por finalidad generar una asociación marca-consumidor. La referencia al producto o servicio es indirecta.

De esta forma, el lema debe estar orientado a potenciar “la llegada” de la marca al consumidor. Una frase que esté dada por el elemento “...la mejor” o “...la número uno” o lo que fuese, no cumple esa finalidad porque no acerca la marca al consumidor. La finalidad distintiva y publicitaria deberá juzgarse atendiendo a esta capacidad general de potenciar el rol que cumple la marca asociada o publicitada en el tráfico económico. Al analizar eso, se podrá tener en cuenta si existen posibles interpretaciones diversas del mensaje del lema, si se presta a diversas asociaciones o a un juego de ideas y a la disposición especial del propio signo (su configuración) sin que se trate de un juzgamiento referido a su estructura.

En ese sentido, al evaluarse la registrabilidad del lema comercial “NOSOTRAS ES PARTE DE TI”, la Sala de Propiedad Intelectual consideró que: “...teniendo en cuenta los productos que distingue (toallas sanitarias, protectores diarios, tampones y otros artículos de protección menstrual), se considera que resulta distintivo, toda vez que se trata de una frase publicitaria creada en base a los diversos significados que puede tener la frase “ES PARTE DE TI” dentro de su mensaje, en la medida que suscita una doble asociación: i) la de un producto que se hace presente durante una etapa periódica en la vida de la mujer y ii) que brinda tal sensación de comodidad que no se siente como

un objeto extraño, sino como algo integrante de la mujer que lo usa”. A ello agregó que: “...por su configuración, el lema solicitado “NOSOTRAS ES PARTE DE TI” se presta a un variado juego de ideas, dejando así al consumidor la labor de interpretar el mensaje que se pretende enviar”¹⁸.

VI. COMENTARIOS FINALES

Consideramos que el criterio que actualmente se emplea en el examen de registrabilidad de lemas comerciales es demasiado exigente. Dicha exigencia no se deriva lógicamente de las conclusiones recogidas en el precedente de observancia obligatoria sino que depende de la apreciación que la autoridad viene realizando en aplicación de dicho precedente. En otras palabras, el problema podría no ser el texto del precedente en sí sino la aplicación que se viene haciendo del precedente en la práctica. No es la norma la que debe ceder y no es el precedente el que debe hacerlo (aunque sería deseable que lo haga a fin de que contemple expresamente y con carácter vinculante un criterio más flexible y acorde a los fines aquí sugeridos).

Particularmente problemática es la distinción entre frases simples y frases sin fantasía que realiza la autoridad marcara. Y es problemática porque, a nuestro juicio, la simpleza se infiere de la ausencia de fantasía. Dichas dos exigencias en realidad son una. Si las frases simples no pueden ser lemas comerciales –y se trata de una categoría diferenciada a la de las frases sin fantasía (que se refieren a la simple del contenido y de la estructura) porque de lo contrario no se entendería la división efectuada– la autoridad podría sentirse inclinada a juzgar sin parámetro alguno lo que, a su juicio, es simple o no. Ese juicio de simpleza –autónomo e independiente al criterio de la ausencia de fantasía– podría habilitar a la autoridad a calificar como simples a aquellos signos que le parece que no justifican un derecho de exclusiva o que sencillamente no son de su agrado.

Es más, avanzando con el impedimento referido a la ausencia de fantasía, dicha consideración debe ser general y partiendo de la premisa de que el solicitante sabe qué es lo que mejor conviene a los fines publicitarios que pretende lograr. En todo caso, la autoridad deberá ocuparse de tutelar el interés general y eso se producirá cuando se pretenda el registro de un signo que claramente

interferiría con el legítimo derecho de los concurrentes a referirse a un mismo mensaje por no ser patrimonio particular de alguien. Ya hemos señalado que la autoridad marcaría no es una agencia de publicidad o marketing. De esta forma, el análisis deberá centrarse en la capacidad publicitaria del signo y no en el valor publicitario actual del mismo. Dicho valor publicitario únicamente podrá ser verificando con la interacción efectiva del signo en el mercado.

Finalmente, se impone una reflexión general en torno a las posibilidades de protección mediante derechos de propiedad intelectual con respecto a los signos que en este trabajo nos han ocupado. Nuestra discrepancia con la exigencia de originalidad para el registro de lemas comerciales no implica que neguemos la posibilidad de que dichos signos se encuentren eventualmente protegidos por el derecho de autor. En ese orden de ideas, no encontramos problemas con que existan dos derechos de propiedad intelectual sobre el mismo bien.

Esta coincidencia –para no referirnos a superposiciones– de derechos, dependerá del caso en concreto. Así, existirán signos que teniendo la aptitud distintiva y capacidad publicitaria para ser registrados como lemas comerciales, no gozarán de la originalidad requerida para hacerlos merecedores de protección bajo el derecho de autor. Y esta observación lógica corrobora la debilidad de un supuesto requisito de originalidad en el derecho sobre signos distintivos. Ello no quiere decir, reiteramos, que un signo, además de cumplir los requisitos para ser tutelado por el derecho de signos distintivos, no pueda gozar de originalidad y hacerse acreedor a la tutela propia del derecho de autor.

En ese orden de ideas, podríamos identificar diversos escenarios: (i) si la persona X emplea un signo que tiene aptitud distintiva y capacidad para publicitar su marca, podrá registrarla como lema comercial ante la autoridad competente; (ii) si la persona X emplea un signo que no goza de la aptitud distintiva ni la capacidad publicitaria pero está dotada de originalidad, será protegida por el derecho de autor; (iii) si se verifican tanto los requisitos de registrabilidad en el derecho de signos

distintivos como la exigencia de originalidad, se podrá proteger simultáneamente por derechos de propiedad intelectual de diversa naturaleza; (iv) si una persona Y venía empleando libremente un signo sin estar dotado de originalidad y X pretende el registro de ese signo como lema comercial acreditando que cumple las exigencias de aptitud distintiva y capacidad publicitaria, el derecho será concedido a X e Y deberá cesar en el uso en tanto colisione con el derecho de propiedad industrial de X; y, (v) si Y venía usando el signo dotado de originalidad y X pretende el registro como lema comercial de ese mismo signo, se denegará la solicitud en aplicación del literal f) del artículo 136° de la Decisión 486, esto es, por estar incurso en una prohibición relativa de registro referida a la colisión con el derecho de autor de un tercero, salvo que medie su consentimiento.

La situación es similar a la que se produce con los títulos de obras que podrán estar protegidos por el derecho de autor –siempre que gocen de la originalidad correspondiente– y podrán estar protegidas como marcas. El título es parte integrante de la obra pero sólo cuando éste se encuentre dotado del rasgo de originalidad podrá ser apto para impedir el registro de ese signo como marca por parte de un tercero en aplicación del ya citado literal f) del artículo 136° de la norma comunitaria andina. De esta forma, también podría existir una coincidencia de derechos aunque los mismos responderán a razones legales diferenciadas (la aptitud distintiva y capacidad publicitaria, por un lado y la originalidad, por el otro)¹⁹.

En suma, abogamos por un re-estudio de la situación de los lemas comerciales a nivel jurisprudencial en el Perú sugiriendo una flexibilización de los criterios empleados para el examen de registrabilidad de estos signos distintivos. La autoridad debe ceder en la aplicación rigurosa que hace de los criterios sobre el particular. Confiamos en que dicha flexibilización permitirá dotar de mayor dinamismo al mercado para beneficio de los consumidores y de los propios competidores. De lo contrario, el registro de un lema comercial en el Perú seguirá siendo una tarea casi imposible y el mercado seguirá cediendo ante los rigorismos interpretativos de la autoridad competente.

¹⁹ Sobre estas cuestiones, puede revisarse ANTEQUERA, Ricardo Enrique. “Zonas “de contacto” entre Derechos de Autor y Derechos Industriales”. En: *Derechos Intelectuales* 11. Buenos Aires. 2005. p. 15-40. Debemos admitir, no obstante, que existe cierto sector doctrinario que sostiene que los títulos de obra no pueden ser registrados como marca ya que los títulos aluden, precisamente, a obras, esto es, a creaciones intelectuales. Y las marcas distinguen productos o servicios y resultaría debatible, desde ese punto de vista, que las obras puedan ser calificadas como productos.

Rebaza, Alcázar & DeLas Casas

A b o g a d o s F i n a n c i e r o s

Av. Canaval y Moreyra No. 452 - Piso 15 - 17
Lima - Perú
Telefax (51-1) 442-5100
www.rebaza-alcazar.com

LAS MIL Y UNA NOCHES DEL DERECHO CONCURSAL. UNOS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE CUENTO*

Luis Fernando Castellanos Sánchez**

El derecho concursal se presenta como un complejo orgánico de normas de carácter sustancial y formal, cuyo propósito es regir aquellas situaciones en las que un deudor no cuenta con el patrimonio suficiente para atender las múltiples deudas asumidas frente a una pluralidad de acreedores. Sin embargo, dependiendo del modelo legislativo en cada país, el sistema concursal puede adoptar una determinada postura, en función a los intereses preferentemente tutelados. En consecuencia, cabría preguntarse: ¿es más conveniente un modelo concursal orientado a la reestructuración de las empresas en insolvencia, garantizando su supervivencia en el mercado; o resulta más beneficioso aquel modelo que incrementa la eficiencia en los procesos de liquidación?

En el presente artículo, el autor expone, con un estilo preclaro y sistemático, que el rol principal de todo sistema concursal es el de proteger el crédito. En tal sentido, la orientación adoptada por cada legislación no debe ser predeterminada por la norma, sino adoptada y ejecutada en el caso concreto y en concordancia con las particularidades presentadas.

* A mis padres, abuelos y hermana; porque la experiencia de vivir con ellos ha sido el más grande aliciente en cada etapa de mi vida. A ellos todo el crédito y agradecimiento.

** Abogado. Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto de Investigación Universitaria Ortega y Gasset. Consultor contratado en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.

“Solo en su isla, Robinson Crusoe no debe preocuparse de otras personas cuyas acciones puedan afectarle, como tampoco tienen que hacerlo los carniceros y los panaderos de Adam Smith, que viven en un mundo con tantos agentes económicos que sus acciones se anulan mutuamente. Sin embargo, cuando hay más de un agente, pero no tantos como para ignorar sin peligro alguno su influencia, el comportamiento estratégico plantea un problema aparentemente irresoluble: creo que cree que creo que cree..., y así sucesivamente”.

Sylvia Nasar¹

I. HABÍA UNA VEZ...

Cuenta Scheherezade² que existió hace muchos años atrás un comerciante que sufría usura por parte de un financista. Frente al no pago, el usurero sugirió que le entregara su hija. Una señorita alta, ojos celestes como el cielo, pelo rizado color azabache, con excelentes formas y un encanto natural capaz de hipnotizar a cualquier hombre. El financista; un hombre petiso, gordo, sin dientes y ciertamente con una educación muy incipiente. Surge entonces la idea del sorteo como solución benévola. Una bolsa de cuero que debería contener una piedra roja, la que significaba que la chica se desposaba con el usurero, y otra piedra negra la que le permitía al comerciante librarse de la deuda sin perder a su hija. Las piedras se levantarían del suelo y se depositarían directamente en la bolsa de cuero.

La cobardía del usurero hizo que, ante el descuido del comerciante, el primero colocara en la bolsa dos piedras rojas, lo cual logró advertirlo la damisela. El planteo entonces es: ¿puede la joven delatar lo sucedido? Creemos que no, el usurero probablemente se ofendería y su padre no podría pagar, por lo que sería ajusticiado. El problema técnicamente no tiene solución. Si vemos el dilema fríamente, tendríamos sólo dos alternativas: la primera solución estaría en que la joven se inmolase, la segunda estaría dada por permitir que el

usurero termine ajusticiando a su padre.

Este pequeño cuento nos brinda una lección que a simple vista podemos no verla. Sin embargo, que racionalmente un problema no tenga solución, no significa que sea imposible hallarle una salida integrando otros elementos al problema. Veamos: la bella joven advirtiendo el ardid del usurero podría cautivarlo, convencerlo que ella como principal interesada en el mismo debería ser quien saque de la bolsa la piedra que decida su suerte y arrebatarle el sorteo. Así, ella podría tomar el control. En el proceso, entre miradas sugestivas y sensuales, coqueteos propios de una damisela, podría decir: “¡Oh...! Se me ha caído torpemente la piedrita que saqué. Bueno, no importa, nos fijamos en cuál quedó en la bolsa. Si es la roja, es porque he sacado la negra.”

La gran conclusión es que si dejamos que los problemas sin solución técnica los resuelvan sólo los técnicos, muy probablemente no tendremos solución. Las técnicas simplemente sirve para optimizar modelos, y los modelos como sabemos se componen de experiencias, realidades, creencias, conocimientos, y por qué no, de fábulas. Bien puede el usurario utilizar elegantes salidas a problemas que al parecer no las tienen por medio de su criterio.

Es así pues que el Derecho Concursal surge para afrontar una dificultad económica que al parecer no tiene una solución. Sin embargo, si optimizamos recursos puede que hallemos una alternativa que resulte beneficiosa para todos los involucrados en el proceso.

Dado que toda obligación genera un derecho de crédito que permite al acreedor exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (dar, hacer o no hacer algo). Este derecho puede hacerse efectivo sobre el patrimonio del deudor. El problema radica cuando el patrimonio existente no se da abasto. Es ahí donde entra a tallar el Derecho Concursal.

1 Periodista y escritora, trabajó en The New York Times. Profesora de periodismo en la Universidad de Columbia. Con su biografía de John Forbes Nash titulada “A Beautiful Mind”, publicada en noviembre de 2001, obtuvo el premio de la Crítica y quedó finalista del Pulitzer en el rubro de biografías.

2 Scheherezade o Shahrazad es la narradora del libro de cuentos árabes “Las mil y una noches”. Cuenta la historia que el sultán Shahriar desposaba una virgen cada día, y luego mandaba a decapitar a la esposa del día anterior. Todo esto lo hacía en venganza, pues encontró a su primera esposa traicionándolo. Ya había mandado a matar a tres mil mujeres cuando conoció a Scheherezade. Pese a las protestas de su padre, Scheherezade pasó voluntariamente una noche con el rey. Una vez en las cámaras reales, Scheherezade le pidió al sultán el poder dar un último adiós a su amada hermana, Dunyazad. Al acceder a su pedido y encontrar a su hermana, como secretamente había planeado Scheherezade, le comenzó a narrar un cuento durante toda la noche. Mientras Scheherezade narraba, el rey permaneció despierto y también escuchó con asombro la primera historia y al final le pidió otra, pero Scheherezade le dijo que ya no había tiempo pues ya estaba amaneciendo, entonces él la perdonó, pues la historia por venir parecía mucho más emocionante. Y así el rey conservó a Scheherezade viva mientras que pedía con impaciencia el anticipo de cada nueva historia, hasta que, después de mil y una noches de diversas aventuras, y ya con tres hijos, no sólo el rey había sido entretenido sino también educado sabiamente en moralidad y amabilidad por Scheherezade, que entonces se convirtió en su reina.

Los procesos de salida del mercado de las empresas, su posible reestructuración y supervivencia han sido temas que siempre han demandado a los Estados mucho estudio, preocupación por su regulación y la lógica inquietud de considerarlo un pilar en cualquier economía de mercado.

Es verdad que la visión del problema de la insolvencia ha cambiado a lo largo de los años, ha sufrido diversas metamorfosis respecto a los fines, usos, medios y resultados en dicho proceso. Sin embargo, lo común a todos estos cambios ha sido identificar la insolvencia como un problema que si lo miramos desde una sola perspectiva puede que no tenga solución, por tanto, necesitamos incorporar herramientas diversas para tratar de resolver el problema de la manera más eficiente.

Por lo mismo, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el problema del sentido u orientación que debe tener nuestro Derecho Concursal a fin de arribar a escenarios donde no se pierda o en caso de hacerlo, sea lo menos posible.

Vemos que no es un problema que sólo atañe a los empresarios. Cuando una empresa o un conjunto empresarial se ven obligados a salir del mercado por una crisis patrimonial, ello afecta directamente a los consumidores. Éstos verán reducidas sus opciones de adquisición o contratación de servicios con las que anteriormente contaban. Las quiebras en cadena pueden tener como consecuencia, la aparición de mercados monopólicos donde podrían generarse escenarios en los que agentes económicos tiendan a abusar de su posición de dominio.

En las empresas se conjugan intereses que exceden los meramente privados de los acreedores. En ocasiones también se ve comprometido el interés público, pues las empresas son muchas veces productoras de insumos o prestadoras de servicios esenciales para la vida comunitaria. Tenemos desde empresas productoras de alimentos, prestadoras de servicios de transportes, encargadas de vestimentas, productos químicos, combustibles, entre otras.

También en oportunidades las empresas se convierten en el verdadero motor de la actividad de cierta comunidad; alrededor de una empresa de cierta envergadura se puede asistir al nacimiento de comunidades de importancia que dependen exclusivamente de la subsistencia de la actividad empresarial, tal es el caso de las ciudades de Cerro de Pasco y Cajamarca donde Volcán S.A. y Yanacocha, respectivamente, son los principales motores económicos de las ciudades antes mencionadas, verdaderos dinamizadores del mercado local. Es claro que una crisis financiera de cualquiera de estas empresas repercutiría directamente en la población.

II. ALÍ BABÁ Y LOS CUARENTA "ACREEDORES". EL DERECHO CONCURSAL COMO INSTRUMENTO PARA EL PAGO

Cuando hacemos referencia al Derecho Concursal siempre se nos viene a la mente un patrimonio limitado con un sinnúmero de acreedores dispuestos a todo para recuperar sus créditos. Con el pasar de los años, el concepto ha ido evolucionando hasta convertirse en la compleja herramienta que conocemos en la actualidad.

Podemos señalar que el origen del Derecho Concursal lo encontramos dentro del Derecho Comercial o Mercantil. Sin embargo, en la actualidad, la legislación concursal ha dejado de ser una norma secundaria, muy por el contrario, se está constituyendo en una rama independiente, que si bien puede comprender instituciones de otras ramas jurídicas, posee una personalidad propia³.

Se dice que el Derecho Concursal se ocupa de las quiebras. En ese sentido podríamos entender que una norma concursal atiende a las situaciones en las que el patrimonio del deudor no puede satisfacer las deudas que pesan sobre él. Vendría a ser un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar⁴.

Sin embargo, considerar al Derecho Concursal únicamente como un tema de crisis financiera⁵ no

- 3 PUELMA ACCORSI, Álvaro. "Curso de Derecho de Quiebras". Capítulo 1. Cuarta Edición Actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Año: 2001.
- 4 GARRIGUES, Joaquín. Capítulo XLI – Derecho de las Quiebras y de las Suspensiones de Pago. En: "Curso de Derecho Mercantil". Séptima Edición. Tomo V. Bogotá: Temis. 1987.
- 5 En la doctrina se remarca la diferencia entre crisis financiera y crisis económica. Se dice que sólo existe la primera si una empresa tiene acreedores. Por tanto, si los acreedores desaparecieran, el problema se solucionaría y la empresa prosperaría. Mientras tanto, una crisis económica es aquella donde los bienes no generan suficientes ingresos en relación a los costos de operación de la empresa. En consecuencia, solucionar el problema con los acreedores no cambiaría el problema fundamental que afronta dicha empresa. Como vemos son conceptos distintos, pero en la práctica las empresas que afrontan una crisis financiera es porque están en una crisis económica. A efectos del presente artículo, utilizaremos indistintamente los términos antes señalados por no considerar pertinente abordar esta discusión en el presente artículo. Para mayor información al respecto se puede consultar: BAIRD, Douglas G. "Bankruptcy's Uncontested Axioms". En: Yale Law Journal 108. 1998. pp. 573-599.

es abarcar el problema en su totalidad, muy por el contrario, es ver sólo una cara de la moneda. Esto sería como considerar a los bomberos como una institución que se encarga únicamente de manejar métodos y acciones para apagar incendios lejos de, también, trabajar en su prevención.

Asimismo, en la doctrina se dice que orientar el Derecho Concursal sólo hacia la sanción del quebrado es incurrir en un error. Actualmente se evalúa la naturaleza jurídica del proceso conjuntamente con las implicancias sociales, políticas y sobre todo económicas que pudiera tener. Es decir, en las tasas de interés, la regulación del crédito, el aparato impositivo fiscal, las cargas sociales, etcétera⁶.

El procedimiento concursal juega un rol sui generis pues intenta regular los conflictos inherentes que aparecen cuando existen varios grupos de personas con diferentes pretensiones que intentan satisfacer sus propias acreencias contra los activos de un mismo deudor y su flujo de ingresos, sin importarle la situación de los otros.

La justificación que encontramos en la necesidad de un proceso concursal se encuentra, entre otras razones, en la de proveer de incentivos a los acreedores para que cada uno de ellos, individualmente, así como a nivel colectivo, encuentre como mejor respuesta a la situación, ya sea esperar o cobrar inmediatamente, dependiendo de las realidades empíricas subyacentes y los intereses de los demandantes como grupo. Es así que el objetivo de la norma debe apuntar a maximizar el bienestar del grupo. Sin embargo, el dilema que siempre va a estar presente, es que la ley no va a poder garantizar que los intereses de todos los acreedores estén alineados con los de todo el grupo⁷. Igualmente, al resultar los procedimientos concursales un componente central de cualquier teoría general sobre la estructura de capitales de las entidades empresariales, es preciso darles un tratamiento especial.

Por tanto, el Derecho Concursal debe configurarse como una amalgama de normas referentes al derecho procesal, al derecho civil, comercial, administrativo y penal; normas ya de derecho públi-

co sustancial y sobre todo formal; así como de derecho privado, cuya conexión no llega a constituir, según algunos, una rama jurídica, orgánicamente autónoma⁸.

"El concurso es un complejo orgánico de normas de carácter formal, substancial y de los actos pre-valetientes procesales que tiene por finalidad la liquidación del patrimonio del comerciante insolvente y la repartición proporcional de lo recaudado entre todos sus acreedores, organizados únicamente, salvo aquellos unidos de causa legítima de preferencia"⁹.

En conclusión, podemos llegar a tener muchas definiciones de lo que se entendería por Derecho Concursal, sin embargo, dependiendo de la orientación de la legislación encontraremos conceptos orientados a preservar con vida a la empresa, mientras que en otros escenarios tomaremos conocimiento de conceptos que encausan a las empresas a liquidaciones y posteriores desapariciones. Sin embargo, independientemente de la norma concursal que se aplique o su orientación, cuando hablamos de Derecho Concursal siempre hay una crisis económica de por medio donde existe un deudor y dos o más acreedores a los que no se les ha cumplido con el pago de sus créditos.

III. PARA VIAJAR NO SE NECESITAN DE "ALFOMBRAS MÁGICAS"; BASTA UNA BUENA BRÚJULA. DEFINIENDO EL OBJETIVO DEL DERECHO CONCURSAL

Cuando Simbad el Marino se embarcó en cada uno de sus siete travesías, no tuvo nunca un rumbo fijo, más sí un objetivo definido: buscar fortuna. Para esto no necesitó de alfombras mágicas ni genios que le concedieran deseos. Lo único que llevaba consigo eran sus ganas y su coraje orientados a un solo objetivo.

En más de una ocasión tuvo que sortear increíbles peligros; desde mitológicas batallas contra gigantes peces hasta el más audaz escape de antropófagos. Sin embargo, al final, siempre resultaba victorioso y satisfecho con los tesoros encontrados.

6 FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. "Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial". Revista de Derecho 47. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. pp. 165-166.

7 JACKSON H. Thomas y SCOTT Robert E. "On the Nature of Bankruptcy: An essay on bankruptcy sharing and the creditors' bargain". En: Corporate Bankruptcy Economic and Legal Perspectives. New York: Cambridge University Press. 1996. BHANDARI, Jadjeep y WEISS edition. Esta versión es un capítulo editado del paper que se publicó originalmente en Virginia Law Review 75. 1989. pp. 155-204.

8 BONFANTI, Mario Alberto y José Alberto GARRONE. Capítulo II - Derecho Concursal - Teoría General. En: "Concurso y Quiebra". Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1983.

9 DE SEMO, Giorgio. "Diritto fallimentare". Quinta Edición. Cedam. Padova. 1967. p. 31.

Esto no es casualidad, desde el inicio de sus travesías, Simbad tenía claro que su objetivo era buscar fortuna. En el camino podría haber cambio de planes, desvío en las rutas marinas, problemas inesperados, etcétera. Sin embargo, nunca se variaba el objetivo.

Al igual que en los viajes de Simbad el Marino, el Derecho Concursal ha cursado innumerables travesías, ha sufrido modificaciones jurídicas, se ha desjudicializado el procedimiento en algunas legislaciones, las instituciones han variado, los contextos políticos económicos ya no son los mismos que los de antaño, etcétera. No obstante, mientras se defina un objetivo claro y transparente, estamos seguros que conseguiremos una norma que facilite el acceso al crédito, mejore el sistema crediticio y sobre todo, lance señales al mercado precisas y predecibles.

Lo relevante no es cuánto camino hay que recorrer para obtener un resultado eficiente, mucho menos las herramientas que se usen, lo que debe estar definido correctamente a fin de orientar todos los esfuerzos a conseguirlo, es el objetivo, la razón de ser. Es en este sentido que analizamos en el presente trabajo cómo el objetivo del Derecho Concursal ha podido ir evolucionando, pero en la medida que se ha ido consolidando se han obtenido mejores resultados.

Como vemos a continuación, no sólo el objetivo al que debe apuntar un sistema concursal ha variado de acuerdo a los países en los que se aplica. Éste también ha cambiado de acuerdo a la época en la que se comienza a regular esta institución con más fuerza.

No sería relevante realizar una completa evolución histórica del Derecho Concursal como institución, sin embargo, consideramos pertinente mencionar que actualmente se puede afirmar categóricamente que el Derecho Concursal ha dejado de interesarse únicamente en el deudor, ahora también existe una preocupación por los acreedores¹⁰.

Se han hecho esfuerzos por definirlo y enrumbarlo. Por ejemplo, Gerardo Santini clasificó al Derecho Concursal en: (1) aquel sistema jurídico, anterior a la Primera Guerra Mundial, en el que el objetivo principal era la ejecución del patrimonio del deudor para poder pagar las acreencias existentes. (2) Un interés por la continuación de la actividad empresarial y sólo la liquidación de una parte de la empresa si es necesario¹¹.

Sin embargo, con el pasar de los años surgieron nuevas corrientes ideológicas. Es así que se estableció que la idea tampoco es salvar a ultranza a todas las empresas. Lo que se debe buscar es salvar lo salvable, curar lo curable y liquidar a la empresa cuando esta vale más liquidada que en funcionamiento. Si somos obstinados y tratamos de mantener una producción con cargo a altos costes, tratamos de conservar los puestos de trabajo aún cuando estos ya no puedan producir o rendir lo de antes, si nos enfocamos en reflotar a una empresa cueste lo que cueste, lo que al final del día obtendremos serán más pérdidas que ganancias, mayores costes para la colectividad que beneficios¹².

Asimismo, se señala que el objetivo principal del Derecho Concursal además de proteger el crédito es el de maximizar el valor del patrimonio productivo sujeto a concurso. Para esto, no podemos tener un Estado sobreprotector del deudor ni mucho menos intervencionista. La "concursalidad" no resuelve la inequidad del reparto, ni lo pretende. "La concursalidad es defendible sólo en la medida en que se conserva o aumenta el valor del activo disponible para la satisfacción de créditos. En otros términos, no está para hacer justicia distributiva sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor (o la garantía de los acreedores), que acarrea la competición para hacerse individualmente con una parte del mismo"¹³.

Igualmente, Alfredo Bullard sostiene que la función central de un sistema concursal debe ser la de proteger el crédito. Con un sistema concursal eficiente los acreedores encontrarán forma más efectiva y barata de cobrar. Es así pues que al con-

10 TONÓN, Antonio. "Derecho Concursal. Instituciones Generales". Buenos Aires: Depalma. 1992. p. 79.

11 SANTINI, Gerardo. "Soluciones jurídicas al estado de la crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Civitas S.A. Fundación Universidad-Empresa. 1982. p. 42.

12 OLIVENCIA RUIZ, Manuel. "Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Civitas S.A. Fundación Universidad-Empresa. 1982. p. 42.

13 BISBAL MÉNDEZ, Joaquim. "La insoportable levedad del Derecho Concursal". En: Material de Lectura de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Tomo 1. Lima. 1998. Extraído de: Revista de Derecho Mercantil 214. 1994. pp. 843-872. Madrid, España.

figurarse un mecanismo efectivo que hace posible el cobro, el coste del crédito socialmente se reduce porque los riesgos de la crisis empresarial se minimizan y al ocurrir esto, el crédito se hace más barato y asequible lo que repercute positivamente en la generación de empleo, incremento de actividades productivas, una mejor distribución de recursos a usos más valiosos, etcétera¹⁴.

Por otro lado, es bueno señalar que un esquema pro-deudor hace más difícil el acceso al crédito por parte de las empresas. A su vez, proteger en exceso al trabajador reduce la oferta de puestos de trabajo; y finalmente, proteger en exceso al fisco, podría reducir la recaudación.

La función de la ley no debe ser la de reestructurar empresas, tampoco la de salvar puestos de trabajo. La función de la ley debe ser la de proteger el crédito. Un sistema concursal debe constituirse en un instrumento que permita maximizar el patrimonio del deudor cuando éste devenga en insolvencia, y con ello, maximizar el recupero de las acreencias¹⁵. Se debe crear un escenario donde se facilite la reestructuración de negocios viables y se permita una liquidación ordenada de las empresas económicamente inviables. Se debe tratar de maximizar el bienestar del grupo a través de la colectivización.

En consecuencia, intentar un salvataje indiscriminado resulta ineficiente, únicamente se debe tratar de mantener "vivos" a los deudores, económicamente hablando, cuando las características y el estado de las empresas en crisis permita su permanencia en el mercado. Por tanto, se debe acelerar la liquidación de aquellas empresas que no sean económicamente viables.

El tener reglas claras y simples no sólo repercute en los agentes económicos dadores de crédito, también influye directamente en la inversión. Como es obvio, nadie estará dispuesto a prestar capital en un país donde el escenario jurídico o las reglas de juego varían constantemente. La relación entre la consecución de los objetivos relacionados con la eficiencia es inversamente proporcional con la de

los objetivos vinculados con la redistribución. Por tanto, mientras mayor sea el énfasis de un sistema concursal en salvar empresas, menor será la protección del crédito y consecuentemente, mientras más proteccionismo se imponga, más vulnerables van a encontrarse los acreedores¹⁶.

Un Sistema Concursal debe buscar proveer un mecanismo ordenado para la toma de decisiones cuando los contratos de financiación no hayan previsto qué hacer en caso de una crisis patrimonial generalizada. Por otra parte, deben regular la salida del mercado de aquellas empresas cuyo valor actual de sus recursos es inferior al valor de liquidación que pueda tener la empresa. Asimismo, se tienen que establecer las reglas para la distribución ex post de los costes causados por la insolvencia, lo que ex ante influye en las decisiones de financiación desde el momento mismo en que se producen. Por lo mismo, a nivel agregado, la legislación concursal contribuye a determinar las características de los mercados financieros (esto es, la «arquitectura financiera»): el tamaño relativo del crédito bancario y de los mercados de capital, la proporción de créditos concedidos con garantía real, la canalización de recursos a través de los mecanismos de capital-riesgo, entre otras¹⁷.

El solucionar los problemas relativos a los elevados costes de coordinación entre los acreedores y el deudor en crisis, el permitir una negociación más productiva y de esta manera generar un escenario donde se puedan tomar las decisiones más eficientes con la tranquilidad que se respetarán los acuerdos, generará un panorama crediticio más favorable al mercado¹⁸.

Una idea que nos parece importante resaltar es la que se recoge en el informe del Fondo Monetario Internacional (FMI) denominado "Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces", presentado en el año 2000¹⁹, en donde se establece que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula hoy directamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

14 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Cambiano estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial". En: Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard González y Gonzalo de las Casas Salinas. En: *Ius et Veritas* 21. Año X. pp. 287-292.

15 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "¿Por qué tan pocas reestructuraciones?" En: *Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho*. Primera edición. Lima: Palestra. 2002. pp. 95-96.

16 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: *THEMIS-Revista de Derecho* 45. 2002. p. 155.

17 VAN HEMMEN ALMAZOR, Esteban. "Análisis Institucional y Económico de la Nueva Ley Concursal". En: *Revista Banca de Empresa* 78. 2004.

18 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El fin del Derecho Concursal". En: *Legal Express-Gaceta Jurídica* 35. 2003. p. 10.

19 Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>

Este informe señala como primer objetivo de un régimen de insolvencia el de la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los actores de una economía de mercado. Y como segundo, el proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.

Cualquier sistema concursal que pretenda ser efectivo para reducir los costes de transacción, y que permita que los acreedores mantengan la posibilidad de maximizar el valor del negocio expost en concurso, con el objeto de maximizar el recupero de sus acreencias, deberá ser un sistema efectivo en evitar que algún acreedor y/o deudor, pueda cobrar o extraer recursos de la masa por "debajo de la mesa"²⁰.

Es bueno que en medio de lo que entendemos por costes de transacción precisemos, a efectos del presente artículo, que son todos aquellos que dificultan que los individuos se pongan de acuerdo sobre algún tema particular. Es decir, son aquellos impedimentos que imposibilitan o hacen más ardua una negociación. Estos puede ser de tres clases: (i) Costes de búsqueda: entendidos como aquellos que se refieren a la localización de un socio para el intercambio, lo que implica encontrar a alguien que desea vender lo que se desea comprar o comprar lo que se desea vender (ii) Costes de arreglo: se refieren a aquellos que son implícitos a la negociación en sí. Aquí pueden variar según el número de partes involucradas, la cantidad de información con la que se disponga y la complejidad del arreglo al que se quiera llegar. (iii) Costes de ejecución: son los costes del monitoreo del cumplimiento de las partes que tiene que ver con que se honren todas las estipulaciones pactadas así como los castigos o sanciones por incurrir en una violación del acuerdo²¹.

Para graficar mejor lo señalado anteriormente, no hay mejor forma que hacer alusión al Teorema de Coase²². En su primera formulación se señala que si los costes de transacción son cero o cercanos a cero, no importa la solución legal que se adopte, siempre las partes involucradas tomarán la decisión más eficiente. Como señalamos en el párrafo

precedente, este no es el caso del Derecho Concursal. Por tanto, tenemos que mirar la segunda formulación del Teorema. Es decir, si los costes de transacción son significativos. Ahí resulta importante la solución legal que se adopte; por tanto, la norma concursal debe tratar de reducir los costes de transacción lo más que se pueda.

Como vemos, el Derecho Concursal genera escenarios donde los costes de transacción por la misma naturaleza de intereses involucrados son altos. Es en este sentido que resulta sumamente importante reconocer que si nosotros podemos disminuir costes de transacción tendremos procedimientos concursales más eficientes. Es ahí donde radica la importancia de tener una norma concursal que favorezca la negociación colectiva, la transparencia de la información, la coordinación entre los acreedores, etc.

Al minimizarse los costes directos que se producen en un escenario de crisis patrimonial, el coste de oportunidad de los recursos productivos innecesariamente empleados durante el concurso disminuiría, el mismo que podría ser utilizado en actividades productivas alternativas. Por otra parte, se evita que empresas insolventes pero económicamente viables fuera del proceso concursal se transformen en no viables por el hecho de transitar por dicho proceso. Así pues, se evitaría una inadecuada reasignación de recursos productivos, la cual de verificarse habría de generar costes sociales representados por la reducción de los bienes y/o servicios factibles de ser consumidos por la sociedad. Similarmente, de atenuarse los costes ex ante de la quiebra, ya sea mediante la reducción de la probabilidad que empresas insolventes y económicamente inviables sean reorganizadas, o bien que empresas insolventes pero económicamente viables sean liquidadas, se reducirían los costes sociales generados; en el primer caso, por permitirse la correcta reasignación de factores productivos hacia fines alternativos, en el segundo, por evitarse dicha reasignación cuando resulta inadecuada, o bien prematura en el caso de existir capital específico. Finalmente, de obtenerse la mayor exactitud posible en la valuación de la em-

20 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "La Nueva Ley General del Sistema Concursal. ¿Hacia Dónde Vamos? ¿Avance o Retroceso?" En: Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho. Primera edición. Lima: Palestra. 2002. pp. 259-260.

21 COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". En: Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1999. pp. 120 y ss.

22 Ronald Howard Coase es un economista británico nacido en 1910, que en el año 1960 publicó "The problem of social cost" ("El problema del costo social"). Artículo que es considerado como el más citado en la literatura económica de todos los tiempos, y el que a la postre, en 1991, le llevaría a ser merecedor del Premio Nobel de Economía. Si bien no está claro que a partir de ese artículo se haya formulado expresamente el ahora llamado Teorema de Coase, incluso se reconoce la introducción de los problemas de los costes de transacción a una obra anterior "The nature of the firm" ("La naturaleza de la empresa") de 1937, se le reconoce al autor antes citado el beneficio de autoría del que puede ser uno de los más importantes planteamientos del Análisis Económico del Derecho.

presa, y la menor discrecionalidad en el tratamiento de los derechos de los acreedores, se reduciría el riesgo que los mismos enfrentan y por ende el coste del crédito²³.

Se hace necesario pensar en una legislación concursal que incorpore mecanismos de tipo mercado donde los acreedores decidan el futuro de la empresa en crisis, permitiendo la asignación del control de la empresa a los acreedores, respetando sus preferencias y buscando minimizar los costes de la reorganización. Lo que se busca, a fin de cuentas, es un sistema que solucione los conflictos de intereses entre el deudor y los distintos tipos de acreedores, alineando sus intereses. Un sistema así concebido permitirá contar con un sistema más rápido, con menores costes para las partes involucradas y donde los derechos de propiedad se encuentran bien definidos, permitiendo un procedimiento concursal más eficiente²⁴. Sin embargo, un elemento sumamente importante en esta organización es que el Estado blinde, ya sea al juez (en un sistema concursal judicial) o a los tribunales administrativos (en un sistema concursal desjudicializado) de toda injerencia política a los actores del sistema. Sólo con la autonomía e independencia se podrá ganar un sistema más confiable.

Otro elemento al que debemos apuntar es hacia la simplificación. Ésta aporta predictibilidad. A su vez, la predictibilidad genera en los agentes económicos menos incertidumbre, menos riesgos al momento de otorgar créditos, en consecuencia, el crédito se hará más accesible y barato.

Por otro lado, un Sistema Concursal puede ser evaluado, entre otros aspectos, no por el número de empresas que reestructure, sino por su impacto en la tasa de interés. Podremos estar ante un sistema más eficaz cuando al reducir los costes de transacción al momento de cobrar la deuda genere como consecuencia una disminución en la tasa de interés. Resulta ciertamente irrelevante para el Sistema Concursal si la solución de la crisis económica pasa por una reestructuración patrimonial o una liquidación de la empresa. Lo que en realidad debe evaluarse en la viabilidad de una norma concursal es que genere las condiciones necesarias

para llegar a una solución eficiente de la crisis sea cual fuere la solución por la que se decida.

Dentro del proceso para la generación de un panorama adecuado para el acceso al crédito surgen las dificultades que enfrentan las leyes concursales para establecer un adecuado balance entre los distintos objetivos que saltan a palestra en una situación de insolvencia.

Un exceso de protección del deudor, puede llevar a la indiferencia por el cumplimiento o el incumplimiento; una exacerbada protección de la empresa puede llevar a preferir los derechos de los acreedores, particularmente los quirografarios que se ven postergados en el tiempo y afectados por la generación de nuevos pasivos, como ha sido reiteradamente denunciado; una demasia en los poderes de los acreedores puede conducir al desahucio de empresas que pudieran salvarse o a la falta de toda consideración de cualquier otro interés.

Una concepción demasiado jurídica de los procedimientos ante la crisis de la empresa puede hacer perder de vista que la ley no soluciona por sí sola esa crisis, por otro lado, una concepción excesivamente economicista puede hacer perder de vista los derechos de los distintos agentes involucrados como lo son los acreedores, el deudor, los trabajadores, etcétera.

A su vez, un procedimiento concursal excesivamente duro con el deudor supuestamente orientado a crear los incentivos correctos para que éste lleve a cabo su mejor esfuerzo, traerá como consecuencia que el Estado también juegue un papel duro con quien no cumple sus obligaciones. Con la dureza, sumada a la inflexibilidad de los procedimientos, puede volverse un instrumento poco elástico en casos de crisis económicas.

Así, tendríamos la posibilidad de enfrentarnos a una cultura de intervención del gobierno en el ámbito privado. Esto postergaría al procedimiento concursal como mecanismo natural para la resolución de las dificultades. El procedimiento que fue pensado inicialmente duro, terminaría siendo abandonado en parte por sus propias características y las consecuencias inoperancias por injerencias políticas²⁵.

23 ZABLOTSKY, Edgardo Enrique. "Reforma del Poder Judicial en la Argentina". En: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. Parte 2 - Análisis Económico de la Legislación. Capítulo IV - La Ley de Quiebras. Avellaneda: Manantial. 1996. pp. 167-168.

24 BONILLA, Claudio; FISCHER, Ronald; LÜDERS, Rolf; MERY, Rafael y José TAGLE. "Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras". En: Documento de Trabajo del Centro de Economía Aplicada de la Universidad de Chile 191. Santiago de Chile. 2003. pp. 2-4.

25 ZIPITRÍA, Leandro. "Un Análisis Económico-Institucional de los Procedimientos Concursales en el Uruguay" (An ("Institutional Economic Analysis of Bankruptcy Procedures in Uruguay"). En: The Latin American and Caribbean Economic Association (LACEA) or Asociación de Economía de América Latina y el Caribe (ADEALC). Montevideo. 2003.
Artículo disponible en: <http://www.lacea.org/meeting2001/zipitria.pdf>

Encontrar el equilibrio de modo de dar instrumentos jurídicos idóneos para la solución de los problemas reales de las empresas en dificultades sin afectar de una manera tan seria que resulte en definitiva inconstitucional los derechos de los afectados, es el desafío de toda legislación en relación a las crisis empresariales.

Por otro lado, hay que evitar que el régimen concursal se convierta en una herramienta de uso generalizado para dejar de pagar o postergar pagos sin justificación válida alguna. Si no evitamos esto, se generará un incremento del coste del crédito cuyo cálculo se verá reflejado en la contracción de la economía como consecuencia de las posibilidades más restringidas por parte de los agentes del mercado para acceder a los sistemas de crédito²⁶.

Como vemos, las leyes de quiebras persiguen dos objetivos iniciales: establecer un método que posibilite pagar ordenadamente a los múltiples acreedores, concediendo al deudor conservar un mínimo de bienes que le permitan mantener una vida digna o por lo menos una *non penourious existence*²⁷.

Por lo que el Derecho Concursal debe apuntar a maximizar el valor ex post de la empresa y disminuir los costos ex ante para todos los que deseen acceder al crédito. De esta manera se contribuye a reducir los costes de transacción del acceso al crédito. Reducir estos costes permite a las empresas llevar a cabo mejores proyectos y crea mayores incentivos a las empresas para maximizar su valor²⁸.

Por tanto, el procedimiento concursal va mucho más allá que la simple ejecución colectiva. Por lo mismo, le son aplicables principios procesales y sustanciales propios y exclusivos, muchas veces incluso cuestionados por otras ramas del Derecho. Se puede decir que la acción individual, como medio de ejecución, tiene en la mira el incumplimiento, en consecuencia, su objeto es compeler al deudor a ejecutar aquello a lo que se había obligado (dar, hacer o no hacer). Sin embargo, Los procedimientos concursales gozan de una natu-

raleza distinta, observan la impotencia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos y buscan que la mayor parte de acreencias se vea satisfecha de manera ordenada, ágil y respetando ciertas prelaciones.

En conclusión, tener el objetivo definido nos ayudará a perfilar los esfuerzos en una misma dirección. Como hemos visto, debemos encontrar un equilibrio dentro de un panorama que favorezca la reducción de costes de transacción. Es así pues que un sistema concursal eficiente se consolidará como una herramienta muy útil para mejorar el sistema crediticio, y con esto una economía más dinámica y abierta.

Es importante tener las reglas de juego preestablecidas y no variarlas en el camino, la seguridad jurídica y transparencia que se gane hará que se confíe en el sistema y que las empresas tengan procedimientos más eficientes que les permitan tener mejores escenarios de los que hubiesen tenido si es que no hubiera existido una norma concursal, de lo contrario no tendría razón de ser un sistema que regule el tema.

A. Navegando en el Sistema Concursal Peruano.

El papel de las instituciones, como diría Douglass North²⁹, debe estar orientado fundamentalmente a lograr mayores niveles de certidumbre, lo cual no necesariamente significa que todas responden a los mismos niveles de eficiencia. Los gobiernos en general con el pasar de los años han tratado de regular sus instituciones, según los contextos sociales, económicos, políticos, etc. de la manera que han creído más conveniente a fin de obtener los mejores resultados. Sin embargo, por más que se han realizado esfuerzos importantes, aún existen instituciones que reproducen la ineficiencia. Muchas veces se debe a no tener visión de evolución, por no aceptar que vivimos en un mundo globalizado y constantemente cambiante.

Es así pues, que tenemos como función principal de las instituciones en la sociedad la de reducir la

26 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI - Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 079-TDC del 24 de marzo de 1997. Expediente N° 035-96-CCE-CCPL – Cuaderno de Nulidad (A). Transur S.A. v. Compañía Industrial Oleaginosa S.A. p. 36. Lima, Perú.

27 POSNER, Eric. "The political economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978". En: Michigan Law Review 96. 1997. p. 58.

28 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: THEMIS-Revista de Derecho 45. 2002. p. 155.

29 Douglass Cecil North es un economista e historiador estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en el año 1993, junto a Robert Fogel, por sus aportes a la investigación en historia económica a partir de la aplicación de técnicas cuantitativas para explicar los cambios económicos e institucionales. Su trabajo principalmente está enfocado al estudio de los Factores políticos, sociales y económicos que inciden sobre las instituciones y los grupos sociales.

incertidumbre estableciendo una estructura estable, lo cual no necesariamente resulta eficiente. Sin embargo, debemos pensar que la estabilidad de las instituciones de ninguna manera contradice el hecho de que estén en cambio permanente³⁰. Es decir, que un sistema jurídico varíe en pos de consolidarse no implica que no sea estable. Es así que el Derecho Concursal en el Perú a lo largo de los años ha ido variando de rumbo, no necesariamente por inestabilidad, muy por el contrario, cada vez ha ido perfeccionando su concepción para poder atender eficientemente las necesidades que se pueden presentar.

1. INDECOPI y su "lámpara maravillosa". La evolución del objetivo de la norma en el Sistema Concursal Peruano.

Si INDECOPI, como Aladino, hubiese podido pedirle al genio de la "lámpara maravillosa" tres deseos, suponemos que éstos versarían más o menos así: 1) convertirse en un organismo técnico que vele por la libre competencia en el mercado, sin injerencia política de ninguna clase y completamente autónomo, 2) un sistema de propiedad industrial acorde con las nuevas tendencias y capaz de incentivar el desarrollo de las nuevas tecnologías, y 3) un sistema concursal eficiente que le permita al mercado quedarse con las empresas más eficientes y sacar ordenadamente las que no lo son.

Como este es un artículo y no un cuento con final feliz, sólo podemos decir que el INDECOPI si bien no tiene una "lámpara maravillosa" a lo largo de los años ha tratado de cumplir los tan anhelados deseos. El camino no ha sido fácil, y mucho menos está todo resuelto. Sin embargo, luego de un largo recorrido, sorteando algunos vaivenes, tenemos una norma concursal respetable que si se aplica correctamente puede convertirse en una herramienta muy importante para la economía peruana. Por eso, consideramos pertinente hacer una revisión al sistema a lo largo de los años a fin de relatar su evolución.

Si nos remontamos a los inicios del Derecho Concursal en el Perú, debemos hacer alusión al antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912. Se puede decir que éste es el primer antecedente en

la materia, propiamente dicho, al cual podemos referirnos. Sin embargo, su naturaleza no nos será ajena.

En mencionada norma podemos encontrar dos tipos de procedimientos. El primero se refería al concurso de acreedores para los comerciantes en dificultades. El segundo, nos remitía a la quiebra del comerciante que no podía honrar sus obligaciones³¹.

Como podemos apreciar, para ese entonces se distinguía un estado previo al de la quiebra: la suspensión de pagos en la que el comerciante no gozaba plenamente de crédito, ni cesaba por completo el pago de sus obligaciones.

Vemos que ya para ese entonces teníamos un sistema que contemplaba entre sus figuras a la protección del acreedor así como a la quiebra definida como el castigo por no cumplir con los pagos. Si bien no teníamos un norte definido, el procedimiento se tramitaba ante un juez y los acreedores eran representados por un Síndico Departamental de Quiebras.

Ésta fue la primera piedra para la construcción del Derecho Concursal como lo conocemos actualmente en el Perú y la verdad no dista mucho de lo que se ve en la práctica actualmente.

Posteriormente, apareció la Ley Procesal de Quiebras³² donde ya se promovía un objetivo fijo que impulsaba a la quiebra de la empresa como mecanismo para el pago de las acreencias.

La Ley se caracterizaba por un carácter liquidatorio, en el cual se priorizaba el pago de las obligaciones a partir de la liquidación de su patrimonio, sin considerar si quiera, las alternativas que pudieran resultar beneficiosas.

Para ser declarado en quiebra sólo se verificaba el incumplimiento del pago de las obligaciones a cargo del deudor y no el estado real del patrimonio. Es decir, una persona podía ser declarada en quiebra siendo o no insolvente.

Se privilegiaba al acreedor individual frente al deudor y a los demás acreedores al permitir que

30 NORTH, Douglass Cecil. "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico". En: Fondo de Cultura Económica. México. 1993. p. 16.

31 PALMA NAVEA, José Enrique. "El Derecho de la Crisis de la Empresa en el Perú". En: Estudios de Derecho en Homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo. Lima. 1998. pp. 348-355.

32 La Ley N° 7566, denominada Ley Procesal de Quiebras, tuvo una vigencia bastante extensa (de 1932 a 1992) y en ella se regulaba el tratamiento otorgado por nuestra legislación a los problemas de crisis patrimonial. Esta sufrió modificaciones por las Leyes N° 7607, 15485, 16267, 16694 y por los Decretos Ley N° 17801, 18357 y 21675.

la quiebra pudiera ser declarada por iniciativa individual, sin considerar la postura que pudiesen adoptar los demás afectados por la misma situación de crisis³³.

Como vemos, el tema de la Ley Procesal de Quiebras se enfoca en el pago de las acreencias mediante el capital que se pudiera obtener de liquidar a la empresa que incumplía con sus obligaciones. Ya veremos que posteriormente este escenario cambiaría.

El 28 de diciembre de 1992 se promulgó la Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial. Con esto no sólo se derogó la antigua Ley Procesal de Quiebras, sino que se trasformó la visión que se tenía del sistema concursal hasta ese entonces. Se puede decir que si bien no fue el primer texto normativo en cuanto a legislación concursal se refiere, sí fue el primer intento en adecuar la normativa concursal a las necesidades de la economía peruana y a los cambios que se venían dando tanto en el contexto nacional como internacional.

En efecto, “la Ley de Reestructuración Empresarial no sólo trajo consigo el concepto de insolvencia, relegando a la institución de la quiebra a una posición residual, sino que, principalmente, estableció en la Juntas de Acreedores las facultades de decisión fundamentales respecto de los patrimonios en crisis de sus deudores. Así la norma en cuestión se caracterizó por: (a) la “desjudicialización” de los procedimientos concursales³⁴, (b) la decisión sobre el destino de la empresa en manos del colectivo de acreedores, (c) el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables y (d) en defecto de lo anterior, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un procedimiento extrajudicial”³⁵.

De esta manera, se privilegiaba la acción colectiva de los acreedores frente a la acción individual, procurando otorgar, dentro de esa concepción del derecho concursal, los instrumentos legales y financieros tendientes más a una reestructuración,

en tanto exista viabilidad económica del patrimonio insolvente, que a una extinción de este último, en clara contraposición con las orientaciones dadas por la Ley Procesal de Quiebras³⁶.

Con la legislación concursal de 1992 se crea un régimen excepcional que, a través de procedimientos simples y que intenta reducir los costes de transacción, trata de proteger el patrimonio de la empresa insolvente, permitiendo su reorganización y reflotamiento o liquidación, de ser el caso, en función al interés común de la totalidad de acreedores, en contrapartida al interés individual que legítimamente cualquiera de ellos pudieran tener ante una situación de incumplimiento normal. Para ello, se pasa de la intervención estatal traducida en las acciones de los jueces y síndicos de quiebras a la participación privada de los agentes económicos vía las Juntas de Acreedores. Toda vez que, siendo tales acreedores los principales afectados con la crisis del patrimonio de su deudor, debían ser ellos quienes detenten la facultad de adoptar las decisiones relevantes con el objeto de maximizar un patrimonio insuficiente en procura de la mayor satisfacción de sus créditos.

Se pensaba que con una norma de las características antes señaladas se ayudaría a las empresas que sufrían las consecuencias del proceso de ajuste de la economía nacional de ese entonces. Hay que recordar que estábamos en pleno proceso de inmersión a una nueva economía de mercado, donde muchas empresas al no ser eficientes no iban a poder competir, y por tanto, su destino estaba condenado a ser el cierre empresarial. Se quería establecer una base normativa que conceda a las organizaciones empresariales la oportunidad de adecuar su estructura administrativa y financiera a estándares de eficiencia mínimos que les permitiera adaptarse al nuevo escenario, y en caso no fuera posible, que se facilite la liquidación de sus patrimonios de manera ordenada a través de convenios de liquidación extrajudicial o procesos de quiebra administrados por entidades liquidadoras autorizadas o empresas bancarias³⁷.

33 ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. “Insolvencia patrimonial y régimen concursal”. En: *Compilación de Beatriz Boza Dibós “Invirtiendo en el Perú”*. Lima. 1993. pp. 457-458.

34 Justamente, a raíz de la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial, se precisó que todo procedimiento de insolvencia sería tramitado ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI (llamada después Comisión de Salida del Mercado, luego Comisión Patrimonial, hoy Comisión de Procedimientos Concursales). No obstante lo anterior, la Única Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 26116, señaló que los procedimientos de quiebra en trámite se regirían por las normas legales vigentes a la fecha en que se iniciaron.

35 DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Más Vale Prevenir que Lamentar: El Concurso Preventivo y su Regulación en la Legislación Concursal Peruana”. En: *Ius et Veritas* 20. Lima. 2000. pp. 182-183.

36 Ley Procesal de Quiebras. Artículo 1.- El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.

37 HARO SEIJAS, José Juan. “Confusión de Confusiones. La Reestructuración Empresarial de las Personas Naturales”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 31. 1992.

Sin embargo, las nuevas orientaciones incorporadas en la Ley de Reestructuración Empresarial, no tuvieron los resultados esperados. Fue preciso trabajar una nueva disposición concursal que, preservando las bondades del sistema creado en el año 1992, afinara y publicitara algunos conceptos e instituciones, permitiendo a los agentes del mercado ver en este sistema una posibilidad concreta y segura de salida a la crisis patrimonial o de recuperación de su crédito, según sea el caso.

Es así que el 21 de setiembre de 1996 se promulgó la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845, la cual abordó objetivos importantes del sistema concursal, referidos a: (a) la reducción de las dificultades de negociación y costes de transacción con la finalidad de arribar a acuerdos plurilaterales, (b) evitar la depredación del patrimonio del deudor insolvente con las acciones ejecutivas de cobro, para lo cual otorga una “coraza protectora” bastante eficaz a dicho patrimonio, (c) la conservación de empresas viables o la salida ordenada y equitativa para los acreedores de aquellas que no lo son, (d) el respeto del derecho de crédito de los acreedores, a través de sus acciones colectivas en las Juntas de Acreedores y las facultades del control ex ante y ex post otorgadas a la autoridad concursal, y (e) el reordenamiento del mercado y de sus propios agentes a través de las decisiones dentro del concurso.

El procedimiento de insolvencia ya no es visto como una sanción a la empresa insolvente, sino como una apertura a un marco de negociación que permita corregir la crisis de la empresa entendida como una segunda oportunidad al patrimonio en dificultades económicas³⁸. Queda claro, entonces, que la insolvencia no es un sinónimo de bancarrota ni de quiebra, es diametralmente distinta a estas nociones por cuanto deja de lado el sentido punitivo y potencia el fortalecimiento patrimonial en procura de la conservación de la empresa viable.

A estos objetivos delimitados en la Ley de Reestructuración Patrimonial se unió otro, no menos

importante, relativo a la prevención de la crisis y a los mecanismos y beneficios posibles de ser utilizados en hipótesis distintas al ya mencionado estado de insolvencia, dados a través del procedimiento simplificado y del concurso preventivo.

No obstante lo anterior, la demanda y complejidad de los casos presentados al INDECOPI hizo necesaria una modificación a la norma concursal. Ello se tradujo en la promulgación de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, Ley N° 27146, la cual siguió los objetivos contemplados en la Ley de Reestructuración Patrimonial, pero, adicionalmente, intentó reforzar las facultades de fiscalización de la autoridad concursal e impulsar la utilización de los procedimientos preventivos.

Las modificaciones a la normativa concursal no quedaron allí. Con el Decreto de Urgencia N° 064-99 se establecieron normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, creándose a tales efectos el denominado procedimiento transitorio³⁹.

Sin entrar en detalles, lo anterior obedeció a la saturación y demora de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI y sus nueve Entidades Delegadas en el ámbito nacional en la tramitación de los procedimientos de insolvencia presentados⁴⁰. Adicionalmente, se buscó facilitar el acceso a los beneficios que otorga un régimen concursal, descentralizando los agentes aplicadores del procedimiento transitorio y flexibilizando o simplificando los requisitos para ingresar en él.

Entonces, se crea el procedimiento transitorio para (a) descentralizar las funciones del INDECOPI, (b) reducir y flexibilizar los requisitos para gozar de los beneficios del sistema concursal, (c) agilizar el reconocimiento de créditos, (d) controlar mejor la asunción de nuevas deudas por parte de la empresa concursada, (e) propiciar reuniones, y con ello, decisiones más rápidas de las Juntas de Acreedores entre otras razones.

38 RESOLUCIÓN N° 104-96-TDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 1996, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI: “...el procedimiento de declaración de insolvencia tiene por finalidad reducir los costos de transacción para que el universo de acreedores de un deudor determinado pueda llegar a un acuerdo que permita, o la reestructuración o, en todo caso, la salida ordenada de la empresa del mercado, protegiendo el derecho que tienen todos los acreedores a recuperar sus créditos en la medida que se lo permita la viabilidad y/o el patrimonio de la empresa. De esa manera se busca evitar que, una vez dada la voz de alarma en el mercado sobre la posible mala situación económica de la empresa, las acciones de cobranza o ejecución que se entablen “canibalicen” el patrimonio insuficiente, perjudicando tanto a los acreedores como a la propia empresa, e impidiendo una solución acorde con la situación real de la misma”.

39 Decreto de Urgencia N° 064-99. Segunda Disposición Transitoria.- El Procedimiento Transitorio destinado a la celebración de Convenios de Saneamiento estará vigente para las solicitudes de acogimiento al mismo hasta el 31 de diciembre de 2000. Sin embargo, por Decreto de Urgencia N° 116-2000 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 27 de diciembre de 2000 se prorrogó este plazo hasta el 31 de marzo de 2001.

40 Según información de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI al 31 de enero de 2002 se acogieron 5 991 empresas al sistema concursal.

Vemos como a partir del año 92 el sistema comenzó a orientar sus esfuerzos a hacer más atractiva la norma concursal para los agentes del mercado. Se podía intuir cierta orientación económica. Habían pautas y resoluciones del INDECOPI que nos hacían asumir que la norma concursal debería tener como objetivo la protección del cobro de acreencias a través de procedimientos más rápidos, indirectamente se nos decía que era importante tener un escenario adecuado para que los acreedores puedan tomar decisiones eficientes, y por supuesto, ya se hablaba de reestructurar a las empresas económicamente viables y liquidar a las económicamente inviables.

Luego de los muchos avances antes mencionados, se instauró un nuevo rumbo concursal regulado por la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de agosto de 2002. Este cuerpo legislativo sí define un objetivo de manera clara y directa, lo que no significa que éste haya sido correctamente delimitado, como lo analizaremos a continuación.

Finalmente, es con el Decreto Legislativo N° 1050, del 27 de junio de 2008, que se corrige el rumbo. Lo que en un inicio puede haber sido una brújula con varios "tres nortes" (permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa); con este nuevo marco legal se precisa y se marca un objetivo único. Ya no hay que orientar esfuerzos a lo que en un inicio parecía un sinsentido, ahora se señala *"a la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor"* como un único camino.

2. Ley General del Sistema Concursal, ¿el último puerto de destino?

Creemos que la finalidad de un sistema concursal es proteger el crédito de la manera más eficiente posible ante situaciones de crisis patrimoniales. Para esto se debe tender a facilitar la creación de un ambiente lo más idóneo posible para que en la negociación que realicen los acreedores involucrados se puedan tomar las decisiones y acuer-

dos que permitan obtener las mejores condiciones para ellos, teniendo siempre como norte la reducción de costes de transacción.

Coincidentemente, en el Perú el día de hoy se señala como el objetivo central de la vigente Ley General del Sistema Concursal⁴¹ la de proteger el crédito. Esto quiere decir que el sistema no debe proteger a las empresas, salvar los puestos de los trabajadores, paliar la crisis económica de la industria nacional u otros afines, que sin dejar de ser importantes, corresponden a otras políticas públicas.

El Derecho Concursal depende en gran medida de las políticas económicas que sigan en un país. Es obvio que un país de economía socialista tendrá una ley de concursos muy distinta a la de un país con una economía de libre mercado.

Por tanto, las decisiones en relación al destino de la empresa que se tomen en los dos escenarios antes descritos podrán estar en un caso en manos del Estado y en el otro caso en manos de los acreedores. Nosotros coincidimos con el profesor Douglas G. Baird al sostener que las decisiones deben estar en manos de alguien que vaya a sufrir las consecuencias derivadas de haber tomado una buena o mala decisión⁴². De esta forma los incentivos para actuar correctamente estarán alineados. Como podremos suponer, los particulares viendo en riesgo su propio patrimonio poseen una estructura de incentivos mejor diseñada que el propio Estado.

La decisión ya sea de reestructurar la empresa o liquidarla para comenzar otra en el futuro debe ser una opción que tomen los acreedores, y por lo mismo, se debe blindar de alguna manera el escenario para que las decisiones que se adopten sean respetadas y vinculantes para todos los involucrados en el proceso.

En Texas se dice que "un hombre no se hace hombre hasta que haga un millón, lo pierda y lo vuelva a recuperar". Uno debe saber cuando no seguir el negocio. Para graficar esta situación podemos mencionar que el gran Henry Ford tuvo que pasar dos crisis empresariales para luego fundar la Ford Motor Company como el día de hoy se conoce. Henry Ford juntó dinero de algunos inversionistas y empezó una compañía de automóviles, la que

41 Ley General del Sistema Concursal. Título Preliminar, Artículo I. Objetivo del Sistema Concursal.- El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor. (Texto que fuera modificado el 27 de junio de 2008 por el Decreto Legislativo N° 1050).

42 BAIRD, Douglas G. "Cambando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial". En: Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard González y Gonzalo de las Casas Salinas. En: Ius et Veritas 21. 2000. pp. 287-291.

a la postre fracasaría. Liquidó la compañía y empezó una nueva. Ésta volvió a fracasar. Es recién al tercer intento que su empresa marchó correctamente y el emprendedor empresario tuvo éxito, más allá de la expectativa de muchos que lo vieron fracasar dos veces antes⁴³.

Como vemos, si la decisión sobre la reestructuración o la liquidación la toman los interesados, éstos serán los que de acuerdo a su experiencia, intuición, aversión al riesgo, capital comprometido, expectativa de ganancia y/o recupero, etc., tendrán los incentivos para manejarse de la mejor manera. Quién mejor que ellos para decir “no va más” o en su defecto continuar con la actividad empresarial a pesar de las pérdidas.

Un Sistema Concursal debe tratar de ofrecer a los acreedores un escenario donde exista la posibilidad de llegar al acuerdo que ellos hubieran preferido arribar ex ante la insolvencia de no haber existido de por medio costes de coordinación. Es decir, una especie de acción colectiva de cobro de acreencias si hubiesen tenido la opción de pactar antes de que existiera una crisis patrimonial de por medio. Es así pues que intentando solucionar los problemas de coordinación que existen entre los acreedores imaginándonos un escenario ideal puede ayudarse a orientar el sistema a ser un instrumento económico-jurídico que se constituya en la herramienta más eficaz para maximizar el patrimonio del deudor cuando esté devenga en insolvente.

La idea tampoco es sobreproteger al acreedor en desmedro del deudor, simplemente es transmitir toda la información necesaria al mercado así como promover un panorama adecuado donde se puedan tomar las decisiones más acertadas dentro de un clima de tranquilidad y seguridad.

Una norma concursal con lineamientos claramente definidos, con intereses alineados en un mismo sentido y donde se intente reducir al máximo los costes de transacción, generará un impacto positivo en el acceso al crédito. En muchas ocasiones lo abaratará, y en otros casos hará accesible el crédito en situaciones en donde antes no lo era⁴⁴.

Por ejemplo, según la Superintendencia de Banca y Seguros informó que el total de préstamos al 15 de enero de 1996 fue de S/. 7'668,000.00. Un año después la cifra llegó a S/. 12'000,000.00. Es decir, los préstamos concedidos por entidades bancarias se incrementaron en más de 36%⁴⁵. Ese mismo año entró en vigencia el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N° 845). No estamos afirmando que el acceso al crédito tiene en la norma concursal un único factor de influencia, sin embargo, si es un elemento que afecta directamente su tratamiento y tasas de interés.

Asimismo, según cifras oficiales de la Superintendencia de Banca y Seguros, a mayo de 2003 los créditos de consumo registraron un crecimiento del 19,9% con relación a mayo de 2002, lo que constituyó la mayor variación anual registrada en los últimos meses durante esos años. A junio de 2003, el saldo total de créditos de consumo se incrementó en un 5,2% (US\$ 53,2 millones). Se dijo que este crecimiento fue impulsado por los créditos en moneda nacional, cuyo saldo se aumentó en 10,0% (S/. 197,0 millones) entre diciembre de 2002 y mayo de 2003. Como uno de los factores más influyentes de esta variación se estableció la causa al mayor dinamismo de la economía acompañado por una reducción de tasas de interés, de 48,1% el 31 de diciembre de 2002 a 44,5% el 30 de mayo de 2003⁴⁶. Igual que en el ejemplo anterior, el 5 de agosto de 2002, se había promulgado la actual Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809. Nuevamente nos encontramos en un escenario, que a nuestro criterio, prueba que una normativa concursal con un norte definido influye favorablemente en el crédito.

Creemos que el Estado ha tomado conciencia en el tema. Por tanto, ha tratado de ir mejorando cada vez más la regulación concursal y en el camino ir afinando detalles para crear mayor seguridad jurídica en los usuarios del sistema así como para garantizarle al mercado una herramienta eficaz en el recupero de acreencias.

Un claro ejemplo de lo antes mencionado es que el Decreto Legislativo N° 1050 zanja una discusión que se ha venido dando en los últimos años en

43 Íbidem

44 GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE IUS ET VERITAS. En: *Ius et Veritas* 25. Año XIII. Lima. 2002. pp. 425-429.

45 Diario Oficial “El Peruano”. Lima. 17 de febrero de 1997. p. B-4.

46 SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP DEL PERÚ. “Evolución de las Principales Variables del Sistema Bancario a mayo de 2003”. En: Nota Informativa N° 16 - Unidad de Comunicaciones e Imagen Institucional. Lima. 2003.

relación al verdadero objetivo que debe tener el Derecho Concursal Peruano⁴⁷.

La actual norma al plantear como único objetivo la recuperación del crédito a través de procedimientos concursales que promuevan escenarios donde se permita una asignación eficiente de recursos, nos marca el sendero por el que todos debemos discurrir, tanto el INDECOPI como agencia supervisora del sistema concursal, así como los acreedores y deudores como usuarios del mismo.

El camino no ha sido de ninguna manera fácil. Incluso muchas de las críticas a la legislación concursal en el Perú estuvieron encausadas por el hecho del constante cambio en la normativa. Sin embargo, todo esto ha servido para consolidar paso a paso una herramienta jurídico-económica que termina poseyendo un carácter ultrasensible para el mercado.

Se puede decir que gozamos de una norma concursal moderna, que promueve mecanismos eficientes y disposiciones que alientan una mejor disposición para la negociación. Sin embargo, si no se ponen en práctica las normas respetando el espíritu de las mismas, todo esfuerzo quedará en el tintero.

Aún tenemos por delante un largo camino por recorrer. No podemos afirmar a ciencia cierta si la modificación de la norma va a traer buenos resultados. Sin embargo, somos optimistas, pues podemos afirmar que todo aquello que salvaguarde las condiciones para que los agentes económicos puedan actuar eficientemente en el mercado produce efectos positivos. El tener como único objetivo de la Ley General del Sistema Concursal a la protección del crédito es claramente una señal al mercado que el Estado se preocupa por su correcto funcionamiento.

B. Navegando en aguas internacionales. El objetivo del Sistema Concursal en otras legislaciones

1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América el sistema de reestructuración patrimonial se regula en el Bankruptcy

Code, en el cual dentro de los principales procesos están el proceso de reestructuración contenido en el Chapter 11 y el proceso de liquidación contenido en el Chapter 7. Los procesos son supervisados y dirigidos por el Juez de Quiebras.

El juez debe confirmar el plan de reestructuración presentado por el deudor a sus acreedores. En la práctica se suele favorecer las reestructuraciones por criterios de continuidad de puestos de trabajo, salvaguardar intereses sociales y no generar dramáticos cierres de empresas. Por tanto, se puede apreciar que en Estados Unidos se favorece la salvación de la empresa, la conservación del empleo, la tranquilidad social y se dice que como consecuencia está la protección del crédito.

Así pues, el proceso enteramente judicial que se lleva en Estados Unidos en el cual el rol del Estado a través de su autoridad judicial que además de supervisar la legalidad, aspectos procedimentales y la transparencia dentro del proceso, se centra principalmente en la decisión de viabilidad.

Ya sea en un estado de insolvencia o cerrada, los activos de una empresa pueden utilizarse de diferentes formas. Sin embargo, cada variación del plan comercial original que tenía la empresa aleja las inversiones específicas en la misma. Este problema es conocido en términos financieros como "*optimal stopping problem*" ("problema de parada óptima"). Fuera de la insolvencia, los propietarios decidirían si reconfiguran o no las operaciones de la empresa en problemas. En un régimen concursal, el juez toma esta decisión y qué tan bien se lleva a cabo esta medida depende mucho de la regulación establecida⁴⁸.

Por tanto, en un escenario como el descrito anteriormente sería lógico pensar que al privilegiar un criterio pro-deudor, se reestructuran empresas que objetivamente no eran viables económicamente hablando. Asimismo, la parcialidad de los jueces por salvar a las empresas, el incentivo natural que poseen los deudores que al mantenerse en la administración de la empresa, según el Chapter 11, tienden a esforzarse por promover las reorganiza-

47 Para profundizar en el tema se puede revisar: EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: THÉMIS – Revista de Derecho 45. 2002. ROJAS LEO, Juan Francisco. "De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores". En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 26. 2003. DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. "Poniendo los puntos sobre la íes: objetivos, principios y líneas matrices del Sistema Concursal". En: Foro Jurídico 2. 2003. p. 65. CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. "Mentiras Verdaderas sobre el Derecho de los Incurables. La Naturaleza del Derecho Concursal, Principios y Objetivos Aplicados en la Ley General del Sistema Concursal". En: Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica. Sección Actualidad Mercantil. Tomo 141. 2005. pp. 269 y ss.

48 BAIRD, Douglas G., y Edgard R. MORRISON "Tomando la Decisión de Quiebra". En: Ius et Veritas 25. 2002. pp. 219-230. Artículo publicado originalmente bajo el título de "Bankruptcy Decisionmaking". En: Journal of Economics, Law and Organization 17. 2001. pp. 356 y ss.

ciones y los largos y costosos procesos judiciales⁴⁹ en los que se enmarcan las reestructuraciones nos harían pensar que el sistema lejos de proteger el crédito lo encarece.

Sin embargo, en la práctica lejos de repercutir y generar un escenario donde el mercado crediticio sea inaccesible o tener un sistema lento e ineficiente, la regulación concursal en Estados Unidos funciona correctamente, sobre todo para las empresas pequeñas quienes son las que más se someten a procesos concursales.

Resultaría correcto discutir si nos encontramos frente a un sistema pro-deudor o no, lo cierto es que existe a la vez una definición muy clara de las garantías que ofrece el procedimiento concursal. La reestructuración patrimonial estadounidense responde al principio conocido como "Absolut Priority Rule", el cual establece que la norma respeta el orden de pagos dispuesto por los contratos celebrados antes del inicio del proceso concursal. Es así pues que los acreedores cobrarán primero que los accionistas, y dentro de los acreedores, los acreedores garantizados cobrarán antes que los acreedores no garantizados. Asimismo, se encuentra presente el principio de "Fresh Start" o Nuevo Arranque. En el cual se establece que un deudor debe tener la oportunidad de quedar liberado de sus obligaciones y empezar de nuevo, siempre y cuando dicho deudor esté dispuesto a entregar sus activos en pago a los acreedores, aún cuando no alcancen a cubrir la totalidad de sus deudas⁵⁰.

Sin embargo, cabe precisar que si bien se busca facilitarle el escenario al deudor, también se aplican una serie de penalidades, de lo contrario nos encontraríamos frente a un panorama que traería el problema de la "moral de hazard". Es decir, el deudor no tendría incentivos para ser eficiente y no entrar en escenarios de insolvencia si es que no tuviera que asumir algún coste⁵¹.

Con las reglas de juego pre establecidas claramente, como por ejemplo los acreedores con derechos

especiales⁵², los agentes económicos tendrán la certeza ex ante de un eventual escenario de insolvencia. Por tanto, sus créditos podrían ser garantizados de la mejor manera que consideren conveniente para salvaguardar sus intereses ex post.

2. Alemania

A diferencia de Estados Unidos, en Alemania los que deciden en el sistema de reestructuración patrimonial son los acreedores. Si bien es un sistema judicializado, el rol principal es de quienes mantienen acreencias con el deudor. En este caso el Estado sólo mantiene una labor de supervisión, fiscalización y control sobre el desarrollo del proceso en sí⁵³.

El artículo 1 de la actual Ley alemana establece: "El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales".

Así, la decisión de continuar con las actividades del deudor o liquidar su patrimonio compete a los acreedores. Por tanto, ellos tendrán los incentivos necesarios para optar por una decisión eficiente pues su patrimonio será el directamente afectado.

En este tipo de regulación no sólo señalamos que los incentivos están correctamente orientados hacia la toma de decisiones eficientes ya sea dentro de un escenario que permite una liquidación o un escenario que permita una reorganización ordenada. A su vez, la legislación alemana contempla que en el procedimiento concursal no se suspenden todas las acciones de los acreedores ordinarios para la ejecución de obligaciones frente al deudor, las acreencias que están respaldadas con garantías reales pueden honrarse fuera del concurso.

49 Los procesos judiciales en Estados Unidos en materia de reestructuraciones patrimoniales enmarcados en el Chapter 11 suelen durar en promedio entre 21 y 22 meses.

50 DE LA MADRID, Enrique. "Análisis de Derecho Comparado en Materia Concursal de Cinco Legislaciones". En: Biblioteca Jurídica Virtual - Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 95. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). 1999.

Artículo disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art6.htm>

51 BAIRD, Douglas G. "The Elements of Bankruptcy". En: The Foundation Press, Inc. University Textbook Series. 1993. pp. 33-34.

52 Ver: EPSTEIN, David G. "Bankruptcy and other Debtor-Creditor Laws in a Nutshell". En: West Publishing Co. Quinta Edición. 1995. pp. 79 -114.

53 La legislación concursal alemana se encuentra regulada en la Ley de Quiebras del 1 de octubre de 1879 (Konkursordnung), la Ley del Convenio Extrajudicial del 1 de abril de 1935 (Vergleichsordnung) y la Ordenanza del 5 de octubre de 1994 (Insolvenzordnung).

La consecuencia directa de este tipo de regulaciones es un crédito mucho más accesible, un sistema de garantías directamente alineado con la promoción de un mercado activo y por supuesto, un mensaje a los dadores de crédito claro: si garantizan correctamente sus créditos, los podrán hacer efectivos en el futuro independientemente de la situación de la empresa. Es así pues, las reglas ex ante le permiten a los acreedores asegurar sus créditos ex post.

3. España

En España, Ley Concursal, entrada en vigencia el día 1 de septiembre de 2004, constituyó como el principal objetivo de su regulación la reasignación de los factores de producción desde los empleos en los que se ofrecía una rentabilidad negativa a otros de productividad social más elevada.

A diferencia de Estados Unidos y Alemania, en España los procesos concursales no venían siendo el camino más utilizado para que las empresas acudieran cuando éstas se encontraban en situaciones de crisis patrimoniales. A manera de ejemplo, tenemos que en el año 2000, de los 2 926 215 empresas que figuraban registradas como activas en toda España se dieron de baja 280 900. De éstas sólo 918 utilizaron el sistema concursal, 396 empresas acudieron al procedimiento de suspensión de pagos y 522 a la quiebra⁵⁴. Por lo tanto, podemos afirmar que sólo una pequeña parte de las crisis empresariales en España desembocan en un procedimiento concursal.

Es en atención a un contexto donde la legislación lejos de estar acorde con la realidad social y económica española, significaba procesos con elevados costes, tanto de tiempo como de dinero, que por tanto hacían de su aplicación, una solución ineficiente para los agentes económicos, los mismos que preferían llegar a acuerdos extrajudiciales al margen de la regulación existente.

La reforma concursal española en un inicio se centró en promover los principios de unidad legal, de unidad de sistema y de unidad de procedimiento para resolver el problema de la dispersión de las normas vigentes que hasta ese momento existían

así como el de multiplicidad de procedimientos concursales que eran susceptibles de aplicación.

El principio de unidad legal se logró mediante la regulación en un solo texto jurídico de los aspectos materiales y procesales del concurso. Por otro lado, el principio de unidad de sistema implica la superación de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes. Lejos que en España aún se realiza la distinción entre personas naturales y personas jurídicas, esto permitió un avance. Está comprobado en cuanto a los resultados que estas medidas han arrojado en la legislación comparada que resulta una medida saludable. Si bien aún no se está al nivel de Estados Unidos donde en su regulación de quiebras se establecen normas especiales para los consumidores ya se dio el primer paso. Finalmente, el principio de unidad de procedimiento consigue otorgarle una mayor adecuación al proceso concursal de las diversas situaciones y soluciones que se presentan en el mismo. A su vez, también implica una concentración en el juez del concurso a través de una jurisdicción exclusiva y excluyente para resolver los procesos que se planteen en el curso del procedimiento.

Por otro lado, en el Derecho de Quiebras español existe una marcada diferencia entre los acreedores ordinarios y los acreedores privilegiados. El legislador ha querido señalar la pauta orientándose en un análisis coste beneficio del acceso al mercado de crédito. Se dice que una garantía hipotecaria u otros privilegios permiten a la empresa obtener créditos que no conseguiría sin tales garantías. Así pues, los beneficios que los acreedores privilegiados y la empresa deudora obtienen de este sistema resultan superiores a las pérdidas que sufren los acreedores ordinarios⁵⁵.

Al igual que en casi la totalidad de legislaciones concursales en el mundo, el sistema concursal español ha sufrido una evolución. El objetivo inicial de los procedimientos concursales se basaba en el papel fundamental que se debería desempeñar respecto a los aspectos penales relacionados con la insolvencia patrimonial. Actualmente el panorama ha cambiado. Ahora se orienta la legislación a evitar que los acreedores se vean defraudados

54 ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío y FRANCISCO CABRILLO RODRÍGUEZ. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho y Departamento de Economía Aplicada. "Un Análisis Económico de la Reforma Concursal Española". En: Revista Valenciana de Economía y Hacienda 11. 2004. pp. 113 a 136.

55 Para revisar bibliografía más detallada sobre la aplicación del Análisis Económico del Derecho al orden de preferencia establecido para los acreedores, se puede revisar: SCHWARTZ, Alan. "Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories". En Journal of Legal Studies 10. 1981. pp.1-37. Igualmente, resulta útil revisar: BOWERS, James. "Security Interest, Creditor's Priorities and Bankruptcy". En: Encyclopedia of Law and Economics Volumen II. 2000. pp. 90-127.

asegurando en la medida de lo posible la satisfacción de sus créditos.

Si bien aún no se tiene como fin último la protección del crédito, se trata de seguir modelos más consolidados como el americano o el alemán, tan es así que ya se habla de juzgados especializados en lo mercantil para que conozcan los procedimientos concursales.

Nuevamente se repite la figura, mientras se tengan objetivos claros y bases legislativas lo suficientemente sólidas para dar señales predecibles al mercado, el sistema funcionará.

Al momento de valorar los efectos económicos de una nueva ley no sólo hay que tener presente las disposiciones sustantivas de la norma, sino también hay que considerar a la estructura de la administración de justicia que debe aplicarla. Una ley perfecta en su redacción puede fracasar por completo si los órganos que velan por su cumplimiento actúan con ineficiencia y lentitud. Es en ese sentido que en este momento España tiene como principal objetivo consolidar sus instituciones, su marco legal y sobre todo la confianza en el sistema. Más adelante estamos seguros que ya se comenzará a discutir si el objetivo de la norma concursal debe ser la protección del crédito, salvaguardar a las empresas, el orden público, etc.

4. Inglaterra

El sistema concursal inglés, al igual que la mayoría de los países del *Common Law* establece como principal objetivo la conservación de las empresas. Se plantean mecanismos para reflotar la economía del deudor.

Nuevamente podríamos pensar que nos encontramos en un escenario pro-deudor lo que originaría un acceso al crédito limitado pues como ya hemos analizado, si no tengo mecanismos para hacer efectivo mi crédito tendré sólo dos opciones: otorgo créditos con tasas de interés sumamente elevadas, o simplemente, no los concedo.

Sin embargo, la legislación inglesa no deja de lado las señales que da al mercado, pues si bien el derecho de quiebras tiende a favorecer al deudor al mismo tiempo tutela los intereses de los acreedores. Entre los principales ejemplos de protección a los acreedores en el sistema inglés tenemos por ejemplo que en el mismo, usualmente, la empresa en reorganización es vendida al acreedor garantizado de mayor importancia.

Por otro lado, se le concede prioridad absoluta al derecho de los acreedores a cobrar y ejecutar in-

dividualmente sus garantías. Asimismo, si bien los procedimientos concursales en Inglaterra se tramitan bajo el régimen de la legislación contenida en el *Insolvency Act of 1986* que establece que la autoridad judicial es quien se encarga de declarar la apertura del procedimiento, son los mismos acreedores los que deciden aprobar el plan que establece la continuación de actividades de la empresa.

Otra particularidad del sistema inglés es que el deudor juega un papel sumamente restringido en el proceso. A éste se le separa de la gestión de la empresa en los procedimientos de liquidación y reorganización. Esto trae como consecuencia directa que los acreedores se vean incentivados a tomar las decisiones más eficientes que consideren pertinentes pues lo que está en juego ahora es su patrimonio. Por otro lado, los ejecutivos y representantes de la empresa tendrán que tomar las precauciones necesarias a través de una buena gestión para evitar una crisis empresarial, pues la misma les puede costar el desapoderamiento de la empresa que manejan.

Finalmente, de Inglaterra podemos concluir que se pueden dar el lujo de tratar de salvar empresas que en la práctica son económicamente inviables a fin de perseguir intereses sociales, la permanencia laboral de los trabajadores, etc. pues tiene un sistema económico estable y consolidado que no sólo los ha llevado a tener instituciones mercantiles muy grandes, sino que también han constituido una de las economías más sólidas a nivel mundial. En economías incipientes o que recién se está produciendo un despegue económico, no nos podemos dar este lujo.

5. Francia

El sistema francés en materia concursal se encuentra regulado mediante la Ley N° 84-148, Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en Caso de Dificultades de las Empresas del 1 de marzo de 1984, la Ley N° 85-98, Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas del 25 de enero de 1985, y la Ley N° 94-475, Ley sobre Prevención y Tratamiento de Dificultades de las Empresas del 10 de junio de 1994.

Dentro de la legislación francesa podemos encontrar que si bien se le da una prioridad especial a la conservación de la empresa, la Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas reconoce un triple objetivo: orienta esfuerzos a permitir el salvataje de la empresa, el mantenimiento de la actividad y el empleo y la satisfacción de las acreencias, es decir, intenta proteger al deudor, a los trabajadores y al acreedor.

A diferencia de la legislación inglesa, aquí el Estado tiene un papel preponderante dentro de los concursos. Al ser un sistema judicializado se aprovecha para que las decisiones más importantes sean tomadas por el Tribunal de Comercio. Éste podrá decretar la continuidad de la empresa por ejemplo.

Muchas veces el Estado, bajo la premisa que se debe proteger también los intereses de las personas y entidades que no mantienen una deuda con el insolvente, busca continuar las actividades de empresas inviables. Así pues, se protege a los trabajadores por considerar que ellos se encuentran en una menor capacidad de negociación. A diferencia de los acreedores comerciales que posiblemente tengan diversificada su cartera de acreencias, los trabajadores casi siempre sólo cuentan con un solo empleador, su capacidad de negociación es casi nula y generalmente no toman medidas de precaución ante un escenario de crisis patrimonial. Sin embargo, esta medida no ha dado los resultados esperados como veremos más adelante.

Por su parte, son los acreedores los que poseen un rol pasivo en el procedimiento. Éstos únicamente se limitan a ejercer acciones de supervisión al Plan de Saneamiento, mas no toman decisiones importantes.

En nuestra opinión, es justamente por estas distribuciones de roles que el sistema francés no puede ser considerado uno de los más eficientes de los que hemos revisado. Al contrario, están muy lejos de serlo debido a que los incentivos están orientados de manera inversa. Independientemente de que el Estado quiera preservar a las empresas, son los acreedores los que tienen los verdaderos incentivos para tomar las decisiones más eficientes. En la práctica se ha visto que del 100% de las empresas que ha recurrido a procedimientos concursales, sólo un 7% ha logrado sanear sus pasivos, teniendo a un 93% restante que se han liquidado vía judicial⁵⁶.

“La decisión sobre el destino de la empresa es la decisión fundamental del proceso de negociación concursal, ya que esta implica si la empresa per-

manece en el mercado o se extingue”⁵⁷, por tanto, los acreedores deberían tener la potestad a elegir, caso contrario nos encontramos con dificultades de percepción de objetivos.

6. Colombia

El sistema concursal colombiano fija como objetivo principal de su regulación la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de riquezas⁵⁸.

Dentro de la opción legislativa que adoptan los legisladores colombianos está la de otorgar a los acreedores aprobar el concordato propuesto por el deudor, es decir, les corresponde tomar las decisiones más importantes del proceso. El Estado por su lado, a través de la Superintendencia de Sociedades⁵⁹ se encarga de administrar los procesos concursales, básicamente sus funciones giran en torno a la imposición de sanciones, calificación de créditos, fiscalizar las disposiciones patrimoniales que se realizan, entre otras.

Comentario aparte merece el contexto social y político que vive Colombia. Dada la crisis institucional que vive la mencionada nación, ha sido necesario blindar a la institución concursal de todo tipo de injerencias externas, presiones o externalidades negativas que podrían afectar el normal desarrollo del procedimiento.

El tiempo será el verdadero juez que se encargará de dictaminar si tal como está estructurado el sistema en Colombia las empresas acogen el sistema concursal como una herramienta eficiente en momentos de crisis económica. Consideramos que aún es muy pronto para pronunciarnos al respecto.

7. Argentina

La legislación argentina plantea un objetivo dual. Por un lado, se busca facilitar la conservación de las empresas en crisis, pero por otro no se pierde de vista la importancia de garantizar el cobro de las acreencias⁶⁰.

56 FLINT BLANK, Pinkas. En: Tratado de Derecho Concursal. Volumen I. Lima: Grijley. 2002. pp. 165.

57 SCHWARTZMANN LARCO, Víctor. “La Junta de Acreedores en el Régimen de Reestructuración Empresarial”. En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 9. 1994.

58 El marco legal colombiano en materia concursal está dado por la Ley N° 222 del 20 de diciembre de 1995 y la Ley N° 550 del 30 de diciembre de 1999.

59 Excepcionalmente se encargará de los procedimientos concursales el juez civil cuando el deudor esté sujeto a un régimen especial de intervención o liquidación o cuando estemos tramitando procesos de personas naturales.

El rol de Estado en el procedimiento concursal radica principalmente en la homologación del acuerdo celebrado por el deudor con sus acreedores en el marco del Acuerdo Preventivo Extrajudicial o del Concurso Preventivo. Por tanto, a los acreedores les corresponderá la suscripción y aprobación del acuerdo con el deudor⁶¹.

Con este sistema se pretende que los acreedores tomen las decisiones más importantes del proceso como una suerte de administradores y ejecutores, y a su vez, el Estado juega un papel de fiscalizador ex post, homologa los acuerdos que puedan celebrarse, básicamente velando por la legalidad de éstos.

Cabe destacar dentro de la legislación argentina que las instituciones financieras confían en la efectividad de los derechos de crédito para reducir el deterioro del valor de los activos y promover el acceso general al crédito. En tiempos de crisis económica, estos sistemas también sirven como válvulas de seguridad para las crisis empresarias al establecer medios para la eficiente rehabilitación de las empresas viables y la preservación de puestos de trabajo; así también, cuando las empresas no son viables, los procesos de ejecución y de liquidación ofrecen un medio para la rápida transferencia de los activos a operadores eficientes del mercado. Estos sistemas también generan equilibrio en las relaciones comerciales, a través de incentivos que alientan la conducta y la administración empresarial responsable, a la vez que proveen desincentivos que sancionan a los deudores y a sus directivos carecientes de disciplina financiera o a quienes se comportan irresponsablemente. De este modo, ellos constituyen una piedra angular de la confianza comercial y son la base para la sólida administración y resolución del crédito⁶².

Es importante resaltar lo establecido en el párrafo precedente, pues se habla de salvaguardar

un elemento esencial en cualquier ordenamiento concursal: la protección y fomento del acceso al crédito.

En nuestra opinión, este elemento fue uno de los principales pilares para que la crisis argentina si bien afectó gravemente la economía e institucionalidad de todo el país, se pudo capear de alguna manera los efectos negativos, llegando a ser en muchos casos malos, pero no lo desastrosos que pudieron haber sido. Incluso, audazmente se aplicaron conceptos e instituciones extrapoladas del sistema americano (Chapter 11) y las mismas sirvieron para salvar instituciones económica y públicamente (como los municipios) viables.

A manera de conclusión de esta parte, podemos decir que todo se resume en una de las ideas económicas más famosas, el "Laissez-nous faire"⁶³. No hay mejor estímulo para la actividad económica y la prosperidad que un Estado que limite su intervención al establecimiento de las normas jurídicas básicas y al mantenimiento de las instituciones que garanticen el orden público y el cumplimiento de los contratos (o el pago de compensaciones adecuadas en el caso de que esto no sea posible). Es así pues que el Estado se debe limitar a trazar los objetivos que desea conseguir mediante un sistema concursal claro, que se encargue de fijar reglas transparentes ex ante para permitir resultados eficientes ex post.

Hemos visto como los sistemas concursales que mejor funcionan son aquellos donde el Estado sólo cumple un rol supervisor, y son los acreedores los que toman las riendas del proceso. Como dijimos anteriormente, todo se basa en un adecuado sistema de incentivos, en una correcta distribución de funciones que no sólo vaya acorde con las capacidades de los agentes económicos sino con sus necesidades e intereses.

60 La legislación concursal argentina se basa en lo regulado por la Ley N° 24.22. Sin embargo, cabe precisar que ya desde la derogada Ley N° 11.719, ya se establecía la importancia de proteger a las empresas frente a las crisis patrimoniales que pudieran afrontar. Asimismo, es importante señalar que la legislación también ha sufrido modificaciones drásticas a partir de la crisis económica que sufriera la Argentina a finales de los 90's y principios del 2000. En febrero de 2002, los derechos de crédito y los mecanismos de insolvencia recibieron un golpe significativo con la Ley N° 25.563, una de las medidas de emergencia adoptadas para ayudar a estabilizar el sector empresario imponiendo una automática suspensión de seis meses a las acciones de los acreedores para recuperar sus créditos. A su vez, un avance importante para restaurar el nivel del campo de juego en las relaciones acreedores-deudores ha sido la Ley N° 25.589 del 16 de mayo de 2002. Ella derogó la mayoría de las medidas de emergencia de la Ley N° 25.563 y repuso en vigencia disposiciones relevantes de la ley concursal N° 24.522 que habían sido derogadas o estaban en suspenso.

61 Para revisar más información al respecto se puede consultar el trabajo preparado por Gordon Johnson, Team Leader (Senior Counsel, LEGPS), y Adolfo Rouillon (Consultant, LEGPS) para el Banco Mundial "Argentina. Sistemas de Insolvencia y de Derechos de Crédito". Junio de 2002 en Reportes de Observancia de Stándares y Códigos (ROSC). En: http://www.worldbank.org/ifa/icr_arg_spa.pdf. Revisada el 11 de octubre de 2008.

62 Ibidem.

63 Ideas económica que surge como la respuesta que un grupo de comerciantes franceses le dio al poderoso ministro del rey Luis XIV de Francia, Jean Baptiste Colbert, cuando éste, seguramente con la mejor voluntad del mundo, les preguntó qué podía hacer por ellos. La respuesta de los comerciantes le produjo, sin duda, una gran sorpresa: que el Estado se limite a poner reglas claras y los agentes económicos se encargarán de hacer funcionar la economía correctamente. Esta visión de la vida económica es la que recoge la parábola de la mano invisible, que popularizó Adam Smith, de acuerdo con la cual los agentes económicos, aunque se muevan sólo por su propio interés, promueven con su actividad el beneficio del conjunto de la sociedad.

Debemos dejar de pensar en Estados paternalistas y apuntar a promover el rol subsidiario del Estado. Los acreedores tienen mayores intereses comprometidos en la crisis, por ello su riesgo es alto. Como consecuencia, están impulsados a tomar decisiones eficientes de lo contrario serán ellos quienes asumirán con su patrimonio en juego las consecuencias del fracaso.

IV. BUSCANDO LAS "PALABRAS MÁGICAS" EN UN ESCENARIO DE CUENTO. DELIMITANDO LOS PRINCIPIOS DE UN SISTEMA CONCURSAL

Los principios en cualquier ordenamiento jurídico terminan siendo los pilares sobre los que se construye la institución misma. Somos conscientes que ante cualquier fallo o vacío de la norma podemos recurrir a éstos a fin de interpretar el espíritu de la misma y actuar de la mejor manera posible.

Si tenemos principios claros, bien definidos, garantistas y sobre todo, que promuevan la transparencia de la información y las buenas prácticas dentro del proceso, podremos estar seguros que el sistema habrá dado un gran paso para ganar la eficiencia en su actuación.

Sería ocioso ingresar a la discusión si los principios deberían o no incorporarse al Derecho Positivo. Sin embargo, podemos rescatar de esta polémica que los principios de alguna u otra manera rigen un ordenamiento. He ahí la importancia de tenerlos claramente estipulados.

En un país con una tradición democrática aún insipiente, con una economía de mercado que todavía no se termina de consolidar, con instituciones que no datan de hace mucho, creemos conveniente que los principios estén claramente establecidos en la norma que rige el sistema concursal en el Perú.

A. De la fábula a la realidad. Principios recogidos en el Derecho Concursal Peruano

Universalidad

Se refiere a que los procedimientos concursales producen efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Se dice que los acreedores tienen

el derecho a disponer de todo el patrimonio del concursado a fin de realizar todas las acciones que estimen convenientes para poder cobrar sus acreencias⁶⁴. Es decir, el deudor deberá responder frente a sus acreedores con todos sus bienes, con excepción de aquellos excluidos por la Ley.

A diferencia de un proceso civil donde exista de por medio una ejecución individual en la que el acreedor persigue sólo el bien relacionado con las medidas cautelares por ejemplo, dentro de un procedimiento concursal se logra la afectación de todo el patrimonio del deudor, es decir, la totalidad de bienes del concursado ingresa al proceso.

En un Procedimiento Concursal Ordinario todos los activos del deudor, ya sean tangibles o intangibles, ingresan a la masa concursal. En el peor de los casos, el patrimonio del concursado se liquidará y se pagará hasta donde alcance el patrimonio del insolvente.

Se ha dejado establecido que la exclusión de bienes del patrimonio en crisis una vez que se ha producido su incorporación al concurso, no es algo que puede ser decidido por el deudor, y que por el contrario, todos los bienes que integran dicho patrimonio están obligados a soportar las consecuencias que se adopten en el respectivo proceso concursal⁶⁵.

Colectividad

Los procedimientos concursales promueven la participación de la totalidad de los acreedores relacionados con la crisis patrimonial del deudor teniendo como orientación el beneficio de la masa de acreedores por encima del cobro individual de cada acreedor. Surge la idea de que mientras en una ejecución colectiva se busca el beneficio de todos los acreedores, en una ejecución individual sólo se persigue el cumplimiento de la acreencia pendiente del acreedor que promovió la ejecución.

Si estuviéramos en un escenario donde la crisis económica de la empresa sólo involucrara a un acreedor, se podría esperar un arreglo bilateral entre ambos. Puede que se acuerde liquidar el patrimonio del deudor y con lo recaudado se pague el crédito o parte del mismo, caso contrario se

64 Hay que precisar que la Ley contempla ciertas excepciones como los bienes que son declarados expresamente inembargables por algún dispositivo legal, por ejemplo, en el caso de bienes de cierta naturaleza pertenecientes a personas naturales o las exclusiones de los bienes públicos. Un ejemplo práctico podrían ser los bienes de dominio público a los cuales se les consideran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Para mayor información al respecto se puede revisar la "Ejecutoria del 24 de abril de 2005". HINOSTROZA, Alberto. Jurisprudencia Civil. Editorial Fecat.

65 ROJAS LEO, Juan Francisco. "Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal". Lima: Ara Editores. 2002. pp. 27-28.

podría acordar que se prorrogue el plazo de cumplimiento de la obligación para así darle tiempo a la empresa a recuperar su solvencia financiera. Sin embargo, cuando en este escenario aparece más de un acreedor, la situación ciertamente se complica y es necesario someter a estos agentes a otras reglas de juego con el fin de tratar de satisfacer de la manera más eficiente las acreencias.

El Estado trata de evitar que se desperdicien recursos a través de lo que se llamaría, en Teoría de Juegos, un juego cooperativo frente a un juego no cooperativo⁶⁶.

Es decir, la idea de un mundo sin procedimientos concursales también la podemos enfocar desde el punto de vista del "*Nash Equilibrium*" o "Equilibrio de Nash". Éste concepto corresponde a un juego no cooperativo. Cada acreedor tomaría las decisiones que le permitieran obtener los mayores beneficios posibles dado lo que hace el resto de acreedores. Los beneficios resultantes para cada acreedor serían menores a los que se obtuviesen si se actuara coordinadamente. Es decir, si los acreedores se desenvolvieran siguiendo su propio interés llegarían a una situación donde todos estarían en peor situación a que si actuaran de forma coordinada⁶⁷.

Sin el marco regulatorio de una legislación concursal tendríamos en el escenario estrategias estrictamente dominadas y estrictamente dominantes, donde los acreedores actuando racionalmente optarían por las segundas, es decir, la ejecución de sus garantías. Cualquiera que escogiera la estrategia estrictamente dominada (promover un acuerdo entre todos los acreedores) se correría el riesgo de no cobrar nada ante un acreedor que no opte por una solución global y se lance por su cuenta a ejecutar.

Los jugadores racionales (en este caso los acreedores) no se basan en la conducta de los demás acreedores y utilizan estrategias dominadas puesto que bajo ninguna conjetura la decisión de optar por éstas sería lo óptimo⁶⁸ puesto que el riesgo a quedarse sin patrimonio sobre el que ejecutar es muy alto.

Mucho menos podemos incurrir en el error de creer que podemos predecir el comportamiento de los contrincantes (en este caso los demás acreedores)⁶⁹. Por tanto, no podemos confiarnos que si la empresa resulta viable y nosotros creemos firmemente en su funcionamiento que los otros acreedores estén pensando lo mismo y por tanto, apuesten por una reestructuración por ejemplo.

Es así que bajo este argumento el Estado justifica su intervención en la actividad económica. Una solución sin legislación podría generar en los acreedores otro tipo de costes de transacción. Definitivamente la elección de la estrategia de cada acreedor no sólo depende de su propia racionalidad, sino también de la de su "adversario", lo cual termina siendo una limitación para arribar a una solución paretiana⁷⁰.

Por tanto, el Derecho Concursal se cuida de no generar incentivos erróneos y juegos estratégicos entre los agentes. Busca aplicar herramientas claras y predecibles, muchas veces extrapolando instituciones debe de basarse en los derechos definidos fuera de la actividad concursal; o sea, el proceso concursal debe ser una extensión de la legislación comercial. El concurso tiene como función la de regular la negociación colectiva de los acreedores, esto es los conflictos entre los diferentes grupos que tienen derechos diferentes sobre los activos y el flujo de fondos del deudor.

Indivisibilidad

Dentro de los procedimientos concursales, sobre todo, cuando se habla del principio de universalidad se puede decir que aparece por añadidura el llamado estado o principio de indivisibilidad.

Este se remonta al Derecho Romano en donde se establecía que "los bienes del deudor responden por sus obligaciones" o que "los bienes del deudor constituyen prenda genérica de sus acreedores". Es así que aplicando estas premisas al actual Derecho Concursal podemos decir que la masa crediticia (constituida mediante la Junta de Acreedores) tiene derechos de crédito de carácter

66 En un juego cooperativo, los jugadores pueden negociar contratos vinculantes que les permitan adoptar estrategias conjuntas. En un juego no cooperativo no es posible negociar e imponer un contrato vinculante.

67 PINDYCK, Robert S., y RUBINFELD, Daniel L. "Microeconomía". Quinta Edición. Madrid: Pearson Educación S.A. 2001. pp. 476-478.

68 GIBBONS, Robert. "A Primer in Game Theory". Universidad de Cornell. 1992. ("Un Primer Curso de Teoría de Juegos"). Traducción de Paloma Calvo y Xavier Vilá. Universidad de Northwestern. En: Antoni Bosch editor. Barcelona. 2003. pp. 5-8

69 DIXIT, Avinash K. y Barry J. NALEBUFF. "Thinking Strategically. The Competitive Edge in Business, Politics and Everyday Life". 1991. ("Pensar Estratégicamente. Un arma decisiva en los negocios, la política y la vida diaria"). Traducción de Ana Varela y Alicia Valls. En: Antoni Bosch editor. Barcelona. 2004. pp. 188-189.

70 El Óptimo de Pareto es conocida como aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin tener que perjudicar a otros.

general, integral y total que a su vez deberán ser satisfechos también en su conjunto por otra masa patrimonial (totalidad de patrimonio del concursado), generando así una situación jurídica donde la empresa no puede realizar ningún acto jurídico a título singular o individual que afecten o disminuyan su patrimonio a favor de un acreedor en particular o de terceros que terminarían por lesionar el interés del resto de los acreedores⁷¹

Proporcionalidad

Con este principio partimos de la premisa que el deudor será incapaz de cumplir con la totalidad de las obligaciones que tiene frente a sus acreedores. Por tanto, se establece que los mismos deberán participar proporcionalmente del resultado económico del procedimiento concursal.

Los acreedores deben comprender la imposibilidad de recuperar el íntegro de sus acreencias, por lo que éstos deberán redistribuir las pérdidas del concursado de la manera más eficiente. Esto va claramente en contraposición del principio recogido en el derecho común "*prior in tempore, potior in iure*".⁷² Lo que se promueve el sistema concursal es un trato igualitario en la distribución de las pérdidas por parte de los acreedores. Es en este sentido se manifiesta el *par conditio creditorum* según el cual todos los acreedores participan de manera equitativa tanto de las ganancias como de las pérdidas del concursado sin dejar de lado los privilegios que corresponde a cada uno según la naturaleza o característica de su propio crédito⁷³.

Cabe precisar, que el principio de proporcionalidad antes enunciado y sus órdenes de prelación en el cobro, hace referencia únicamente a los derechos económicos que pudiesen tener los acreedores sobre el pago de sus créditos. Los derechos políticos, como los de voz y voto dentro de las Juntas de Acreedores, se encuentran en

un plano de igualdad sometidos a un mismo y único procedimiento, en el cual bastará sólo la calidad de acreedor reconocido para que se puedan ejercer⁷⁴.

Así pues, se aplica lo que también se conoce en la doctrina como la "ley del dividendo", es decir, se establece que si el patrimonio del insolvente es insuficiente para cumplir con pagar las deudas que se mantiene con la totalidad de acreedores, dicho patrimonio se divide entre los mismos en proporción de todos los créditos existentes, de tal manera que el sacrificio que se hace dejando de cobrar cierta parte de la deuda, resultará proporcionalmente igual para todos los acreedores⁷⁵.

Inicio e impulso de los procedimientos concursales

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento procesal civil y administrativo, donde la actuación del Estado se basa en los principio de oficiosidad y el inquisitivo, en virtud de los cuales la autoridad estatal es la que inicia e impulsa el proceso, dentro del Sistema Concursal el Estado juega un papel básicamente subsidiario.

Bajo esta línea rectora son los interesados en el proceso concursal los que le tienen que darle vida al mismo. Se dice que tanto el deudor como los acreedores son los que gozan de reales incentivos para realizar las acciones que consideran pertinentes dentro del procedimiento. Mientras el Estado podría responder legítimamente por la protección de un interés público, tanto deudor como acreedores se ven movilizados por su propio patrimonio. Con esto no decimos que el interés patrimonial esté por encima del interés público, sin embargo, muchas veces en un escenario influido por móviles económicos el sistema se regula más eficientemente al tener todos los incentivos alineados hacia la misma dirección. Como argumentaría Adam Smith⁷⁶, los intereses personales

71 SOBREVILLA ENCISO, Tomás. "El Proceso Concursal Peruano. La Ley de Reestructuración Patrimonial". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. pp. 103-105.

72 Primero en el tiempo, primero en el derecho.

73 Para mayor información en relación al "par conditio creditorum" y los privilegios crediticios se puede revisar: ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier. "Consideraciones del Derecho Civil acerca de la relación existente, en Sistemas Jurídicos Continentales, entre la Regla del Par Conditio Creditorum y los Privilegios Crediticios". En: Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Volumen 1. Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva. pp.275-298. Así como, GARRIDO GARCÍA, José María. "Tratado de las Preferencias del Crédito". Madrid: Editorial Civitas. 2000. p. 816.

74 Habría que hacer alusión al especial tratamiento del que gozan los créditos reconocidos tardíamente, los cuales dependiendo de si el deudor está en un proceso de reestructuración patrimonial o en un proceso de disolución y liquidación tendrán distintos derechos, por así llamarlos, respecto a su participación en la Junta de Acreedores.

75 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. "Créditos Privilegiados en el Concurso de Acreedores". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Editorial Civitas. 1982. p. 294.

76 Adam Smith fue un economista y filósofo escocés al que se le atribuye una de las más grandes obras de la economía clásica: "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations" ("Ensayo Sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones"). También considerado por muchos como el padre de la Economía Política se dice que propuso a manera de metáfora el concepto de la "mano invisible" según la cual se describe el papel que debe jugar el libre mercado en la asignación de los bienes en la economía.

que mueven a los individuos estarán orientados por una “mano invisible” enrumbada a consolidar esos intereses supuestamente egoístas en un bienestar económico general.

La legislación peruana vigente no solo atribuye a los acreedores un rol protagónico en el procedimiento concursal, sino que además les impone, precisamente en razón de dicho papel preponderante, la responsabilidad de conducir el proceso de manera diligente y celer, a fin de que el concurso pueda cumplir cabalmente su finalidad y alcanzar los objetivos perseguidos por la norma⁷⁷.

Conducta procesal

Como hemos visto anteriormente, el Derecho Concursal debe de promover un escenario donde los costes de transacción se vean reducidos a fin de permitir que se pueda llegar a la solución más eficiente posible. Por tanto, los usuarios del sistema deben ajustar su actuación dentro de los patrones de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Es así pues que la autoridad debe sancionar las conductas basadas en la mala fe, las acciones dilatorias, la temeridad, la poca cooperación del administrado, la falsedad de información o información incompleta, etc. Sólo así se podría desincentivar este tipo de comportamientos que lejos de beneficiar al Sistema Concursal lo encarecerían y volverían ineficiente.

Apreciamos que esta norma tiene un corte de orden ético y moral, sin embargo, lo que se busca es que los usuarios del sistema, ya sean administrados, sus representantes, abogados, y en general, todo aquel que participe en el proceso se guíe por la buena fe, el respeto mutuo, la colaboración y la veracidad. Esto coadyuvará a tener un sistema sólido y confiable, pero por sobre todo, predecible,

lo cual garantizará una mayor seguridad jurídica que al final del día repercutirá positivamente en la reducción de las tasas de crédito.

Tenemos que ser conscientes que en escenarios difíciles como a los que nos referimos dentro un sistema concursal, los acreedores tendrían grandes tentaciones para coludirse y preparar actos simulados que protejan o diluyan lo que queda por repartir en beneficio propio. Por tanto, INDECOPI en virtud a sus atribuciones goza de mecanismos idóneos a fin de evitar que se susciten estos casos. Es por eso que podemos observar procesos en los que se aplican desde sanciones administrativas (amonestaciones y multas) hasta los que se llega a una denuncia penal por fraude en la empresa y en el concurso.

Integración de la norma

El Derecho Concursal por más que sea una rama jurídica que tiene una aplicación especial y procedimientos sui generis, a la vez se nutre de otras instituciones del Derecho como lo son el Derecho Constitucional, el Derecho Mercantil, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, entre otros. Por tanto, no se puede argumentar una falencia o deficiencia dentro del ordenamiento concursal para dejar de resolver asuntos de su competencia pues las autoridades respectivas podrán apoyarse en otras ramas del Derecho.

Ya el artículo 139, numeral 8 de la Constitución Política del Perú⁷⁸ reconoce como principio de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, refiere en el artículo VIII de su Título Preliminar que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les propongan, por deficiencias de sus fuentes⁷⁹.

77 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI - Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 0532-2008/TDC-INDECOPI del 12 de marzo de 2008. Expediente N° 247-2001/CRP-ODI-ULI. Banco de Crédito del Perú v. Sr. Raúl Ayvar Cevallos. p. 9.

78 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1) (...)

8) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

79 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY N° 27444. Artículo VIII del Título Preliminar.- Deficiencia de fuentes Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento.

Por otro lado, tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil, en sus respectivos Títulos Preliminares,⁸⁰ recogen la integración como principio en aras de resolver todo lo que les sea de su competencia.

Es así pues que al Derecho Concursal se le aplican las mismas reglas de juego que los ordenamientos antes revisados. La autoridad administrativa deberá recurrir a los principios generales del Derecho, en especial a los que inspiran el régimen concursal a fin de proceder con los actos administrativos de su competencia de la manera más eficaz y célere posible.

Rol promotor del Estado

Le corresponde al Estado a través del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI), facilitar y promover un escenario en donde tanto los acreedores como el deudor puedan llegar a una negociación eficaz. Atendiendo así, simplemente a un rol subsidiario, velando por el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro de los procedimientos concursales, vigilando el respeto a las formalidades establecidas en la Ley.

El Estado para con el Sistema Concursal tiene un doble rol de facilitador/promotor y controlador, pero sin perder la perspectiva privada del mismo. Resulta trascendental para alcanzar su real funcionamiento que el INDECOPI simplemente haga el papel de árbitro más no intervenga en el juego.

Un marco legal que promueva la transparencia y flujo de la información, que brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, contribuirá de manera importante a reducir el coste del financiamiento⁸¹.

Tal cual conocemos al Derecho Concursal en la actualidad, debemos entender que son las partes

con intereses involucrados (deudor, acreedores, trabajadores, proveedores, abogados, representantes, etc.) los que deben desempeñar un rol protagónico. Por tanto, a ellos les corresponde buscar la solución más eficiente ante un escenario de crisis patrimonial, es decir, ellos son los que deberán optar por liquidar el patrimonio del deudor si consideran que el negocio liquidado tiene más valor que el negocio en marcha, o de lo contrario, optar por una reestructuración patrimonial si consideran que la empresa es viable y resulta más rentable mantenerla funcionando que liquidándola.

Todo esto debe darse en orden al mayor respeto posible por la autonomía de la voluntad de los privados y con la menor intervención estatal. INDECOPI sólo debe entrar en el escenario en supuestos excepcionales y siempre de manera subsidiaria a la actuación de los privados.

Principio de excepcionalidad

Cabe precisar que ni en nuestro ordenamiento así como en la legislación comparada revisada encontramos alguna referencia expresa al que debería ser un principio recogido por todo marco legal. Nos referimos al "principio de excepcionalidad". Puede argumentarse que dado el manejo que se otorga al Derecho Concursal se sobreentiende que estamos frente a un procedimiento sui generis, con herramientas y dispositivos que no les son propios al derecho común. Sin embargo, como señalara Luis Francisco Echeandía Chiappe, el no reconocer el carácter excepcional de la aplicación de las normas concursales es desconocer la naturaleza y fundamento del Derecho Concursal. Por tanto, pretender que las normas concursales ingresen dentro del ámbito legal que rigen las relaciones jurídicas de las personas ordinarias es incurrir en un error no sólo de concepción sino una equivocación que le puede traer consecuencias negativas directas a la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento y por tanto, afectarla gravemente⁸².

Concluimos afirmando que tenemos que ser conscientes que la asistencia financiera a empresas en

80 CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984. TÍTULO PRELIMINAR. Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la Ley.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ DE 1993. TÍTULO PRELIMINAR. Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

81 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF). "Acceso a financiamiento a través del Mercado de Valores". Documento de trabajo publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de mayo de 2001. Lima, Perú.

82 ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. "Odisea Concursal y Crisis empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador". En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 22. 2001. pp. 198-199.

vías de reestructuración, reorganización, o simplemente concursadas, es un tema central para superar cualquier situación de crisis. Somos claros al decir que una empresa con dificultades financieras sólo podrá salir a flote con capital nuevo, con nuevos créditos otorgados⁸³. Siguiendo los principios antes descritos se genera de cierta manera un escenario lo suficientemente garantizado para que se pueda apostar nuevos capitales en una empresa cuando se crea que la misma resulta viable.

B. “Ábrete sésamo”. Principios generales recogidos por el INSOL Lenders Group

Cuál palabras mágicas pronunciadas por Alí Babá, si se recogen en la legislación concursal y se ponen en práctica los principios que se detallarán a continuación, es probable que ingresemos a un escenario maravilloso. Quizás no accedamos a una cueva llena de tesoros, sin embargo, podríamos obtener un panorama favorable para el crédito, un mercado más dinamizado y por supuesto, un sistema jurídico que goce de predictibilidad y confiabilidad entre los agentes económicos.

Estos principios son pautas que luego de diversos estudios, principalmente los realizados de manera minuciosa por el INSOL Lenders Group (Grupo de Dadores de Crédito de INSOL)⁸⁴ se consideran de gran importancia para que se regule un sistema concursal yendo de la mano con criterios de análisis económico. Por tanto, creemos conveniente analizar estos ocho principios, considerando que deberían estar estipulados en cualquier ordenamiento concursal.

De una u otra manera, este estudio recoge información, experiencia y data de distintas legislaciones y realidades. He ahí que resaltamos la importancia de los principios que a continuación comentamos:

PRIMER PRINCIPIO: Cuando un deudor se halla en dificultades financieras, todos los acreedores deben estar preparados para cooperar entre sí para dar suficiente (aunque limitado) tiempo (un “*Standstill Period*”, período de espera) al deudor

para que la información acerca del deudor sea obtenida y evaluada, y para que propuestas a fin de solucionar las dificultades financieras sean formuladas y debidamente valoradas, salvo que tal curso de acción sea inapropiado en el caso en particular.

SEGUNDO PRINCIPIO: Durante el período de espera, todos los acreedores deben acordar la retracción de tomar medidas de ejecución de sus créditos frente al deudor o (distinta a la cesión de su crédito a un tercero) reducir su exposición al deudor, pero tendrían derecho a esperar que durante tal período su posición relativa frente a otros acreedores y entre sí no se vea perjudicada.

TERCER PRINCIPIO: Durante el período de espera, el deudor no debe realizar actos que puedan afectar negativamente la perspectiva de retorno de los acreedores (sea en forma individual o colectiva), comparándola con el *Standstill Commencement Date* (fecha de inicio de la espera).

CUARTO PRINCIPIO: Los intereses de los acreedores se encuentran mejor protegidos al coordinar su respuesta con el deudor en dificultades financieras. Tal coordinación será facilitada por la selección de uno o más comités de coordinación representativa y por la designación de asesores profesionales para aconsejar y asistir a tales comités y, cuando fuese apropiado, a los acreedores participantes en el proceso en su conjunto.

QUINTO PRINCIPIO: Durante el período de espera, el deudor debe proveer y permitir que los acreedores y/o asesores profesionales tengan razonable y oportuno acceso a toda la información relevante relacionada a los activos, pasivos, negocios y perspectivas del deudor, a fin de permitirles una apropiada evaluación de su posición financiera y de cualquier propuesta a ser realizada a los acreedores relevantes.

SEXTO PRINCIPIO: Las propuestas para la resolución de las dificultades financieras del deudor y los acuerdos, en la medida en que fueron practicable, entre los acreedores deben estar relacionados a cualquier espera, reflejar la ley aplicable

83 RIVERA, Julio César y ROITMAN, Horacio. “El Derecho Concursal en la Emergencia”. En: Biblioteca Jurídica Virtual-Revista Latinoamericana de Derecho 1. 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). pp. 393-394.

84 El INSOL Lenders Group formado y operando bajo el auspicio de INSOL Internacional, ha elaborado su Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts (Declaración de Principios para un Método Global de Abordaje de los Acuerdos Extrajudiciales con Acreedores Múltiples). Tras consultar con máximos representantes de los acreedores de todo el mundo, incluyendo representantes de más de 150 bancos comerciales, compañías aseguradoras, administradores de fondos comunes y de pensión, hedge funds y compradores de deudas apremiantes, así como el Banco de Inglaterra, el proyecto redujo sus conclusiones a una declaración de ocho principios fundamentales.

y la posición relativa de los acreedores relevantes al comienzo del Standstill Commencement Date (fecha de inicio de la espera).

SÉPTIMO PRINCIPIO: La información obtenida a propósito del proceso referido a activos, pasivos y negocios del deudor y para resolver sus dificultades mediante cualquier propuesta debe estar disponible a todos los acreedores importantes y debe ser tratada como confidencial, salvo que se encuentre disponible al público.

OCTAVO PRINCIPIO: Si se provee de fondos adicionales durante el *Standstill Period* (período de espera) o bajo cualquier propuesta de reestructuración o rescate, a la devolución de tales fondos adicionales debe, en la medida en que fuese practicable, acordárseles privilegio frente a otros endeudamientos o créditos de los acreedores iniciales.

Como vemos, estos principios están orientados a generar seguridad entre los usuarios del sistema a través de un correcto funcionamiento del proceso concursal. Asimismo, se cautela que la afectación de los derechos (tanto de los acreedores y el deudor) se realice en pos de un mejor escenario para todos. En ningún momento se propone una restricción dramática de derechos sin una justificación razonada.

Ante todo, tenemos que tener presente que la limitación de derechos dentro del proceso concursal debería ser la excepción, no la regla. Si los derechos de los acreedores o del mismo deudor ex ante la insolvencia varían dramáticamente de los derechos de los acreedores o del deudor ex post la insolvencia, es lógico pensar que éstos no van a acudir a un proceso concursal, no van a tener los incentivos necesarios para ingresar al sistema, o de lo contrario, sólo entrarán para sacar un provecho personal, por ende, se tratará de sacar una ventaja individual que posiblemente afectará al interés colectivo.

V. "MORALEJAS"

El éxito del correcto funcionamiento de una economía moderna tiene que ver mucho con lo que se haga en relación al manejo crediticio. Por lo tanto, se requiere de mecanismos eficientes que faciliten una ejecución predecible, transparente y accesible para los agentes del mercado. No va existir el crédito o por lo menos, crédito barato, mientras el que presta dinero no cuente con una adecuada protección brindada tanto por las garantías legales que pudieran existir, así como por las autoridades competentes.

- a) La legislación concursal, pese a su importancia, no resulta imprescindible desde punto de vista jurídico. Efectos similares a los inducidos por dicha norma pueden ser generados a través de cláusulas incorporadas en un contrato llevado a cabo entre deudor y acreedor. Es así que una norma concursal podría interpretarse como un contrato "*standard*". Sin embargo, lo que hace atractivo a un sistema concursal, es que reduce considerablemente los costes de transacción al evitar que deudores y acreedores deban negociar ex ante cómo deberían desenvolverse en caso se presentara un evento o situación altamente improbable al configurar cada uno de los contratos que suscriben. Asimismo, los acreedores se ahorran los costes asociados a la obligación que se generaría para verificar que se haya producido dicho evento o situación. Finalmente, se promueve un escenario adecuado para la negociación, escenario en el cual se brindan las garantías del caso a fin de arribar a una solución que beneficie a todos. Por tanto, si bien una Ley Concursal podría ser jurídicamente prescindible, resulta ser económicamente eficiente y por ende socialmente deseable.
- b) Mientras se pueda negociar en privado, hay que evitar ingresar a un proceso concursal. Caso contrario, si se opta por someterse a uno, lo mejor es contar con el apoyo de los acreedores, al final del día ellos son los que deciden. No hay mejor deudor que aquel que reconoce su responsabilidad en la crisis y demuestra su voluntad de aportar a la solución y no hay nada peor que un acreedor que sólo busca cobrar cuanto antes así se frustre la solución más eficiente. Por tanto, no es suficiente una buena norma concursal si no se cambia la mentalidad de los usuarios del sistema. Se debe tener claro que el sistema concursal debe tener como objetivo la protección el crédito y que éste sólo puede verse protegido con procedimientos efectivos, de poca duración y que gocen de seguridad jurídica.
- c) El ingreso a un proceso concursal no garantiza que los recursos de la empresa se administren eficientemente, esto depende únicamente de las decisiones que tomen los acreedores. La imposibilidad del deudor en poder cumplir oportunamente con el pago de sus obligaciones afecta de modo directo a sus acreedores, quienes ven sustancialmente reducidas sus expectativas de cobro a medida que dicha situación se prolonga en

el tiempo y el patrimonio del deudor se torna cada vez más insuficiente para responder por la totalidad de los pasivos generados por la actividad empresarial que aquél desarrolla en el mercado. He ahí donde radica la importancia de decidir rápidamente y de la mejor manera posible.

- d) Los procesos concursales tienen por objetivo reestructurar o liquidar el patrimonio de la empresa. No busca que los acreedores puedan cobrar rápido, lo que se trata de promover es un escenario adecuado para que se puedan tomar las decisiones eficientes. Las empresas de cierta manera son como los humanos, no son inmortales. No resulta eficiente aferrarse al funcionamiento de un negocio inviable. Éstas deben “vivir” o “morir” en el mercado. El daño que se causa al sistema resulta mayor si se pretende enfocar esfuerzos para proteger a una empresa de las fuerzas del mercado.
- e) Ley Concursal sólo debe constituirse en una herramienta para prevenir situaciones de crisis (Concursos Preventivos por ejemplo), evitar la “canibalización” del patrimonio de los deudores insolventes por parte de los acreedores, garantizar los legítimos intereses de los usuarios del sistema y velar por el correcto y transparente manejo del proceso mientras este dure. Todo esto facilitará la promoción de un ambiente favorable para que se pueda llegar a una negociación eficiente, es decir, optar por una reestructuración patrimonial cuando el valor de la empresa en marcha sea superior al valor de la empresa fuera del mercado, o de lo contrario, una disolución y liquidación de

la misma cuando el valor de la empresa en marcha sea inferior al valor de la empresa liquidada.

- f) Una ley concursal debe tener como principal objetivo. Teniendo este rumbo claro, no sólo se beneficiará a los acreedores, sino que ex ante, los eventuales deudores podrían acceder a préstamos con tasas de interés más bajas. No cabe duda que uno de los mecanismos dinamizadores del mercado es el crédito, y por tanto, el Derecho Concursal debe cautelarlos.
- g) Con un sistema concursal que proteja el crédito, los agentes dadores del mismo, no tendrían temores en otorgarlo, incluso bajar las tasas de interés, pues existiría una expectativa razonable de pago debido a la existencia de instituciones que protegen sus intereses a través de derechos a la propiedad bien definidos, hipotecas, contratos, seguros y un sistema judicial y/o administrativo relativamente eficaz.
- h) A través de la promoción de escenarios donde los interesados en el concurso puedan tener las garantías y el tiempo necesario para poder decidir en un ambiente adecuado se podrán llegar a soluciones eficientes. No necesitamos crear condiciones pro-deudor o pro-acreedor, simplemente debemos generar pautas para que los intereses estén alineados a favor de optar por el mejor camino posible. Esto inconscientemente favorecerá el crédito, por tanto, un mercado más activo y con mayor dinamismo económico.

LA MAL LLAMADA “REPRESENTACIÓN ORGÁNICA”

Luis Miguel Velarde Saffer*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Durante mucho tiempo se han producido largas discusiones a nivel de doctrina entre la teoría de la representación y la teoría de los órganos en relación a la conceptualización de la llamada representación orgánica.

En el presente artículo el autor plantea, de una forma lúcida y sencilla, cuáles son los criterios que deberán ser considerados para resolver la mencionada discusión académica. Asimismo, y a manera de introducción, nos brinda una breve pero sólida explicación sobre los elementos característicos de la representación y la estructura de la persona jurídica.

* Abogado. Adjunto de docencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

I. ASPECTOS GENERALES

La autonomía privada es el poder que tienen los particulares de regular sus intereses dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Tal poder ha sido recogido en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, normas que reconocen la libertad de contratar y la libertad contractual de las personas¹. Así, la autonomía privada permite que cada quien decida con quién contrata y en qué términos lo hace.

Ahora bien, en la vida moderna se hace cada vez más difícil que las personas puedan siempre atender personalmente sus negocios. Piénsese en las grandes dificultades prácticas que conllevaría que cada quien, en ejercicio de su autonomía privada, participe y ejecute personalmente sus negocios, así como en el menoscabo que esta situación produciría en la esfera patrimonial de los involucrados (menor número de transacciones celebradas). Esta situación lleva a Larenz a señalar que “en una economía de intercambio evolucionada se origina la necesidad imperiosa de hacer que otro actúe en lugar del interesado, de forma que aquél, el representante, pueda constituir efectos jurídicos para el representado del mismo modo que éste puede constituirlos para sí”².

Estas y otras razones conllevaron el surgimiento de la figura de la representación, la cual permite que alguien coopere con otra(s) persona(s) en el desenvolvimiento de sus negocios³. Siguiendo a Messineo, puede decirse que “la representación es un caso particular de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra (...) Como tal, la representación es un hecho, aun cuando sea un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia”⁴.

Sin perjuicio de reconocer, como se explicará más adelante, la existencia de diversos tipos de representación, puede afirmarse que nos encontramos

ante un supuesto de representación cuando se presenta: (i) un poder de representación, cuya fuente podrá ser diversa; (ii) una actuación en “nombre de otro”, de tal forma que los efectos jurídicos de la actuación del representante recaigan en la esfera jurídica del representado; y (iii) una capacidad negocial, aunque ella sea limitada⁵. La necesaria concurrencia de estos elementos nos permite distinguir la representación de otras figuras afines, tales como la del nuncio⁶, así como del caso en que otras personas intervienen -por ejemplo- en la fase que precede a la celebración de algún acto jurídico⁷.

La existencia de una representación y, por ende, de una relación representativa genera diversas consecuencias. Dichas consecuencias pueden apreciarse en dos planos, a saber (i) en la eficacia o ineficacia de los actos celebrados por el representante respecto de su representado (o de su supuesto representado); y (ii) en la relación obligatoria que une al representante y su representado.

En relación al primero de los planos mencionados, tenemos que los actos que el representante lleve a cabo dentro de las facultades que le fueron conferidas desplegarán sus efectos jurídicos directamente en la esfera de su representado; por el contrario, si el representante lleva a cabo un acto excediendo las atribuciones que le fueron concedidas, o en todo caso violándolas, dicho acto no generará efectos jurídicos en la esfera de su representado y, por ende, no lo vinculará de forma alguna, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente a su representado y frente a terceros. A la misma consecuencia se arriba en el supuesto del *falsus procurator*, es decir, en el caso de que alguien, careciendo de todo tipo de facultades, celebre un acto en nombre y representación de su supuesto representado.

Así, caben dos posibilidades: (i) que el representante actúe dentro de las facultades que le fueron conferidas; y (ii) que el representante exceda o

¹ Básicamente, la libertad de contratar puede definirse como el poder de decidir si se contrata o no y con quién se contrata, mientras que la libertad contractual es el poder de definir los términos y condiciones (el contenido) del contrato estableciendo así las relaciones jurídicas de las que los contratantes deciden formar parte.

² LARENZ, Karl. “La representación como actuación jurídico-negocial”. En: Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Tercera edición original alemana. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. 1978. p. 756.

³ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. “Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos”. Tomo I. Volumen 2. Traducción al español por Fernando Hines-trosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1992. p. 703.

⁴ MESSINEO, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción al español de Santiago Sentis Melendo. 1979. p. 405.

⁵ LARENZ, Karl. Op. Cit. pp. 771-792.

⁶ Se entiende por nuncio a aquella persona que se limita a transmitir una declaración del todo predeterminada por el sujeto interesado, siendo así un mero vehículo de dicha declaración.

⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. Cit. pp. 703-704.

viole sus atribuciones, o en todo caso que celebre un acto en calidad de *falsus procurator*. En el primer supuesto el acto celebrado será plenamente eficaz respecto de su representado; en el segundo el acto será ineficaz y, por ende, no será oponible al representado (o, tratándose del *falsus procurator*, al supuesto representado). La ineficacia de los actos descritos en el literal ii) de este párrafo se encuentra expresamente contemplada en el artículo 161 del Código Civil⁸, sin perjuicio de la facultad del representado (o del supuesto representado) de ratificar el acto celebrado y, por ende, de quedar vinculado con el mismo⁹.

Ahora bien, en cuanto al segundo de los planos indicados, vemos que existen una serie de deberes a cargo del representante, los cuales tienen como base (y como criterio de interpretación) el vínculo de confianza existente entre representante y representado. Siguiendo a Díez Picazo, podemos decir que el representante tiene los siguientes deberes: (i) *deber de fidelidad o lealtad*, el cual lo obliga a comportarse como se espera de acuerdo con la confianza en él depositada; (ii) *deber de llevar a cabo la gestión encomendada*, el cual lo obliga a cumplir las instrucciones que le fueron impartidas y a actuar diligentemente; (iii) *deber de información y de consulta*, donde el primero lo obliga a mantener informado al representado sobre el desarrollo del encargo encomendado, y el segundo lo obliga a solicitar especiales instrucciones de su representado cuando las circunstancias lo ameriten; y (iv) *deber de custodia y conservación* de aquellos bienes que le hubiesen sido entregados por su representado¹⁰.

De lo expuesto puede apreciarse con claridad la diferencia entre el plano interno, es decir, la relación que une al representante y su representado (que involucra el cumplimiento de ciertos deberes e instrucciones), y el plano externo, el cual se vislumbra en la relación del representante (en ejercicio de las facultades conferidas) con terceros. La importancia de esta distinción se aprecia con claridad en el ámbito mercantil, donde el instituto de la representación perdería -en gran medida-

aplicación si es que únicamente se considerasen como válidos aquellos negocios que el representante hubiese celebrado en cumplimiento de sus deberes. En esta línea, Flume tiene dicho que “el instituto de la representación sería impracticable en el tráfico si solamente se pudiera contar con los negocios del representante bajo el presupuesto de que éste cumpliera con su deber. Pues en el tráfico jurídico, por regla general, no se puede apreciar si el representante cumple con su deber. La representación como figura del tráfico jurídico exige evidencia del poder de representación. Esta no se daría si el poder de representación en general sólo existiera dentro de los límites del vínculo obligatorio del representante”¹¹.

II. TIPOS DE REPRESENTACIÓN

La representación puede ser clasificada de diversas maneras, las cuales detallamos a continuación:

A. Representación activa y pasiva

La representación es posible tanto en la emisión como en la recepción de una declaración de voluntad. Así, la representación será activa cuando el representante celebre un negocio y emita su declaración de voluntad; mientras que la representación será pasiva cuando el representante se halle en lugar del representado para la recepción de una declaración verbal o escrita¹². En cualquiera de los casos indicados, el efecto jurídico es el mismo que si el representado hubiese emitido o recibido la declaración¹³.

B. Representación directa e indirecta

En virtud de la representación el representante adquiere la facultad de obrar en nombre de su representado, produciendo los negocios celebrados por el primero sus efectos en la esfera jurídica del segundo. Esta representación es conocida como directa y supone la actuación en nombre del representado¹⁴. Ahora bien, se ha esbozado el concepto de la representación indirecta (conocida

⁸ “Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.

⁹ “Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración (...)”.

¹⁰ DÍEZ PICAZO, Luis. “La Representación en el Derecho Privado”. Madrid: Civitas S.A. 1979. pp. 99-108.

¹¹ FLUME, Werner. “Representación y poder en el negocio jurídico”. Cuarta Edición. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 1998. p. 917.

¹² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. “Representación voluntaria y negocio de apoderamiento”. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata 48. Año 28. p. 172.

¹³ LARENZ, Karl. Op. Cit. pp. 757-758.

¹⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. Cit. p. 711.

también como “representación oculta”), la cual supone que el representante, actuando en nombre propio, concluya con un tercero un negocio, adquiriendo él mismo los derechos y las obligaciones que se deriven, aunque quedando obligado a transmitir aquellos derechos y obligaciones a su representado¹⁵.

Como podrá apreciarse, en la representación indirecta el representante actúa en nombre propio, lo que nos permite concluir que no nos encontramos ante un supuesto de representación¹⁶. En nuestro ordenamiento, la representación indirecta ha sido recogida en el artículo 1809 y siguientes del Código Civil, en donde se regula la figura del mandato sin representación¹⁷.

C. Representación voluntaria y legal

La representación puede tener diversas fuentes. En primer término, la representación será voluntaria cuando se origine en un acto de voluntad del representado, quien otorga ciertas facultades directamente al representante. El fundamento de este tipo de representación es claro: la dificultad práctica que en el tráfico mercantil conllevaría que cada persona ejecute, directa e íntegramente, sus respectivos negocios. En este caso la extensión de las atribuciones del representante dependerá única y exclusivamente de la voluntad del representado.

En segundo lugar, la representación será legal cuando derive de la ley o de una decisión judicial (ello porque, en el último caso, el juez siempre operará en base a una norma legal). El legislador ha tomado en cuenta que existen ciertas personas que, sin dejar de ser sujetos de derecho, carecen de la capacidad de obrar necesaria para ejercer plenamente su autonomía privada. Por esta razón dichas personas se ven sustituidas plenamente por otras, los llamados “representantes legales”, quienes podrán ejercer aquellas atribuciones que legislativamente les hayan sido conferidas, con in-

cidencia directa de sus actos en la esfera jurídica del representado¹⁸. Ejemplos de representantes legales son los padres, quienes ostentan la patria potestad de sus menores hijos¹⁹, los tutores, quienes cuidan de aquellos menores que no se encuentren bajo la patria potestad de sus padres²⁰, y los curadores, quienes cuidan de aquellas personas -mayores de edad- que sean relativa o absolutamente incapaces²¹. Asimismo, existen otros casos donde resulta discutible si nos encontramos ante verdaderos representantes legales, tales como los albaceas, los administradores de un testamento, entre otros²².

Reconocida la diferencia entre la representación voluntaria y la representación legal, corresponde señalar que ambas -por su propia naturaleza- tienen un tratamiento diferenciado.

Como señalamos líneas arriba, con la representación legal el legislador ha pretendido tutelar el interés de ciertas personas, las cuales, por diversos motivos, se encuentran privadas de su capacidad de obrar. En tal sentido, el legislador tiene que regular la actuación de dichos representantes, resguardando así los intereses de los representados y garantizando el ejercicio correcto de las atribuciones conferidas. Esa es, por ejemplo, la razón de ser del artículo 167 del Código Civil, según el cual “los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: 1.- Disponer de ellos o gravarlos; 2.- Celebrar transacciones; 3.- Celebrar compromiso arbitral; y 4.- Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial”.

Nótese entonces que, a diferencia de lo que sucede con la representación voluntaria (donde únicamente el artículo 156 del Código Civil señala que “para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitante y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”), tratándose de la

¹⁵ LARENZ, Karl. Op. Cit. pp. 762-763.

¹⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Op. Cit. p. 172.

¹⁷ “Artículo 1809.- El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato.
Artículo 1810.- El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe”.

¹⁸ DIEZ PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 289.

¹⁹ “Artículo 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.

²⁰ “Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombra tutor que cuide de su persona y bienes”.

²¹ “Artículo 565.- La curatela se instituye para:

1.- Los incapaces mayores de edad.

2.- La administración de bienes.

3.- Asuntos determinados”.

²² Para un mayor análisis de esta problemática consultar LARENZ, Karl. Op. Cit. pp. 760-762; DIEZ PICAZO, Luis. Op. Cit. pp. 287y 288.

representación legal el legislador ha establecido otros supuestos en los que el representante requiere, necesariamente, contar con autorización expresa. Así, ella es necesaria para la celebración de transacciones, de compromiso arbitral (*rectius*, convenio arbitral), entre otros. Tal diferente regulación no hace más que demostrar que, por la especial naturaleza de la representación legal, el legislador busca -con mayor énfasis- velar por el ejercicio correcto del cargo²³.

III. EL CASO DE LA "REPRESENTACIÓN ORGÁNICA"

Se ha argumentado la existencia de una "representación orgánica", la cual se verificaría en aquellos casos en que los órganos de las personas jurídicas ejecuten actividades negocials imputables a la entidad de la cual forman parte²⁴.

Como es sabido, las personas jurídicas son una creación humana que responde a las exigencias del tráfico mercantil, a las exigencias derivadas de la modernidad y de la evolución de los negocios. Así, la creación de las personas jurídicas genera, entre otros, los siguientes beneficios (i) creación de un ente distinto de sus miembros; (ii) diferenciación del patrimonio de la persona jurídica y de sus miembros; (iii) en la mayoría de casos, la limitación de la responsabilidad de los miembros de la persona jurídica a los aportes efectuados²⁵ y (iv) la agilización del tráfico comercial (ya que las diversas transacciones se celebrarán con una misma persona).

Ahora bien, resulta claro que las personas jurídicas, al ser ficciones jurídicas, no pueden expresar su voluntad por sí mismas, razón por la cual requieren de órganos (conformados por personas) que formen su voluntad y la transmitan. En este punto es donde se presenta la cuestión de la "representación orgánica", es decir, la discusión sobre si los órganos de la persona jurídica actúan como verdaderos representantes de ella. Díez Picazo, reseñando las diversas teorías esbozadas en relación con esta materia, ha señalado que "en la doctrina se ha discutido si las personas físicas

que actúan en nombre o por cuenta de la persona jurídica merecen el genuino calificativo de representantes o si son, por el contrario, "órganos" de la entidad"²⁶. La diferencia entre ambos puntos de vista radica en que la teoría del órgano "concibe a la persona jurídica como un ser con plena capacidad de obrar que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro del círculo de la competencia de cada uno de ellos vale o se considera como actos de la persona jurídica de manera que no existe ninguna intermediación. La persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando. Según la teoría de la representación, la persona jurídica se piensa como un ser incapaz de obrar por sí mismo, que, a semejanza con lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal"²⁷.

Nótese que los postulados de la teoría del órgano y de la teoría de la representación no conllevan únicamente una distinción en el plano conceptual. Por el contrario, la adopción de una u otra posición hará que, ante determinadas circunstancias, se generen consecuencias totalmente distintas, con gran incidencia práctica. Así, tómese como ejemplo el caso de los actos ilícitos. Siguiendo los postulados de la teoría de la representación tenemos que, al ser la persona jurídica un ente sin capacidad de obrar, los actos ilícitos que pudieran realizar sus órganos no le resultan imputables. Por el contrario, siguiendo los fundamentos de la teoría del órgano, la persona jurídica, al ser un ente con plena capacidad de obrar, deberá asumir la responsabilidad derivada de los actos ilícitos que sus representantes pudiesen realizar²⁸. Adicionalmente, tómese en cuenta que, dependiendo de la teoría cuyos postulados se adopten, los medios de impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos de una persona jurídica serán distintos. Así, partiendo de que los órganos forman parte de la estructura interna de la persona jurídica y, en consecuencia, que forman su voluntad, los mecanismos de impugnación estarán dirigidos a cuestionar la formación de dicha voluntad. Por el contrario, si creemos que los órganos son reales representantes de una persona jurídica, el cuestio-

²³ BELTRÁN PACHECHO, Jorge. "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p. 734.

²⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. Cit. p. 705.

²⁵ Nótese que las ventajas enunciadas en los literales (i), (ii) y (iii) han sido recogidas en el artículo 78 del Código Civil, según el cual "la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas".

²⁶ DIEZ PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 70.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibid. pp. 70-71.

namiento de sus actos no involucrará la voluntad de dicho ente, sino más bien la eficacia de los actos de dichos representantes (y, consiguientemente, su oponibilidad) respecto de la persona jurídica.

Dicho esto, pasamos a explicar las razones por las que consideramos que los órganos de una persona jurídica, como tales, no tienen una relación representativa con ella y, en consecuencia, no la representan.

La persona jurídica existe y, por ende, es sujeto de derechos desde el día de su inscripción en los Registros Públicos²⁹. Desde este momento dicho ente cuenta con capacidad de obrar y, por ende, tiene la posibilidad de asumir derechos y obligaciones.

Como señalamos líneas arriba, al ser las personas jurídicas entes abstractos ellas requieren de las personas físicas para realizar sus actividades y, por ende, ejecutar actos negociales. Estas personas físicas pueden cumplir dos funciones, a saber (i) formar parte de algún órgano de la persona jurídica; y/o (ii) actuar como representantes de ella.

Los órganos forman parte de la estructura interna de la persona jurídica, compenetrándose con ella y permitiendo que lleve a cabo el desarrollo de su objeto social. Siendo parte de su estructura interna, el órgano permite que la persona jurídica tenga una voluntad y la exprese. Como señala Messineo "con abstracción del órgano, la persona jurídica no podría ni tener ni -mucho menos- expresar una voluntad"³⁰. De esta forma, al ser el órgano intrínseco a la persona jurídica, a través de aquel dicho ente *obra directamente y en nombre propio*³¹. En resumidas cuentas la persona jurídica, a pesar de que no pueda obrar materialmente hacia el exterior (por ser un ente), es parte del acto realizado por sus órganos.

Ahora bien, es preciso indicar que los órganos, a pesar de compenetrarse con la persona jurídica, pueden cumplir roles distintos dentro de ella. Así, dentro de una persona jurídica existirán "órganos deliberantes" y "órganos ejecutivos". Son órganos deliberantes aquellos donde se manifiesta la voluntad social (por ejemplo, la Junta General de Accio-

nistas en una sociedad anónima); por su parte, son órganos ejecutivos aquellos que deben ejecutar las decisiones del órgano deliberante y, además, que se encuentran facultados para tomar cierto tipo de decisiones dentro de la persona jurídica (decisiones ordinarias en el marco de su objeto social). En relación con lo último, Garrigues tiene dicho que a los administradores (órganos ejecutivos) "corresponde la dirección de la vida interna de la sociedad (acuerdos y decisiones sobre los negocios en curso)", quienes también "(...) cuidarán de impulsar la actividad de la compañía para conseguir el objeto social, cumpliendo las leyes, los estatutos y las decisiones de la junta general"³².

De lo dicho se aprecia que tanto los órganos deliberativos como los órganos ejecutivos permiten la formación y expresión de la voluntad de la persona jurídica de la cual forman parte. Sin embargo, como más adelante se explicará, esta situación no obsta que los órganos ejecutivos, además de la labor de gestión que les resulta inherente, puedan también contar con facultades de representación de la persona jurídica.

Por otro lado, el representante es aquel que actúa en nombre de otro, de manera tal que los efectos jurídicos del negocio por él realizado se despliegan en la esfera de su representado. En este caso cobra particular relevancia que el representante, a pesar de actuar en nombre ajeno, *declara su propia voluntad*, es decir, emite su propia declaración de voluntad aunque en nombre y con efectos jurídicos en la esfera de su representado³³.

De lo expuesto, resultan claras las diferencias entre el órgano de una persona jurídica y un representante. En nuestra opinión, la diferencia de rigor radica en que a través del órgano la persona jurídica declara su propia voluntad, mientras que el representante no declara la voluntad del representado sino que, por el contrario, declara su propia voluntad aunque con efectos jurídicos en la esfera de su representado. En resumidas cuentas, el órgano y la persona jurídica se compenetran y, en consecuencia, existe una única voluntad. En contraste, en la relación representativa existe una dualidad de voluntades, las cuales incluso podrían ser distintas³⁴.

²⁹ "Artículo 77.- La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley (...)".

³⁰ MESSINEO, Francesco. Op. Cit. p. 412.

³¹ Ibidem.

³² GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Madrid: Imprenta Aguirre. 1976. p. 560.

³³ FLUME, Werner. Op. Cit. p. 882.

³⁴ MESSINEO, Francesco. Op. Cit. p. 412.

Como consecuencia de lo anterior se aprecia otra importante diferencia, a saber, que mientras la persona jurídica obra en nombre propio a través del órgano, el representante obra siempre en nombre ajeno, esto es, en nombre de su representado.

Por las razones expuestas, y siguiendo a Bigliazi, creemos que “el órgano, entonces, no asume, en cuanto tal, el carácter de representante, dado que, a diferencia de lo que sucede en las hipótesis de representación voluntaria, en realidad, no es diferenciable del así llamado *dominus* del

negocio. De otra parte, no se excluye el que la persona jurídica confiera expresamente a otro sujeto -que inclusive puede ser uno de los propios órganos- una función específica de representación, en orden, por ejemplo, a la realización de un determinado asunto (representación especial), cuyo diligenciamiento no entra en la competencia normal y general del órgano”³⁵.

En consideración de lo expuesto, podemos concluir que (i) los órganos, por sí, no son representantes; y (ii) nada obsta que los órganos, además, puedan contar con facultades de representación.

Luis Miguel Velarde Saffer

³⁵ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. Cit. p. 705.



AVENIDA BENAVIDES 1691, OFICINA 901
MIRAFLORES, LIMA 18 - PERÚ - TELF. 446-2551
FAX 447-3505

*Sabe usted quiénes son sus clientes potenciales?
Sabe qué opinión tiene de su Estudio el público en general?
Están sus clientes satisfechos con su servicio?*

*Podemos ayudarlo a responder las preguntas anteriores y
armar la estrategia correcta para llegar al público indicado.*



estrategico
marketing y responsabilidad social



*Teléfono: 445 6399
Email: estrategico@estrategico.com.pe*

EL LENGUAJE JURÍDICO DEL SIGLO XXI*

José Antonio González Salgado**

La complejidad del lenguaje jurídico es una queja universal. Tanto desde el campo del Derecho como del de la Lingüística se han llevado a cabo propuestas encaminadas a acercar a los ciudadanos un lenguaje que tradicionalmente ha sido considerado complicado. Sin embargo, hasta el momento no se ha conseguido erradicar el mal que aqueja a los escritos jurídicos en general.

En el presente artículo, se identifican las raíces de los problemas lingüísticos que acompañan a la redacción jurídica y se ofrecen algunas claves para mejorar los textos legales. Asimismo, el autor señala que para obtener mejores resultados es indispensable la formación lingüística del abogado y la formación jurídica del ciudadano.

* Doctor en Filología. Asesor lingüista de Uría Menéndez (Madrid).

** El presente artículo fue publicado originalmente, bajo el mismo título, en Diario La Ley 7209. 2 de julio de 2009.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años, se ha acrecentado el interés por el estudio del tipo especial de lenguaje que se emplea en los documentos jurídicos y administrativos. Ese interés, del que participan por igual juristas y filólogos, persigue un objetivo claro: minimizar el hermetismo que tradicionalmente ha caracterizado a la redacción jurídico-administrativa.

Aunque este artículo fue concebido pensando en el ámbito jurídico del español de España, su contenido es aplicable sin mayores problemas al español hablado en América. Sin ir más lejos, en el Perú también es objeto de crítica frecuente el lenguaje que se emplea en las sentencias judiciales¹.

En este artículo fijaremos nuestra atención en las dos paradojas que consideramos fundamentales para entender cómo está configurado este tipo de lenguaje: por un lado, la paradoja del objeto; por otro, la paradoja del contenido.

La *paradoja del objeto* se puede definir como el desajuste que se produce entre el lenguaje empleado en los documentos jurídico-administrativos y las características de la mayoría de los receptores de esos documentos. Cualquier ciudadano, con independencia de su condición social o nivel cultural, es objeto de escritos que emanan de la Administración o de instituciones que usan un lenguaje que muchos expertos consideran poco apropiado (un lenguaje para el ciudadano que el ciudadano no entiende). Esta paradoja es la que ha propiciado la existencia de intentos de modernización de ese lenguaje a los que nos referiremos en el apartado tercero.

La *paradoja del contenido* se refiere al procedimiento que emplean los juristas para intentar conseguir la máxima precisión lingüística, pero que provoca dos consecuencias no deseadas: la ambigüedad y la complejidad. Desde nuestro punto

de vista, los principales defectos que suelen censurarse del lenguaje jurídico están relacionados con esta paradoja del contenido, a la que hemos denominado también *falsa precisión*² (apartado cuarto).

Antes de entrar en materia, es conveniente, sin embargo, hacer algunas aclaraciones conceptuales que nos van a servir para introducir el objeto de estudio. Repasaremos ahora, por tanto, las posibilidades terminológicas que los expertos han contemplado para abordar la investigación del lenguaje jurídico y administrativo.

II. LENGUAJE JURÍDICO Y LENGUAJE ADMINISTRATIVO: UNA ACLARACIÓN PRELIMINAR

La frontera entre lenguaje jurídico y lenguaje administrativo, como lenguajes de especialidad, no está nada clara. De hecho, es frecuente que ambos lenguajes se engloben dentro de un mismo rótulo. El lenguaje jurídico y administrativo (o jurídico-administrativo) debe interpretarse, en ese caso, como un tecnolecto en sí mismo³.

La ausencia de esa frontera clara entre estos dos lenguajes ha ocasionado vacilaciones lógicas entre quienes se han dedicado a su estudio. Así, por ejemplo, Carles Duarte Montserrat, en un completo trabajo con el significativo título de "Lenguaje administrativo y lenguaje jurídico" (dos lenguajes distintos, por tanto), en algunos pasajes de su estudio los considera una unidad, mientras que en otros los mantiene diferenciados⁴.

En propiedad, las diferencias que se pueden establecer entre lenguaje jurídico y lenguaje administrativo afectan sólo al tipo de documentos al que se aplican, pero no a los procedimientos lingüísticos que se emplean para su confección⁵. El lenguaje administrativo se puede definir entonces como el usado por la Administración o para diri-

¹ Véase, por ejemplo, el artículo de Elizabeth Salazar Vega, titulado "Ahora las sentencias podrán ser más legibles", que se publicó el 16 de agosto de 2008 en El Comercio. En él se informa del interés de la Academia de la Magistratura (AMAG) por mejorar el lenguaje que emplean los letrados, para conseguir así que sus escritos se entiendan con más facilidad.

² Falsa precisión lingüística que tiene su correlato filosófico en el concepto de "falsa precisión" acuñado por Carlos Vaz Ferreira en 1910.

³ Es la opción elegida, entre otros, por ETXEBARRIA, Maitena. "El lenguaje jurídico y administrativo: propuestas para su modernización y normalización". En: Revista Española de Lingüística 27. 1997. pp. 341-380.

⁴ DUARTE MONTSERRAT, Carles. "Lenguaje administrativo y lenguaje jurídico". En: Cuadernos de Derecho Judicial 16. 1997. pp. 41-85. a) "El lenguaje administrativo y jurídico se encuentra inmerso en un proceso de modernización" (p. 63). Lenguaje jurídico y lenguaje administrativo, según esta cita, serían un solo lenguaje, como prueba la concordancia en singular del verbo encontrarse. b) "En este proceso de renovación y de actualización, conviene que el lenguaje jurídico incorpore las mejoras que se han ido produciendo en el lenguaje administrativo, y a la inversa, que los estudiosos del lenguaje administrativo sigan más de cerca las tendencias evolutivas del lenguaje jurídico" (p. 83). Claramente, el autor habla ahora de dos lenguajes distintos.

⁵ Tampoco faltan, desde luego, quienes niegan la existencia de un lenguaje administrativo distinto del lenguaje común (GANDOUIN, Jacques. "Correspondance et rédaction administratives". Paris: Armand Colin. 1986. p. 84).

girse a ella (en sus documentos); mientras que el lenguaje jurídico es el propio de los juristas (o, más concretamente, el empleado en los documentos jurídicos). Incluso dentro de este último hay quien ha establecido subdivisiones en atención al tipo de documentos que son habituales en el mundo del Derecho. Así, el *lenguaje legislativo* se aplica a la redacción de normas legales; el *lenguaje judicial* tiene su campo de acción en sentencias y otros textos judiciales; el *lenguaje contractual*, en documentos del ámbito empresarial (de los negocios, en general); y el *lenguaje notarial*, en actas, escrituras y otros textos propios de las notarías.

Otra posibilidad es la de considerar el lenguaje administrativo como un tipo especial de lenguaje jurídico. Esa es la interpretación que ofrece, por ejemplo, Ángel Martín del Burgo, que, entre los lenguajes del Derecho, identifica el *legislativo*, el *judicial*, el *administrativo* y el *notarial*⁶. Jesús Prieto de Pedro, por su parte, diferencia entre un *lenguaje legal* ("en el que se escriben las normas") de un *lenguaje de los juristas*, que engloba, a su vez, varios tipos de lenguaje ("jurisprudencial, del foro, administrativo, etc.") por medio de los cuales los profesionales del Derecho hablan de las normas⁷.

Como las diferencias entre todos esos tipos posibles de lenguajes son mínimas desde el punto de vista de los mecanismos lingüísticos que operan en los documentos de cada ámbito, no parece muy rentable, para los estudios teóricos, continuar manteniéndolos diferenciados, por lo que, en el presente artículo, usaremos indistintamente las etiquetas de *lenguaje jurídico* o *lenguaje administrativo* aplicadas a lo que consideramos un mismo tipo de lenguaje: el empleado por los técnicos de la Administración, jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores y por otros representantes del quehacer jurídico y administrativo.

III. EL INTERÉS POR LA MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO

Los intentos para mejorar el lenguaje jurídico se han originado en distintos ámbitos y se han plasmado en recomendaciones diversas. Tanto desde el campo del Derecho como desde el de la Lingüística se han llevado a cabo propuestas enca-

minadas a acercar a los ciudadanos un lenguaje que tradicionalmente ha sido considerado complicado. Desde hace unos años, se está intentando simplificar el excesivo formulismo de los textos y corregir el barroquismo expresivo que los ha caracterizado.

Una pregunta que conviene hacerse antes de seguir adelante es la siguiente: ¿la modernización del lenguaje administrativo no trata de convertir a este tipo especial de lenguaje en lenguaje común y corriente? Y la respuesta, si nos fijamos en la mayoría de las propuestas realizadas hasta la fecha, ha de ser necesariamente afirmativa: los intentos por modernizar el lenguaje jurídico-administrativo, desde nuestro punto de vista, basan esa modernización en recomendaciones que eliminan la esencia de este tipo de lenguaje. Y ahí es donde radica, pensamos, el fracaso de estas propuestas (o, al menos, uno de los fracasos).

Luis María Cazorla Prieto se ha expresado con claridad en contra de esa tendencia a reducir el lenguaje jurídico a lenguaje común:

"Por mucho que parte de las circunstancias sociales que prevalecen en la actualidad tiendan a desfigurar el lenguaje jurídico con pretensión última, inconfesada pero latente, de diluirlo, mezclarlo con el lenguaje común hasta perder todo rasgo identificativo, por mucho que la corriente actual de la sociedad favorezca estos extremos, el lenguaje jurídico para cumplir su misión debe seguir siendo un lenguaje especial con los andamiajes precisos para sustentar su condición científica"⁸.

Las palabras del profesor Cazorla Prieto deberían hacer reflexionar a los filólogos: los intentos de modernización del lenguaje jurídico no surtirán efecto mientras las propuestas no cuenten con el beneplácito de los juristas, que serán siempre los que tengan la última palabra con respecto al tipo de lenguaje que consideran apropiado emplear en sus textos. Y así debe ser. Esto, por otra parte, no quiere decir que el lenguaje jurídico sea intocable: los propios juristas son los más interesados en que existan unas pautas claras para la redacción de documentos, pero unas pautas que respeten su especificidad lingüística⁹.

⁶ MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel. "El lenguaje del Derecho". Barcelona: Bosch. 2000. pp. 241-264.

⁷ PRIETO DE PEDRO, Jesús. "Lenguas, lenguaje y Derecho". Madrid: Civitas. 1991. p. 144.

⁸ CAZORLA PRIETO, Luis María. "El lenguaje jurídico actual". Cizur Menor: Aranzadi. 2007. p. 75.

⁹ Una acertada exposición sobre la especificidad del lenguaje administrativo, junto a la crítica de algunos intentos por modernizarlo, es la de SARMIENTO, Ramón. "El lenguaje de la Administración". En: Revista de Llingua i Dret 43. 2005. pp. 31-32.

Pongamos un ejemplo tomado de la doctrina existente. Según la opinión de Carles Duarte Montserrat, en el lenguaje jurídico “es recomendable evitar el uso de expresiones que resulten de interpretación difícil, especialmente cuando podemos decir lo mismo de una forma más llana. Esta observación es pertinente sobre todo cuando nos referimos a las expresiones jurídicas tomadas directamente del latín”¹⁰. No cabe duda de que la sencillez es una de las metas que debe perseguir este tipo de lenguaje, pero en ningún caso esa sencillez debe entrar en conflicto con la precisión que se exige a los documentos legales. El lenguaje jurídico, como lenguaje especializado, no puede renunciar a su código propio, máxime cuando algunos elementos de ese código lo que hacen es reforzar la exactitud que debe imperar en los contenidos.

Muchas locuciones y frases latinas expresan principios generales del Derecho y, como afirma Maria do Carmo Henriques Salido, “la utilización de estas unidades se justifica porque encierran gran precisión jurídica y concisión (principio de economía del lenguaje) y evitan, o por lo menos no facilitan, que diferentes letrados, jueces o magistrados tengan diversas interpretaciones”¹¹. Pedir a los abogados que renuncien a ellas sería tanto como aconsejar a otros profesionales que se desprendan de la terminología propia de sus especialidades.

Por otra parte, con poco interés se van a acoger las recomendaciones efectuadas por los expertos si en ellas no se cumple lo que preconizan. Resulta difícil comprender cómo es posible que no se cuide más el lenguaje, como mínimo, en aquellas normas en las que se alude directamente a la necesidad de que las leyes sean claras, concisas y respetuosas con la ortografía y la gramática. Este problema, por cierto, también se descubre en algunos estudios que versan sobre el lenguaje jurídico, en los que no es raro encontrar siglas escritas de manera arbitraria, latinismos incorrectos o expresiones tan heterogéneas en el uso de letras mayúsculas –en la misma página– como *derecho*

penal y Derecho Administrativo, eso cuando no nos topamos con párrafos que son más difíciles de entender que algunas sentencias, puntuaciones anómalas de las oraciones o, incluso, palabras mal tildadas.

En la normativa reciente española, cabe destacar algunos intentos que han surgido con muy buena voluntad por mejorar la escritura de los textos administrativos. Desde el punto de vista teórico, la preocupación está muy extendida; pero, desde el punto de vista de la aplicación práctica, la crítica ha de ser negativa. Los resultados de los intentos que ha efectuado la Administración para modernizar el lenguaje jurídico son inexistentes o, cuando menos, muy desiguales.

En el año 2003, por medio de la Orden JUS/3126/2003, de 30 de octubre, se creó –en el Ministerio de Justicia– la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, que debía estar integrada por “personas relevantes en el ámbito académico, lingüístico y de las diversas profesiones jurídicas”; sin embargo, no nos consta que esta comisión haya empezado a operar¹².

El Plan de Transparencia Judicial (BOE de 1 de noviembre de 2005) –de redacción poco transparente– dedica un apartado a la modernización del lenguaje jurídico, en el que se afirma lo siguiente:

“Convendrá conciliar criterios tendentes a desecher fórmulas y expresiones anacrónicas o vacías de contenido que no proporcionan ninguna información y, especialmente, prestar atención a la comprensibilidad de las citaciones que las Oficinas [sic] judiciales dirijan a los ciudadanos, quienes en las últimas Encuestas [sic] a usuarios de la Administración de Justicia realizadas por el Consejo General del Poder Judicial todavía manifiestan, en un porcentaje que sería deseable reducir [sic] que no han entendido el lenguaje jurídico que los tribunales han empleado, permaneciendo como usuarios con más problemas con este lenguaje los de clase baja o media-baja, los usuarios de jui-

¹⁰ DUARTE MONTSERRAT, Carles. Op. cit. pp. 61-62.

¹¹ HENRIQUES SALIDO, Maria do Carmo. “El latín en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”. En: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Mário Vilela. Volumen II. Porto: Universidade do Porto. 2005. p. 607.

¹² En el informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2006 (publicado el 8 de junio de 2007 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales) se puede leer, en la página 88, lo siguiente: “Se inició una investigación ante la Secretaría de Estado del Ministerio de Justicia, solicitando un informe en relación con las gestiones llevadas a cabo para la ejecución del compromiso adoptado, en orden a crear e impulsar la actuación de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, así como de cualquier otra actuación encaminada a la eliminación de las barreras lingüísticas que, en la actualidad, impiden un fluido entendimiento entre el ciudadano y la Administración de justicia. En el informe remitido, la citada Secretaría de Estado manifestaba que, si bien no se había constituido formalmente la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, creada por la Orden JUS/3126/2003 de 30 de octubre, sí se había creado un grupo de trabajo, en la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia, dependiente de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia” (el subrayado es nuestro).

cios de faltas y juicios penales y, más en concreto, los denunciados, los acusados, los testigos y los testigos-víctimas, por este orden”.

Más recientemente, en julio de 2006, se ha producido un nuevo acercamiento entre juristas y filólogos, mediante la firma de un convenio de colaboración entre la Real Academia Española y la Vicepresidencia del Gobierno, con la intención de mejorar la lengua empleada en la redacción de las leyes. Tampoco nos consta en este caso que se hayan hecho públicos los resultados de esa colaboración (en el BOE de principios de 2010 siguen apareciendo las mismas incorrecciones y faltas estilísticas que en el de mediados de 2006)¹³.

En el plano doctrinal, las recomendaciones para modernizar el lenguaje de la Administración son muy habituales. De ello se han ocupado lingüistas como Maitena Etxebarria, Carles Duarte Montserrat, Luciana Calvo Ramos y Leyre Ruiz de Zarobe, y juristas como Jesús Prieto de Pedro, Luis María Cazorla Prieto o Ángel Martín del Burgo, aunque tampoco faltan los casos en que las propuestas han partido de la propia Administración¹⁴. Pese a tratarse de un asunto ampliamente analizado, se echan en falta más estudios de colaboración entre juristas y filólogos en los que se tengan en cuenta con objetividad las necesidades de unos y las alternativas ofrecidas por los otros.

IV. LA FALSA PRECISIÓN COMO MÁXIMO PROBLEMA DEL LENGUAJE JURÍDICO

Los problemas del español jurídico no son muy distintos de los problemas del lenguaje jurídico de otros idiomas. Anabel Borja Albi, para el inglés, señala que la complejidad sintáctica, la abundante subordinación, los grupos verbales especiales y el frecuente empleo de la voz pasiva, entre otros fenómenos, son los mayores responsables de las dificultades que ocasionan los textos en los lectores¹⁵. La complejidad del lenguaje jurídico es una

tendencia universal que intenta combatirse en todos los idiomas, pero que no se ha conseguido erradicar –de momento– en ninguno¹⁶.

En el lenguaje jurídico actual es posible establecer una clasificación de los textos en función de las anomalías que contienen. Desde nuestro punto de vista, hay cuatro tipos de redacciones frecuentes que deben ser evitadas:

- a) La *redacción descuidada*, que puede definirse como la que atenta contra las normas ortográficas y gramaticales (la que presenta errores en la acentuación, en la puntuación, en las concordancias verbales o en el significado de las palabras).
- b) La *redacción complicada*, la que abusa de oraciones subordinadas, en las que unas frases dependen de otras, y estas, a su vez, de otras anteriores; enmarañan el contenido de tal forma que el lector se pierde. Sin duda, estas redacciones constituyen el principal defecto del lenguaje jurídico en el nivel textual.
- c) La *redacción confusa*, la que contiene demasiada terminología especializada y no está destinada a un lector especialista, o la que está inflada con siglas o con ejemplos que no ayudan a clarificar las cosas. Habría que incluir aquí, como subtipo, la redacción ambigua, especialmente temida en los documentos jurídicos.
- d) La *redacción pretenciosa*, la que ofrece más información de la que demanda el lector para entender cabalmente el contenido.

Las redacciones complicadas y las pretenciosas, aunque se pueden encontrar en otros tecnolectos, tienen especial presencia en el lenguaje jurídico; las descuidadas y las confusas se dan en cualquier tipo de lenguaje. Por regla general, esas clases de redacciones no aparecen en estado puro: una redacción complicada puede conllevar errores gramaticales que la conviertan en descuidada.

¹³ No obstante, el 1 de febrero de 2010 apareció en el BOE la Resolución de 21 de enero de 2010, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2009, para constituir la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico. Resulta curioso que vuelva a constituirse algo que ya se creó en el año 2003.

¹⁴ Recuérdese el “Manual de estilo del lenguaje administrativo”, editado por el Ministerio de las Administraciones Públicas de España en 1995.

¹⁵ BORJA ALBI, Anabel. “El texto jurídico inglés y su traducción al español”. Barcelona: Ariel. 2000. p. 37.

¹⁶ La Comisión Europea hace unos años que ha iniciado una campaña, bajo el significativo título de *Fight the Fog*, para concienciar a los escritores y traductores de las instituciones europeas en el empleo de un lenguaje claro. Las recomendaciones que contiene el documento principal (*How to Write Clearly*) son, en algunos aspectos, idénticas a las que podemos encontrar en cualquier manual español sobre el estilo jurídico, prueba evidente de que la complejidad de la redacción jurídica es un problema que afecta por igual a todas las lenguas. Dentro de las instituciones europeas, el Tribunal de Justicia también se está preocupando de aspectos relacionados con la redacción de los documentos. Así, en las Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea L 98, de 16 de abril de 2003, se anota que “el escrito procesal debe estar estructurado, ser conciso y evitar las reiteraciones”, al tiempo que “se recomienda utilizar frases con una estructura simple y usar un vocabulario simple y preciso”.

En un estudio de los defectos del lenguaje jurídico actual habría que comenzar advirtiendo que ortografía y gramática no son problemas inherentes a este tipo de lenguaje, aunque sí es cierto que el principal problema del lenguaje jurídico ocasiona con frecuencia graves desajustes gramaticales. Ortografía y gramática no son, pues, problemas del lenguaje jurídico, sino del lenguaje en general.

El principal defecto del lenguaje jurídico tiene su origen, paradójicamente, en un exceso de celo. Los juristas se preocupan tanto de la precisión que debe imperar en sus escritos que llevan esta precisión hasta sus últimas consecuencias, sin darse cuenta de que con fórmulas menos complicadas se consigue la misma exactitud¹⁷.

Si trasponemos la teoría de Grice sobre las máximas conversacionales a los escritos de Derecho, observaremos que de los cuatro principios propuestos por el lingüista inglés, el lenguaje jurídico, en muchos de sus textos, incumple tres: la máxima de cantidad, la máxima de relevancia y la máxima de modo¹⁸. Sólo la máxima de calidad (la que incide en la veracidad del contenido) es respetada de forma generalizada. La máxima de cantidad ("no dé usted más información de la necesaria para entenderle") es particularmente poco atendida. Y la explicación a esta falta de atención hay que buscarla en el temor a no construir un texto claro. La paradoja del planteamiento se encuentra en que los juristas; al buscar la precisión y la claridad, lo que consiguen es ambigüedad, enmarañamiento y complejidad.

La cuestión, por otra parte, no es moderna. Es algo que ya se censuraba en la Edad Media, por lo que parece que esta tendencia no será fácil de corregir. En el *Ordenamiento de Montalvo* se recoge una afirmación, procedente de una ley de 1387, que describe una situación que podemos encontrar en los actuales escritos jurídicos, aunque las motivaciones sean distintas a las que se exponen en el original:

"Porque algunos abogados y procuradores (...) fazen muchos escriptos luengos en que no dizen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos, tres y quatro, y aun seis vezes lo que han ya dicho y está ya puesto en el proceso"¹⁹.

Los fenómenos relacionados con esa falsa precisión son muy numerosos. Aquí únicamente vamos a reparar en los más problemáticos: abuso de subordinación (frases y párrafos extensos); referencias injustificadas al masculino y al femenino (para evitar el supuesto sexismo de la lengua española); la continua referencia a lo ya aparecido en el discurso; y las palabras a las que se dota de significados impropios. Pero en ese apartado también se pueden incluir otras tendencias, menores si se quiere, que contribuyen a enmarañar los textos: (i) uso de locuciones preposicionales en lugar de preposiciones; (ii) abuso de abreviaturas innecesarias (o que no abrevian nada); (iii) marcación doble de los numerales (con números y con letras, como se hace con propiedad en los documentos cambiarios); (iv) empleo del anglicismo *y/o*; (v) archisilabismo (preferencia por palabras largas); (vi) archiverbalismo (preferencia por las perífrasis verbales y aparición de redundancias frecuentes); y (vii) gusto por el empleo de varios sinónimos de forma consecutiva en la frase²⁰.

A. El abuso de la subordinación

Como ha expresado Luis María Cazorla Prieto, "la arquitectura formal del lenguaje jurídico suele tender a la desmesura y al alargamiento superfluo y confundidor"²¹. Los juristas, en su afán por no quedarse nada en el tintero y por dotar de precisión a todo lo que dicen, tienden a construir párrafos extremadamente largos, cargados de incisos y de frases subordinadas. También es cierto que esa complicación formal puede estar originada por lo que Marilyn Frankenthaler y Sofía Zahler consideran "la necesidad de emplear el lenguaje jurídico para explicar conceptos complicados y hasta a veces retorcidos"²², aunque esto último sucede en muchas menos ocasiones de las que se

¹⁷ Una explicación a este hecho se encuentra en el contenido del artículo 3.1 del Código Civil: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". El jurista, para evitar cualquier interpretación impropia, tiende a precisar todo lo que aparece en sus escritos.

¹⁸ GRICE, Paul. "Logic and conversation". En: GEIRSSON, H. y M. LOSONSKY (eds.). "Readings in Language and Mind". Londres: Wiley-Blackwell. 1996. pp. 121-133.

¹⁹ DÍAZ DE MONTALVO, A. "Ordenanzas reales de Castilla". Libro II. Título XVI. Ley IV. 1484.

²⁰ Un compendio actualizado y muy útil de fallos de la redacción jurídica lo encontramos en GÓMEZ FONT, Alberto. "Abogacía y corrección idiomática". En: Revista de Lengua i Dret 51. 2009. pp. 187-200.

²¹ CAZORLA PRIETO, Luis María. Op. cit. p. 88.

²² FRANKENTHALER, Marilyn R. y Sofía ZÄHLER. "Las características del lenguaje jurídico: la comunicación en el ámbito legal" En: Revista de Lengua i Dret 3. 1984. p. 84.

pueden exponer como ejemplo de búsqueda de precisión extrema para lo que, de por sí, no la exige ni la necesita.

Un caso claro de complejidad formal lo encontramos en las normas que se establecen en la Orden de 21 de noviembre de 1979, por la que se desarrolla el Real Decreto 909/1976, para la apertura de una nueva oficina de farmacia. La medición de la distancia entre una oficina existente y la que se pretende abrir se realizará según unas directrices que, para interpretarlas, es necesario –además de armarse de paciencia– echar mano de lápiz y papel:

“Se partirá del centro de la fachada del local que ocupe la Oficina de Farmacia establecida, prescindiendo del o de los accesos a la misma y, siguiéndose por una Línea perpendicular al eje de la calle o vial al que dé frente dicho centro de fachada, se continuará midiendo por este eje, ya sea recto, quebrado o curvo, cualesquiera que sean las condiciones o características de la calle o vial, hasta encontrar el eje de la calle o calles siguientes, prolongándose la medición, por dicho eje, hasta el punto de que coincida con la intersección de la perpendicular que pueda ser trazada, desde el centro de la fachada del local, propuesto para la Farmacia que pretende instalarse o trasladarse, al eje de la calle o vías por la que viniera practicándose la medición, continuándose por dicha línea perpendicular hasta el centro de la fachada de este último local”²³.

El problema de la oración inacabable también se da en ocasiones en la jurisprudencia. Nótese, por ejemplo, la redacción de este fragmento del fundamento jurídico único de una sentencia reciente²⁴:

“Literalizando documental obrante en la alzada conteniendo carta de la codemandada Supermercado S. S.A. a su correduría de Seguros, en relación con el accidente objeto de análisis, «esta señora se tropezó con unas cajas de mercancías que había comprado otro cliente, justo a la salida

de nuestra escalera mecánica», uniendo la testimonial de doña S.R.A., contestación a la repregunta cuarta «presenció el accidente, vio cómo pasaba la niña y que la señora no podía pasar y se cayó», es afirmable manifestar negligencia en la demandada al no tener en perfectas condiciones de utilización la vía de salida del establecimiento. Siendo la escalera mecánica, vía de salida, de titularidad propia, siendo el objeto, caja de mercancías, que obstaculiza el final de la precitada escalera propiedad de la demandada, siendo manifiesto que dicha vía debe estar expedita, apta para su utilización como salida del centro comercial, no produciéndose tal realidad, se plasma negligencia, tangibilizada en la falta de actuación de operario para retirar todo obstáculo que impida la salida, y no sólo la impida sino que cree riesgo para las personas, materializado en la presente, en el accidente analizado, base de la reclamación”²⁵.

El abuso en la extensión de las frases es, además, fuente habitual de errores gramaticales concretos, como las faltas de concordancia entre los elementos de la oración y los anacolutos, aunque no es necesario que se den esos desajustes en el texto de algunas sentencias para hacer de ellas un jergológico indescifrable. Hay sentencias actuales que en 50 líneas (más de 600 palabras) no insertan ni un solo punto para separar oraciones, en las que se localizan expresiones tan poco afortunadas como “ninguna fluctuación o vacilación suspicaz delictual” o “sustanciación del proceso dimanante del crédito sustento de la presente causa”, o en las que se leen frases tan opacas como la siguiente²⁶:

“Si aquellas acreditaciones de cargo solamente se reducen a la existencia de un débito con la parte querellante (aunque el mismo revista la reverberación y el refrendo oficial inserto en una sentencia judicial) sin ninguna corroboración del ánimo tendencial defraudatorio de su deudor, obvia huérfana de persuasión, la subjetividad esencial y caracterizadora del injusto típico represivo, porque, solamente determinada aquella deuda, debe inducirse la delatada preordenación encubridora

²³ Jesús Prieto de Pedro utiliza este párrafo como ejemplo de “la turbación mental que a menudo suele comunicar la frase extensa” (PRIETO DE PEDRO, Jesús. Op. cit. p. 182).

²⁴ Para más datos sobre el lenguaje de la jurisprudencia española conviene que se consulte el informado artículo de HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo. “Las condiciones de producción y de interpretación de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. En: Revista de Lengua i Dret 45. 2006. pp. 33-60.

²⁵ Véase el comentario que efectúa a la redacción de esta sentencia RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. “El lenguaje de la sentencia y la exigencia de hechos probados en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo”. En: Estudios de Derecho Judicial 109. 2006. pp. 258-266.

²⁶ Estamos, sin duda, ante un buen ejemplo de lo que Lucía Calvo Ramos denomina “prolijidad por exceso de pormenorizaciones y oscuridad por exceso de subordinaciones y coordinaciones dobles y triples”. Véase CALVO RAMOS, Lucía. “Gramaticalidad y gramática normativa en el discurso legal castellano”. En: Revista de Lengua i Dret 48. 2007. pp. 116-120.

parapetando en su desplazamiento patrimonial la ineffectividad crediticia de aquélla, con actos concluyentes demostrativos unívocamente de su perversa intencionalidad, pero si los mismos, se reducen a meros barruntos presuncionales, éstos no disponen de la consistencia adecuada para provocar aquella inserción punitiva, y, convierten a los mismos en una mera abducción o razonamiento silogístico diferenciado de la inducción y de la deducción por su menor capacidad demostrativa”²⁷.

B. Las referencias injustificadas y jurídicamente peligrosas al masculino y al femenino

No vamos a entrar en el debate de si las lenguas son sexistas o no. La Academia y otras instituciones de la lengua ya han ofrecido argumentos suficientes sobre la inconveniencia de confundir género gramatical con sexo²⁸.

Desde un punto de vista jurídico, más preocupante que la desmesura en el empleo de dobles para aludir a los dos sexos, lo es el hecho de las interpretaciones (maliciosas) que se pueden hacer de ciertos párrafos de algunas normas. Así, en la Resolución AAR/3078/2008, de 20 de octubre, de convocatoria ordinaria de exámenes teóricos para la obtención de títulos náutico-deportivos (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 24 de octubre de 2008), después de que a lo largo del texto se alude al *patrón o patrona, al capitán o capitana, al presidente o presidenta*, y a las *personas aspirantes*, encontramos que se realiza la siguiente afirmación: “Los aspirantes podrán llevar diccionario de lengua inglesa o náutico”. Y, si queremos entender cabalmente esa oración, debemos inferir que las *aspirantes* no pueden llevar esos diccionarios, ya que no están incluidas en ese masculino (porque en el resto de casos las mujeres se han marcado de forma expresa por medio de dobles o de otras fórmulas). Este es un mecanismo de doble filo, por tanto, que puede llegar a volverse en contra de quienes defienden que la lengua española es sexista. Si no se nos hubiera hablado de *patrones y patronas*, o de *capitanes y capitanas*, sino sólo de *patrones y capitanes*, la lengua no nos permitiría inferir que en los *aspi-*

rantes de la frase anterior sólo están incluidos los hombres.

Las implicaciones legales que pueden provocar las interpretaciones indeseadas son imprevisibles, como ha puesto de manifiesto Maximino Fernández García. Este jurista llega incluso a rogar que se unifique “el criterio gramatical en la redacción de las normas ya que, de lo contrario, (...) el operador jurídico puede discutir en algunos casos la aplicación o no de la norma de que se trate en atención al sexo de la persona a la que se trate”²⁹.

Los dislates en los que el exceso de celo en la determinación del sexo conduce a incongruencias mayúsculas se muestran por doquier. Otro caso significativo que puede citarse es el del Decreto 123/2008, de 1 de julio, sobre los derechos lingüísticos de las personas consumidoras y usuarias (Boletín Oficial del País Vasco de 16 de julio de 2008). Una interpretación literal del decreto nos obliga a pensar que de su aplicación quedan excluidos los establecimientos que pertenezcan a empresas que empleen a más de 250 trabajadores y los que cuenten en plantilla con más de 15 trabajadores que presten atención al público, siempre y cuando entre esos *trabajadores* haya también *trabajadoras*, ya que en los apartados 3a) y 3c) del artículo 2 no se incluye explícitamente a las mujeres, al contrario de lo que sí se hace cuando se habla de *personas consumidoras y usuarias*, expresión con la que los redactores intentan paliar el supuesto machismo que observan en su correlato *consumidores y usuarios*. Si en *consumidores y usuarios* el legislador considera que no están incluidas las mujeres, hemos de interpretar que en *trabajadores* tampoco lo estarán.

Con mayor claridad se muestra la incongruencia del reparto de sexos en la Resolución de 22 de noviembre de 2007 por la que se da publicidad a la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 11 de diciembre de 2007). En la exposición de motivos, se afirma que “la redacción de un texto jurídico impone sus propias reglas también en el plano lingüístico, entre ellas, y muy principalmente, la de la homogeneidad, pues, como es obvio, el lenguaje jurídico ha de ser especialmente

²⁷ Repárese además en la puntuación anómala del fragmento transcrito.

²⁸ Véase BOSQUE, Ignacio. “La RAE, las palabras y las personas”. En: El País. 5 de diciembre de 2006. Aunque, por fortuna, no son habituales en la jurisprudencia, los mecanismos lingüísticos con los que se marcan los dos sexos en casos injustificados, sí es corriente encontrarlos en la legislación (especialmente en la autonómica).

²⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Maximino. “Reseña sobre el desatino lingüístico de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. En: Diario La Ley 7073. 10 de diciembre de 2008. p. 5.

preciso y claro a fin de evitar ambigüedades que puedan afectar a la correcta interpretación de las normas". Pues bien, si nos fijamos en el articulado de la resolución, de homogeneidad es justo de lo que carece ese texto. La interpretación literal de lo que contiene la reforma del reglamento ofrece como resultado un caos interpretativo de considerables dimensiones. Es inexplicable, por ejemplo, que en unas ocasiones se hable de "el diputado y la diputada", mientras que en otras solo se cite a "los diputados". De acuerdo con lo dicho en la exposición de motivos, no hay más remedio que suponer que en "los diputados" no están incluidas las mujeres³⁰.

C. La continua referencia a lo anterior

El lenguaje jurídico, en su afán de precisión, recurre con extremado abuso a marcar el discurso actual con referencias exactas a lo que ya ha aparecido en el texto. Algunas de estas *redundancias anafóricas*, como las llama Jesús Prieto de Pedro³¹, son en realidad palabras heredadas del lenguaje legal de la Edad Media (*dicho, susodicho, sobredicho, tal*, etc.), mientras que otras se han formado con posterioridad, y ha sido durante el siglo XX cuando han adquirido un éxito notable en la prosa jurídica (*el mismo, referido, citado*, etc.).

En los nueve folios del original conservado en el Archivo General de Simancas de las *Ordenanzas de Gata*, aparece en 178 ocasiones el adjetivo *dicho*, un número que hoy consideraría excesivo, sin duda, incluso el más acérrimo defensor de esta fórmula. En muchos casos, además, ese adjetivo se repite hasta cuatro y cinco veces dentro del mismo párrafo:

"Otro sí hordenamos e mandamos que qualquier mayordomo de las hermitas e yglesias desta villa e su término sea obligado de tomar cuenta al otro mayordomo pasado que tuvo la dicha mayordomía de quien el suceso dio y del rescibir la *dicha*

cuenta so pena de çient mrs., e más que pague todo lo que se montare en el rescibo de *dicho* mayordomo antepasado, e mandamos que esté presente a las *dichas* cuentas el mayordomo de Sant Pedro"³².

En documentos actuales, los procedimientos para marcar determinadas palabras y expresiones sin posibilidad de que sean confundidas con otras se han multiplicado. En el siguiente ejemplo, procedente del Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (BOE de 5 de febrero de 2009), al adjetivo *dicho* (en dos ocasiones) hay que unir las expresiones *presente real decreto y citada placa*³³:

"Los aparatos a presión por aplicación de lo dispuesto en el Reglamento de Aparatos a Presión aprobado por Real Decreto 1244/1979, de 4 de abril, o en el Reglamento de recipientes a presión, aprobado por Decreto 2443/1969, de 16 de agosto, cuenten con placas de diseño, de instalación o de timbre de acuerdo con *dichas* disposiciones, mantendrán *dichas* placas a la entrada en vigor del *presente* real decreto, debiendo colocar la placa indicada en el anexo II del Reglamento de equipos a presión en la primera inspección periódica que se realice. En este último caso, la primera fecha a indicar en la *citada* placa será la de la realización de esta inspección".

Un poco más abajo, en ese mismo real decreto, podemos leer lo siguiente: "Transcurrido *dicho* plazo, *dichos* organismos deberán estar acreditados y autorizados con arreglo a la nueva normativa que se aprueba por este real decreto y, en su caso, a sus normas de desarrollo". ¿De verdad es más preciso ese texto que si se hubiera escrito "Transcurrido el plazo, los organismos deberán estar acreditados..."?

Otro caso de redundancia anafórica muy criticado en la actualidad lo constituye, como afirma Fer-

³⁰ Piénsese en la interpretación literal que hay que aplicar al artículo 189 de la resolución a partir de los términos marcados en cursiva: "El Director o Directora General de la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía, a petición propia o a iniciativa de un Grupo parlamentario o de un *Diputado* con la sola firma de otros cuatro integrantes de la Comisión, comparecerá ante ésta para celebrar sesiones informativas".

³¹ PRIETO DE PEDRO, Jesús. Op. cit. p. 185.

³² CLEMENTE RAMOS, Julián. "Ordenanzas de Gata (1515-1518)". En: Revista de Estudios Extremeños LXIV (3). 2008. pp. 1639-1671.

³³ En la jurisprudencia, como ocurre con otros rasgos del lenguaje jurídico, estas referencias anafóricas son mucho más habituales que en la legislación. Sólo expondremos un ejemplo, esta vez tomado de una sentencia del ámbito militar: "El Hospital del Aire es, sin duda, un Centro u Organismo del Ejército del Aire que tiene la función de prestar la asistencia sanitaria al personal de *dicho* Ejército para garantizar que *dicho* personal esté en condiciones de cumplir las misiones operativas y logísticas que le correspondan, y, además, la asistencia sanitaria a las familias de *dicho* personal. La dirección de *dicha* actividad está encomendada a su General Director, que cuenta con la asistencia de sus asesores y órganos de trabajo y apoyo necesarios para el funcionamiento y gobierno del Hospital, actividades que carecen de la necesaria individualización para poder ser consideradas soporte de una independencia orgánica de *tales* asesores y órganos de trabajo y de apoyo, en relación con la Dirección del Hospital en la que, por imperio de lo dispuesto en el artículo 20 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, quedan integrados".

nando Lázaro Carreter, “el disparatado apogeo de *el mismo*, en sustitución del posesivo o el pronombre, como señala el *Esbozo*; o, lo que es peor, en sustitución de nada”³⁴.

Una frase como “firmaron el contrato y los anexos del mismo” no dota de mayor precisión al contenido que otra en la que se diga “firmaron el contrato y sus anexos”. El significado de ambas expresiones es idéntico e igualmente preciso, pero la segunda fórmula, amén de resultar más correcta, también es mucho más elegante.

No hay que olvidar, por otra parte, que estos procedimientos a veces ocasionan problemas de concordancia, con lo que la perseguida precisión termina desembocando en ambigüedad.

D. Las palabras supuestamente precisas

En el lenguaje jurídico las palabras adquieren significados insospechados, por regla general porque se confunde el significado de unas con la apariencia formal de otras, en otro intento más por dotar de precisión a lo que, por su propia esencia, carece de ella. Eso es lo que ha ocurrido, por poner un solo ejemplo de entre los muchos posibles, con el adjetivo *meritado*, que a alguien en un determinado momento le pareció que sonaba mejor (o que era más preciso) que el vulgar *mentionado*. En numerosos casos de nuestra legislación, y sobre todo de nuestra jurisprudencia, *meritado* se emplea en un sentido impropio, con un significado que no tiene. Así, podemos leer el siguiente dislate en la introducción al Decreto 63/2007, de 30 mayo, que regula las hojas de reclamaciones en espectáculos públicos y actividades recreativas en el marco de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias: “El artículo 26 de la *meritada* Ley establece una serie de medidas de protección de consumidores y usuarios”. De acuerdo con el único significado admitido de *meritar*, alguien tendría que explicar qué méritos ha hecho la ley que se menciona para que se le pueda aplicar tal calificativo.

Las impropiedades léxicas pueden jugar más de una mala pasada a los redactores de documentos jurídicos: al huir de la vulgaridad se cae en la pedantería, cuando no en la incorrección.

V. CONCLUSIONES: HACIA UN LENGUAJE JURÍDICO DEL SIGLO XXI

La complejidad del lenguaje jurídico es una queja universal. Citaremos sólo dos párrafos muy significativos que resumen a la perfección el sentir general. El primero procede del escritor Juan Carlos Arce; el segundo, del ilustre Fernando Lázaro Carreter:

“Hay en la Administración de Justicia un ceremonial, un rito, una escenografía y un lenguaje de reliquia tan feo y tan rancio, tan absurdo y desusado, que ya no basta con decir que es barroco, sino que es absolutamente arcaico, a veces anterior al siglo XIV. El ciudadano tiembla cuando recibe del juzgado comunicaciones dirigidas a él que no es capaz de entender. Quien lee una comunicación judicial no sabe si le llevan a la cárcel o si ha heredado”³⁵.

“Según dicen, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, pero ¿cómo vamos a cumplirla los profanos en tales saberes si no la entendemos? Porque no sólo se legisla para abogados: creo que alguna caridad merecemos los ciudadanos para no correr el riesgo de que nos enchironen estando in albis”³⁶.

Para que la tan omnipresente modernización del lenguaje administrativo surta algún efecto, ésta se debe articular en dos ejes que abarcan la mayor parte de los problemas tradicionales de este tipo de lenguaje: el eje de lo lingüísticamente correcto y el eje de lo estilísticamente elegante. Bien es cierto que dentro de esos dos parámetros se encuentran, nada más y nada menos, que toda la ortografía, toda la gramática y toda la estilística; pero no es tarea imposible.

En ese sentido, los grandes bufetes se han adelantado a la Administración y ya ofrecen, en su paquete formativo para los abogados que se van incorporando a las firmas, seminarios de contenido lingüístico que suponen una ayuda al ejercicio profesional³⁷.

Otro campo de acción que han acometido en los últimos tiempos los despachos –también los colegios de abogados– es el de la preparación de

³⁴ LÁZARO CARRETER, Fernando. “El mismo-la misma”. En: *El dardo en la palabra*. Barcelona: Galaxia Gutenberg. 1997. p. 311.

³⁵ ARCE, Juan Carlos. “Lenguaje judicial”. En: *La Razón*. 31 de enero de 2006.

³⁶ LÁZARO CARRETER, Fernando. “Desde el proscenio”. En: *El País*. 1 de julio de 2001.

³⁷ Seminarios de ortografía, gramática, estilo y argumentación que deben extenderse también a otros colectivos (secretarías y personal de apoyo). Tampoco está de más que se preparen cursos específicos en los que se tengan en cuenta las características de los documentos de cada área de práctica.

manuales de estilo en los que se recogen recomendaciones concretas sobre el uso que debe darse a la lengua española dentro del bufete. Para los despachos, la calidad lingüística debe estar indisolublemente unida a la calidad jurídica. Un abogado no puede permitir que un escrito que se entregue a un cliente presente un lenguaje impreciso, vacilante, enrevesado (y mucho menos que contenga incorrecciones ortográficas o gramaticales). La elegancia estilística debe ser una marca más de la calidad que los abogados están obligados a ofrecer.

En un plano ideal, además, el escrito jurídico debe adecuarse a las características del destinatario. Según esta afirmación, algunas de las recomendaciones "oficiales" realizadas por la Real Academia pierden su valor, por lo menos en casos concretos³⁸. De esta forma, de nuevo en el ámbito de los escritos que emanan de los bufetes, consideraciones sobre ciertos anglicismos carecen de aplicación práctica. Por mucho empeño que ponga la Academia en que se use la voz *mercadotecnia*, esta palabra lo tiene todo perdido en favor de *marketing*, y una *due diligence* seguirá denominándose así porque esa es la forma que espera encontrar el cliente en los documentos que tenga que firmar.

Volviendo al problema de la complejidad y falta de modernización del lenguaje jurídico, podemos considerar que este presenta una doble vertiente, y, por lo tanto, una doble vía de solución³⁹.

Por un lado, el problema está relacionado con la ausencia de contenidos jurídicos en la educación básica y media de los ciudadanos, lo que les imposibilita el acceso a los textos a los que se tendrán que enfrentar en el futuro (contratos, declaraciones de impuestos, sentencias, actas, etc.). En una sociedad moderna no debería permitirse que la mayoría de los ciudadanos (o una parte muy significativa de ellos) desconozcan el significado de términos jurídicos tan habituales como *retención*, *providencia*, *arrendatario*, *deducción* o *impositivo*, y para paliar esas deficiencias sólo cabe el cami-

no de la formación. Hasta que no se introduzcan en el sistema educativo asignaturas que formen al ciudadano de manera completa en un aspecto que le va a acompañar durante toda su vida, como lo es el Derecho, por mucho que se apliquen los juristas en construir textos entendibles, pocos resultados se van a cosechar.

Por otro lado, el problema tiene también su raíz en la falta de atención a los aspectos lingüísticos en los planes de estudio de la carrera de Derecho. En la mayoría de las universidades españolas no sólo no se ofertan asignaturas para mejorar la redacción, sino que, además, es en la Universidad donde los futuros jueces y abogados adquieren los vicios estilísticos propios del lenguaje jurídico. La Universidad debe ofrecer una formación al abogado que incluya cursos de redacción, de oratoria y de argumentación. Un profesional que va a tener que enfrentarse a multitud de textos y de situaciones en las que la calidad verbal (oral y escrita) va a resultar fundamental para su trabajo no puede consentir que no se le entienda, o que se le entienda mal.

La palabra es la herramienta básica del jurista. Como opera cualquier otro profesional con los instrumentos con los que se gana la vida, a los que limpia, engrasa y hasta abrillanta, los juristas deben cuidar el lenguaje, que es el máximo representante de la precisión que se les exige.

La única vía para solucionar los problemas del lenguaje jurídico (para modernizarlo y acercarlo al ciudadano) es, pues, la formación, entendida en doble sentido: formación lingüística del abogado, para que sus textos sean más comprensibles y elegantes; y formación jurídica del ciudadano, para que no le resulten extraños los conceptos fundamentales. Mientras no se acometan esas dos vertientes con seriedad, se continuará hablando de la modernización del lenguaje administrativo, pero sin resultados o con resultados muy parciales. Para construir un lenguaje jurídico del siglo XXI, es decir, un lenguaje sin paradojas, es necesario que la teoría deje paso, por fin, a la práctica.

³⁸ Véase GONZÁLEZ CASADO, Samuel. "Errores sintácticos en los textos jurídicos: la calidad editorial por puntos". En: Revista Jurídica de Castilla y León 7. 2005. p. 242.

³⁹ Una exposición detallada de este asunto se puede consultar en BAYO DELGADO, Joaquín. "La formación básica del ciudadano y el mundo del Derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial". En: Cuadernos de Derecho Judicial 16. 1997. pp. 11-19.

INTERPRETANDO LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL: UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA*

Entrevista a Lawrence Lokken**

En un mundo cada vez más globalizado, el comercio y la actividad empresarial –no sólo de las grandes empresas sino también de las medianas e incluso de las pequeñas– no se limitan a un solo país. Así, estamos ante una realidad que va más allá de las fronteras, donde la tributación internacional cobra un papel esencial para el desarrollo comercial.

En la presente entrevista, Lawrence Lokken, catedrático de la Universidad de Florida, nos cuenta cómo se trata el tema de la tributación internacional en quizá el país más importante a nivel de comercio, los Estados Unidos de América, respondiendo preguntas sobre la perspectiva doctrinaria así como casos más prácticos como el de los Tratados de Libre Comercio.

* La presente entrevista fue realizada por Mario Drago, ex-Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, y Giorgio Massari, ex-miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. La traducción estuvo a cargo de Mariano Però, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado. Catedrático de Tributación Internacional de la Universidad de Florida.

1. ¿Cuál es la importancia de los Convenios para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal (en adelante, los "Convenios") dentro de un contexto de comercio internacional intenso y de un mundo globalizado?

En el mundo hay probablemente alrededor de dos mil Convenios para evitar la doble imposición, los cuales siempre son bilaterales. Estos se ocupan de varias cuestiones derivadas del ejercicio de potestad tributaria de dos países como, por ejemplo, la retención de impuestos en la fuente, el derecho de ambos países de gravar la renta obtenida por una empresa del otro país en su territorio; así como también se ocupan de varias cuestiones relacionadas con la información (reserva) fiscal, la evasión fiscal y la aplicación de los determinados impuestos. Los Convenios tienen una amplia importancia, pero es difícil de resumirla brevemente.

2. Esta pregunta está relacionada a la interpretación de los Convenios. El Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, la "OCDE") tiene una posición con respecto a la interpretación de los mismos en función a los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE (en adelante, los "Comentarios"), adoptando una forma interpretación dinámica.

Sobre el particular, una de las conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Tributación organizadas por el capítulo peruano de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) señala que, con respecto a la interpretación de los Convenios, se debe aplicar una forma de interpretación estática, posición contraria a la adoptada por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. **¿Cuál es su opinión sobre este asunto?**

En realidad se trata de una cuestión que, en los Estados Unidos de América (en adelante, los "EE.UU."), nunca ha sido claramente respondida. Creo que la tendencia es a mirar a los Comentarios que existían cuando se elaboró el Convenio en particular, pero no hay decisión alguna que haya sido tomada por una Corte de los EE.UU. que establezca que nuevas versiones de los Comentarios no puedan ser consideradas para interpretar un tratado previo. Considero que un factor relevante es que es muy difícil elaborar un Convenio.

El Perú, hasta ahora, sólo tiene dos Convenios, y los EE.UU. se encuentra inmerso en constantes

negociaciones con muchos países, prácticamente todo el tiempo, pero quizás sólo se culminan dos o tres Convenios en el plazo de un año. Así que, si se adopta una línea de interpretación estática y luego las prácticas comerciales y financieras cambian, estaríamos obligados a intentar aplicar, por ejemplo, legislación de la década de 1970 a transacciones en las que nadie había pensado en ese tiempo.

Por otro lado, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE está revisando los Comentarios anualmente con el fin de ponerlos al día y hacer que reflejen más las prácticas comerciales, así que es una pregunta difícil. Puedo ver el fundamento jurídico sobre el cual la gente llegaría a la decisión de adoptar una forma interpretación estática, pero esto también crea muchas dificultades para la aplicación de los Convenios, porque el mundo cambia y si estos últimos no cambian lo suficientemente rápido como para adaptarse al cambio no son eficientes.

3. En cuanto a los Comentarios, como usted sabe, el Perú no es miembro de la OCDE, pero basamos nuestro Convenio en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE (en adelante, el "Modelo"), por lo que siempre existe la cuestión acerca de cómo aplicar los Comentarios de la OCDE. ¿Los utilizamos como una base de interpretación básica de los Convenios si estos están basados en el Modelo? Hay que notar que el Perú no puede hacer observaciones a los Comentarios.

Sin embargo, por ejemplo, la Administración Tributaria mexicana tiene una regulación interna que establece que los Comentarios son obligatorios para México, tanto para los contribuyentes como para la Administración Tributaria. En el Perú no hemos adoptado una disposición similar porque no somos miembros de la OCDE.

¿Cuál es la posición de los EE.UU., teniendo en cuenta que dicho país tiene su propio Modelo de Convenio, el que cuenta con una explicación técnica propia? ¿Cómo se aplican los Comentarios en este caso?

No hay ninguna declaración formal emitida por los EE.UU. sobre cómo debieran ser aplicados los Comentarios, pero cuando los casos de interpretación de Convenios son vistos por las Cortes, estas sí revisan los Comentarios extensamente. En la aplicación de los Comentarios y la explicación de las

razones para usarlos muy a menudo se dice que, al ser los EE.UU. un miembro de la OCDE y al haber participado en la creación de los Comentarios, es razonable asumir que los Comentarios son aplicables a los Convenios suscritos por los EE.UU. Probablemente sea distinto para un país que no pertenece a la OCDE, pero aun así creo que sería bueno que el Perú considere los Comentarios, tal vez no literalmente, pero sí como una suerte de guía.

En estos días, la OCDE tiene un programa destinado a involucrar a países no miembros en las actividades de la organización, y creo que una razón para esto es que los intereses de los países en desarrollo se vean reflejados en los cambios que se hacen al Modelo y para que el Modelo y los Comentarios sean útiles tanto para los países miembros como para quienes no lo son.

4. Por otro lado, cuando el Congreso de los EE.UU. aprueba un Convenio, este tiene que pasar por diversas etapas. Correspondientemente, se elaboran explicaciones técnicas sobre el mismo el Senado y por la Cámara de Representantes.

En algunos casos, las Cortes de los EE.UU. han resuelto algunos casos con en los que se requiere realizar la interpretación de un Convenio sobre la base de las explicaciones técnicas elaboradas por el Congreso. Obviamente, dichas explicaciones técnicas son documentos unilaterales que no reflejan exactamente la intención de las partes al momento de negociar los Convenios. No obstante, algunos autores estadounidenses señalan que este es el enfoque que las Cortes deben tomar al momento de llevar a cabo la interpretación de un determinado Convenio, lo que el Congreso estableció en la explicación técnica sobre el Convenio, es, finalmente, lo que se debe seguir como la interpretación correcta del mismo. Por lo tanto, se sostiene, las Cortes deben interpretar los Convenios en función a la explicación técnica elaborada por el Congreso.

Sin embargo, el uso unilateral de documentos no es jurídicamente correcto, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece lo contrario. ¿Cuál es su posición en relación

con este tipo de enfoque sobre la interpretación de los Convenios celebrados por los EE.UU.?

Se prepara una explicación técnica para cada Convenio que los EE.UU. celebra. La función técnica de este documento es el de ser una explicación del tratado para el Comité de Relaciones Exteriores del Senado, el cual tiene el encargo de revisar los Convenios y opinar con respecto a su aprobación.

Sin embargo, creo que la opinión prevaleciente entre los académicos estadounidenses es que no es apropiado que las Cortes consideren las explicaciones técnicas como medios apropiados para llevar a cabo la interpretación de los Convenios celebrados por los EE.UU., ya que son documentos unilaterales preparados por el Congreso de los EE.UU. para uso interno. Incluso, según recuerdo, sólo hay un caso en que se utilizó una de las referidas explicaciones técnicas para la interpretación de Convenios celebrados por los EE.UU. En este caso particular, el factor que llevó a utilizar dicho documento fue que la explicación técnica referida había sido presentada a ambas partes mientras se negociaba el Convenio, y éstas habían manifestado su conformidad con la misma. No se adoptó la explicación técnica oficialmente pero esto proporcionó una indicación que no era estrictamente un documento unilateral.

No obstante, las decisiones más recientes de las Cortes de los EE.UU. se han basado extensamente en los Comentarios y, por lo general, no se refieren en lo absoluto a la explicación técnica del Convenio que es elaborada por el Congreso de los EE.UU. La explicación técnica es un documento útil y creo que, a nivel administrativo, cuando la Administración Tributaria de los EE.UU. (el *Internal Revenue Service*) trata con los contribuyentes, esas explicaciones técnicas son utilizadas con mayor frecuencia que lo que son por las Cortes. Consecuentemente, dentro de los EE.UU. son documentos significativos, pero no de observancia obligatoria en términos de interpretación, ya que son documentos unilaterales, que no han sido preparados con la participación o el consentimiento de ambas partes intervinientes en la negociación del respectivo Convenio.

5. El profesor argentino Eduardo A. Baistrocchi¹ sostiene que los países

¹ BAISTROCCHI, Eduardo A. "The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications". En: British Tax Review 4. Setiembre de 2008.

emergentes, como lo son todos en América Latina, deben seguir el Modelo –el cual no son capaces de cambiar porque sólo México es miembro de la OCDE–, porque es el estándar común para la negociación de tratados.

Sin embargo, dicho autor establece que cuando se trata de la interpretación de Convenios, ésta no se basa en los Comentarios, sino en las ventajas estratégicas o el pensamiento estratégico. En tal sentido, los países de América Latina estarían utilizando y aplicando el Modelo; pero, cuando las Cortes de dichos países pasan a interpretar los Convenios basados en el Modelo, no lo hacen según estándares legales, sino de acuerdo a patrones económicos. Es decir, la interpretación de los Convenios parte de la premisa de no perder la inversión extranjera directa proveniente de los países desarrollados.

Se observa, entonces, que las Cortes consideran que una interpretación de mayor arraigo jurídico podría dar lugar a que ciertas operaciones puedan considerarse como realizadas en función a *treaty shopping*, abusando del Convenio, lo cual podría tener como consecuencia que la inversión se vaya al competidor directo al otro lado de la frontera. ¿Cree usted que esta teoría es correcta?

Al respecto, podemos notar lo resuelto por la Corte Suprema de la India, el caso “Union of India”². En este, lo que claramente era una práctica de *treaty shopping* fue negado por la Corte Suprema, con el fin de evitar que una compañía holandesa que realizaba sus inversiones en la India a través de una “compañía conducto” domiciliada en las Islas Mauricio, dirigiera sus inversiones hacia a la China. Este tipo de jurisprudencia lleva a considerar la posibilidad que los países en desarrollo están empezando a interpretar sus tratados considerando más las estrategias económicas que la legislación aplicable. ¿Cree usted que esto es posible? ¿Cree que esto mismo se puede repetir en países desarro-

llados? Por ejemplo, en el caso *Prévost*³, que acaba de ser resuelto (en abril de 2008), la Corte canadiense decidió que lo que claramente era una práctica que suponía una operación abusiva del Convenio no lo era. Según la referida teoría, esto sería con el fin de no perder la inversión del Reino Unido. ¿Cuál es su opinión sobre este asunto?

Personalmente creo que ese no es un muy buen enfoque, y probablemente esa no es la manera de explicar el caso *Prévost*. Creo que hay que entender ese caso en el contexto de la legislación canadiense, la cual ha sido tradicionalmente muy formalista en materia fiscal. Asimismo, ha habido gran renuencia por parte de las Cortes canadienses de aplicar lo que es común en las ideas de los EE.UU., que es que la sustancia gobierna sobre la forma. En Canadá se tiene una larga tradición en la que la forma es el parámetro de control que prevalece. Considero que ese es más el contexto que lleva al resultado del caso *Prévost*.

Ahora bien, en cuanto a este tipo de línea de interpretación –los países en desarrollo basando su interpretación de los Convenios en función a ventajas y estrategias económicas–, ¿cree usted que esto es algo que podría desarrollarse? ¿Cree que es un buen enfoque? ¿Es sólo una teoría apoyada en una jurisprudencia en particular que carece de sustento?

No creo que sea un buen enfoque. Básicamente, en la interpretación de los Convenios, los contribuyentes siempre ganan porque si la Administración Tributaria gana entonces los contribuyentes invertirán en otro lugar. Creo que es una especie de carrera a la baja.

6. ¿Cuál es su opinión sobre el uso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual los EE.UU. aún no ha ratificado?

Los EE.UU. no ha ratificado la Convención de Viena, pero el Departamento de Estado ha declarado que ésta es meramente declarativa de la prevalencia del Derecho Internacional y, por tanto, los EE.UU. la sigue. Creo que la posición de la OCDE siempre ha sido que la Convención de Viena regula los Convenios y, en ocasiones, se ha hecho

referencia a ella en los casos de Convenios en los EE.UU., por lo que creo que sí se aplica en este país. Ahora bien, las partes relevantes de la Convención de Viena son, esencialmente, reglas de interpretación, las cuales son muy generales y, en consecuencia, tan sólo de una ayuda limitada.

7. El Perú es un país de Derecho Civil; por lo tanto, varios términos que son utilizados en el *International Tax Language* no están específicamente definidos en nuestra legislación. Por lo tanto, cuando conceptos como “beneficiario efectivo” se encuentran en necesidad de definición, se genera un gran problema porque no hay una definición en el Convenio o en nuestra propia legislación fiscal –la tenemos que usar de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3 del Modelo⁴. Nuestra legislación fiscal interna no contiene una definición de beneficiario efectivo, lo que se repite en cada país de América Latina. Esto genera un problema: si debemos ir a nuestras definiciones y tratar de dar alguna definición al término beneficiario efectivo o conceptos similares, o simplemente utilizar el *International Tax Language*, donde se establece que el contexto nos lleva a establecer que se debe utilizar las definiciones de la doctrina para definir un término como el mencionado. ¿Cuál es su posición? ¿Qué deberíamos hacer?

El término particular al que hizo referencia, “beneficiario efectivo”, es uno difícil porque normalmente no aparece como tal en la legislación de cualquier determinado país. Como un concepto establecido en el Convenio que no es definido por el mismo, los EE.UU. tienen una posición clara al respecto, la cual es que el “beneficiario efectivo” para efectos fiscales en los EE.UU. es la persona que es gravable sobre el objeto según la legislación fiscal americana.

El término “beneficiario efectivo” no se encuentra definido en la legislación fiscal americana. Sin

embargo, cuando el segundo párrafo del artículo 3 del Modelo hace referencia a la ley doméstica, la manera en que los EE.UU. sale del problema es al establecer el beneficiario efectivo no como debería ser definido de acuerdo a la ley americana, pero como la persona sujeta a gravamen de acuerdo a la ley americana.

Muchos de los otros países miembros de la OCDE tienen ideas diferentes acerca de cuál debería ser el significado del término “beneficiario efectivo”. Creo que algunos países en realidad no toman en cuenta el artículo 3, párrafo 2 del Modelo, y simplemente interpretan el significado de dicho término según el contexto general del Convenio. Creo que este es un concepto que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE debería estar revisando en los próximos años, ya que no existe un entendimiento común sobre dicho término, incluso entre los países de la OCDE.

8. Todos estos problemas de interpretación están surgiendo en países en desarrollo que no tienen experiencia previa respecto de Convenio. En ese sentido, se ha considerado a los Procedimientos de Acuerdo Mutuo como la salida para dar solución a todos estos problemas de interpretación, que suponen el cómo aplicar los Convenios y cómo hacer frente a los establecimientos permanentes y instituciones contenidas en los mismos.

Sin embargo, un estudio reciente⁵ demuestra que no se han llevado a cabo Procedimientos de Acuerdo Mutuo entre dos países en vías de desarrollo. Los hay entre países desarrollados y países en desarrollo, como México con los miembros de la OCDE, pero no hay un Procedimiento de Acuerdo Mutuo entre países como Perú y Chile.

¿Cuál cree usted que es el futuro de los Procedimientos de Acuerdo Mutuo, especialmente en el mundo en vías de desarrollo? ¿Cree que ayudarían a poner

⁴ “Artículo 3º.- Definiciones Generales (...)

Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado.”

⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”. Versión Abreviada. Madrid: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico e Instituto de Estudios Fiscales. 2006. BAISTROCCHI, Eduardo A. Op. cit. Loc. cit.

fin a estas discusiones con respecto a la interpretación que surgen entre los países en desarrollo?

Podría ser. De hecho, en cuanto a los Procedimientos de Acuerdo Mutuo, incluso entre aquellos ocurridos entre países desarrollados, no hay mucho más que lo que aparece en el texto del artículo 25 del Modelo⁶; y, en realidad, los países siguen desarrollando sistemas que son peculiares a éstos.

Así que la mayoría de los Procedimientos de Acuerdo Mutuo se refieren a contribuyentes particulares y a temas relacionados con precios de transferencia. De vez en cuando los EE.UU. utilizará un Procedimiento de Acuerdo Mutuo para llegar a un acuerdo con otro país sobre un término o un problema recurrente en un Convenio en particular, pero eso no es común. Creo que los Procedimientos de Acuerdo Mutuo pueden ser muy útiles, pero los países deben seguir desarrollándolos.

9. **Los EE.UU. es uno de los países miembros de la OCDE que todavía practica lo que se conoce como *treaty override*. Por otro lado, los países de América Latina, que siguen los principios básicos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, consideran prácticas como el *treaty override* incomprensibles. ¿Por qué los EE.UU., siendo un país desarrollado y uno de los países líderes en el Derecho Tributario Internacional, ha llevado a cabo acciones como la señalada?**

Los EE.UU. no es el único país miembro de la OCDE que ha contradicho un Convenio. Alemania lo ha hecho relativamente hace poco tiempo. Los EE.UU. obtuvo una mala reputación al respecto durante la década de 1980 porque hubo varias situaciones –una de las cuales fue muy importante–, en la cual el Congreso sí fue en contra de un Convenio. Sin embargo, por el otro lado, no se han producido casos realmente importantes en los últimos veinte años en los que los EE.UU. efectivamente hayan promulgado una norma que haya ido en contra de un Convenio. Así que creo que los EE.UU. tiene una reputación en este sentido que es cada vez menos merecida.

10. **El Perú, como sabe, está en la necesidad recibir inversión extranjera. En ese sentido, la reforma fiscal del año 2007 proporcionó algunos incentivos para la inversión en el país en relación con el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas. Asimismo, en el Perú se proporciona a las grandes inversiones la posibilidad de suscribir Convenios de Estabilidad Jurídica –que supone también estabilidad tributaria– los cuales “congelan” la legislación aplicable al momento de la firma del mismo. Por lo tanto, los cambios legislativos que vengan después no afectarán la inversión y las reglas del juego no cambiarán en los años venideros.**

A veces, a través de la utilización de los Convenios, se da la posibilidad de abusar de los Convenios y realizar prácticas de *treaty shopping*, con el fin de obtener unas tasas más bajas. Entonces, ¿cómo podemos dar estos incentivos para atraer más inversiones pero, al mismo tiempo, luchar contra el *treaty shopping* y el abuso de los Convenios? ¿Cómo podemos coordinar estas dos políticas a fin de obtener una legislación fiscal eficiente y, al mismo tiempo, un flujo constante de inversión en el país?

Evidentemente la estabilidad en el entorno jurídico es muy importante para los inversionistas extranjeros. La eficacia de los incentivos tributarios es siempre debatida. Sobre el particular, cabe resaltar que los EE.UU. nunca han suscrito un Convenio que contenga provisiones de *tax sparing* y, sin estas, se tiene una tendencia a cancelar el incentivo dado por el otro país. Así que, en términos de atracción de inversión de los EE.UU., los incentivos tributarios probablemente son diferentes de lo que son en cuestión de atraer inversiones de un país continental europeo con el cual sería posible suscribir un Convenio que incluya provisiones de *tax sparing* que asegure que el beneficio de los incentivos vaya, en última instancia, a la empresa que efectúa la inversión.

⁶ Ver artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, en: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”. Versión Abreviada. Madrid: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico e Instituto de Estudios Fiscales. 2006.

La política de los EE.UU. contra el *tax sparring* está fundamentada esencialmente sobre una filosofía contra los incentivos fiscales, que se basa en la idea de que un mejor sistema fiscal es aquel que aplica la misma regla a todos; y sobre la creencia de que los incentivos especiales últimamente no funcionan muy bien. No creo que esta sea una respuesta completa a la pregunta, pero creo que la opinión predominante en los EE.UU. es que los incentivos tributarios no son muy efectivos y que, probablemente, los países en desarrollo harían bien en adoptar otros enfoques para atraer la inversión, como lo es la estabilidad jurídica.

11. Como usted sabe, el Perú ya firmó un Tratado de Libre Comercio (TLC) con los EE.UU. y muchos autores peruanos creen que el complemento a un tratado de este tipo es la suscripción de un Convenio. Asimismo, hay otros países de América Latina intentando firmar un Convenio con los EE.UU., pero este se muestra reacio a suscribir dicho Convenio.

No creo que los EE.UU. esté realmente reacio a firmar un Convenio con países de América Latina. Creo que hay varios factores que afectan esta situación.

Un factor muy importante, del que quizás muchos países no son conscientes, es que las personas que negocian los Convenios en los EE.UU. pertenecen a una dependencia muy pequeña del Departamento del Tesoro. Probablemente hay cinco personas que participan activamente en la elaboración de los Convenios y hay alrededor de 200 países en el mundo. Esto significa que una gran parte del tiempo las negociaciones se mueven lentamente simplemente porque las personas encargadas del Departamento del Tesoro no tienen tiempo para negociar con todos los países; deben utilizar una estrategia de *triage*. Por una razón u otra es más importante que tengan un Convenio con el país X

que con el país Y, así que negocian con el país X por el momento.

Otro factor que ha sido importante en lo concernientes a la suscripción de Convenios con países de América Latina es que los EE.UU. no va a incluir un acuerdo de *tax sparring* y muchos países han llegado a la conclusión que la suscripción de un Convenio con los EE.UU. que no contenga provisiones sobre *tax sparring* no proporciona muchas ventajas a un país en vías de desarrollo; porque los Convenios siempre implican renunciar o disminuir las retenciones sobre dividendos, intereses y regalías que van del país en vías de desarrollo al país desarrollado. Así que, a menudo, hay un gasto tributario considerable para el país en vías de desarrollo para que valga la pena suscribir un Convenio que no contenga provisiones sobre *tax sparring*, por lo que muchos países han concluido que no vale la pena.

Otro factor que se ha convertido en muy importante en el caso de Chile, el cual ha estado en negociaciones con los EE.UU. durante varios años, es que los EE.UU. insiste en un amplio intercambio de información como parte de un Convenio, y si un país en particular tiene leyes sobre secreto bancario que son incompatibles con los requerimientos del intercambio de información del Convenio, los EE.UU. no va a firmar el Convenio hasta que esto sea resuelto. Sé que este tema ha sido un problema con Chile y probablemente con otros países también.

Entonces, lo que se puede hacer es estar preparado para persuadir a los EE.UU. de que hay suficientes flujos de inversión entre los dos países para justificar que se le suba en la lista de espera del Departamento del Tesoro y, por supuesto, estar dispuesto a realizar un profundo análisis en busca de cualquier norma relativa al secreto bancario que pueda entorpecer el curso de una auditoría fiscal. Eso es prácticamente todo lo que puede hacerse.

A LOS 90 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ*

Entrevista a Walter Albán Peralta**

Desde 1919 la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha sabido formar profesionales de un excelente nivel. El mercado laboral lo confirma y la forma en que este nos percibe se puede resumir en una palabra: prestigio. ¿Qué nos dio ese prestigio y qué se está haciendo hoy en día para mantenerlo?

Luego de 90 años de tradición en la enseñanza del Derecho, y en un esfuerzo por adaptarse a la demanda actual de profesionales del Derecho, la Facultad se prepara para implementar un “nuevo gran salto” con cambios en el Plan de Estudios y varios proyectos adicionales. Es en este año de celebraciones y cambios que el decano de nuestra Facultad nos concedió esta entrevista para recordarnos cuáles son las aptitudes y los retos de los futuros abogados de la Católica, en una realidad cambiante a la que estamos obligados a atender. Saludamos en esta especial ocasión a nuestra Facultad en nombre de todos los miembros de la Asociación Civil THEMIS.

* La presente entrevista fue realizada por Claudia Lazarte y Jorge Luis Morelli, miembros de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Este año se cumplieron 90 años desde la creación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ¿Cómo cree que se encuentra posicionada la Facultad, en la actualidad, en relación a otras facultades, nacionales y extranjeras? ¿En qué se caracteriza y diferencia nuestra Facultad?

En el plano interno creo que la Católica hace mucho tiempo tomó la delantera como la Facultad más completa, la que podía formular la mejor oferta de la carrera de Derecho. Esto se da por varias razones, pero fundamentalmente yo destacaría el proceso de reforma que se realizó a fines de los 60 y los 70. Creo que tradicionalmente la formación de los alumnos de Derecho ha estado muy circunscrita a lo que es la formación legal, al conocimiento de la norma, y con métodos de enseñanza que estaban lejos de promover la participación de los estudiantes. En consecuencia, había, y existe en gran medida en el Perú, una formación tradicional, en la cual el estudiante es un receptor de información para solamente aplicarla, basándose en el contenido de normas. La reforma de Derecho significó que los estudiantes también se vuelvan protagonistas del proceso de enseñanza y eso implica la formación de una opinión crítica, y entender la función del abogado en un contexto como el nuestro, por ejemplo, entender que el Derecho es un instrumento para promover el cambio ahí donde encontramos debe realizarse. Eso nos dio un salto cualitativo y algunas facultades han tratado de seguir esta huella.

Lo que también nos caracteriza es que estos cambios han sido periódicos. Hacia los fines de los 80, durante el segundo periodo como decano de Jorge Avendaño, se dio un primer gran cambio, que termina con la reforma curricular y de Plan de Estudios de 1993, siempre atendiendo a los nuevos retos y exigencias de la realidad.

Asimismo, tengo la impresión de que esta es la Facultad con la oferta de formación más integral. Por un lado, por lo que viene de Letras y lo que significa los Estudios Generales y una sólida formación en Humanidades. La interdisciplinariedad es otro tema muy importante en la vida académica de cualquier Universidad. Por otro lado, en la Facultad hay ahora lo que no había antes; éramos una Facultad muy sesgada al Derecho Privado en cuanto a formación. Formación civil, básicamente, no teníamos un área sólida de Derecho Público. Hoy en día creo que, sin descuidar lo primero, tenemos un área muy sólida de Derecho Público, tanto en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Penal, pudiéndose establecer

incluso la interrelación que se produce entre ambos ámbitos.

Respecto del plano internacional, creo que hay que remitirse a los distintos rankings publicados. A nivel mundial no estamos muy contentos, pero probablemente somos la única universidad peruana que aparece entre las 100 o 150 primeras del mundo, y de las pocas latinoamericanas que lo hacen. A nivel de América Latina estamos entre las primeras, entonces creo que eso ya dice bastante.

2. La Universidad Católica ha adoptado una metodología de formación integral e interdisciplinaria de sus alumnos, lejos de la tendencia mayoritaria que pareciera apostar por una especialización desde el pregrado. ¿Es esta la línea que sigue nuestra Facultad? ¿Cuál debiera ser el perfil de egreso del alumno de Derecho de la Católica y el tipo de abogado que forma nuestra Facultad? ¿Cómo se concilia esto con las actuales exigencias del mercado laboral?

En cuanto a lo que la realidad demanda, y lo que se le demanda al profesional del Derecho hoy en día, este debe ser un profesional muy bien ubicado frente a los fenómenos sociales y económicos, los cuales exigen una visión que va más allá de lo estrictamente jurídico. Se debe tener una visión interdisciplinaria y eso está cada vez más claro. Por eso nuestra apuesta va por darles a los estudiantes oportunidades para desarrollar su formación en Derecho con el complemento de otras disciplinas. Por lo demás, creo que incluso el mercado mismo da esas señales respecto a qué tipo de profesionales estamos formando. Una última encuesta que hizo IPSOS-APOYO –que no la encargamos nosotros– demuestra la percepción del mercado de cuáles son los mejores egresados de las facultades de Derecho: se señala un 60% para la Católica, seguido por un 30% de la segunda y tres universidades más que ya están por la cola, la última en un 12%.

La percepción en el mercado de cuál es el abogado con mayor formación y con mejor posibilidad de ubicarse sigue siendo fuerte para nuestra Universidad. Yo creo que eso tiene que ver con lo que ahora estamos trabajando, ya que preparamos un nuevo gran salto, a partir de un estudio que se ha hecho del propio mercado profesional, de la experiencia de las décadas anteriores, acerca de cómo estimamos a la Facultad de Derecho al interior de la Universidad.

Este proceso además debe ir acompañado de internacionalización e interdisciplinariedad y desarrollo de investigación. Estamos preparando un nuevo cambio importante, el nuevo Plan de Estudios, que se viene trabajando desde hace más de dos años. La propuesta debe estar lista en los próximos meses. Entraremos en un proceso de discusión y hemos encargado para realizar el Plan de Estudios un trabajo colectivo sobre el perfil del egresado. Ahí ya está identificado que es un profesional con gran formación humanística e interdisciplinaria, con visión internacional, sobre todo con firmes valores éticos para el ejercicio de la profesión, con el manejo del conocimiento pero basado en un análisis crítico y no como un simple receptor. A su vez, que vaya acompañado de destrezas, como la habilidad para hacer valer ese conocimiento y poder expresarlo profesionalmente. Que tenga todas las herramientas necesarias para realizar exitosamente su labor. Estos puntos están contenidos en el perfil y se están tomando en cuenta para el Plan de Estudios.

3. ¿Cuál cree que debiera ser la metodología de los cursos de Derecho? ¿Qué conocimientos, habilidades y destrezas debieran ser inculcados en los alumnos? ¿Considera necesario el dictado de ciertas clases de práctica en adición a las clases teóricas?

Atendiendo precisamente a este componente de destrezas y habilidades, sin duda es importante que haya un ejercicio práctico del conocimiento teórico obtenido en los cursos. Pero creo que hay que hacerlo con una visión distinta a la que tuvimos en el pasado. No es tanto que cada curso deba tener su clase práctica por separado; hay que incorporar la práctica a la formación regular de cada curso. Esto tiene que ajustarse a la naturaleza y complejidad del curso pero esa debe ser la vocación general de la Facultad y para reforzar eso es que habíamos pensado unos cursos al estilo de los seminarios donde se trabaja en función de casos pero no solamente al final de la carrera sino a sus comienzos; probablemente en el segundo o tercer ciclo. Pensamos en cursos que no involucren el caso de un tema en específico, digamos como se ve en el seminario de Constitucional o de Penal. Aquí la idea es que se hagan interdisciplinarios, que el caso permita el análisis, por ejemplo, de la propiedad, pero desde un punto de vista civil, otro administrativo, otro constitucional, otro penal, y que a propósito del análisis de esos casos se pueda desarrollar una reflexión que es la que el profesional del derecho encuentra en la realidad. Nunca viene un caso únicamente puro con los contenidos de un área o un curso determinado; viene todo.

4. Otra de las líneas principales que sigue nuestra Facultad es aquella relacionada a la formación y difusión de la ética profesional del abogado. ¿Qué acciones se están llevando a cabo para formar alumnos con valores éticos? ¿Cuáles son los objetivos de dicho esfuerzo?

Aquí se ha realizado una reforma muy importante del curso de ética. Cuando a mí me tocó estudiar el curso de ontología forense nadie estaba muy preocupado por alcanzar cupo. Ahora recibo pedidos de alumnos que quieren alcanzar cupos con determinados profesores porque el curso está generando una dinámica que antes no se apreciaba. Ya no sólo es el curso de ética sino que ha trascendido porque las asociaciones estudiantiles han hecho suyo este objetivo y se vienen preparando jornadas de contienda entre estudiantes llamadas "Abogados al Banquillo". A propósito hay toda una movilización en la Facultad sobre lo que significan los dilemas éticos de la actualidad y cómo poder enfrentarlos, basándose en una discusión que va al fondo de los problemas, es decir, no sólo quedarnos en ciertos preceptos y principios generales sino entender la complejidad con la que esto se pueda presentar en la vida real, donde muchas veces no resulta fácil distinguir cuál es la conducta ética esperada. Esto se debate y a la vez sirve para la formación del estudiante, fortaleciendo destrezas y habilidades de argumentación. Son debates públicos en el Auditorio de Derecho a los que se invita a estudiantes de secundaria interesados en seguir Derecho en la Católica. Esto ha ido tomando una dimensión mucho mayor.

Yo diría que a todo esto hay que sumar el enorme esfuerzo que se ha realizado por proponer nuevas reglas de comportamiento ético del abogado. Esto se vino trabajando con las asociaciones de estudiantes. En octubre o noviembre de 2008 le hemos entregado a las autoridades de las instituciones públicas más importantes del ámbito judicial, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, un juego de documentos incluyendo la Exposición de Motivos y el Proyecto del Código de Ética en su versión original trabajado por profesores y por gerentes legales de empresas muy importantes en el país para su discusión. También había una selección de ensayos. Se está produciendo en el Perú algo que en el resto de países de América Latina todavía no sucede: estas reflexiones académicas muy a fondo y muy creativas por parte de nuestros estudiantes. Algunos profesores también, pero sobre todo estudiantes, como se ve en los ensayos. Y hay toda una selección de jurisprudencia también entregada como material. En el

camino hemos pensado proponer este proyecto a las universidades que forman red con la Católica. Ya nos hemos reunido hasta en tres oportunidades para trabajar este tema y ellos están haciendo suya la propuesta y lo que queremos es ampliar a otras universidades. Esto va creciendo: hemos viajado a Ayacucho en julio, estuvimos en Cuzco el mes pasado y nos vamos a Arequipa en octubre. Ya hemos conversado con el decano del Colegio de Abogados para que se sumen a este esfuerzo. También hemos hablado con el Presidente del Poder Judicial quien también va a formar parte en este proceso y hemos planteado la posibilidad de que el Poder Judicial mismo sea el que le dé el impulso necesario a esta propuesta. En noviembre se realizará una reunión internacional, viene gente del Bank Center de Estados Unidos que promueve un trabajo de pro-bono, relacionado al tema ético.

5. El Plan de Estudios de la Facultad se encuentra actualmente en un proceso de reforma y actualización. En ese sentido, ¿qué aspectos del mismo considera que deben cambiar definitivamente para mantener –o incrementar– la calidad y el prestigio de los abogados egresados de la Católica? ¿Qué aspectos cree que no deberían cambiar?

Un componente nuevo muy importante es el de destrezas y habilidades, y también el ético. Lo que trabajamos ahora como parte de la tarea regular de la formación a nivel ético todavía queda corto para llegar a los estándares que hemos fijado. Estos dos rubros van a tener un crecimiento importante. Esto nos obliga, salvo que alarguemos la carrera, a que ingresen de manera fuerte estos dos componentes. Hoy día tenemos un curso electivo de destrezas, eso tiene que generalizarse no sólo para un curso sino a lo largo de la formación. Todo esto nos obliga a modificar el esquema actual, estableciendo ciertas prioridades. En todo caso, algunos cursos hoy obligatorios podrían pasar a ser electivos. Yo creo que esa es la lógica con la que se está trabajando la nueva propuesta de malla curricular y metodología y la manera de implementar el Plan de Estudios. Ojo que, lo que está a punto de culminar la comisión que preside el Dr. Javier de Belaunde es la propuesta, que tiene que ser debidamente discutida y procesada

con los profesores, esperamos que más adelante en un Claustro Pleno también sea discutida con estudiantes, y sólo cuando eso haya cuajado y llegado a un consenso suficiente es que podemos tener las condiciones necesarias para poner en ejecución este cambio tan ambicioso.

6. Sabemos que existe gran preocupación a nivel académico por el número reducido de tesis que son sustentadas para obtener el título de abogado. En ese contexto, ¿la Facultad, con las modificaciones, tiene algún proyecto para incentivar esta práctica? ¿Cuáles cree que son las razones por las cuales los bachilleres optan mayormente por sustentar expedientes?

Comienzo por lo último, creo que la razón es práctica. Los estudiantes necesitan, sobre todo en Derecho, tener el título muy pronto y encuentran que es más viable para este propósito sustentar un par de expedientes. Yo he conocido a varios estudiantes que han tenido el mejor propósito de hacer tesis y han tenido que dejarlo en suspenso y optar por los expedientes porque el camino era muy lento. Esto, sin embargo, no sustituye: hay un problema con la manera con la que se están otorgando los títulos. Esto viene desde la Ley Universitaria que canceló el bachillerato con tesis y, complementariamente, se obtenía el título con la sustentación de expedientes. Yo tengo la impresión de que esta idea de facilitar las cosas a la larga no ha contribuido a que el alumno tenga una formación más completa respecto a lo que recibe en la Universidad. Es verdad que la investigación necesita condiciones que la hagan factible para los estudiantes, y eso es lo que nos falta atender. Por eso la propuesta de estudios tiene previsto que el alumno tiene que estar acostumbrado a investigar permanentemente e investigando todo el tiempo.

En nuestro plan actual, formalmente, hay un curso de Introducción a la Investigación en primer año y luego uno al final de la carrera, cuando probablemente muchos ya desistieron de la idea de hacer una tesis. Entonces, parte de la metodología del nuevo plan de estudios es que los alumnos deben estar permanentemente entrenados en hacer pequeñas o medianas investigaciones, sin tener ningún temor a compro-

¹ En el caso en cuestión se discute si la Liga Nacional de Fútbol (NFL) y los equipos funcionan como una sola entidad al conceder una licencia exclusiva a una empresa y, por ende, no podrían violar la Sección 1 del Sherman Act, 15 U.S.C. 1, el cual requiere prueba de acción colectiva que involucre a las "entidades separadas".

meterse a un proyecto más ambicioso. Es más, lo ideal sería que el alumno, desde la mitad de su carrera, tenga el tema de tesis bastante claro para ir trabajándolo. Esto además debe ir de la mano con el Departamento de Derecho que, de acuerdo a nuestra organización, es el que tiene el primer impulso de investigación en la Facultad. Necesitamos que los docentes investiguen más para darles más cabida a los estudiantes para realizar estas tareas.

7. Un requisito para egresar de la Facultad de Derecho es el haber hecho un año de prácticas pre-profesionales por lo que, paralelamente a sus estudios, muchos alumnos de la Facultad realizan dichas prácticas. ¿Cuál considera que es el rol de las prácticas en la formación de los estudiantes? ¿Cómo se relaciona con lo aprendido en clase? ¿Qué opina de la forma en que se vienen realizando las prácticas en la actualidad?

Desde casi los inicios de la Facultad las prácticas realizadas fuera de la Universidad han sido un complemento natural de la formación. A mí me preocupa, sin embargo, que se siga manejando tan espontáneamente, por decirlo de una manera, porque el complemento no siempre es bueno. En los hechos es así: quien llega a ser abogado no sólo se lleva lo ofrecido aquí sino también la experiencia que se llevó del estudio, de la oficina, de la ONG donde le tocó practicar. Inclusive esto ha hecho que algunos, no estoy en condiciones de afirmar cuántos pero no me extrañaría que una mayoría, considera que la práctica enseña más que el curso y eso es muy peligroso. Esto ha llevado a que los estudiantes pugnen por entrar a prácticas cuando recién empieza la carrera y eso quiebra posibilidades de una formación más completa, no sólo por lo que se pierde en clase sino también en la participación en asociaciones estudiantiles o en un trabajo de responsabilidad social más amplio. Estamos inclusive ante lo que podríamos calificar de “mala práctica” porque no existe un seguimiento de qué es exactamente lo que hacen nuestros estudiantes en las prácticas pre-profesionales.

Me parece que este tema merece una reflexión muy a fondo y debemos empezar por establecer mecanismos más formales de vínculo con los centros de prácticas, tratando de ofrecer opciones y así tener un seguimiento de quiénes ingresan, qué se les pide, a partir de qué ciclo deben empezar. Hay lo que llaman la “currícula oculta”, aquello que la gente aprende fuera del sílabo y la malla curricular. No nos puede parecer bueno que se

siga manteniendo al margen de la supervisión y vinculación con la Universidad.

Ahora, a mediano o largo plazo, creo que hay que tratar de que los estudiantes no tengan por qué hacer prácticas al margen de la universidad. En muchas universidades importantes de América Latina las prácticas se hacen dentro de la Universidad, a través de los Consultorios Públicos Gratuitos y las Clínicas Jurídicas para que el estudiante sienta que está en la vida real del Derecho sin necesidad de tener que irse a un estudio, una oficina pública o una entidad no gubernamental, cosa que a la larga va a ocurrir pero no queremos que suceda antes que se termine el proceso de formación. Eso es lo deseable a largo plazo.

8. Muchos alumnos de la Facultad, además de sus estudios, realizan otras actividades relacionadas al Derecho, como la participación en asociaciones civiles de estudiantes como THEMIS. ¿Cuál es el rol de estas actividades en la formación de los alumnos? ¿Cómo deben relacionarse con los estudios?

La experiencia nos demuestra que es una actividad con enormes beneficios porque complementa la formación del aula desde varios ángulos. Por ejemplo, la forma cómo estas asociaciones han ido creciendo en la Facultad con un respaldo moral –no siempre material– de parte de nuestra Facultad. Ahí uno encuentra cómo los estudiantes van expresando vocación e interés, y desarrollan más allá del aula su reflexión por el país y por el Derecho en la especialidad que más les pueda interesar.

Este año, por los 90 años de la Facultad, nos hemos metido de lleno a organizar varios eventos, pero tradicionalmente los seminarios más importantes de Derecho han sido organizados por estas asociaciones civiles. El hecho de organizar los seminarios, de organizarse para sacar publicaciones periódicas que en varios casos ya tienen enorme reconocimiento en la comunidad jurídica nacional y hasta fuera del país, implica conocimiento empresarial, de marketing. Tienen que generar y desarrollar destrezas en varios ámbitos y esto les da a los estudiantes una visibilidad que otros no tienen.

A la larga, una vida activa de los estudiantes en el claustro que no se circunscribe al aula es algo que enriquece la formación para todos. Incluso para los profesores y para los que estamos a cargo de la dirección de la Facultad. Hay muchos beneficios, y diría que no hay nada negativo que alguien

podría poner en la balanza. Lo que buscamos nosotros es que estén en mejores condiciones, que tengan mayores facilidades y que más estudiantes se involucren con esto.

9. Ha transcurrido un año desde que asumió el cargo de decano de la Facultad. ¿Tiene algunos planes o proyectos para lo que queda de su gestión que quisiera compartir con nosotros? ¿Hacia dónde cree que debiera orientarse nuestra Facultad en el futuro?

Estoy por ahora comprometido con la idea de ser el conductor y el promotor de este “nuevo gran salto” en el cual, sin duda, me apoyo en el trabajo que otros que ya vienen realizando. Esta Facultad necesita un esfuerzo especial en esta etapa. Creo que hay que mejorar la organización interna de la Facultad, proceso en el cual ya nos encontramos en curso. Este “nuevo gran salto” expresará, en términos más tangibles, en dos aspectos. Por un lado la infraestructura, tratando de mejorar lo que tenemos y estoy apostando a la posibilidad de construir una torre donde puedan trasladarse las oficinas administrativas, los docentes y las autoridades de la Facultad para despejar estas áreas (oficinas administrativas actuales) y así recuperar aulas hoy utilizadas como oficinas. Además, tener salas de trabajo y de lectura. Es un proceso que no es a corto plazo, pero hay que comenzar para alcanzar esa meta.

Lo segundo es en la materia académica. Tan importante como hacer una propuesta es la manera de introducirla, procesarla y discutirla. Creo que mi Decanato debe servir para crear un gran diálogo sobre este asunto que contribuya con una ejecución exitosa del nuevo plan de estudios. Hay

que apostar a crecer. No tanto en el número de estudiantes, pues varios creen que ya llegamos a un tope de alumnos y que debemos reducir. Pero sí en cuanto al número de docentes a tiempo completo, actualmente tenemos 30 profesores, yo creo que deberían ser mínimo 50 antes del 2015. Hay que seguir apostando a buscar los mejores talentos. Tenemos que ver la manera de asegurar que los mejores -no importa el colegio de donde provengan- vengan acá si quieren seguir la carrera de Derecho. Eso implica desarrollar estrategias más creativas porque si lo dejamos al mercado la gente se puede confundir.

Hay que apostar muy fuerte hacia la internacionalización. Derecho en la Católica es el programa que desarrolla el mayor número de intercambios estudiantiles pero sigue siendo muy baja la cifra. Tendríamos que crecer o multiplicarla cuatro o cinco veces, y estamos trabajando con la Dirección de Relaciones Internacionales para ampliar la oferta actual y generar condiciones para que más estudiantes puedan hacerlo. Sabemos que el intercambio regular implica que cada quien se tiene que pagar su pasaje, su estadía o manutención. Son pocas las personas que pueden irse con becas y tenemos que ver la forma de ampliarlas para aspirar a que la gente que no tiene recursos - incluso para pagar aquí la Universidad - pueda irse becada.

Respecto a Responsabilidad Social, yo tengo la intención de que Proyección Social (PROSODE) crezca y que las Clínicas crezcan bajo una sola lógica y que nos den una proyección importante, tanto a nivel de los Consultorios Jurídicos Gratuitos, como aportes a la Reforma Judicial y a políticas públicas. Esto debe sistematizarse en base a la experiencia que se está ganando con lo que ya tenemos y lo que podamos ganar a futuro.

“LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA DEBEN ACTUAR COMO DEFENSORAS DEL VALOR DEL PROCESO COMPETITIVO”*

Entrevista a William E. Kovacic**

La regulación en materia de competencia –como mecanismo que incrementa la competitividad en el mercado e, indirectamente, el valor de los bienes y servicios, y el bienestar de los consumidores y la sociedad en general– enfrenta en la actualidad diversas críticas y problemas de aplicación, recientemente acentuados por la crisis económica mundial. Para asegurar la implementación de este modelo, las agencias de competencia cumplen un rol esencial.

En la presente entrevista, William E. Kovacic, Comisionado y ex-Presidente de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América, nos brinda sus impresiones respecto de la regulación de la competencia en América Latina y en el Perú, así como su relación con el crecimiento económico, la labor del INDECOPI en nuestro país, los efectos de la crisis económica mundial y el rol de las agencias de competencia en general, a raíz de su reciente visita a nuestro país.

* La presente entrevista fue realizada por Mariano Perú, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la comisión de Contenido de THEMIS con el apoyo de Miguel Ángel Luque, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Agradecemos a Christian Chávez, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asociado de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados, por la coordinación de la entrevista.

** Abogado. Comisionado y ex-Presidente de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América.

1. ¿Cómo evalúa la regulación de competencia en América Latina? En su opinión, ¿su aplicación ha sido exitosa?

La respuesta corta es que sí. En los países que han establecido una regulación de competencia ha habido un gran número de historias exitosas relacionadas con la fundación de instituciones, y uno de los países que pondría muy alto en la lista es el Perú. En mi opinión, indicadores de éxito importantes son: ¿Se ha sido capaz de establecer el marco legal básico para el funcionamiento de la agencia de competencia? ¿Se ha podido reclutar un buen equipo profesional? Y, ¿se ha tenido éxito en desarrollar un programa de cumplimiento de las normas de competencia y de aplicación de las herramientas relacionadas?

En ese sentido, si miramos atrás, especialmente en los últimos veinte años, la experiencia en América Latina ha sido muy prometedora. Hay enormes retos por enfrentar más adelante y hay muchas jurisdicciones que todavía tienen bastante por hacer para que sus instituciones sean efectivas, pero comparado con otras jurisdicciones que han empezado a poner este programa en marcha, pienso que las instituciones latinoamericanas lo han hecho bastante bien y que en muchos casos han tenido un gran éxito.

2. En esta visita al Perú se ha reunido con miembros del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que es la agencia encargada de la aplicación de la regulación de competencia en el Perú. ¿Qué piensa sobre la organización y operación de esta entidad? ¿En qué se diferencia del trabajo realizado por la Comisión Federal de Comercio? Según lo que ha visto, ¿qué recomendaciones haría para mejorar esta institución?

La característica más significativa que hace al INDECOPI distinto globalmente –y ciertamente comparado con mi propia institución– es el amplio rango de responsabilidades que tiene asignadas. Al igual que mi agencia, el INDECOPI es responsable de la aplicación de la regulación de competencia y de la protección de los consumidores; pero también es responsable de los procesos concursales, de atacar las barreras burocráticas a la competencia, de una amplia variedad de importantes asuntos relacionados a la propiedad intelectual, de un gran número de temas vinculados al *dumping* y al comercio. Y esta no es una lista completa de los temas a su cargo. Así, uno de los

rasgos distintivos del INDECOPI es la amplia gama de responsabilidades que tiene asignadas.

Creo que su gran fortaleza es que ha conseguido, en menos de 20 años, gran parte de lo necesario para establecer una estructura institucional, aplicar su autoridad y armar un equipo profesional de primer nivel.

El aspecto que es quizás su principal debilidad es su pequeño tamaño. Tiene una impresionante cantidad de responsabilidades y una gran demanda para que ejecute programas, pero es una agencia notablemente pequeña. En ese sentido, su gran reto es reconciliar la extensión e importancia de sus responsabilidades con sus recursos limitados. INDECOPI tiene un par de formas de hacer frente a esto: una es conseguir más recursos, persuadiendo a la legislatura y al gobierno para que incremente su tamaño. La otra es trabajar lo más posible para volverse más eficiente en la utilización de los recursos que tiene disponibles. Y creo que respecto de este segundo punto es claro que la dirigencia del INDECOPI está buscando formas creativas de obtener niveles más altos de productividad a partir de los recursos con los que cuenta.

Siendo ello así, creo que el mayor reto y limitación se encuentra en su pequeño tamaño comparado con el muy ambicioso número de responsabilidades que le han sido confiadas.

3. Recientemente hemos experimentado modificaciones en nuestra regulación en materia de competencia. Uno de los principales cambios es que ahora se reconoce expresamente la aplicación de la regla *per se* y de la regla de la razón para analizar conductas anticompetitivas. ¿Cuál es su opinión sobre esta materia?

Creo que esto ubica al Perú dentro de los marcos más avanzados en la experiencia internacional. Queda claro a nivel legislativo que el Perú está utilizando un marco de análisis que es el dominante entre las 105 autoridades de competencia existentes en el mundo. Si bien no todos lo hacen de esta manera, con ello queda claro para las cortes peruanas que la autoridad de competencia utiliza un marco de análisis que es ampliamente aceptado.

Una forma de apreciar este cambio es que ha quedado establecido por ley que el Perú utilizará el que es considerado como el marco más adecuado para analizar infracciones a la regulación de competencia.

4. De la misma forma, otros importantes cambios en nuestra regulación se relacionan a la prohibición de sancionar prácticas explotativas y el reconocimiento expreso de los convenios de exclusividad y del abuso de procesos judiciales y administrativos como formas de abuso de posición de dominio. ¿Qué opina respecto de cada uno de estos cambios?

Nuevamente aquí considero que esto hace que el sistema peruano sea consistente con los estándares internacionales. Las leyes de competencia en muchas jurisdicciones consideran a los convenios de exclusividad como una forma de comportamiento que potencialmente puede constituir un abuso de posición de dominio. Mucho, por supuesto, depende del método de análisis que sea aplicado. Típicamente el enfoque utilizado por muchas jurisdicciones es el de requerir la existencia de posición de dominio del agente que desarrolla la conducta, y luego examinar las consecuencias de ésta en términos de competencia, así como las justificaciones existentes para la conducta. Este cambio es consistente con lo que los observadores consideran como la corriente principal de la práctica internacional.

5. La economía peruana es una que se encuentra en crecimiento y que busca la inversión extranjera. ¿Cree conveniente introducir un control de fusiones en este contexto? ¿Considera que una decisión como esta podría desincentivar las operaciones comerciales y el desarrollo económico? ¿La respuesta de estas preguntas sería diferente considerando un control de fusiones *ex-ante* o *ex-post*?

Últimamente el control de fusiones se ha convertido en un elemento importante y necesario para la regulación en materia de competencia. La razón de ello implica diversas consideraciones. Una de ellas es la aplicación de prohibiciones a los carteles. Si el programa de prohibición y sanción de carteles de una jurisdicción se vuelve más poderoso, la ausencia de un régimen de control de fusiones puede convertirse en un problema. Ello debido a que la política de prohibición de carteles dice a las empresas: "No pueden concertar mediante contratos o acuerdos informales". "Si realizan acuerdos para aumentar precios o reducir la producción, estos se encuentran estrictamente prohibidos y serán severamente castigados". Pero si no hay un control de fusiones, las compañías se dan cuenta que "si no podemos llegar a estos entendimientos a través convenios, podemos llegar al mismo resultado comprando a nuestros competidores".

Existe experiencia internacional que indica que si se tiene un fuerte programa de sanción de carteles, pero no hay un programa de fusiones, las empresas adaptan la operación de un cartel simplemente a través del sistema de fusiones. Utilizan la compra de propiedad para conseguir lo que querían mediante acuerdos o contratos. Así que si vemos el sistema de competencia como una colección de elementos independientes, considero que en algún punto necesitaremos al control de fusiones como un ingrediente.

Otra consideración es que hay mucha evidencia económica que demuestra que en diversos sectores, cuando se alcanza un punto en que se tiene un reducido número de actores, éstos pueden lograr, mediante formas que no alcanzan a ser propiamente acuerdos, los resultados que veríamos en un cartel. Una forma de prevenir esto es un control de fusiones que asegure que el número de actores no disminuya por debajo de cierto número. Es por ello que tanto para el propósito de asegurarnos que la prohibición de los carteles no sea eludida a través de la fusión de empresas, como para reducir las posibilidades de desarrollo de colusiones tácitas, considero que el régimen de control de fusiones es una parte útil del marco legal.

También pienso que un sistema de revisión *ex-ante* es deseable comparado con el *ex-post* porque tienden a haber serios problemas consiguiendo un remedio efectivo si las partes se fusionan y luego la agencia de competencia intenta desintegrar los activos. Sin embargo, reconozco que hay muchos importantes comentaristas en el Perú que han advertido que hay una variedad de peligros potenciales con el control de fusiones. Si es aplicado en una forma agresiva puede desincentivar valiosas consolidaciones que podrían mejorar el desempeño económico. También puede ser usado para lograr fines políticos, tales como preservar el empleo de compañías existentes; fines políticos que no sirven a los propósitos de crecimiento económico a largo plazo.

Existen daños potenciales en ambos aspectos, pero creo que puede lidiarse con el problema de un sobreprotección mediante el establecimiento de umbrales elevados para la prohibición y dejando claro que el mandato de la agencia no es el de involucrarse en un examen de gran alcance respecto de las políticas sociales, sino el de centrarse específicamente en las consecuencias competitivas de una fusión.

Es por ello que, en términos generales, pienso que la evidencia internacional sugiere que un sistema *ex-ante* de revisión y control de fusiones es un ele-

mento valioso en la regulación de competencia de los países.

6. Pasando a los Estados Unidos, ¿han habido cambios jurisprudenciales importantes en el último año con respecto a la regulación de competencia?

En el último año no ha habido mayores desarrollos en la jurisprudencia, pero en los próximos meses nuestra Corte Suprema decidirá un caso que involucra a las Ligas Deportivas y que lidia con la cuestión general de cuándo entidades distintas que participan en un acuerdo de colaboración empresarial pueden ser consideradas entidades separadas o deben ser consideradas como una única empresa. Este es el caso que involucra al fútbol americano y la Liga Nacional de Fútbol. El nombre del caso es “American Needle v. National Football League”. American Needle es una empresa de ropa deportiva que alega que la Liga Nacional de Fútbol indebidamente dejó de darles una licencia para producir dicha vestimenta¹. Esa será una decisión importante en el próximo año.

Sin embargo, antes de este año ha habido un periodo extremadamente importante y activo de toma de decisiones de la Corte Suprema. En esta década se han tomado un número de decisiones formativas, por lo que en los últimos doce meses no se han producido desarrollos verdaderamente notables. La década en su conjunto, no obstante, ha implicado una significativa reducción de lo que puede considerarse como infracciones a la ley de competencia, a través de decisiones de la Corte Suprema que han impuesto criterios más exigentes para aquellos que buscan cuestionar supuestas infracciones.

7. ¿Cómo considera que la crisis económica norteamericana ha influenciado el Derecho de Competencia en su país? ¿Cómo se ha adaptado a este nuevo escenario y qué otros cambios cree que aún requieren hacerse?

Hasta el momento los efectos de la crisis en la regulación de competencia han sido indetectables. La crisis no ha alterado el programa de prohibición de carteles, no ha cambiado los esfuerzos

de mi agencia —la Comisión Federal de Comercio— por combatir los abusos de posición de dominio, y no ha afectado hasta el momento la resolución de casos de fusiones. La regulación de competencia existente en los Estados Unidos es lo suficientemente flexible para lidiar con las denuncias por el supuesto debilitamiento de la capacidad competitiva de las empresas o por el riesgo de su salida del mercado. La jurisprudencia existente acomoda estas reclamaciones. En mi agencia hemos oído algunos argumentos relativos a la disminución de la capacidad para competir, pero diría que como un todo la crisis no ha afectado a las políticas de competencia.

Sin embargo, sí ha hecho que algunas compañías soliciten la dispensa de la ley de competencia. Esto ha hecho que se planteen algunas propuestas para que nuestro Congreso conceda excepciones para la aplicación de la regulación de competencia. Eso ha significado que las agencias de competencia tengan que, de alguna forma, cambiar el enfoque de su trabajo. Ese cambio implica centrar más su atención en actuar como defensores de la competencia y desalentar a nuestro Congreso de adoptar políticas que reduzcan la competencia. Esto sigue siendo un reto importante para los próximos años.

8. En tiempos de crisis, las personas a menudo tienden a inclinarse hacia la regulación del mercado como una solución. ¿Esto ha sucedido en los Estados Unidos? ¿Qué medidas cree usted que pueden tomarse en un nivel institucional para invertir esta concepción?

En nuestro Congreso y en algunas otras instituciones encargadas del desarrollo de políticas públicas ha habido la sensación de que la crisis constituye un repudio del valor del sistema de mercado, que demuestra que los mercados no funcionan y que deberían ser repudiados. Creo que esto constituye un diagnóstico errado de las causas de la crisis y esta percepción ha creado una serie de pedidos para que se produzca una expansión significativa de los controles regulatorios.

Frente a esto, considero que las agencias de competencia tienen al menos dos roles que cumplir: el primero es el urgir a quienes desarrollan las

¹ En el caso en cuestión se discute si la Liga Nacional de Fútbol (NFL) y los equipos funcionan como una sola entidad al conceder una licencia exclusiva a una empresa y, por ende, no podrían violar la Sección 1 del Sherman Act, 15 U.S.C. 1, el cual requiere prueba de acción colectiva que involucre a las “entidades separadas”.

políticas públicas a realizar un diagnóstico muy cuidadoso de las causas de la crisis. El segundo, asegurase que cualquier remedio propuesto sea cuidadosamente diseñado para lidiar con el problema sin tener consecuencias adversas. Estos son casos en los cuales conseguir la dosis correcta es muy importante. Si tienes un dolor de cabeza y tomas dos aspirinas éste se irá. Pero si tomas la botella entera probablemente te matará. Hay una gran presión en los Estados Unidos –especialmen-

te en algunas áreas el Congreso– para tomar la botella de aspirinas entera.

Este es un ámbito en el que las agencias de competencia deben actuar como defensoras del valor del proceso competitivo y asegurarse que las reformas regulatorias lidien con las causas genuinas del problema y que las soluciones sean proporcionales a la envergadura del mismo. En el futuro éste será un gran desafío para las agencias de competencia.

PÁGINA WEB ENFOQUE DERECHO

La Asociación Civil THEMIS presenta su renovado portal web de actualidad jurídica Enfoque Derecho: www.enfoquederecho.com. En él podrán encontrar artículos y blogs de destacados profesionales del Derecho con información actualizada diariamente. Asimismo, tendrán la oportunidad de debatir y comentar con los propios autores las ideas que ahí se exponen.

Los invitamos a compartir con nosotros esta nueva alternativa para la difusión de la cultura jurídica.

NUEVA EDICIÓN DE DISCOS COMPACTOS: DERECHOS REALES & GARANTÍAS

Luego del éxito obtenido con los discos compactos de THEMIS-Revista de Derecho, ediciones 49, 50 y 51, y con los discos compactos "Los 25 mejores artículos de Análisis Económico del Derecho" publicados en THEMIS-Revista de Derecho, THEMIS lanzó al mercado la selección de "Los 25 mejores artículos de Derechos Reales & Garantías" publicados en THEMIS-Revista de Derecho, compilados por el Dr. Jorge Avendaño Valdez.

Con esta iniciativa (que es la continuación de una carrera por la "digitalización" de los productos de THEMIS) queremos rendirle un homenaje a todos los autores, colaboradores e involucrados en la edición de las revistas impresas, esperando que así su trabajo sea aun más conocido y apreciado por nuestros lectores.

Los discos compactos se encuentran a la venta en la oficina de THEMIS en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho estuvo conformada por María José Higuera Chicot (Directora), María Rebeca Barrón Rodríguez, Andrea Cadenas Cachay, Carlos Coter Solano, José María de la Jara Plaza, Claudia Isabel Lazarte Abarca, Mariano Perú Mayandía y Nicolás Vassallo Burneo.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • César Antonio Alcorta Suero • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Sergio Emilio Arellano Gonzáles • Fernando Arias-Stella Castillo • Arturo Arróspide Villarán • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Fabiola Baquerizo Micheline • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievisky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • Maria Lucía Bellido Bertie • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Ursula Ben-Hammou Nova • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olachea • Gonzalo Bernal Neumann • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostrero • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río • Javier Calmell del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olachea • Fernando Cantuarias Salaverry • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoeßel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • Úrsula Collimboy Sayán • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Carlos Eduardo Coter Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Luis de Bernardis Llosa • Javier de Belaunde de Cárdenas • Federico de Cárdenas Romero • Fernando de la Flor Koechlin • Javier de la Vega Gómez • Milagros de Pomar Saettone • Eduardo de Rivero Santana • Fernando del Mastro Puccio • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva • Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Jaime Escribens Olachea • Juan Antonio Egúez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puellas • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García Belaúnde • Juan García-Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José Alfredo

Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Anthony Laub Benavides • Elsa Marina Lazarte Zababurú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Isabel Lira Miró-Quesada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo Mac Lean Martins • Alejandro Manayalle Chirinos • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortiz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Patricia Mendoza Franco • Francisco Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panes • Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Nato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olachea • Andrés Osterling Letts • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Fernando Peña Neves • Diego Pérez Terry • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariela Pérez-Costa Piscoya • Alejandro Peschiera Bonifaz • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Rafael Prado Bringas • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • Carla Rizo-Patrón Labarthe • André Robilliard Escobal • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rocío Saux Valdez • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Visscher • Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavallo • Luis Stucchi Díaz • Óscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Nicolás Vassallo Burneo • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felip • Ramón Vidurizaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Bruno Zanolo Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número; en particular a:

Walter Albán Peralta, Eugenia Ariano Deho, Jorge Avendaño Valdez, Lucian A. Bechuk, Cristina Blanco Vizarreta, Denis J. Brion, Luis Fernando Castellanos Sánchez, Mario Castillo Freyre, Christian Chávez Verástegui, Mario Fernando Drago Alfaro, Gonzalo Gamio Gehri, José Antonio González Salgado, Luis Hernández Berenguer, Eduardo Hernando Nieto, Andre J. Hoekema, William E. Kovacic, Lawrence Lokken, David Lovatón Palacios, Miguel Ángel Luque Oyarce, Giorgio Massari Figari, Martín Mejorada Chauca, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Carlos Patrón Salinas, Antonio Peña Jumpa, Richard A. Posner, Giovanni Priori Posada, Lilia Ramírez Valdivia, Carlos Rivera Paz, Gustavo Rodríguez García, Juan Javier Salazar, Eduardo Sotelo Castañeda, Ricardo Vásquez Kunze, Luis Miguel Velarde Saffer y Shoschana Zusman Tinman.

3M, Duany & Kresalja Estudio de Abogados, Estratego Marketing y Responsabilidad Social, Estudio Barrera Moller, Estudio Echeopar Abogados, Estudio Gherzi Abogados, Estudio Grau Abogados, Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya, García Sayán Abogados, ICOM Investigadores y Consultores en Mercadeo, Idiomas Católica, Jorge Avendaño, Forsyth & Arbe Abogados, Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados, Luz Verde Publicidad, Miranda & Amado Abogados, Museo de Arte de Lima, Mystic Rosse Servicios Gráficos, Nature's Sunshine Products, Notaría Hidalgo, Notaría Vela Velásquez, Panes, Chacaliza & Asociados, Pastelería San Antonio, Rebaza, Alcázar y De las Casas Abogados Financieros, Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, Top Technologies, Ugarte & Ugarte Ingenieros, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, Viña Tacama.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

María Cristina Alva Noriega, Sergio Emilio Arellano Gonzáles, María Barrón Rodríguez, María Lucía Bellido Bertie, Jorge Antonio Calle Brush, Carlos Eduardo Coter Solano, Andrea Domínguez Noriega, Alessandra Espino Beltrán, Gabriela García Arcia, Viviana Andrea Gálvez Córdova, María José Higuera Chicot, Eduardo Loret de Mola Ugarte, Francisco José Miranda Aguilar, Mónica Núñez Salas, Álvaro Palao Carrera, Milan Pejnovic Delgado, Carla Rizo-Patrón Labarthe, María Gracia Sáenz Gonzáles, Estefanía Shulca Romero, Sebastián Soltan Salazar, José Agustín Valencia-Dongo Medina, Óscar Daniel del Valle Salinas, Nicolás Vassallo Burneo, Deborah Woll Castañeda y Rocío Yépez Minaya.

PARTICIPACIÓN EN THEMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con THEMIS-Revista de Derecho mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a editor@themisderecho.org

THEMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

